

Nuevas consideraciones valorativas en la teoría del abuso del Derecho

JOSE MANUEL MARTIN BERNAL

Doctor en Derecho. Licenciado en Ciencias Políticas
Profesor de Derecho civil

SUMARIO: I. Necesidad de una valoración: Una referencia inevitable al Derecho subjetivo.—II. Posibilidad de un control del abuso o ejercicio antisocial del Derecho: 1) Coordinadas en que ha de moverse la autonomía de la voluntad en la teoría del abuso del Derecho. 2) Dos versiones jurídicas socializantes en el tratamiento del tema.—III. Valoración del uso, del abuso y del ejercicio antisocial del Derecho. 1) Daño a un interés no protegido. 2) La inmoralidad o antisocialidad del daño: A) Manifestación subjetiva: a) Intención de dañar. b) Ausencia de interés. B) Manifestación objetiva: diversos aspectos de esta manifestación.—IV. Valoración del abuso y ejercicio antisocial del Derecho con referencia a algunas disciplinas jurídicas: 1) En el Derecho civil: Estudio de los derechos fundamentales. 2) En el Derecho penal. 3) A modo de observación final.

I.—NECESIDAD DE UNA VALORACION: Una referencia inevitable a la teoría del Derecho subjetivo

No ha existido hasta ahora —al menos que conozcamos— un tratamiento metodológico de la teoría del abuso del Derecho. Tampoco advertimos en la doctrina grandes preocupaciones por incardinar el tema dentro de coordenadas típica y estrictamente sociológicas, para después valorar el supuesto determinado que se contemple del abuso del Derecho a través de los componentes e ingredientes que lo integran.

Naturalmente, no desconocemos la tesis de Josserand, entre otros, al considerar el derecho como una función social, reduciéndose ya con ello el poder jurídico concedido al titular de un derecho, limitación que expresa el propio civilista al hablar de la relatividad de los derechos. Quizá a partir de la publicación del nuevo artículo 7, apartado 2, por Decreto 1.836/1974, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del

Código civil, la doctrina haya perfilado más nítida y sistemáticamente la figura que estudiamos (1), cuyo centro de gravedad, como muy bien ha tenido ocasión de destacar el profesor Díez Picazo, se centra en la pura idea de normalidad (2) del ejercicio, considerán-

(1) Con posterioridad a la publicación del nuevo texto articulado del Título Preliminar del Código civil, se han escrito múltiples trabajos que demuestran la atención y el interés por el tema del abuso del Derecho. Así, LUIS DÍEZ PICAZO, *El abuso del Derecho u el fraude de la Ley en el nuevo Título preliminar del Código civil u el problema de sus recíprocas relaciones*, en "Documentación Jurídica", núm. 4 (octubre-diciembre 1974). PEDRO GONZÁLEZ BOTELLA, *El nuevo Título preliminar* (en la misma revista), págs. 1200-1203.

Otros muchos autores se hicieron eco del tema en numerosos estudios. MANUEL GITRAMA GONZÁLEZ, *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la Ley u del abuso del Derecho*. (Conferencia pronunciada el día 6 de febrero de 1975 e incluida en el libro "Curso Monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil"), publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia 1975, págs. 113-168; ROBERTO GARCÍA CALVO, *Consideraciones sobre el abuso del Derecho*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 1.015 (25 febrero 1975), págs. 3-10.

Asistí a la conferencia pronunciada por el profesor HERNÁNDEZ GIL (Antonio) *La Reforma del Título preliminar* en la Escuela Superior de Dirección de Empresas de Madrid (ICADE).

Otros trabajos relativos al tema desde la perspectiva totalizadora del nuevo Título preliminar los encontramos en E. SERRANO ALONSO, *Aproximación al nuevo Título preliminar del Código civil*, anexo del "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo", núm. 8 (2.º semestre 1974), págs. 16-17; MIGUEL HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Marginales al nuevo Título preliminar del Código civil*, en "Civitas", núm. 3 (octubre-diciembre 1974), págs. 368-370; JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, *La réforme du Titre préliminaire du Code civil espagnol*, en "Revue Internationale de Droit comparé", núm. 4/1974, pág. 841. Este último autor, preocupado por la teoría del abuso del Derecho, recientemente (en 1977) y en *Estudios*, tomo I —Academia Matritense del Notariado— "Edit. Rev. de Derecho Privado", ha publicado un amplio trabajo sobre el abuso del Derecho en el nuevo Título preliminar del Código civil", págs. 469-531.

En general, todas las obras generales del Derecho civil aparecidas a raíz de la fecha indicada estudian este siempre interesante y palpitante problema. Ver JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. I, Librería Bosch, Barcelona, 1974, págs. 258-260; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. I, 4.ª edic. "Editorial Revista de Derecho Privado", Madrid 1974, págs. 479-481; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 1.º, 11.ª ed., puesta al día por José Luis de los Mozos. Edit. Reus, Madrid 1975, pág. 583-585.

(2) Ya Saleilles, en 1895, establecía que la atribución de responsabilidad civil en los supuestos de daño producido en el ejercicio de un derecho habría de basarse en la anormalidad del daño entendida como ejercicio contrario al destino económico o social del Derecho subjetivo. Criterio este de la anormalidad del daño sobre el que más tarde habría de ahondar SAVATIER, quien en su *Tratado de la Responsabilidad Civil en el Derecho francés*, publicado en París en 1951, distingue hasta cinco clases de derecho "para perjudicar a otro".

DÍEZ PICAZO, LUIS. Esta idea de normalidad o anormalidad del Derecho, aparece casi como obsesiva en el joven maestro de Derecho civil. Se observa, en materia de abuso del Derecho, en su comentario a la célebre Sentencia de 14 de febrero de 1944, en uno de cuyos considerandos se

dose como antisocial todo ejercicio anormal, pero como he advertido anteriormente en el tema del abuso del Derecho se ha descuidado el amplio contexto de la socialización del Derecho, presentándose ésta precisamente como paradoja si se piensa que el ejercicio de un derecho se torna abusivo cuando el mismo se ejercita antisocialmente.

No parece que sea éste el momento oportuno de una elaboración doctrinal del Derecho subjetivo, dificultada, como es sabido, merced a resonancias filosóficas, políticas e ideológicas que han venido latiendo en su génesis, fruto del racionalismo iluminista del Augklarung y su concepción del Derecho natural y punto de partida encontrado en la teoría de los derechos del hombre en el estado de naturaleza, y la subsiguiente del contrato social (producto por tanto de un frente filosófico-ideológico), con las tesis sustentadas por Windscheid (poder de la voluntad), por Ihering (el interés protegido), por Beker (protección de interés que funda un poder de la voluntad), y por Thon (expectativa de pretensiones).

Ni es momento tampoco para analizar las críticas que surgirían del concepto de Derecho subjetivo, a partir de Ferrara, para quien el Derecho subjetivo «es ya un efecto del Derecho objetivo individualizado y apropiado por el individuo», o más concretamente un «poder jurídico que tiene por fuente el Derecho objetivo que se dirige contra los otros hombres para obtener el cumplimiento de los derechos impuestos por las nuevas normas jurídicas con el fin de alcanzar la satisfacción de intereses humanos» (3).

habla del exceso o anormalidad en el ejercicio del Derecho. "El exceso o la anormalidad pueden producirse por contravención, en el concreto acto de ejercicio del Derecho, de la función económica del mismo. Por ejemplo: abuso del derecho de crédito, cuando éste se ejercita con un fin distinto del logro de la satisfacción de los intereses del acreedor: abuso del derecho de socio en una sociedad, etc... (*Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, t. I, 2.^a ed., 1973, pág. 175). Se observa igualmente en su trabajo *El abuso del Derecho...*, "Documentación Jurídica, núm. 4, octubre-diciembre 1974, pág. 1332, y en *Los límites del Derecho de propiedad en la legislación urbanística*, "Rev. Derecho Urbanístico", número 13, págs. 13 y ss.

Obsesión que implica grandes reflexiones sobre lo que en Derecho sea normal en un momento dado, históricamente, y quizá por ello sometido a una inevitable y necesaria contingencia, al menos en muchos de sus presupuestos.

Y el profesor LACRUZ, a la vista ya del artículo 7, 2.º y de sus palabras "límites normales", ha observado recientemente que la normalidad del ejercicio en cuestión de las costumbres y apreciaciones de cada época sobre lo normal o anormal, y que límites normales no equivalen a límites legales... "no se trata simplemente de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el Derecho, sino de ver cómo la gente estima que deben ejercitarse y hasta dónde pueden llegar en la práctica de cada época las facultades concedidas por la Ley. (*Elementos de Derecho civil*, t. I, 1974, pág. 258).

(3) Un examen detallado y sistemático de esas corrientes y teorías lo encontramos en CASTÁN TOBEÑAS, J., "Rev. de Derecho Privado", 1940. En el mismo se contienen dentro de cada teoría las definiciones de muchos tratadistas en el tema.

Sería preciso que el nivel metacientífico del pensamiento jurídico-social, la idea de un orden social basado en un orden natural, fuera sustituido por la de un nuevo orden social basado sobre la idea de poder elevado a la dignidad de derecho. Tránsito éste que sitúan los historiadores sumamente lejano en el tiempo y que iniciado por Guillermo de Occam en el siglo XIII, y continuado por el dominico Suárez, Locke... desembocará, como apuntábamos anteriormente, en el iusnaturalismo racionalista, iluminista e individualista de los siglos XVIII y principios del siglo XIX, con su formulación de la teoría del contrato social.

Pero sí importa destacar a nuestros posteriores propósitos —de ahí que hayamos hechos esas referencias doctrinales—, y dentro ya de una tesis superadora del Derecho subjetivo, como éste mismo derecho descende del plano de los principios filosóficos al estrictamente jurídico, y cómo la ciencia del Derecho —la dogmática jurídica—, encontraría los elementos necesarios para la elaboración de un concepto científico de Derecho subjetivo, aunque todavía estuviera impregnado de factores filosóficos e ideológicos, los propios de su origen. Todavía, claro está, a partir de esa época existirían impugnaciones de todas conocidas: la de León Duguit (para quien el Derecho subjetivo no corresponde a nada real); la de Kelsen, para quien el Derecho objetivo y Derecho subjetivo no son más que la respuesta a dos formas distintas de contemplar el Derecho; la de Gurvitch, quien entiende que el Derecho subjetivo no es compatible con la ineludible finalidad social del Derecho; la de M. Villey, autor que concibe el Derecho subjetivo como el concepto «rey» del pensamiento jurídico, pero ya su elaboración científica habría de considerarse como lograda.

Pues bien, sólo a partir de ese ligerísimo recorrido histórico del Derecho subjetivo, puede hablarse del Derecho subjetivo —que no debe elevarse a la categoría de mito—, en expresión de Frosini, sin que por ello estemos en presencia de una metáfora o forma de hablar o ficción verbal—; y sólo a partir de esos movimientos histórico-sociológicos pueden comprenderse otras situaciones entre las que se encuentra el abuso del Derecho, como límite negativo al Derecho subjetivo por tanto. Desde esa conclusión las facultades del titular del Derecho subjetivo vienen limitadas por la exigencia de no perjudicar innecesariamente a un tercero o de no utilizarlas de forma antisocial.

No conviene tampoco olvidar, que el contenido del Derecho subjetivo no es que esté condicionado por elementos ideológicos (iusnaturalistas, por ejemplo), o axiológicos al margen del ordenamiento jurídico, sino que el propio ordenamiento jurídico, a través de una norma o de una orientación jurisprudencial, tiene a veces que ponerse en contacto con el sistema de unos valores vigentes (en la teoría del abuso del Derecho, sociales), en una sociedad, y que deben ser valorados constantemente y no simplemente quedarse en una mera controversia de intereses en juego.

Karl Larenz (4), con particular referencia a Alemania, brinda al respecto unas visiones panorámicas orientadoras. Tras referirse al movimiento iusnaturalista, señala como directriz muy característica la «transformación de la jurisprudencia de intereses en jurisprudencia de valoración».

La teoría del abuso del Derecho no puede construirse totalmente a partir de postulados exclusivamente positivistas: su elaboración debe insertarse dentro de un contexto más amplio, cual es de la propia naturaleza espiritual del Derecho, como superadora de criterios de valor supralegales de una parte, y de otra porque determinados componentes necesarios para el estudio de aquella teoría (¿fin serio?, ¿modalidades en la inmoralidad del uso del derecho?, ¿lo ilícito?, la ausencia o no del ¿interés?...) sólo partiendo de principios jurídicos antepuestos a la ley, de la propia naturaleza de las cosas y de una jurisprudencia valorativa que se ajuste a los hechos y los supere, valorándolos como *disso*, y apreciándolos, puede ser coherente y totalitariamente estudiada.

Nuestro intento —dificultado por las distintas categorías e instituciones jurídicas—, con su dispar naturaleza, se orienta desde esa perspectiva apuntada: función valorativa de la ciencia del Derecho que propicie y reconduzca a un redescubrimiento de nuestra sensibilidad jurídica en suma.

II.—LA POSIBILIDAD DE UN CONTROL DEL ABUSO O EJERCICIO ANTISOCIAL DEL DERECHO

Sobre las consideraciones expuestas en el anterior apartado, debe existir un tratamiento por la doctrina que vaya más allá, que trascienda al empleo asistemático de una serie de conceptos o términos que se han venido barajando indiscriminadamente por aquélla, en la elaboración de la teoría del abuso del Derecho, y que conduzca a un estudio detenido de cada uno de aquellos, a su control y valoración, o para decirlo técnicamente y en terminología de Jurisprudencia valorativa o de apreciación, y teleológica.

Categorías jurídicas, que sólo incidentalmente como digo han sido tratadas, como las de autonomía de la voluntad y abuso del derecho (5), poder e interés (poder sin interés, e interés sin poder (6) constante pugna entre la función del Legislador y el Juez (7), moralidad y equidad que tanto inspiran el Derecho, como

(4) KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. esp. de Gimbernat. 1966, pág. 136.

(5) Vid. LUIS DíEZ PICAZO. *Autonomía contractual y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. 1956, págs. 1149-1180.

(6) Vid. JOSÉ LUIS PARDO. *El uso, abuso u no uso de los Derechos subjetivos*. "Revista de Derecho Privado". 1964, págs. 3-12.

(7) Vid. RAFAEL RUIZ GALLARDÓN. *El abuso del Derecho en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, pá-

reprimen su abuso (8), el abuso como subversión de la certidumbre de la norma jurídica (9), y hasta la cuestión de conducta relativa al conocimiento del Derecho propio y ajeno, son entre otras muchas, algunas de las cuestiones que configurarán el carácter y la naturaleza de la disciplina y de la institución en que se insertan, pues sólo cuando se ha comprendido la especial finalidad y la función social de una institución jurídica se podrá alcanzar un concepto expresivo de su sentido y encuadrarle en más amplias relaciones o conexiones. Piénsese que la formulación de la teoría del abuso del Derecho se contiene en el Título preliminar de nuestro Código civil, y por ello de aplicación general a todas las ramas del Derecho, con la consiguiente especialidad de sus instituciones, y es que como advierte el Profesor Guasp (10) «tanto el abuso como el gran fraude son enfermedades del Derecho no inventadas sino auténticas. Uno y otro atacan a todos los sectores jurídicos. ninguno de ellos puede envanecerse de permanecer inmune ante un morbo tan nocivo».

La superación de los intereses en juego, ínsitos en la teoría del abuso del Derecho «caracterización sintética de los intereses causales» en expresión de Heck (11), ha de conseguirse a través de su control y posterior valoración como primera medida en la teoría del abuso del Derecho.

La primera cuestión por tanto es que la existencia de los supuestos de antisocialidad o inmoralidad del Derecho, ocasionando un perjuicio anormal a un tercero, consiste en saber si existe posibilidad jurídica de su control. Esto es, que si una vez reconocido por el ordenamiento jurídico un derecho subjetivo, en favor de un determinado titular, puede practicarse, sin que ello suponga desvirtuar la auténtica esencia del derecho otorgado. un control exterior de su ejercicio cuando éste, aún siendo anómalo, no ha traspasado los límites que el legislador le señaló.

Naturalmente la solución del problema se condiciona en función a la tesis que aceptemos en orden a la noción del derecho subjetivo. Si profesamos por ejemplo la concepción clásica y aceptamos con Windscheid que el derecho es un poder de la voluntad fundado en la norma, tendremos que preguntarnos si el control, haciendo desaparecer la autonomía de las decisiones, no supone también la desaparición de la voluntad y con ella el derecho. Si, por el contrario, entendiéramos con Ihering que el derecho es un interés jurídicamente protegido, tendríamos igualmente que preguntarnos si se puede lícitamente privarse a su titular de la facultad o el conocimiento de juzgar su interés según su libre arbitrio.

ginas 1183-1191; JUAN EMILIO LUQUE, *El abuso del Derecho como subversión de la certidumbre de la norma jurídica*. "Rev. Jurídica de Cataluña", 1958, págs. 426-450.

(8) Vid. RAFAEL RUIZ GALLARDÓN, *Ob. cit.*

(9) Vid. JUAN EMILIO LUQUE, *Ob. cit.*; JOSÉ LUIS PARDO, *Ob. cit.*

(10) JAIME GUASP DELGADO, *Derecho procesal*, pág. 376. Madrid 1971.

(11) HECK, *Gesetzesauslegung u Interessenjurisprudenz*, págs. 3 y 64.

Con el representante de la Pandectística, estamos ante el ejercicio del Derecho (abusivo o antisocial o no —ahora no importa tanto esa cuestión—) dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad (12).

1. *Coordenadas en que ha de moverse la autonomía de la voluntad en la teoría del abuso del Derecho.*

Es acaso esa autonomía como poder del individuo, de la persona y como poder de la ordenación de la esfera privada del individuo entendiendo por tal el conjunto de derechos, facultades, titularidades, relaciones, etc..., la que sintetiza a la vez que acapara ese cúmulo de derechos subjetivos y que por ello debe ser moderada mediante criterios objetivos que nos suministran el artículo 1.255 del Código civil a través de las Leyes, la Moral y el Orden Público; el artículo 1.258 que extiende los efectos y la obligatoriedad de los pactos a las «consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»; y por último el artículo 1.275 que viene a decretar la nulidad de los contratos con causa ilícita, entendiendo por tal la que se opone a las leyes o a la moral.

Dentro de esas coordenadas debe moverse el ejercicio del derecho. Quiero decir con ello que el estudio —a posteriori de lo que sea abuso o ejercicio antisocial del derecho— debe ir precedido de esas consideraciones que nos suministran los preceptos citados, y que deben moderar el ejercicio del derecho, de prioridad histórica y lógica, si a éste lo consideramos desde la óptica de Windscheid.

En momento alguno puede prescindirse por tanto de esos preceptos en cualquier tratamiento que quiera hacerse de la teoría del abuso del Derecho, puesto que son su atmósfera, a la vez que límites y elementos esenciales del concepto del abuso del Derecho y que la doctrina reconoce estableciendo,

- a) Uso de un Derecho objetiva o externamente legal.
- b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.
- c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestado 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).

(12) Nos hemos referido anteriormente a las tesis de Windscheid y de Ihering, por ser las más características en la formulación de la teoría del Derecho subjetivo, viendo cómo pueden condicionar, y condicionando, calificando el acto como abusivo o no, y lo propio podríamos hacer respecto de las demás teorías esgrimidas por otros tantos tratadistas en el breve recorrido histórico que se ha efectuado en el primer capítulo de este trabajo. Queda apuntado el fenómeno condicionante de la concepción del Derecho subjetivo que se adopte previamente y de cara a la posterior construcción jurídica de la teoría del abuso del Derecho.

Más adelante tendremos ocasión de desarrollar cada uno de esos elementos. Hemos querido destacarlos aquí por ser el correlato fiel y exacto de los preceptos del Código civil a que antes hemos hecho mención.

2. *Dos versiones jurídicas socializantes en la teoría del abuso del Derecho.*

Por el contrario, si nos adherimos a la teoría de Ihering, quien como se ha dicho vería el fundamento en el interés jurídicamente protegido (el goce o ventaja que el ordenamiento jurídico proporciona al individuo), con independencia de su actitud tan individualista como la de Windscheid, y de la crítica a su doctrina (el Derecho no es nunca en sí mismo interés, sino medio de protección de dicho interés) estamos más próximos a una concepción sociológica del Derecho y superadora desde luego del uso «abstracto» de la expresión derecho subjetivo.

La socialización —leemos en Hernández Gil— (13) considerada formalmente ha venido recibiendo hasta el presente dos versiones jurídicas: Una la creación de un derecho específicamente social; la otra, la revisión desde el punto de vista social, de gran número de instituciones, categorías y teorías, y en su conjunto del total ordenamiento jurídico», y es que como advierte Chironi (14). «En la teoría del abuso del Derecho se producen en síntesis una serie de reglas que se reducen a que el Derecho como formación social (y voluntad social es la Ley que lo asegura) se realice por el sujeto en aquellos términos que impliquen un equilibrio entre el interés del individuo y de la colectividad, imponiendo que sea ejercitado el derecho de conformidad con su fin, y como lo ejercitan o lo ejercitarían, dada su posición económico-social, la mayor parte de las personas a quienes pudiera corresponder. Este límite dedúcese de la función social del Derecho».

Pues bien ambas versiones son de aplicación a la teoría del abuso del Derecho, pues la creación de un derecho específicamente social surge como es bien sabido como superador de la obra de la ilustración francesa al exacerbar el individualismo jurídico, y que como lógica reacción pendular ocasionaría más tarde el auténtico nacimiento de la teoría del abuso del Derecho.

Resulta muy significativo al respecto que precisamente los ordenamientos que con mayor dificultad y en tono más restrictivo han acogido el abuso del Derecho, han sido los que tradicional-

(13) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL. Esos planteamientos y preocupaciones son una constante en su doctrina. Ver en ese sentido, entre otras de sus obras, *La Función Social de la Posesión* —discurso leído el día 17-4-1967 en su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación—, Madrid, 1967.

(14) CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno*, t. II. Edit. Reus. pág. 380. Madrid 1928 (2.^a edic.).

mente se hallaban imbuidos de una mayor dosis de individualismo y concretamente entre ellos, los países anglosajones, aunque posteriormente la jurisprudencia inglesa fuera orientándose hacia soluciones de carácter más social que implicaban vedar el abuso del Derecho tanto en los supuestos de simples facultades legales en la esfera de la libertad individual, como en el campo de los derechos subjetivos.

La segunda versión de ese socialismo, en la que se inserta más decididamente la teoría del abuso del Derecho, hace referencia al uso antisocial del Derecho, y de las instituciones que comprende. En un capítulo posterior estudiaremos la incidencia y la distinta naturaleza de ese ejercicio antisocial según la disciplina y la categoría jurídica a que se refiera. Ahora, por exigencias de la exposición, establecemos algunas consideraciones sobre el uso y ejercicio antisocial del Derecho.

III.—VALORACION DEL USO, DEL ABUSO Y DEL EJERCICIO ANTISOCIAL DEL DERECHO.

El concepto de uso del Derecho aparece como más amplio que el del ejercicio del mismo entendido éste como simple goce o abstención del derecho. Ejercitar el derecho es, según Enneccerus (15) «no sólo hacerlo valer frente a los demás, sino también toda realización de hecho de su contenido», aunque convenga precisar que «no se prohíbe todo ejercicio del derecho que perjudique a otro», porque «hay derechos que, si han de ejercitarse alguna vez, no tienen más remedio que perjudicar a otro». Quizá por todo lo anterior no puede hablarse de un abuso, ni de ejercicio antisocial, cuando el derecho sea únicamente gozado pero no usado, y por tanto no serán susceptibles de abuso ni de uso antisocial los derechos llamados estáticos, reducidos al simple o mero hecho de su tenencia. Piénsese al respecto en los derechos derivados de la personalidad (derecho a la integridad física...), cuyo contenido viene limitado a exigir la no realización por los demás de actos que atenten contra un bien jurídico.

El problema se plantea en otros términos ante la posible abstención o no utilización del Derecho. No creemos que ante determinados supuestos pueda presentarse el caso del abuso del Derecho si se piensa que la institución del abuso debe recaer sobre derechos de contenido estrictamente egoísta.

Diferente en cambio se presenta el caso —contemplado expresamente por nuestro Código civil en su artículo 7, apartado núm. 2— en que no se produzca una abstención en el uso del

(15) ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. II, trad. de Pérez González y Alger. Ed. Bosch. Barcelona, 1935, pág. 532.

Derecho, sino un uso mediante actos omisivos, en los que sí creemos podría producirse el abuso.

La omisión, por ejemplo, en el cumplimiento de una determinada función social, sí que puede ser considerada como un uso antisocial. Pensemos en los derechos función en los que el ejercicio no es facultativo sino obligatorio para su titular al comportar una falta de realización del fin trascendente previsto en la norma.

Otra valoración a tener en cuenta respecto del uso consiste en que éste ha de referirse necesariamente a un derecho que esté expresamente definido por el Ordenamiento. Creemos que no puede estarse en presencia de la figura del abuso del Derecho ni de su ejercicio antisocial ante determinadas facultades integradas en el ámbito y en la esfera de los derechos de la personalidad, como sucede en el caso de la libertad simplemente, si no va referida a una libertad de expresión o de desplazamiento... esto es concretadas sus manifestaciones por hallarse con anterioridad expresamente reconocidas por el Derecho positivo y atribuidas a un determinado titular.

Todavía es más importante destacar que el uso del Derecho ha de producirse dentro de los límites externos fijados al mismo por la normativa legal, pues realmente toda la teoría del abuso del Derecho se monta y se construye sobre la base hipotética de que no se rebasen los límites externos de su contenido, ya que rebasados éstos, se abandona cualquier abuso del Derecho para incidir de lleno en lo que realmente sea ilícito.

1. *Daño a un interés no protegido.*

El segundo de los elementos del abuso del Derecho que se contempla por la doctrina y la jurisprudencia, hace referencia a la necesidad de un daño ajeno.

No es nuestro propósito ahora extendernos sobre el concepto de daño, dado que ante la inexistencia de especialidades que lo impongan, parece preferible hacer una remisión a la doctrina general elaborada sobre ese concepto.

De conformidad con la teoría general del Derecho civil, entendemos por daño, toda lesión, perjuicio o menoscabo real que se infringe a una persona en sus bienes, derechos o intereses, ya sean materiales o espirituales.

Al tratarse de un concepto muy amplio, entiendo que además debe quedar cubierta cualquier otra situación que entrañe peligro evidente respecto de esos bienes, derechos o intereses, esto es el aumento incluido de las posibilidades de que se produzca una lesión efectiva de un bien jurídico ajeno. Como consecuencia de lo expuesto, la indemnización será naturalmente distinta según que la lesión se haya producido o no y el alcance de la misma,

pero el ilícito penal al poder venir atribuido incluso en función del riesgo —como sucede en los delitos en general a los que atentan contra la seguridad del tráfico—, puede hacer innecesario que el resultado dañoso trascienda a la realidad para que el acto abusivo que lo origina sea considerado como tal cuando comporte un inminente peligro de intereses ajenos, siempre claro está que en virtud de la exigencia reconocida por la teoría general del derecho, conste la certeza del daño.

Resulta desde luego ocioso subrayar que a los efectos del abuso o de uso antisocial de un derecho, se valorará como daño el moral que afecta a los intereses tanto espirituales como intelectuales del individuo siempre que reúna requisitos de certeza y no simple eventualidad del mismo.

Como es bien sabido, la más importante especialidad del daño en orden a su integración en la teoría del abuso del Derecho, es la de que según la construcción doctrinal y jurisprudencial, ésta deberá recaer sobre «un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica», porque si en lugar de ese interés no protegido fuera el derecho subjetivo el efectivamente dañado, estaríamos más que ante el abuso o uso antisocial del derecho, ante una colisión de derechos, y entonces cualquier acción no sería «ex jure», sino «contra jus», y el titular del derecho dañado debería acudir a acciones específicas diferentes de las que corresponderían al abuso o ejercicio antisocial del mismo, como serían las consistentes en acciones de ineficacia, cuando no de ilegalidad del acto, con la consiguiente responsabilidad civil reparatoria de la lesión sufrida (16).

Conviene además tener en cuenta que para que exista el posible abuso o ejercicio antisocial del Derecho, es necesario que el interés lesionado aun no estando específicamente protegido, sea protegible, esto es que se presente como legítimo y digno de tutela por el ordenamiento (17).

El artículo 7 del Código civil en su nueva formulación legal ha venido a añadir un requisito relativo al daño que no aparecía, de manera explícita al menos, en la doctrina jurisprudencial, aunque pudiera colegirse de ella: la de que el daño debe ser ajeno o perteneciente a una tercera persona distinta del que lo ocasiona. No obstante, este requisito de la alienidad del daño sugiere alguna matización. Y es que creemos que en todos aquellos supuestos en que el daño lo sufre no solamente el propio dañador, sino también

(16) Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1964. En la misma se plantea la colisión o pugna de un derecho sin interés, con un interés sin derecho —situación esta última en la que quedan abiertas otras vías para que su pretensión quede reconocida (se trataba de una servidumbre forzosa de paso).

(17) El abuso del Derecho no puede invocarse en su favor por quien es responsable de una conducta antijurídica que lleva aparejada una sanción prevista en la Ley (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1968 y 30 de junio de 1970).

el tercero, puede invocarse el abuso del Derecho. El profesor Gitrama (18) se preguntó por qué para tercero y no para segundo. Iribarren (19) advierte que cuando la Ley se refiere a la defensa del tercero, se refiere también a la defensa del segundo. En realidad, como destaca Ruiz Gallardón (20), en la doctrina sobre el abuso del Derecho ha sido frecuente mencionar como «tercero» al que sufre el daño.

En realidad el fenómeno se dará no sólo cuando los intereses infringidos sean comunes a dañador y dañado, sino también en aquellos casos de uso antisocial de un derecho función, pues aunque «prima facie» pudiera reputarse establecido en favor del titular que lo ejercita realmente, su finalidad altruista y radicada en el servicio a un tercero, hacen que siempre pueda hallarse un interés ajeno perjudicado con su uso en forma antisocial. La teoría del abuso del Derecho de conformidad con la fórmula sancionadora del artículo 7.º, 2 podría excluirse ante supuestos de abuso de Derechos con finalidad altruista y cuando los perjuicios se limiten exclusivamente a los intereses propios del que establezca el daño.

2. *La inmoralidad o antisocialidad del daño.*

Desenvueltos hasta aquí los dos primeros elementos esenciales reconocidos unánimemente por la doctrina jurídica, el tratamiento de la teoría del abuso del Derecho resultaría insuficiente si el daño no reviste una especialidad que al trascender transforme la situación jurídica, con la consiguiente reparación. Tal especialidad no es otra que la inmoralidad o antisocialidad de la conducta que lo causó, que puede manifestarse en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio o legítimo) o en forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). Si el derecho es una tesis mediadora —leemos en Emilio Luque— (21) y la mensurabilidad jurídica estriba en la conducta que los hombres han de guardar cuando conviven, si en resumen lo jurídico es una manera de conllevarse, hemos de dar por cosas sentadas, ciertas, notorias y constantes y antecedentes de todo cuanto digamos las dos siguientes:

«a) Que la moralidad es sustancia de la convivencia interindividual y que no cabe la vida colectiva sin un respeto a determinados imperativos éticos.

(18) GITRAMA, M., *La corrección del automatismo jurídico...* páginas 157-158.

(19) IRIBARREN. Intervención en las Jornadas de Zaragoza, resumida en el «Boletín de las Jornadas de Derecho civil», núm. 4 (25 abril 1975), pág. 5.

(20) RRIZ GALLARDÓN, Rafael, *El abuso del Derecho en la nueva Ley...*, pág. 1187.

(21) JUAN EMILIO LUQUE, *El abuso del Derecho...*, pág. 426.

b) Que la norma jurídica, cuyo contenido es necesariamente ético, si quiere ser vital, consiste en la norma y en la mensura por donde se han de contemplar y apreciar los actos convivenciales, de ahí la certeza de la norma, la que a su vez requiere la certidumbre, o sea, la obligación de indefectible de que lo dispuesto en la norma se cumplirá.»

Moralidad y certidumbre de la norma jurídica son, por consiguiente tomadas en presuposición para investigar la corrección de las mediaciones.

A) MANIFESTACIÓN SUBJETIVA.

a) Intención de dañar.—El primero de los supuestos viene a cristalizarse en el ejercicio mismo del derecho con intención de dañar. Y esa intención ha de hallarse suficientemente acreditada sin que quepa presumirse, toda vez que, si es una circunstancia que puede apreciarse por deducción «ha de desprenderse de hechos ciertos que con eficiencia o razón lógica lo revelen» (22).

El Código civil silencia los posibles supuestos en que la intención de dañar coexisten con otras de motivación del acto abusivo, lo que plantea un difícil problema cuando no de imposible solución apriorística. Pero es que además la exigencia de que la intención de dañar sea la única que concurre en el acto, imposibilitaría en la práctica la apreciación de supuestos de abuso, pues siempre resultaría cómodo para el dañador acreditar la existencia de otra motivación. Si optamos por la solución contraria, es decir la de apreciar el abuso en cuantos casos mediara la intención de dañar aunque concurriera con otros motivos legítimos, tampoco se presenta como justa. Dificultad que igualmente ha resaltado el Profesor Espín (23) cuando se trata de averiguar si la intención de dañar

(22) Así se muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1959 (no es dable ni se puede confiar al nuevo juicio o criterio subjetivo del que enjuicia).

(23) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil Español*, vol. I, 3.^a edic. Editorial Revista de Derecho Privado, 1968. pág. 442. En dicho manual y en la página 441, pie de página 2, se encuentra numerosa bibliografía, especialmente extranjera, respecto a la teoría del abuso del Derecho, que copiamos a continuación: CASTIGLIONI, *El abuso del Derecho*, Buenos Aires, 1921; CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del Derecho*, Madrid, 1917; CASSO, *Aportación a la sistemática del abuso del Derecho*, Sevilla, 1935; CAMPION, *De l'exercice antisocial des droits subjectifs*, (‘‘Hh eorie de l'abus des Droits), Paris, 1925; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Apuntes sobre el abuso del Derecho*, RGLJ, 192, 1915, 74; FLEITAS, *Del abuso del Derecho en la reforma del Código civil argentino*, 1944; GIORGIANNI, V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; JORDANO, *Abuso de Derecho y fraude a la Ley*, ADC, 1969, 958; JESSERAND, *De l'abus des droits*, 1905; JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativit e*, Paris, 1927; trad. esp.: *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Méjico, 1946; MARKOVITCH, *La théorie de l'ab us des droits en droit compar e*, Paris, 1936; MARÍN, *Abuso del Derecho*, NEJE,

es el móvil, único o principal del acto abusivo que convertiría a los jueces en censores de conciencias. Es posible que ante esos problemas la solución correcta venga dada al estimar que en la apreciación del abuso del Derecho exista esa intención como la motivación principal.

Podría acudir en la solución del problema a la reducción del Derecho subjetivo al Derecho objetivo, como la fórmula de Kelsen (24) a una absorción del uno por el otro, excluyéndose todo abuso (Kelsen habla del abuso ideológico) de esas dos nociones.

Naturalmente el abuso del Derecho desaparecerá en los casos en que la intención del agente convierta en ilícito el acto lesivo. Así venía ya entendiéndose por nuestra jurisprudencia y así lo ha consagrado nuestro Código, cuando en la exposición de Motivos que precediera a la nueva normativa, al hablar de la intencionalidad del agente se dice expresamente que «no ha de consistir, sin embargo, en su comportamiento doloso o culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil».

b) Ausencia de Interés.—La segunda manifestación subjetiva de inmoralidad o antisocialidad en el uso del derecho se refiere a su ejercicio «sin un fin serio y legítimo», o, lo que es igual sin que el titular, al ejercerlo, lo haga movido por un interés tal que explique su actuación.

Ese interés o su falta deberá, por tanto, ser valorado más que desde unos intereses determinantes para el legislador comprendidos en la ley (positivismo jurídico tal como lo implantara Rudolf von Ihering) y que deja sin resolver el problema de una conexión interna lógica de la unidad intelectual del ordenamiento jurídico (25), desde una finalidad político social y de su función social.

Conocida es la postura al respecto de Wieacker quien se ha manifestado en el sentido de resaltar la función valorativa de la ciencia jurídica. El abuso de la ley—dice ese autor—como instrumento de una contingencia política, no tiene que ver nada con las superiores exigencias de la convivencia. Valores que estimulan e invitan al hombre a una decisión personal que es siempre un acto de su libertad. Con el valor se alumbraba una nueva dimensión: la del espíritu del Derecho (26).

II, 127); MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del Derecho y el orden jurídico-administrativo*, Madrid, 1947; RODRÍGUEZ ARIAS, *El abuso del Derecho en la historia y en la legislación comparada*, RCDI, 1955, 129; PARDO, *El uso, abuso y no uso de los derechos subjetivos*, RDP, 1964, 3; PERREAU, *Origines et développement de la théorie de l'abus de droit*, "Revue gen. Droit, Legislation et Jurisprudence", 1913; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.^a ed., núms. 90 ss.; ROTONDI, *L'abuso di diritto*, "Rivista diritto civile", 1923, 195.

(24) HANS KELSEN, *Teoría pura del Derecho*. Ed. Universitaria de Buenos Aires. Decimocuarta edición. Agosto 1976, pág. 123.

(25) COING, *Juristenzeitung*, 1951, pág. 484.

(26) Ver ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Volumen III, 1973, pág. 28.

Por lo demás, alguna referencia se ha hecho anteriormente a esta idea de interés cuando se trataron de combinar y armonizar las dos teorías tradicionales sobre la naturaleza y estructura del derecho subjetivo, la de Windscheid y la de Ihering. Conjugadas ambas nos darían la siguiente fórmula: «El derecho subjetivo es un interés protegido por el ordenamiento jurídico mediante el reconocimiento de la potestad humana de querer; un poder de la voluntad para la realización de un interés». Poder o potestad de querer e interés protegido mediante él, son las dos ideas básicas y conforme a ellas, tomándolas como base y punto de partida, se aclaran entre otros los problemas del uso, abuso y no uso del derecho subjetivo —leemos en José Luis Pardo López (27).

Para Carnelutti, quien como es sabido se ha preocupado de esa idea fundamental que es el interés, no es sino la aptitud de las cosas, materiales o inmateriales (cosas corporales y servicios de los hombres), para satisfacer las necesidades humanas y subsiguiente deseo o interés del hombre de tenerlas a su disposición.

La exigencia de este fin o interés en el uso del Derecho resulta lógico si tenemos en cuenta que, el ejercicio de un derecho subjetivo dentro de los límites en que ha de moverse, supone una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de los daños causados a terceros en razón precisamente a la necesaria protección de ese fin o interés que se contempla en la Ley, bien venga dado ese interés en favor de un determinado titular, como sucede en los derechos de finalidad egoísta a los que en repetidas ocasiones nos hemos referido o bien se conceda en favor de un tercero, como en los derechos-función.

El fin o interés ha de ser ante todo legítimo, lo que supone su conformidad no sólo con el tenor del precepto en que se apoya, sino también con el espíritu que conforma el ordenamiento jurídico.

Por otra parte el interés contemplado debe ser «serio»; ¿qué se quiere decir con esta expresión? ¿Puede concebirse de forma apriorística una valoración o un juicio de tal término?

Se podrá discutir sobre si el daño es o no es un factor esencial de la idea del abuso del Derecho, pero no creemos que pueda excluirse esa idea de daño, al menos cuando se produzca para «valorar» ese fin serio. Creemos que al menos en esos casos se produce una relación de causa a efecto entre lo que no sea serio jurídicamente y la cuantificación del daño. La apreciación de ese fin serio no especificado habrá de confiarse al órgano judicial. De esta forma se deja al Juez un margen grande de posibilidades de apreciación quien habrá de tener en cuenta aquellas normas de equidad, de buena fe, de buenas costumbres, de orden público, etc., que mejor se adapten a las transformaciones económicas y sociales, contexto del que la teoría del abuso del Derecho creemos no

(27) JOSÉ LUIS PARDO, *El uso, abuso y no uso...*, pág. 4.

puede abstraerse en momento alguno. También aquí la interpretación jurídica consistirá no tanto en averiguar la voluntad del legislador entendida psicológicamente, como investigar y valorar los intereses para él determinantes.

Importa por lo demás resaltar la evidente interrelación que media entre las dos modalidades subjetivas de manifestación de la inmoralidad en el uso del derecho, y que cuando falte ese interés al que venimos refiriéndonos, al menos existirán graves indicios que presuman la concurrencia de una intención dañosa.

B) MANIFESTACIÓN OBJETIVA: DIVERSOS ASPECTOS DE ESTA MANIFESTACIÓN.

Cuando la inmoralidad o antisocialidad antes estudiada no proviene del autor sino «del objeto o de las circunstancias» en que se realiza el ejercicio y que «sobrepasan notoriamente los límites normales», se habla por la doctrina jurisprudencial de una manifestación objetiva del abuso y que se concreta «cuando el daño proviene del exceso de anormalidad en el ejercicio del Derecho».

Como criterio doctrinal para determinar en qué supuestos habrá de estimarse la existencia de esa modalidad objetiva del abuso del Derecho, hay que recurrir a la tesis mantenida por Jossierand en torno a la idea de finalidad conforme a la cual se debe actuar el derecho subjetivo.

Alguna referencia hemos hecho anteriormente sobre la valoración de derecho según que tengan carácter altruista o egoísta. «La sociedad dispone los egoísmos individuales al servicio de la comunidad; y puesto que cada egoísmo concurre al objetivo final, es de toda evidencia que cada uno de nuestros derechos subjetivos debe ser orientado y tender hacia ese objetivo; cada uno tiene su misión propia que cumplir, lo que equivale a decir que cada uno de ellos debe realizarse conforme al espíritu de la institución; en realidad, y en una sociedad organizada, los pretendidos derechos subjetivos son derechos-función; deben mantenerse en el plano de la función a la que corresponde, pues en otro caso, su titular comete una desviación, un abuso de Derecho».

La tesis de Jossierand parece válida en el razonamiento pero quizá extremada, categórica e indiscriminada en su conclusión, pues por ejemplo los derechos de contenido egoísta y ejercidos con ese carácter (tal cualificación de egoísta o altruista exigirá muchas veces por parte del sujeto que actúa el Derecho un previo conocimiento) pueden o no ser un derecho-función. Dabin (28) admite que aun los derechos de contenido egoísta tienen una función que cumplir, pero de ahí a llegar a la conclusión de que por ser dados por la sociedad los derechos deberían ejercerse en función

(28) DABIN JEAN, *El Derecho subjetivo*. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 359, Madrid, 1955.

del bien de ella, a falta de lo cual nacerían el abuso por desviación del Derecho de su fin social, hay una distancia que no puede franquearse».

Ante esos derechos instrumentados con finalidad egoísta, Mazeaud (29), acude a un criterio según el cual «la cuestión debe ser resuelta simplemente por aplicación de la definición de falta; aquel que ejerce un derecho con intención (ya se ha visto anteriormente la problemática que suscita la intencionalidad), comete una falta delictiva; aquel que sin intención maligna, se comporta al ejercer un derecho de manera distinta de como lo habría hecho un individuo prudente, es decir, con imprudencia o negligencia, comete también una falta cuasi-delictiva; en los dos casos su responsabilidad aparece comprometida» y concluye finalmente «es indiferente que el daño haya sido causado en el ejercicio de un derecho o fuera de él, puesto que la solución es la misma; deberá procederse siempre a investigar si hay falta, y cuando la haya condenar al autor del daño a su reparación.

Pero esta teoría de la falta que reconduce a una política de resultado, como es la consiguiente responsabilidad civil, no parece que pueda admitirse puesto que incide en la ilicitud, escapando así a la pura teoría del abuso del derecho. Quizá por ello el único criterio válido para la determinación del abuso de los derechos egoístas sea el de acudir al de la moralidad. Se ejerce por tanto un derecho dentro de la esfera de la legitimidad que se realiza de forma moral referida a unos criterios sociales. Exigencia por tanto de una moral social (no ética) integrada de normas que prohíban a cada persona hacer mal a los demás y desenvuelta dentro de deberes de justicia, equidad y humanidad que existen como cobertura de la legalidad.

Cuando un acto «sobrepasa los límites normales» y supone un ataque a la norma moral, será problema a la vez que función que incumbirán al órgano judicial que decidirá sobesando los hechos sobre la moralidad o inmoralidad del acto. Función por tanto interpretativa a realizar por los tribunales y que en materia de abuso del Derecho deberá efectuarse con carácter restrictivo. En ese sentido se ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al establecer que «el principio general prohibitivo del abuso del derecho es de índole excepcional y de alcance restrictivo (30), así como la de que «la doctrina del abuso del derecho no cabe interpretarse extensivamente por respeto a la seguridad jurídica, principal postulado de nuestro Derecho positivo (31), sentencias que no vienen sino a confirmar una vez más la trascendental tarea que la Jurisprudencia ha desempeñado en la creación y elaboración de la teoría del abuso del Derecho.

No quedaría completo este tema si no nos refiriéramos a las

(29) MAZEAUD, *Responsabilité civile*. Volumen I, pág. 623.

(30) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1963.

(31) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1962.

consecuencias jurídicas que tal acto abusivo o antisocial genere y que podrían concretarse en dos: la ineficacia del mismo, y si fuera posible su anulación, si es que no puede el mismo recomponerse y ejercerse normalmente, y la consiguiente reparación del daño causado.

El problema parece complicarse cuando en el acto hayan intervenido terceras personas, o se vean éstas afectadas por el mismo. Nuestro Derecho positivo no suministra criterios al respecto pero quizá por aplicación analógica de situaciones parecidas previstas en el Código civil y en algunas otras leyes, haya que acudir al criterio de su buena o mala fe.

La Sentencia de 24 de febrero de 1959 así lo proclama al establecer que «tal doctrina es de sencilla y clara aplicación cuando la relación jurídica vincula únicamente al titular del derecho que lo ejercita abusivamente y al lesionado perjudicado, puesto que su aplicación lleva o a la nulidad del acto de extralimitación de facultades jurídicas o a su limitación dentro de los cauces del normal ejercicio del derecho, o en último término, a la indemnización del perjuicio indebidamente causado; se complica en sus efectos gravemente cuando el negocio jurídico relaciona o vincula además a terceras personas, ya que en este caso puede suceder que los terceros sean ajenos a la voluntad torpe del titular del derecho y a su intención de dañar o perjudicar con el abusivo ejercicio de sus facultades, por lo que concurren al negocio jurídico fiados en su normalidad externa y los derechos que adquiere son plenamente legítimos y exigibles y sólo será dable al perjudicado promover el reconocimiento del daño de aquél que se lo ha causado; o por el contrario, si los terceros conocedores del torpe móvil que encierra la voluntad del titular, coadyuvan con sus actos a la consecución del fin ilegítimo por inmoral o antisocial, en cuyo supuesto los negocios jurídicos adolecen de un vicio originario que les hará caer en la inexistencia que llevará en todo caso a la ineficacia de los actos aparentemente jurídicos y a la responsabilidad o perjuicios de cuantos intervinieron en la confabulación, en el dolo asignado».

La segunda consecuencia jurídica que consiste en la reparación del daño causado, sí que se contempla específicamente en el apartado segundo «in fine» del artículo 7 del Título Preliminar. Pretende el legislador en ese apartado borrar las consecuencias dañosas originadas por el acto a la vez que impone al autor del abuso o de uso antisocial, una obligación reparatoria que se concreta en la indemnización del daño causado, a la vez que previniendo que el acto abusivo o antisocial pueda seguir causando efectos dañosos, establece la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, fórmula esta que al introducir una acertada iniciativa ha sido unánimemente aplaudida por la doctrina (32).

(32) Ya Ripert se había mostrado en el sentido de que la Ley no

El texto no concreta cuáles puedan ser esas medidas, por lo que su atipicidad legal habrá de ser configurada en cada caso por los órganos competentes. De la exposición de motivos parece admitirse cualquier condena de hacer o no hacer que sea además susceptible de «ejecución en forma específica».

No parece que existan grandes dificultades para suponer que por lo que se refiere a las medidas judiciales, éstas se contengan en una resolución judicial con rango de sentencia, producida tras un proceso contradictorio en el que se puedan adoptar —si la Ley de Enjuiciamiento lo permite— medidas cautelares para ello; criterio este expuesto por el profesor Díez Picazo (33) y que hacemos nuestro. Este mismo autor señala mayores dificultades a la hora de averiguar en qué consistan precisamente las medidas administrativas: «No parece —indica el anterior autor— que el artículo 7.º del Código civil suponga una plena legitimación de la Administración pública, ni una atribución de competencia a la misma, en toda su posible escala de órganos, para adoptar medidas de preservación de los particulares frente a los abusos. Entiendo que la norma del Código civil es de mera remisión y que la autoridad administrativa tendrá legitimación y competencia cuando se la atribuyen las leyes especiales por las que se rija».

IV.—VALORACION DEL ABUSO Y EJERCICIO ANTISOCIAL DEL DERECHO CON REFERENCIA A ALGUNAS DISCIPLINAS JURIDICAS

Ya anteriormente hemos destacado que el abuso del Derecho viene a ser como una especie de enfermedad que puede atacar cualquiera de los sectores jurídicos.

1. *En el Derecho civil.*

Acaso sea en el campo del Derecho civil donde el abuso del Derecho pueda ser valorado en mayor medida por cuanto en el mismo hay múltiples manifestaciones en que tal teoría del abuso se hace patente. Resulta significativo destacar que fue precisamente en ese sector donde se adoptaron las primeras fórmulas correctoras del acto de emulación y que desembocarían en la formulación de la teoría general del abuso del Derecho.

La idea de la supuesta igualdad de las partes ante la relación jurídica civil, no deja de ser una entelequia distante de la realidad en muchas ocasiones, condicionando cuando no falseándose la autonomía de la voluntad al tener que aceptar aquellas condiciones

sólo debe limitarse a reusar su protección al acto abusivo, sino que debe mirar a impedirlo.

(33) LUIS DíEZ PICAZO, *El abuso del Derecho y el fraude...*, pág. 1334.

contractuales impuestas por imperativos subjetivos u objetivos, cuando no por sistemas monopolísticos en una determinada circunstancia y en un país determinado. Condicionamientos que repercutirán sobre la parte débil de la relación contractual, lo que supone admitir por ello un trato discriminatorio a la vez que favorable para la parte que impone cláusulas abusivas en esa contratación. Desde esa perspectiva, la resolución del contrato que contempla el artículo 1.124 de nuestro Código civil por ejemplo, concediendo distintas opciones a la «parte perjudicada» no parece justa puesto que el contrato nace a la vida jurídica tarado por el abuso del Derecho.

Los ejemplos observables en esta disciplina están en la mente de todos y no parece este el caso de enunciarlos. Desde aquí queremos no obstante hacer una serie de reflexiones respecto de una parcela del Derecho anclada a caballo del sector público y privado como son los derechos fundamentales de la persona, en los que la valoración ha de hacerse desde una perspectiva estática por contraposición a la valoración dinámica de relaciones contractuales cuyo contenido se inserte en instituciones como la propiedad o la posesión por ejemplo.

Naturalmente obviamos aquí el problema tradicional a la vez que dogmático en orden a la enumeración y clasificación de los derechos fundamentales ante la falta de conformidad manifestada en la doctrina (34) para referirnos a aquellos derechos fundamentales que tienden a la protección de la seguridad jurídica del individuo, los que pretenden salvaguardar la libertad de su actividad física y psíquica, y aquellos ordenados para garantizar su libertad intelectual y finalmente los estatuidos. Veamos someramente y dentro del primer grupo:

a) *Derecho a la seguridad*.—El respeto de la seguridad individual por parte del Estado, exigirá por parte de éste una especial conformación, así como el comportamiento de sus órganos que deberán sujetarse a las reglas del Derecho. En orden al aseguramiento de ese respeto, como primera garantía exigible al Estado, es la de autolimitación de su poder a través de la división de poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, cumpliendo cada uno sus típicas funciones, controlando cada uno a los restantes y ase-

(34) La controversia en la doctrina puede verse no sólo cuando viene establecida en términos de "numerus clausus" o "numerus apertus" de tales derechos, sino desde el punto de vista del sujeto, del objeto, del contenido y de la jerarquización de los mismos. Ver en ese sentido entre otros muchos autores J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los Derechos del Hombre*, 2.^a ed., Reus, S. A., Madrid 1976, págs. 25 y sigs.

Más recientemente J. BELTRÁN DE HEREDIA. Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de marzo de 1976 sobre "Construcción Jurídica de los Derechos de la Personalidad", págs. 51 y sigs.

Ver nuestro artículo: *Los Derechos de la personalidad en la Constitución española*, "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", enero 1979, págs. 3 a 32.

gurando su funcionamiento conforme a postulados y principios de sumisión al Derecho.

Control que por lo que respecta al legislativo se concreta a través de dos clases de garantías:

a) Las preventivas tendentes a evitar cualquier arbitrariedad parlamentaria (derecho de petición, participación del pueblo en la tarea legislativa mediante la iniciativa popular y el derecho de veto...), y

b) Las represivas para paliar cualquier lesividad de aquellas posibles siempre arbitrariedades (a través del control de constitucionalidad de las leyes).

Si formalmente la protección de la seguridad del individuo contra la arbitrariedad del Estado legislativo se concreta en que la norma jurídica revista el rango de Ley, la imparcialidad exige de ésta tres requisitos como son: la normatividad, la impersonalidad y la irretroactividad. No toca ahora hablar de esos tres requisitos que nos alejarían del propósito buscado en este trabajo. Digamos únicamente que se trata de recabar para la Ley su exclusividad, que ésta ha de ser dictada con vocación de generalidad y que la propia seguridad exigirá que determinados derechos subjetivos adquiridos al amparo de una determinada normativa anterior, sean respetados por la que posteriormente la derogue, principio este de la irretroactividad susceptible de ser matizado según las distintas parcelas en que se escinde el ordenamiento jurídico.

Más frecuente que la arbitrariedad legislativa y por tanto más fáctica y peligrosa para la seguridad individual, resulta ser la arbitrariedad administrativa concretada en muchas ocasiones en la realización de actos que pueden comportar evidentes atentados a la seguridad de los ciudadanos, y que no son sino manifestaciones de abuso o desviación de poder. En evitación de éstos se impone el acatamiento a la división de poderes, al principio de legalidad y el control jurisdiccional de la actuación de la Administración.

También el abuso del Derecho puede provenir del poder judicial no sólo desde una perspectiva contra la seguridad jurídica, sino también física. Esa posibilidad de atentado a los derechos fundamentales puede advertirse de forma inmediata; de ahí que tanto las Declaraciones de Derechos como las Constituciones regulen detalladamente los condicionamientos impuestos a la actuación penal de los órganos jurisdiccionales que habrán de ser garantes para que la privación de los derechos se ajuste a los principios de la más estricta juridicidad, sin limitaciones que impidan el acceso del individuo por cualquier circunstancia al órgano jurisdiccional, que deberá actuar en todo momento con imparcialidad e independencia.

b) *Derecho a la libertad física.*—Este Derecho se orienta en torno a la llamadas libertades físicas o corporales y entre las que pueden incluirse los derechos relativos a la vida e integridad física que cristalizan en un derecho estático que exige un absoluto respeto

por parte de los terceros, bien sean los restantes individuos o incluso el mismo Estado.

El carácter eminentemente estático de los derechos al respeto de la vida y de la integridad física, y casi absoluto, dificultarán al máximo la casuística e hipótesis del abuso del Derecho. Acaso una defensa activa por parte del titular ocasione daños que pueden ser superiores a los que pudieran estimarse ciertamente necesarios. Estoy pensando, como puede advertirse en los supuestos de legítima defensa que cuando se trata de un exceso en la misma, entra de lleno en la teoría del abuso del Derecho.

Más problemática se presenta la cuestión del reconocimiento del Derecho a disponer o no de la propia vida. Contentémonos aquí con señalar que el suicidio como conducta contraria a Derecho no supone sino una especie de conversión de lo que hasta hace poco tiempo se ha considerado ilícito, en abuso del Derecho y un uso inmoral del Derecho; criterio éste que hacemos extensible a los supuestos de eutanasia propiamente dicha, como a los supuestos de ortotanasia o eutanasia por omisión que supone una abstención de cuidados ocasionando la muerte natural, y a casos de eugenésica que como se sabe defiende la muerte de los seres que por hallarse privados de «valor vital» vienen a suponer una carga o un riesgo de contagio de enfermedades o degeneración de la raza que amenaza a toda la sociedad. Uso por tanto abusivo de las tres manifestaciones anteriormente expuestas.

Distinta es la valoración que ha de hacerse de la distansia que supone la muerte de un enfermo incurable e irreversible reducido a vida vegetativa y que tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, la interrupción del curso vital aparece como lícita y por tanto el ejercicio de ese derecho extinguiendo la vida no puede reputarse en modo alguno de abusivo.

c) *Derecho a la intimidad del domicilio.*—Este Derecho no puede presentarse como absoluto y por tanto aparece como sujeto a limitaciones e incluso en ocasiones susceptible de ser reputado como abusivo, especialmente cuando es considerada la institución del domicilio familiar en casos en que la designación del mismo se haga por el titular de una manera inmoral o con la intención de perjudicar a alguno de los miembros de que se nutre la familia.

Aparecerá además el abuso del derecho cuando la utilización del domicilio sea tal que suponga molestias a un tercero. También aparecerá el abuso del derecho o el acto ilícito cuando alguien se aprovecha de la supuesta inviolabilidad del domicilio para fines inmorales o tendentes al perjuicio ajeno —encubrimiento o comisión de actos dañosos, inmorales o delictivos.

d) *Derecho a la imagen.*—El tratamiento del abuso del Derecho respecto al Derecho a la propia imagen está de entrada en gran parte condicionado por la clase de personas a la que se refiera, y los límites vendrán impuestos según el carácter de la persona a considerar en el ámbito público o privado. Se quiere decir con lo anterior, que manifestaciones relativas a la vida familiar e incluso

actividades profesionales que deben ser protegidas de la indiscreción ajena, pueden ser objeto de lícita curiosidad ante personajes populares dedicados por ejemplo a la política o a otras actividades públicas, en los que el abuso del Derecho se muestra más restrictivo.

e) *Libertad de desplazamiento*.—Se trata éste de un derecho tradicionalmente reconocido a los ciudadanos por las Declaraciones Programáticas de Derechos y por las mismas Constituciones (35), e implica la utilización de todos los medios y vías de locomoción con las consiguientes restricciones emanadas de reglamentaciones de policía y de circulación.

También aquí advertimos la aplicación correctora de la teoría del abuso del Derecho en supuestos en que aquellos ejercicios del Derecho se realicen con ánimo de perjudicar a terceros, como sucede en supuestos de circulación que suponga una merma cuando no una exclusión del Derecho de los demás a circular, o el abusivo estacionamiento de vehículos.

Dentro ya del segundo grupo de Derechos ordenados para garantizar la forma de pensar del hombre, tenemos:

a) *Libertad de opinión y de religión*.—Un estudio medianamente detenido de este tema, incluso desde la perspectiva del abuso del Derecho, nos llevaría demasiado lejos, y no puede ser ahora ese nuestro propósito. Con un alcance limitado por tanto, la simple enunciación de esos derechos son la garantía última de la libertad de conciencia. Incluso para el hombre menos liberal, repugnaría el no reconocimiento de la absoluta libertad para alcanzar cualquier convicción, sea equivocada o no, aunque esa posibilidad así planteada resulte insuficiente, si reflexionamos en los siguientes interrogantes:

¿Si se trata por tanto de un Derecho tan absoluto, y por ello no susceptible de abuso, qué sucede cuando el derecho es ejercitado activamente? Creemos aquí que las nociones de orden público y buenas costumbres constituirán firmes limitaciones a la libre emisión de opiniones sobre cuestiones civiles o religiosas (36). Por lo demás, en la manera en que las mismas sean expuestas, deberá contar igualmente como limitación el respeto hacia terceras personas.

¿Cuando la manifestación o la opinión resulte manifiestamente

(35) En ese sentido se muestran la Declaración Universal formulada por las Naciones Unidas en 1948 y los Pactos y Convenciones de las Naciones Unidas de 1966.

Nuestra Constitución, en su artículo 19, establece literalmente: "Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos".

(36) El Derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones —sin adjetivación alguna—, pero mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, se contempla en el artículo 20, apartados a) y c) de nuestra Constitución.

inmoral, estaremos ante un abuso del Derecho, aún cuando aquélla se ajuste a límites legales? ¿Cómo se armoniza el binomio legalidad-moralidad?

¿Respecto a determinadas opiniones políticas emitidas por funcionarios en una especial relación de servicios, puede advertirse, y en qué ocasiones el abuso del Derecho?

Los ordenamientos jurídicos ofrecen soluciones diversas a ese problema de acuerdo con la ideología que las impulsa y que irían desde concepciones más o menos totalitarias, hasta una prohibición expresa de participar activamente. Un temperamento intermedio y más liberal propio del sistema francés —al margen claro está de las excepciones en cuanto a los Cuerpos Armados y Judiciales—, exige una obligada discreción en la expresión de sus opiniones políticas.

Todos los anteriores interrogantes y otros muchos que podríamos hacernos, y sus posibles soluciones, deberán ser valorados con criterios razonables y amplios siempre de libertad, como presupuesto de la igualdad, y de neutralidad, tarea esta que por lo que respecta a nuestra Constitución será servida y llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, al que se refiere el Título IX (artículos 159 al 165) de aquella recientemente aprobada en Referéndum Nacional con fecha 5 de diciembre de 1978, y sancionada solemnemente por el Jefe del Estado con fecha 27 del mismo mes y año.

b) *Derechos a la información y a la enseñanza.*—Estos dos derechos que componen el grupo de los que garantizan la actividad intelectual y psíquica de la persona, ofrecen algunas particularidades que escapan a la teoría del abuso del Derecho por cuanto se trata de unos derechos estáticos y desde luego de alcance casi absoluto.

Toda persona por el hecho de serlo, deberá ser suficientemente informada por cuanto que ello resulta de interés para sus actividades individuales, familiares, sociales y políticas, así como recibir la adecuada enseñanza o instrucción que venga a completar al máximo el total desarrollo de su personalidad. Se trata de supuestos, en los que la persona es mero receptor pasivo por tanto de esos derechos. De ahí su estaticidad, su configuración de Derecho-función, y la dificultad de establecer limitaciones a los mismos.

Pero esos mismos derechos se complementan y posibilitan cuando son ejercidos activamente —lado activo del ejercicio del Derecho, de su contenido— y entonces sí que pueden advertirse y establecerse limitaciones ante un posible ejercicio antisocial de un derecho, ocasionando daño a terceros, lo que comportaría su ineficacia y eventualmente la necesidad de reparar el daño causado que lleva consigo.

Para terminar con este apartado de protección del Derecho público subjetivo, nos referiremos a una serie de derechos que tienden a garantizar la actividad social de los individuos, conocidos con la expresión de Derechos de expresión colectiva.

Vienen a incluirse en este grupo, los derechos de reunión y asociación también objeto de reconocimiento universal por parte de Declaraciones Programáticas y Constitucionales (37). En ambos derechos late una idea común: La actividad de varias personas que tratan de conseguir un fin altruista y trascendente que no podría obtenerse con el esfuerzo de uno solo. Ese altruismo es el que confiere el carácter de derechos-función, a los que en repetidas ocasiones, a lo largo de este trabajo nos hemos venido refiriendo, y que al no ser absolutos encontrarán las inevitables limitaciones que los ordenamientos jurídicos establecen como son: la moral, el orden público, el respeto a los demás...

Conviene sin embargo decir respecto al Derecho de Asociación, que dado que este Derecho puede cristalizar en Asociaciones que pueden llegar a poner en peligro la estructura social del Estado, sea lícito que éste en defensa de su propia integridad limite los fines de aquellas para que no se tornen abusivos o antisociales en perjuicio de los intereses de los particulares. Y es que cuando se conculquen esos fines señalados, habrá también de entrar en juego la eficacia correctora de la teoría del abuso del derecho, puesto que el mismo se ejerce antisocialmente.

Aquí como en tantas ocasiones, los derechos-función sufrirán de las inevitables restricciones en cuanto a su uso, cuando éste suponga un daño para terceros, que deberá ser reparado.

2. *En el Derecho penal.*—Aquí el abuso del Derecho se presenta con incidencia menor en cuanto que viene ciertamente dificultada por el principio de legalidad que reduce el margen del posible arbitrio judicial, aunque la idea del abuso del Derecho todavía se manifieste para agravar determinadas situaciones como serían:

Abusar de superioridad o emplear medio que debilite la defensa (art. 10, 8.^a) del Código penal.

Obrar con abuso de confianza (art. 10, 9.^a).

Otros supuestos de abuso del Derecho en el campo penal, serían aquellos en que la pena resulta extremadamente grave o leve en relación con la entidad del delito, o en el ejercicio de acciones penales contra una persona con objeto de coaccionarle al cumplimiento de una simple obligación civil.

3. *A modo de observación final.*

Digamos para terminar, que aunque efectivamente como queda advertido, el artículo 7, 2 del título preliminar de nuestro Código civil, permite su aplicabilidad al ámbito de cualquier disciplina ju-

(37) Nuestra Constitución regula esos derechos en dos artículos distintos: El 21 para el Derecho de Reunión y el 22 para el Derecho de Asociación. Al estar integrados por elementos comunes, doctrinalmente son tratados conjuntamente, aunque en el Derecho de Reunión se vea más el aspecto de agrupamiento momentáneo, no intencional, convencional, o permanente, que se observa en el de Asociación.

rídica y por tanto referida a cualquier derecho fundamental donde el abuso precisamente puede ser valorado más gravemente, parecería oportuno que la consagración del abuso del Derecho se hubiera reflejado en nuestro texto Constitucional. Ese criterio se ha tenido en cuenta en Alemania, país en el que la Ley Fundamental de la República Federal de 8 de mayo de 1949, en su artículo 18 establece que «pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa, la libertad de enseñanza, la de reunión, la de asociación, el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, así como el derecho de propiedad y el de asilo, quien para combatir el régimen fundamental de libertad y de democracia abuse de los mismos. La pérdida y la extensión de la misma será dictada por el Tribunal Constitucional Federal».

En nuestra Constitución tal reconocimiento no aparece explicitado y sólo por vía interpretativa podrá superarse la ausencia de una norma en tal sentido.

Quizá si no a nivel de reconocimiento explícito del posible abuso del Derecho en los Derechos Fundamentales, sí a nivel de principios informadores de los mismos, podamos acudir al artículo 9 de la Constitución en sus tres apartados, genéricamente el primero y específicamente el tercero. ¿Suficiente? En su día el Tribunal Constitucional tendrá la palabra.