

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES

Decano en funciones
Dr. Angel Góchez Marín

Secretario
Dr. Manuel Atilio Hasbún

Colección Ciencias Jurídicas

Volumen 2

Director: Salvador Navarrete Azurdia

Impreso en los Talleres de la Editorial Universitaria "José B. Cisneros".

La Evolución Contemporánea del Derecho
y la Teoría del Abuso del Derecho

T
342
057e

GUILLERMO MANUEL UNGO

062640



La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho

Tesis premiada con Mención Honorífica



EDITORIAL UNIVERSITARIA
San Salvador, El Salvador, C. A.

DEDICATORIA

A mi padre, Guillermo Ungo

Para quien no encuentro palabras que expresen todo mi cariño, gratitud y admiración, por haberme forjado humanamente a través de sus constantes ejemplos de integridad moral y de devoción paterna.

A mi madre, Mercedes Revelo de Ungo

Con profundo amor y agradecimiento porque en todo momento he recibido de ella un aliento vital lleno de ternura y comprensión.

A mi esposa, Nora López Andreu de Ungo

Compañera inseparable en mis ajetos, alegrías y pesares. Depositaria de todo el amor que ha sabido inspirarme.

A mi hermana, Marina Ungo de Compte

Con entrañable cariño.



ACTA DEL JURADO CALIFICADOR

EN EL DECANATO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES: San Salvador, a las quince horas del día doce de febrero de mil novecientos sesenta y tres. Reunidos los suscritos miembros del jurado de examen para calificar la tesis doctoral presentada por el bachiller GUILLERMO MANUEL UNGO, intitulada "LA EVOLUCION CONTEMPORANEA DEL DERECHO Y LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO", *acuerdan*: aprobar dicho trabajo por unanimidad de votos y con mención especial, y en vista de la calidad científica de la referida tesis, recomiendan a la Junta Directiva de esta Facultad proponga al Honorable Consejo Superior Universitario, se otorgue premio de Mención Honorífica, con su respectivo Diploma, a la tesis presentada por el bachiller Ungo y se ordene la publicación de la misma por cuenta de la Universidad. No habiendo más que hacer constar se levanta la presente acta que firmamos.

Arturo Zeledón Castrillo,
Presidente.

José María Méndez,
Primer Vocal

Adolfo Oscar Miranda,
Segundo Vocal.

ACTA DEL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO

SEGUNDA SESION DEL HONORABLE CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO, celebrada en la Biblioteca de la Facultad de Medicina de la Universidad de El Salvador: San Salvador, a las veinte horas y veinte minutos del día quince de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

Punto VIII) La Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales ha enviado nota en la que se transcribe el punto 3º de la sesión celebrada por la Honorable Junta Directiva el día 4 del corriente mes, relativo a que se acepte la propuesta del tribunal calificador de la Tesis intitulada "La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho" presentada por el Dr. Guillermo Manuel Ungo, y se le otorgue premio de Mención Honorífica con su respectivo diploma, al autor de la referida tesis, ordenando además la publicación del trabajo por cuenta de la Universidad. Después de oídas las opiniones de varios miembros del Consejo, se acuerda, por mayoría de votos: otorgar, a petición de la Junta Directiva de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, premio de Mención Honorífica con su respectivo diploma al Dr. Guillermo Manuel Ungo, autor de la tesis intitulada "La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho" que fue presentada para su aprobación a la Facultad ya mencionada.

“Pero la ciencia ha cumplido ya sobre este sector, en gran parte su cometido, cuando ha advertido a los operadores del derecho, y entre éstos, preferentemente al legislador, que su obra, aun cuando lógicamente, físicamente, económicamente, esté bien construida, es más frágil que el vidrio, si el metal usado no ha sido excavado de las vísceras de la justicia, tal como el bronce en el cual puede fundirse la gloria del legislador. Toca, precisamente, al sabio en derecho, y no a otro que él, prevenirse al legislador, y también recordarle que él es el primero de los siervos de Dios, en lo cual está el mayor riesgo, pero también la mayor nobleza de su obra”.

FRANCESCO CARNELUTTI.

INTRODUCCION

Deseamos advertir con anticipación que no pretendemos agotar el tema enunciado en nuestra tesis ni imprimirle un sello totalmente personal a su estudio, pues ambos aspectos están fuera de nuestras posibilidades y capacidad. Nuestra intención es ofrecer un aporte modesto y limitado a la ciencia del derecho; asimismo, satisfacer un anhelo íntimo producto de las inquietudes intelectuales que en el transcurso de los años de estudio, experimentamos en las aulas de nuestra querida Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Queremos pues, en este trabajo, destacar únicamente los puntos más interesantes, a nuestro juicio, de la evolución contemporánea del derecho y de la teoría del abuso del derecho, siguiendo, en la ruta trazada, las enseñanzas de los tratadistas de más renombre cuyas ideas se adaptan mejor a nuestro modo de pensar.

Una tesis significa una afirmación razonada; a pesar de ello, como errar es de humanos y la verdad eterna solamente es poseída por Dios, no queremos olvidar ni que se olvide por quienes lean esta tesis, lo que decía Niels Bohr, el gran físico danés fallecido recientemente: "Cada frase que yo exprese debe ser entendida no como una afirmación sino como una interrogación", pues para ese gran sabio, la verdad científica era "algo que nosotros podemos tratar de dudar y entonces, quizás, después de mucho esfuerzo, descubrir que parte de la duda es injustificada" (1).

Muy bien comprendemos que la teoría, originalmente civilista, del abuso del derecho, es un tema que por sí solo necesita un examen profundo y sistemático, propio de juristas consagrados y no de estudiantes que recién terminan sus estudios universitarios; pero esto constituye un estímulo y una ayuda para nosotros, ya que por fortuna, la expresada teoría ha sido objeto de notables desarrollos por autores eminentes desde principios de este siglo. Escribimos sobre la teoría del abuso del derecho porque en nuestra patria, aunque no es totalmente desconocida, no ha sido considerada con la importancia que se

(1) Citado por la revista "Time", Latin America Edition, en la sección "Science", noviembre 30, 1962.

merece, hasta el grado de que la jurisprudencia nacional jamás la ha aplicado.

Con mayor razón es imposible ignorar que la evolución contemporánea del derecho constituye una innegable realidad que hoy en día abarca infinidad de instituciones jurídicas en todas las ramas del derecho, tanto público como privado; por eso, su estudio de conjunto es meta ambiciosa y no exenta de problemas. Los grandes juristas, filósofos y sociólogos del derecho, apenas comienzan a destacar aspectos parciales de su evolución, esto es, no han podido aun integrar satisfactoriamente una teoría unitaria que supere muchas concepciones jurídicas tachadas de obsoletas. Sin embargo, despojados de un espíritu de autosuficiencia, iniciamos el estudio de nuestro tema con entusiasmo; porque, gracias a los esfuerzos de grandes maestros del derecho, actualmente se han logrado importantes conquistas y comienzan a perfilarse con caracteres definidos los contornos del derecho del mañana, el cual seguramente será un derecho más conforme a las realidades y necesidades históricas de nuestro tiempo, es decir, más justo y humano.

Nuestro propósito no es pecar de falsa modestia; pero eso no obsta para comprender que en virtud de cierta falta de preparación, somos los menos indicados para señalar nuevos derroteros en la teoría del abuso del derecho y, mucho menos, en la ciencia jurídica en general.

¿Por qué, entonces, a sabiendas de nuestras limitadas capacidades, a pesar de la amplitud y dificultad del tema y de que no seremos inventores o descubridores de nuevos conceptos e instituciones jurídicos, abordamos, sin mayores pretensiones, como punto de tesis: “La evolución contemporánea del derecho y la teoría del abuso del derecho”?:

Para insistir especialmente sobre ideas que en otras naciones avanzadas han adquirido carta de ciudadanía, pero que en El Salvador no han cristalizado integralmente en la docencia universitaria, en la legislación patria y en la jurisprudencia nuestra. Parece que en el campo del derecho salvadoreño tienen plena vigencia las frases del profesor Luis Jiménez de Asúa: “No nos damos cuenta exacta de que en la hora que corre somos a la vez espectadores y actores en el nacimiento de un mundo nuevo. No asistimos a un cataclismo, sino a la muerte de una era y al nacimiento de una edad futura” (1).

Esa edad futura será construida “a imagen y semejanza” de los que participen en los dolores del parto y de los que comprendan el verdadero sentido de la historia, esto es, de los precursores, quienes con un trabajo constante y desinteresado van despojando el camino de abrojos para enseñarnos los nuevos horizontes. Jamás podrán moldear

(1) Luis Jiménez de Asúa, “La Ley y el Delito”, Editorial Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 1945.

ese mundo mejor los que empecinadamente se aferran en actitud pasiva al statu quo, lo cual incluye a los meros "recibidores" de un derecho caduco que se forjó hace más de mil años.

Queremos, pues, dejar de ser meros espectadores en la evolución del derecho y convertirnos, aunque sea en ínfima medida, divulgando ideas que no son nuestras, en actores de ese nuevo mundo que se nos anuncia.

Con el propósito de ampliar más nuestros pensamientos, hemos escogido este punto de tesis para tratar de superar ciertas limitaciones que generalmente han tenido la mayoría de los estudios jurídicos realizados en el país. Por detener la atención en las peculiaridades de los árboles no se ha abarcado con la vista todo el bosque. Nosotros deseamos primero aprehender los contornos del derecho actual, en su forma viva y palpitante y no como una simple categoría histórica, para después llegar a una institución en particular en la que se refieren los aspectos fundamentales de las nuevas concepciones jurídicas.

Es necesario mejorar los métodos caducos que consideran el estudio del derecho desde un punto de vista auto-suficiente y sin ningún sentido axiológico, es decir, carente de una estimativa jurídica y de una idea finalista, como equivocadamente, a nuestro entender, lo propugna el gran jurista vienés Hans Kelsen (1). Con mayor razón debe desecharse la orientación exclusivamente positivista que ve en los códigos, o sea, en el derecho vigente, el fundamento único y el límite absoluto de todo el derecho. También es errada, por incompleta, la tendencia disociadora que ha pretendido independizar en forma casi total, en un exceso de autarquía, a cada una de las diversas disciplinas especiales que integran el derecho; así los civilistas, mercantilistas, y penalistas, han llegado a considerar su rama particular como con vida propia, sin estrecha relación con los principios jurídicos generales que informan a todo el derecho y a veces en evidente contradicción con ellos, sólo porque exigencias especiales han obligado a nuevas adaptaciones de los principios jurídicos. ¡Cómo si un bosque, para que fuera tal, debiera estar formado por árboles y arbustos de la misma especie!

Por otra parte, por vía de reacción, se insiste en el resurgimiento de un derecho natural que supere los rigores del positivismo que heredamos del siglo pasado; pero dándole una amplitud exagerada se quie-

(1) Hans Kelsen, "Teoría General del Estado", traducción española de Legaz Lacambra, Barcelona, 1934; "Teoría General del Derecho y del Estado", traducción española por E. García Máynez, México, 1950. Véase también: "Tratado General de Filosofía del Derecho", por Luis Recaséns Siches, Editorial Porrúa, México, 1959, quien señala aspectos positivos y negativos de las teorías kelsenianas.

re que el *ius naturalismo* sea un derecho vigente siempre por encima del llamado derecho positivo (1).

Creemos que se puede llegar a una síntesis, siempre sujeta a perfección, que comprenda lo verdadero que hay en todas esas posiciones y que elimine sus errores y excesos.

Nos alegramos del resurgimiento del derecho natural, ya que su olvido en determinadas circunstancias se ha aprovechado para esclavizar al hombre y cometer los mayores atropellos contra la dignidad y la libertad humanas en nombre de un derecho vigente supuestamente válido. No obstante, este resurgimiento del derecho natural debe ser apreciado en sus verdaderos límites, sin desestimar que uno de los aspectos de la evolución contemporánea del derecho es, sin lugar a dudas, la unión cada vez más estrecha entre el derecho y la moral. La tendencia moralizadora del derecho tendremos ocasión de comprenderla en el primer capítulo y en numerosas instituciones jurídicas de nuevo cuño, especialmente en la teoría del abuso del derecho.

Don Luis Jiménez de Asúa, consciente de estas ideas, critica las posiciones extremas y parciales cuando afirma: "Se ha construido la ciencia del derecho sólo en base a los elementos formales de todo sistema de derecho positivo; es decir, vigente, con expresa prescindencia de todo juicio político, moral y religioso que se proponga valorar ese derecho en otras instancias" (2); y criticando el sentido de auto-suficiencia del derecho enseñado por Kelsen, aprovecha, sin embargo, los aportes brindados por el jefe de la Escuela de Viena, quien ha dotado al derecho de un método y de una lógica jurídicos que le son propios y necesarios. En ese sentido nos dice: "Ya se habla de que en la primera etapa el famoso autor vienés sólo construyó una lógica jurídica y que ahora hay que edificar la ciencia del derecho, lo mismo que hay una metafísica que se trabaja con la lógica aristotélica" (3).

Con relación al criterio positivista, que estima que todo el derecho se agota en el derecho vigente, apartando su exagerada pasión por el "legalismo escrito", hemos de afirmar que nos brinda la base jurídica real para el estudio exegético del derecho y realiza uno de los principales valores del mismo, cual es la seguridad. Esto es así, porque únicamente a través del derecho positivo podemos conocer con certeza los límites precisos de nuestros derechos y obligaciones y las facultades y poderes del Estado.

Pero además de conocer y comprender la naturaleza, fundamento y fines del derecho natural; el método y la lógica propiamente jurídi-

(1) En ese sentido la obra de Eleizalde, "Curso de Filosofía", Madrid, 1893; y J. Infante, "El elemento ético en el Derecho", Madrid, 1907.

(2) Luis Jiménez de Asúa, *ob. cit.*

(3) Luis Jiménez de Asúa, *ob. cit.*

cos; y el contenido de las normas jurídicas vigentes, es preciso también tener una cosmovisión del mundo en que vivimos y en el que se actualiza el derecho.

El derecho es una ciencia eminentemente social; se refiere al hombre como ser superior de la Creación, pero no considerado aisladamente, sino en tanto participa de la vida en sociedad. Por tal razón, en el estudio del derecho deben examinarse con cuidado y dedicación las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales del momento actual, así como las causas principales que producen la evolución constante de la humanidad. De lo contrario, tendremos una aplicación absurda e inhumana del derecho, suponiendo al hombre social como una simple abstracción que vive en estructuras rígidas, semejantes a las que tenía en tiempos de la antigua Roma.

Karl Mannheim, notable sociólogo alemán, ha dicho: "Hoy es imposible hacer un estudio sistemático e histórico de la religión, del arte o del derecho, sin tener en cuenta sus aspectos sociales, o investigar la historia de la psicología o de la vida interior, sin relacionar con la situación como un todo las reacciones de la psique individual en el trato con sus iguales" (1).

En tal sentido, ciertas ciencias particulares, que algunos llaman "nuevas humanidades", deben ser objeto de especial atención por parte del jurista. Nos referimos a la sociología, sicología social, antropología cultural, política, ciencia de la administración y economía política, entre tantas otras nuevas disciplinas.

Mediante dichas ciencias podemos percatarnos del estado actual del mundo que habita el hombre de hoy y de la naturaleza y razón de ser de las relaciones humanas; de esa manera se comprenderá en todos sus alcances que nuestros tiempos presentan características bien diferenciadas de épocas pretéritas: El Salvador de 1963, no es el mismo de hace diez años y menos el del siglo pasado.

Las grandes transformaciones sociales operadas durante el siglo XX, han obligado y continúan obligando a los estudiosos del derecho a realizar constantemente importantes adaptaciones de los principios jurídicos generales. Por desgracia, los errores y excesos antes señalados han impedido que las legislaciones marchen a la par de los adelantos modernos.

Concluyendo, podemos afirmar que la evolución contemporánea del derecho se orienta en dos direcciones positivas que no se excluyen sino más bien se complementan. Por una parte, el derecho se dirige de

(1) Karl Mannheim, "Libertad y Planificación", Fondo de Cultura Económica, México, versión española de Rubén Landa, 1942.

un modo cada vez más acentuado hacia el terreno de los valores morales; y por otra, se impregna de un verdadero sentido vital y social. Ya no es un derecho predominantemente dirigido a los patrimonios de las personas, sino que, sin desprestigiar el aspecto económico, es un derecho que se finca en la persona, considerada ésta como un fin en sí misma y como un ser que vive en sociedad.

Ambas orientaciones tendremos ocasión de estudiarlas someramente, con lo que esperamos precisar los principales aspectos de la evolución contemporánea del derecho.

De ese modo, pretendemos llevar al ánimo del lector cómo los avances tecnológicos de nuestra sociedad actual y los afanes de perfectibilidad del "homo sapiens" han influido en las valoraciones morales y en las estructuras sociales, económicas y políticas; y a su vez, cómo esas transformaciones afectan notablemente todo el campo del derecho, incluso al derecho civil, al cual se le había supuesto dotado de un carácter estático desde los tiempos del derecho romano. Y ya dentro del campo específico del derecho civil, sostenidos por el concepto unitario del derecho, trataremos de demostrar a través del estudio de la teoría del abuso del derecho, la íntima interrelación que guarda esa disciplina jurídica con todas las otras, incluyendo las comprendidas en el derecho público. Veremos cómo es posible que esa teoría esencialmente civilista puede proyectarse sobre todo al ámbito del derecho. Entonces quedará consumado nuestro propósito. Apreciaremos que el derecho no es un objeto formal, un simple molde vacío de contenido; ni que tampoco es, como lo consideran los marxistas, una superestructura destinada a desaparecer. Sino que es, en frase del profesor Luis Recaséns Siches, "vida humana objetivada" (1) con principios universales e inmutables, pero cuya aplicación varía en razón de las realidades sociales que lo informan.

Deseamos transmitir nuestra creencia de que el derecho debe ser y es imperecedero y que puede responder a las exigencias totales del hombre y a las nociones permanentes en el espíritu humano: de justicia, libertad, seguridad y bien común.

Es corriente escuchar por todas partes la afirmación de que vivimos en una época de crisis y, por supuesto, se dice también que los regímenes totalitarios ponen de relieve la crisis del derecho, al convertirlo en instrumento de sus fines.

A pesar de las verdades aducidas por los pregoneros del fatalismo humano, los que creemos que el derecho no se agota en el derecho vi-

(1) Luis Recaséns Siches, "Vida Humana, Sociedad y Derecho", Editorial Porrúa, México, 1952; y "Tratado General de Filosofía del Derecho", Editorial Porrúa, México, 1959.

gente y que observamos la evolución favorable que está experimentando, nos sentimos optimistas con relación al futuro, porque como dice el profesor chileno Pedro Lira Urquieta: "La evolución no ha concluido. No ha llegado, pero se aproxima la época de las grandes síntesis que son los nuevos códigos que encierran en sus textos, en forma equilibrada, los viejos conceptos que han de subsistir y las renovaciones ya introducidas o por introducir. Lograr esa síntesis es la noble tarea de los juristas. Y más enaltecedora cuanto más ardua. Porque conocemos la dificultad de la tarea. Ya el poeta Schiller nos dijo, hace más de un siglo, que la obra del jurista era digna de encomio porque trabajaba con un material irreductible: la libertad humana" (1).

Sirvan estas ideas generales para guiarnos en el camino que hemos emprendido en el examen de los dos aspectos de nuestra tesis y para explicarnos su estrecha interdependencia.

(1) Pedro Lira Urquieta, conferencia intitulada "Nuevas orientaciones en materia de Dominio y de Sucesiones", publicada en la obra "Las actuales orientaciones del Derecho", Editorial Nascimento, Chile, 1942.

PRIMERA PARTE

LA EVOLUCION CONTEMPORANEA DEL DERECHO

CAPITULO PRIMERO

MORALIZACION DEL DERECHO

Durante el siglo pasado la filosofía del derecho apenas tenía importancia en los estudios jurídicos y casi no se hablaba de la “teoría de los valores” aplicada al campo del derecho. Eran los filósofos quienes hacían derecho en ausencia de un filosofar de los juristas.

Al dedicarse los grandes filósofos a estudiar la naturaleza del derecho, puede decirse que se dividían en tres principales corrientes.

Muchos de ellos negaban el carácter de necesidad, universalidad e inmutabilidad de los conceptos y principios filosóficos del derecho; partían del evolucionismo efectuado en el hombre, en semejanza al de los seres animales, el cual se ha ido desarrollando y continuamente prosigue su evolución. Con los cambios del hombre, concluían, cambian también su inteligencia y sus ideas. Por consiguiente, el derecho era considerado como un mero fenómeno de cultura; el estado de la cultura de un pueblo es el que determina y representa la fisonomía del derecho (1). Esa fundamentación filosófica del derecho desembocaba forzosamente en el positivismo o materialismo jurídico. Dentro de esa corriente se destacó, sin embargo, una dirección positivista que seguía una concepción materialista más radical, la cual terminaba en negar no sólo la universalidad e inmutabilidad del derecho como ciencia, sino que vaticinó su desaparición total. Tal fue la idea expuesta por Karl Marx, quien consideró al derecho como una super estructura que tendría que claudicar al desaparecer la causa que lo originaba, esto es, la lucha de clases. Según esta filosofía anti-metafísica, al liquidarse las causas económicas que dividen a los hombres en poseedores y proletarios, y lograrse, mediante el proceso dialéctico de la historia, la socie-

(1) Véase: Antonio Caso, “Positivismo, Neopositivismo y Fenomenología”, México, 1941; y J. Prisco, “Filosofía del Derecho”, traducción española de Hinojosa, con prólogo de Orti y Lara, Madrid, 1887.

dad sin clases, el derecho no tendría ya razón de existir (1).

La segunda dirección arrancaba del empirismo; admitiendo conceptos y principios generales en el derecho; pretendía construirlos sobre la sola base de la experiencia y del derecho comparado. La concepción empirista se dedicó a investigar y explicar lo que ha valido o vale aun como derecho en los diferentes tiempos y pueblos, las leyes que presiden su desenvolvimiento y cuales son las diferentes manifestaciones del derecho (2).

Siguieron la tercera corriente los neo-kantianos, tomando por guía las enseñanzas del filósofo de Koenigsberg. Al contrario del empirismo, que se fundó en la sola experiencia, la dirección neo-kantiana derivó todos los conceptos, incluso los jurídicos, a priori, de la razón. Estos conceptos racionales son, para esta particular filosofía, de naturaleza puramente formal, es decir, carecen de contenido estrictamente jurídico. El contenido de los conceptos normativos en el derecho pertenece, dicen, a otras ciencias ajenas a las disciplinas jurídicas, tales como la política, la economía, etc. (3).

Ante el abandono que los juristas habían hecho de los estudios filosóficos y al observar el desprecio con que era vista la filosofía del derecho, reaccionó en 1889 un gran filósofo. El fue Francisco Brentano, quien pronunció una memorable conferencia en ese año, en la cual concluyó diciendo: "Platón ha dicho que el Estado no prosperará hasta que el verdadero filósofo sea rey o los reyes se hagan verdaderos filósofos. En nuestra época constitucional, la expresión más adecuada será decir: que nuestra vida política, con sus numerosos defectos, no se encaminará hacia su mejoramiento, como no se procure enérgicamente dar a los juristas una educación filosófica en consonancia con su alta misión, en vez de suprimir lo poco que de ella se les ofrece en las instituciones actuales" (4).

Muchos consideran la conferencia de Brentano como el punto de partida de una nueva etapa que le señala mejores horizontes a los estudios jurídicos.

- (1) Nicolás Bujarín, "El A. B. C. del Comunismo", Editorial Kolontay; F. V. Konstantinov, "El Materialismo Histórico", Editorial Grijalvo, S. A.", México, 1960. En sentido crítico, Luis Recaséns Siches, obs. cit.; y Antonio Caso, "La Persona Humana y el Estado totalitario", México, 1941.
- (2) Explicaciones de J. Prisco, ob. cit. Sigue esta tendencia empirista Roscoe Pound, Decano de la Facultad de Derecho de Harvard, en su libro "An Introduction to the Philosophy of Law", Yale University Press, New Haven, 1937.
- (3) Hans Kelsen, obs. cit.; y en "La Teoría pura del Derecho", publicada por la Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid, y traducción del nuevo texto original por J. G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941; Kant, "Los principios metafísicos del Derecho", Edición argentina por F. Ayala; y N. Hartman, "Ética", 1926.
- (4) Citado por Julio Fausto Fernández, "Los Valores y el Derecho", Ministerio de Cultura, Departamento Editorial. El Salvador, 1957 (refiriéndose a la conferencia de Brentano pronunciada en la Sociedad Jurídica de Viena, el 23 de enero de 1889).

Los juristas comienzan a repensar los conceptos jurídicos no sólo desde un punto de vista positivista o lógico, sino desde una posición integral que abarca también el aspecto filosófico. El insuperable jurista italiano Francesco Carnelutti confirma estas ideas cuando categóricamente expresa que “puesto que el derecho es algo de carácter espiritual, su ciencia respira, antes que nada, filosofía” (1).

Y en esa forma los juristas empiezan a filosofar. En un primer intento le dan excesiva importancia a una particular rama de la filosofía, ya sea a la gnoseología jurídica o a la ontología jurídica o a la axiología jurídica, queriendo convertir la filosofía jurídica en una rama autónoma de la filosofía general. Pero posteriormente se comprende que, como lo explica con acierto el doctor Julio Fausto Fernández, “si tanto la lógica como la ontología, como la axiología y como la teoría del conocimiento, tienen aplicación directa en el campo de la filosofía jurídica, resulta evidente que esta última disciplina no es, propiamente hablando, una rama autónoma de la filosofía general sino que más bien es toda la filosofía, dirigida al estudio de un problema particular: el problema del derecho. Entre nosotros han sostenido este punto de vista los doctores José María Méndez y José Antonio Rodríguez Porth, en explicaciones de cátedra” (2).

En este resurgir *jus* filosófico se canalizan tres posiciones divergentes.

La primera posición es la que sigue fielmente las huellas de los filósofos del escolasticismo y revive la noción del derecho natural derribada antes debido a las tremendas críticas del positivismo. Construyen la ciencia del derecho tomando en consideración principios universales e inmutables que pertenecen al campo de la ética, forjando de ese modo un derecho natural que representa los valores permanentes de la justicia. Ese derecho natural debe estar y está siempre, según los neo-escolásticos, por encima del derecho positivo, y éste no es más que un instrumento de aplicación de aquel derecho “más justo” (3).

Las restantes dos posiciones, una de tipo existencialista y la otra fincada en la teoría de los valores, generalmente rehusan aceptar el derecho natural como derecho absolutamente válido, contrapuesto en toda su extensión al derecho vigente considerado como relativamente válido; pero todas coinciden en que tratan de llevar las conclusiones de la axiología a la ciencia del derecho (4).

(1) Francesco Carnelutti, “Teoría General del Derecho”, traducción del italiano por Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

(2) Julio Fausto Fernández, ob. cit.

(3) Explicando y apartándose de un *jus* naturalismo tradicionalista, pero siempre de inspiración cristiana: Maurice de Baets, “Las Bases de la Moral y del Derecho”, Universidad de Lovaina, Lib. I. (Citado por “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Barcelona, 1950).

(4) Luis Recaséns Siches, obs. cit.; Julio Fausto Fernández, ob. cit.

Dejando a un lado el problema del derecho natural, podemos afirmar que esta evolución experimentada en el campo jurídico, que ha conectado al derecho con la filosofía, ha brindado grandes aportes y puede servir de guía para extraer una síntesis válida que no pecaría de parcial.

De esta reacción filosófica contra las exageraciones del positivismo y empirismo jurídicos, nos interesa para nuestro estudio un aspecto particular de la vinculación entre la filosofía y el derecho, y es el de la moralización del derecho, o sea, el análisis de las relaciones entre la ética y el derecho.

Las tres nuevas corrientes mencionadas, con algunas modalidades diferentes, están conformes en reaccionar contra el criterio que prevalecía de separar y distinguir tajantemente la moral y el derecho. Esto no significa prescindencia del criterio positivista o empirista en el estudio de las disciplinas jurídicas, ni olvido del método lógico-jurídico, pues como precisamos en nuestra Introducción todo ello es necesario, se complementa y se dirige a un solo objeto que es el derecho.

Pero lo que interesa resaltar ahora es que el derecho se moraliza y esta evolución se explica por varias razones.

En primer lugar, es evidente que el derecho como ciencia, y no nos referimos al derecho salvadoreño, al alemán o a cualquier derecho en particular, es insostenible sin el fundamento de conceptos universales.

Y en segundo término, si bien el derecho al perseguir fines esencialmente sociales debe tomar en cuenta a las ciencias experimentales y al desarrollo social de los pueblos, no puede fundarse exclusivamente en la sola experiencia, sea interna, sea externa. Siempre hay principios filosóficos morales, lo que ha dado en llamarse moral social, en el contenido del derecho. Como decíamos en la Introducción, los neo-kantianos, con Kelsen a la cabeza, han dado un gran aporte al construir la lógica jurídica, pero el derecho es algo más que una lógica, es también una ciencia valorativa y finalista, persigue fines que valen intrínsecamente, como lo son la realización de la justicia, la seguridad y el bien común.

Por eso, las tres modernas corrientes, desde puntos filosóficos diferentes, vuelven por los fueros de lo que algunos llaman estimativa jurídica o axiología jurídica, rechazando en ese sentido las generalizaciones del positivismo, del empirismo y del kantismo; se afirma de ese modo, tanto la universalidad y perennidad del derecho como ciencia, como su carácter ético-social. Ello no implica rechazar su vincu-

lación con otras disciplinas sociales y la necesidad de la constante adaptación del derecho positivo a las peculiaridades del tiempo y el espacio.

En suma, la filosofía del derecho renace en este siglo con nuevo espíritu, renovador e inspirador del derecho vigente, aprovechando los grandes aportes científicos y eliminando las concepciones exageradamente abstractas del racionalismo. El derecho, como un todo, adquiere fisonomía propia y una naturaleza esencialmente ética. Por fin, el derecho y se remite al hombre como ser indivisible, compuesto de cuerpo y de espíritu.

Esta posición contemporánea ya no concibe al derecho y a la ética como dos campos perfectamente diferenciados en su naturaleza y objeto que a veces incluso se contraponen y excluyen. La idea de que el Código de Napoleón agotaba completamente el estudio del derecho, ha sido sujeta a críticas certeras a partir de la mencionada conferencia de Brentano.

Desde entonces comenzó a observarse que de hecho el mismo derecho vigente, especialmente ese modelo de todos los códigos que era el Código de Napoleón, atendía también con frecuencia al carácter moral de las acciones humanas al tomar en cuenta su aspecto intencional. Así, en muchos actos jurídicos se tomaba y aún se toma en consideración si media o no negligencia; ignorancia por negligencia implica frecuentemente perjuicios económicos, pero no ocurre lo mismo en el caso de ignorancia sin negligencia. Igual cosa se observó con relación a la buena y mala fe en materia de posesión y de prescripción y a las nociones de culpa, dolo, imputabilidad y causalidad en el derecho penal.

Igualmente sufrió el impacto de la crítica la noción kantiana del derecho. Para comprender mejor esa crítica expondremos brevemente el pensamiento de Kant a ese respecto. Divide él la metafísica de las costumbres en dos campos completamente separados: la teoría del derecho y la teoría de la virtud o deberes morales (ética); para el gran filósofo, deberes de derecho son aquellos para los que es posible una legislación externa; y deberes de la virtud, como internos, son los que se sustraen a tal legislación. Como una consecuencia, Kant distingue una doble legislación: una interna o ética y otra externa o jurídica. Ambas legislaciones tienen el mismo fin, a saber, defender la libertad con la auto determinación del hombre; pero se diferencian por el fin inmediato, por el objeto y el fundamento y fuente de ambas legislaciones. Distínguense, pues, por el fin inmediato, porque la norma jurídica pretende salvar los fueros de la libertad del hombre en

sus acciones externas, en la vida común con otros; la ética, por el contrario, se dirige a la libertad interna, a la independencia de todo impulso sensible en servicio del deber (1).

Se ha dicho, con razón, que esta separación absoluta que hace Kant entre el derecho y la moral es inexacta, para concluir afirmando que existe entre ellos unión sin confusión ni identidad.

Explicándonos mejor, el derecho no puede considerar el sólo hecho de las acciones externas, porque él regula actos humanos, los cuales suponen conocimiento y libertad, o sea, el aspecto interno del hombre. Siendo la persona humana esencialmente una, toda ley que obligue al hombre debe necesariamente influir en todo su ser y no en parte de él. De lo que se infiere que ni la norma moral puede limitarse al solo querer interno, ni la norma jurídica al solo obrar externo; esto equivaldría a dividir al hombre en dos seres, uno de los cuales piensa y quiere, y el otro obra extrínseca y automáticamente todo lo contrario, tal vez, de lo que ha pensado y querido (2).

Concretando más, en los llamados "derechos subjetivos" se ha observado que hay muchos derechos en el hombre que emanan de la misma ley moral, como el derecho a la vida, a la libertad, al honor; y que esta misma ley moral impone a todos los demás hombres el deber de respetar esos derechos. Y pasando al derecho en sentido objetivo, se hace evidente que aunque no toda ley moral es una ley jurídica, toda ley jurídica cae dentro del orden moral, en cuanto éste prescribe todo lo que es necesario para que las acciones del hombre sean buenas y bien ordenadas; por consiguiente, viola el orden moral aquel que no cumple la norma jurídica cuyo objeto es obligar a respetar el derecho de los demás. Quien no lo hace afecta el concepto valorativo de la justicia y viola el sentido ético del derecho. La teoría del abuso del derecho, esencialmente jurídica, responde en gran parte a las nociones expresadas.

Además, las mismas leyes humanas reciben *mediatamente* su fuerza primordial obligatoria de la ley moral, viniendo a ser ésta fundamento indispensable de toda ley humana, la fuente de la que trae su fuerza obligatoria. La coercibilidad es el elemento externo e inmediato de la norma jurídica, necesario para que ésta cumpla su fin, pero no constituye su único y esencial atributo. De lo contrario, si el derecho es caracterizado exclusivamente por su elemento formal de la coacción y se le priva de su fundamento moral, se convierte sin dificultad en fuerza bruta, como sucedió en la Alemania nazista y

(1) J. Prisco, ob. cit.; y Eduardo García Máynez, "Ética", Editorial Porrúa, México, 1959: quienes critican la posición kantiana.

(2) J. Prisco, ob. cit.

como ocurre en el derecho de base materialista. Considerando el derecho de este último modo, existiría siempre que una norma se base en un querer, esto es, siempre que tenga a su servicio una fuerza tal que pueda influir en la conducta de los hombres. Y entre más fuerte sea ese querer —caso del estado totalitario— más fuerza tendría el derecho.

Por tanto, si se niega al derecho su fundamento ético, desaparece la dignidad del orden jurídico, rebajándolo a una suma de medidas coercitivas. Carnelutti, admirable sistematizador de la metodología jurídica, no deja de reconocer que “en realidad la obediencia como tal es bastante menos un fenómeno de temor a la sanción que de adhesión al precepto, es decir, de reconocimiento de justicia; y la justicia sabemos que es producto de la fuerza moral. La solución verdadera, pues, debería ser que la fuerza determinante del movimiento del derecho es la fuerza moral o, en otros términos, el elemento ético es la causa eficiente del efecto jurídico” (1).

De tal manera, la acción directriz de la moral y del derecho convergen en el mismo sujeto, la libertad humana; y así como es imposible a la naturaleza romper la libertad en dos partes, una para la ética y otra para el derecho, así es imposible separar completamente estos dos campos.

En ese sentido tienen razón los escolásticos, pues como afirma Suárez: “toda vez que los actos humanos constituyen el sujeto común de la moral y el derecho, es imposible partir en dos, elementos integrales de los actos mismos, atribuyendo una parte a la moral sola y otra sólo al derecho” (2).

Podemos decir, entonces, que siguiendo el pensamiento filosófico-jurídico actualmente predominante, existe unión estrecha entre la moral y el derecho; pero que esa unión no puede ni debe dar origen a confundir ambas ciencias que tienen diversas finalidades y campos propios de aplicación.

Esto no significa que el problema de la distinción entre la moral y el derecho se haya acotado completamente, pues sin lugar a dudas necesita de mayor precisión. Con buen juicio dice el doctor Julio Fausto Fernández: “La distinción entre moral y derecho podrá ser planteada de nuevo, atendiendo a los fines de una y otra disciplina, cuando se haya hecho una cuidadosa clasificación de los valores y se haya

(1) Francesco Carnelutti, ob. cit.

(2) Citado por J. Prisco, ob. cit.

establecido la diferencia esencial entre valores éticos y valores jurídicos” (1).

A pesar de que la moderna teoría de los valores tiene todavía un largo camino que recorrer en el ámbito jurídico, el rumbo que ha marcado es singularmente prometedor. Existen ya principios fundamentales que sirven para establecer en términos generales las relaciones y límites de la moral y el derecho.

Uno de los fines principales del poder político es procurar por medio del derecho vigente, que los ciudadanos sean en sus relaciones sociales hombres rectos y honestos y, que para ésto, reinen en un país las buenas costumbres. La distinción genérica resulta de que la norma jurídica pretende realizar la justicia, la seguridad y el bien común, y para ello debe ordenar la paz y honestidad exteriores, llegando por tanto a ser condición para la posibilidad de la moral, pero no el agente directo e inmediato del cumplimiento de la moral. Pero los fines políticos anteriormente citados no se pueden conseguir como es evidente, prescindiendo de la moral. En ese respecto baste recordar las numerosas referencias a las “buenas costumbres” que hacen las legislaciones positivas, especialmente en materia de obligaciones y contratos. Esto sin contar con que la norma jurídica exige a los ciudadanos, no actos de cualquier clase, sino actos humanos, o sea, procedentes del libre albedrío, los cuales, por lo mismo que son libres y encaminados al bien común, habrán de ser morales. Luego, el poder político, y, por tanto, el derecho positivo creado por él, no pueden prescindir en absoluto de la moral.

Precisamente esta unión íntima del derecho con la moral, que en este siglo se ha acentuado y que se refleja con caracteres definidos en numerosas instituciones jurídicas como tendremos ocasión de observarlo, ha sido la causa de que algunos, especialmente los *jus* naturalistas escolásticos, hayan tropezado con el escollo de confundir algunos aspectos de ambas ciencias. Pero esto no es exacto; las relaciones entre el derecho y la ética, por íntimas que sean, no autorizan a confundirlos o a identificarlos.

En efecto, si bien es cierto, como lo da a entender el doctor Julio Fausto Fernández en una cita que anteriormente hiciéramos, que aún no se ha llegado a una cuidadosa clasificación de los valores que permita establecer la diferencia esencial entre valores éticos y valores jurídicos; atendiendo a los fines de una y otra disciplina, nos atrevemos a adelantar que eminentes filósofos del derecho están de acuer-

(1) Julio Fausto Fernández, ob. cit.

do en que la moral persigue directa e inmediatamente valores diferentes de los que el derecho pretende realizar, aunque esas finalidades se complementen y condicionen mutuamente. La moral se acota en el contenido de lo honesto, de la virtud, y se remite a la persona en su calidad individual de ser superior de la Creación. En cambio, el derecho, aunque tiene por sujeto al hombre en toda su integridad, sin las tajantes divisiones kantianas, no persigue directa e inmediatamente valores individuales, sino que sus fines se dirigen a la realización de valores sociales contenidos en las ideas de justicia, seguridad y bien común.

CAPITULO SEGUNDO

INSTITUCIONALIZACION JURIDICA DE LA SOCIALIZACION

Decíamos antes que en este siglo y especialmente en los últimos años se han operado grandes transformaciones sociales, las cuales indudablemente afectan a todas las estructuras humanas, ya sean éstas de carácter político, económico, cultural o jurídico.

Para comprender la relación que existe entre los avances tecnológicos del hombre y las transformaciones en las diferentes estructuras, especialmente las que se refieren al campo del derecho positivo, se hace indispensable hacer un breve sumario del estado actual del mundo.

El universo económico y social en que vivimos constituye un tema de asombro. La rapidez y la diversidad de las evoluciones no necesitan demostrarse, y una de las razones de la crisis actual de las ideologías, de esta especie de impotencia del pensamiento sintético, es precisamente la incertidumbre de nuestro diagnóstico sobre el mundo moderno.

Por razón de la rapidez y multiplicidad de cambios tenemos una cosmovisión todavía incompleta del estado actual de la humanidad. Por eso, consideramos como de enorme trascendencia y de considerable ayuda para abordar los problemas concretos de nuestro tiempo un famoso documento pontificio que vio la luz el 15 de Mayo de 1961. Nos referimos a la Encíclica "Mater et Magistra" ("Madre y Maestra") de Su Santidad Juan XXIII. La autorizada opinión del Papa, así como la gran comprensión que demuestra sobre los "nuevos y más importantes problemas del momento" (1) nos servirán de guía para explicar mejor este punto.

He aquí la síntesis que nos da el Papa sobre los cambios que se han producido: "El estado de cosas que ya había cambiado en la época de la conmemoración hecha por Pío XII, ha sufrido en estos veinte

(1) Juan XXIII, Encíclica "Mater et Magistra", versión española editada por la Asociación Nacional de Fomento Económico. ANFE, Costa Rica, 1961.

años profundas innovaciones, ya en el interior de las comunidades políticas, ya en sus mutuas relaciones. En el campo científico-técnico-económico: el descubrimiento de la energía nuclear, sus primeras aplicaciones a destinos bélicos, sus sucesivas y crecientes aplicaciones a usos civiles, las ilimitadas posibilidades descubiertas por la química en las producciones sintéticas; la extensión de la automatización y automación en los sectores industriales y de los servicios; la modernización de la agricultura; la casi desaparición de las distancias en las comunicaciones, sobre todo por efecto de la radio y de la televisión; la rapidez incrementada de los transportes; la conquista iniciada de los espacios interplanetarios. En el campo social: el desarrollo de los sistemas de seguros sociales, y, en algunas comunidades políticas económicamente desarrolladas, la instauración de sistemas de seguridad social; en los movimientos sindicales, el formarse y acentuarse de una actitud de responsabilidad respecto a los mayores problemas económico-sociales; una progresiva elevación de la instrucción básica; un bienestar cada vez más extendido; la creciente movilidad social y la consiguiente reducción de los diafragmas entre las clases; el interés del hombre de cultura media por los hechos del día de dimensiones mundiales. Además, la eficiencia en aumento de los sistemas económicos en un crecido número de comunidades políticas hace resaltar más los desequilibrios económico-sociales entre el sector de la agricultura, por una parte, y el sector de la industria y los servicios, por otra; entre zonas económicamente desarrolladas en el interior de cada una de las comunidades políticas; y, en el plano mundial, los desequilibrios económico-sociales, aún más estridentes, entre los países avanzados económicamente y los países que poseen una economía en desarrollo. En el campo político: la participación de un creciente número de ciudadanos de diversas condiciones sociales en la vida pública de muchas comunidades políticas; la extensión y profundización de la acción de los poderes públicos en el campo económico social. A esto se añade en el campo internacional, el ocaso de los regímenes colonialistas y la independencia política que han obtenido los pueblos de Asia y Africa; la multiplicación y condensación de las relaciones entre los pueblos y la intensificación de su interdependencia; el nacimiento y desarrollo de una red cada vez más rica de organismos de dimensiones mundiales, con tendencia a inspirarse en criterios supranacionales; organismos con fines económicos, sociales, culturales, políticos” (1).

Esa exposición breve pero certera de la evolución de la humanidad, hecha por el actual Pontífice del mundo católico, nos conduce a lo que él llama la “socialización”. Así nos dice Juan XXIII: “Uno

(1) Juan XXIII, ob. cit.

de los aspectos típicos que caracterizan a nuestra época es la socialización, entendida como un progresivo multiplicarse de las relaciones de convivencia, con diversas formas de vida y de actividad asociada, y como institucionalización jurídica” (1).

Ahora bien, esta “socialización” o incremento de las relaciones humanas, esas transformaciones sociales que la han hecho manifestarse, y los progresos científico-técnicos logrados por el “homo sapiens”, tienen relevancia en todos los campos de la actividad del hombre y en cada una de las estructuras sociales contemporáneas. Es como un sistema de vasos comunicantes donde el “saber humano” comunica nueva vida a los campos culturales, jurídicos, económicos, artísticos, etc. Todos esos aspectos se adaptan, se condicionan y se influyen unos a otros. Solamente con un concepto unitario del saber, habida consideración de los conocimientos religiosos, filosóficos, económicos, jurídicos y de todas las ciencias particulares, incluyendo las “nuevas humanidades” que mencionáramos con anterioridad, puede el hombre contemporáneo intentar la solución de todos nuestros problemas (2).

Para eso nuestros soportes ideológicos se revelan frágiles y nuestros sistemas de interpretación inciertos. Nosotros trataremos únicamente de limitarnos a una función de observadores, hasta donde alcanza nuestra inteligencia y capacidad, limitándonos a lo que en alguna forma afecte al terreno del derecho.

Seguiremos el pensamiento de Juan XXIII en el análisis que se refiere a ese fenómeno moderno de la “socialización”, porque tiene gran interés no sólo para la economía y la política, sino que también para el derecho, en cuanto éste debe institucionalizar esa “socialización”.

Primero conviene aclarar que el Papa en el hecho y en el derecho acepta la propiedad privada con argumentos de moral natural y de conveniencia social, lo que no es óbice para que admita la existencia y legitimidad de la propiedad pública en bienes instrumentales “cuando llevan consigo un poder económico tal, que no es posible dejarlo en manos de personas privadas sin peligro del bien común” (3). Al defender el Papa la propiedad privada parece referirse a dos preocupaciones fundamentales, tales son, preservar el derecho de iniciativa de las personas y proporcionar a éstas los medios de garantizar su seguridad.

(1) Juan XXIII, ob. cit.

(2) Desde un punto de vista sociológico la unidad del saber es sostenida por Karl Mannheim, “Libertad y Planificación”, Fondo de Cultura Económica, versión española de Rubén Landa, México, 1942. En el campo propiamente jurídico, Francesco Carnelutti defiende la misma posición, en “Metodología del Derecho”, traducción española de Angel Ossorio, UTEHA, México, 1940.

(3) Juan XXIII, ob. cit.

Las consecuencias de la “socialización” no contradicen los principios que se han aclarado, pues la defensa de la propiedad privada no significa de ninguna manera la consagración de un sistema económico determinado y menos el sistema del capitalismo liberal. Como lo veremos al estudiar el derecho de los bienes, la propiedad privada es muy anterior al régimen capitalista y no puede confundirse con él, (1) además de que puede manifestarse en diferentes formas que incluyen sistemas cooperativistas y socialistas que respeten los derechos eminentes del hombre. Estas ideas se confirman por la legitimación que Juan XXIII hace de la “seguridad social” impuesta y dirigida por la acción del Estado, así como cuando afirma: “Ocurre también hoy día que se aspira más a adquirir una capacidad profesional que a poseer un capital. Se tiene más confianza en los ingresos procedentes del trabajo o de derechos fundados en el trabajo que en los ingresos que provienen del capital o de derechos fundados en el capital. Esta actitud es perfectamente conforme con el carácter propio del trabajo: al proceder directamente de la persona humana, el trabajo está como valor antes que la riqueza en bienes exteriores, que por su naturaleza son sólo instrumentos. Esto constituye el indicio de un progreso de la humanidad” (2).

Esta marcada evolución en las relaciones entre capital y trabajo, resultado de la “socialización”, tiene repercusiones inmediatas en la evolución del derecho en su aspecto económico. Por ahora sólo dejamos constancia de ese fenómeno que influye en la economía como en la política y en el derecho.

La “socialización”, con proyecciones al terreno político, exige el intervencionismo de los poderes públicos. Sin ningún temor lo afirma Juan XXIII en su famosa Encíclica, cuando categóricamente nos dice: “La socialización es al mismo tiempo reflejo y causa de una creciente intervención de los poderes públicos aun en los sectores más delicados, como los relativos a la sanidad, la instrucción y la educación de las nuevas generaciones, la orientación profesional, los métodos para la reeducación y readaptación de sujetos inhabilitados de cualquier manera; pero es también fruto y expresión de una tendencia natural, casi incontenible, de los seres humanos: la tendencia a asociarse para la consecución de los objetivos que superan la capacidad y los medios de que pueden disponer los individuos aisladamente” (3).

Queda claro, pues, la potestad del Estado a intervenir en las rela-

(1) Esta es una verdad meridiana que aun los neo-liberales como Von Mises y Erhard aceptan. Se precisan claramente los orígenes del sistema capitalista por Amintore Fanfani, “Catolicismo y Protestantismo en la génesis del Capitalismo”, Ediciones Rialp, Madrid, 1958.

(2) Juan XXIII, ob. cit.

(3) Juan XXIII, ob. cit.

ciones sociales y la necesidad de institucionalizar jurídicamente dicha intervención, con objeto de regular e impedir el abuso ya sea de los particulares o de las asociaciones u organismos intermedios o de los poderes públicos (1). Y esto comprende numerosas ramas del derecho, como el derecho constitucional, el derecho penal y el derecho familiar, según se desprende del párrafo citado.

Para evitar un criterio arbitrario en materia de intervención estatal que afecte el valor jurídico de justicia, nos advierte el Papa: “Para este fin, sin embargo, se requiere que a los hombres investidos de autoridad pública presida y gobierne una sana concepción del bien común; concepción que se concreta en el conjunto de condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona. Creemos además necesario que los organismos intermedios y las múltiples iniciativas sociales, en los cuales tiende ante todo a expresarse y actuarse la socialización, gocen de una autonomía efectiva respecto de los poderes públicos, y vayan tras sus intereses específicos con relaciones de leal colaboración mutua y con subordinación a las exigencias del bien común” (2).

El sistema económico del capitalismo liberal creó un régimen político que se adaptara a sus postulados y a su vez utilizó las fuentes romanistas del derecho, de base esencialmente patrimonialista, para conseguir sus fines. Las notables transformaciones sociales operadas han obligado a una revisión de muchos principios en materia económica que eviten dogmatizaciones y generalizaciones de tipo individualista o estatista. Al mismo tiempo la política y el derecho se obligan a nuevas adaptaciones. Esto aparece evidente con la idea de la intervención conforme es expuesta por el Pontífice Romano. No significa una defensa del capitalismo individualista ni de un socialismo totalitario; se admite la propiedad privada y la propiedad estatal siempre y cuando sean necesarias para obtener el bien común; igual cosa sucede con relación a la libertad de empresa y a la intervención del Estado. Reconociendo el derecho de propiedad, ya no se considera ilimitado su ejercicio. Las limitaciones no son de carácter excepcional sino de índole general, determinadas por lo que se llama el “bien común”.

De tal manera, el derecho no puede institucionalizar en términos absolutos la libertad de empresa ni el intervencionismo estatal. Claramente nos lo indica el Papa al expresarse en los siguientes términos: “No es a cada órgano de producción al que corresponde tomar las decisiones que influyen sobre el estado general de la economía; eso

(1) Karl Mannheim, ob. cit., arriba a conclusiones semejantes.

(2) Juan XXIII, ob. cit.

es asunto de los poderes públicos y de las instituciones responsables de los diversos sectores de la vida económica en el plano nacional o internacional”. Y más adelante agrega: “Pero al mismo tiempo la socialización multiplica las formas organizativas y hace que sea cada vez más circunstanciada la reglamentación jurídica de las relaciones entre los hombres de cada sector. Consiguientemente restringe el radio de la libertad en el trato de los seres humanos individuales; y utiliza medios, sigue métodos y crea ambientes que dificultan el que cada uno piense independientemente de los influjos externos, obre por iniciativa propia, ejercite su responsabilidad y afirme y enriquezca su persona. . .” “La socialización no ha de considerarse como producto de fuerzas naturales que obren fatalísticamente; sino que, como hemos observado, es creación de los hombres, seres conscientes, libres e inclinados por naturaleza a obrar con responsabilidad, aunque en su acción se ven obligados a reconocer y respetar las leyes del desarrollo económico y del progreso social y no pueden esquivar del todo la presión del ambiente”. “Por lo cual creemos que la socialización puede y debe ser realizada de modo que se obtengan las ventajas que trae consigo y se aparten o se frenen los reflejos negativos” (1).

Henos aquí, aunque no lo diga el Papa, muy cerca de la noción de planificación, entendida, eso sí, como diferente a la absorción totalitaria.

En ese sentido pueden imaginarse, y ya existen hoy, muchas formas de planificación. Los criterios en virtud de los cuales se elige una u otra dependen evidentemente del estado de desarrollo y de las estructuras de cada país, pero deben hallarse en relación con las decisiones fundamentales en torno a los principios de la vida social. El término planificación no debe tener un matiz ideológico exclusivo; la Unión Soviética recurrió muy pronto a la planificación e igual hicieron las empresas privadas de gran envergadura. Y por ser usada la planificación por los sistemas colectivistas y por las empresas privadas la palabra les parece a cierto espíritu maculada por una especie de pecado original que conviene ya borrar.

Concluyendo, las nociones de intervención y de planificación están sujetas a institucionalizarse jurídicamente para fijar los límites justos de la acción del Estado y de los particulares. El derecho contemporáneo se ha percatado de ello y comienzan ya a apreciarse esos frutos. Y no debe temerse a las consecuencias lógicas de las transformaciones sociales experimentadas en nuestro siglo, pues podemos decir que la socialización actual ha permitido aclarar que derecho, interven-

(1) Juan XXIII, ob. cit.

ción y libertad no son términos antagónicos ni incompatibles. El genial jurista Carnelutti nos saca de dudas cuando expresa: “No se crea que la noción de derecho (en sentido objetivo) es incompatible con la de libertad. El derecho limita la libertad, pero no la suprime, precisamente porque al limitarla, y en cuanto la limita, la garantiza. Fuera del derecho el hombre tiene una libertad ilimitada, pero sólo la puede disfrutar en cuanto sea capaz de defenderla de la invasión ajena. Dentro del derecho el área de su libertad disminuye, pero en compensación la que le queda se halla custodiada” (1).

Además, como acertadamente lo explica el profesor Jiménez de Asúa, “la libertad, como bien jurídico, se distingue de la oposición, de la libertad diabólica de “hacer lo que me da la gana”. Y puesto que no es un valor en sí, sino que se determina por un telos, la libertad sólo es legítima cuando se dirige a un fin que exalta la personalidad individual y la convivencia social”, porque “la libertad es, en efecto, un don del hombre, pero como todos los atributos que el hombre posee, ha de ser manejada con un criterio finalista. Si la libertad fuera un valor por sí sola, admitiría la maximización: cuánta más libertad, mayores bienes. Y basta hacer mentalmente el ensayo, para convencerse de que la libertad llevada a tales extremos caería en el libertinaje” (2).

(1) Citado por el profesor Chileno Manuel Urrutia Salas, en su conferencia intitulada “Orientaciones del Derecho Procesal”, publicada en la obra “Las actuales orientaciones del Derecho”, Editorial Nascimento, Chile, 1942. (Se refiere a las “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, de Carnelutti.

(2) Luis Jiménez de Asúa, “La ley y el Delito”, Editorial Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 1945.

CAPITULO TERCERO

EVOLUCION DEL DERECHO POSITIVO

Estudiadas en forma muy general las principales transformaciones sociales que ha experimentado el mundo en este siglo y observadas sus consecuencias generales en los campos de la economía, de la política y del derecho, nos toca ahora realizar el examen de las transformaciones jurídicas en un plano más concreto, es decir, observar la manera en que algunas de las numerosas ramas e instituciones del derecho se han visto influidas por las nuevas realidades históricas.

Queremos dejar constancia de que esta constante adaptación del derecho a las nuevas situaciones no desmiente la naturaleza perenne e inmutable de los principios jurídicos contenidos en los valores de justicia, seguridad y bien común. Más bien confirma que dichos “valores” tienen existencia propia, que son “esencias ideales con validez objetiva y necesaria”, según expresión feliz del profesor Luis Recaséns Siches (1).

De allí que la evolución del derecho debe ser comprendida dentro del marco general de la evolución de las estructuras sociales, pero recordando la esencia y fines que siempre han caracterizado a la norma jurídica.

Hemos dejado de mencionar un aspecto fundamental que ha influido en la evolución del derecho. Creemos oportuno referirnos hasta ahora a ese punto, porque está íntimamente enlazado con lo que expresamos constituía la tendencia ética hacia la que se dirigía el derecho.

Ya estudiada su moralización y después de haber intentado abarcar en conjunto el estado actual del mundo dentro de las transformaciones sociales que se han operado, es el momento oportuno para examinar la otra orientación. Expresamos en la Introducción que el

(1) Luis Recaséns Siches, “Tratado General de Filosofía del Derecho”, Editorial Porrúa, México, 1959; y “Vida Humana, Sociedad y Derecho”, Editorial Porrúa, México, 1952.

derecho se conduce de un modo cada vez más acentuado hacia el terreno de los valores morales y, también, que se impregna de un verdadero sentido vital y social. Nos queda, en consecuencia, explicar brevemente este último aspecto que se puede sintetizar en dos palabras: justicia social.

La justicia social responde a un concepto o “valor” axiológico; por eso decíamos que el contenido vital y social del derecho está estrechamente vinculado a la idea de su moralización.

La justicia social no es, sin embargo, una noción descubierta en este siglo a la par de los avances tecnológicos. Al contrario, fue una idea expuesta prolijamente desde muy antiguo. Santo Tomás de Aquino nos habló con amplitud de la justicia en su triple aspecto de justicia conmutativa, distributiva y legal o social ⁽¹⁾. Pero lo que sí constituye problema de nuestro tiempo es la aplicación y extensión de la justicia social a nuevas estructuras, pues vivimos en una época de tal progreso científico como jamás lo había conocido la humanidad.

A ese respecto ninguno mejor para orientarnos que el eminente historiador protestante Arnold Toynbee. He aquí lo que dice el gran pensador inglés: “Nuestra técnica occidental ha unificado el mundo entero, utilizada esta expresión en el sentido literal de toda la superficie habitable y transitable del globo; y ha provocado la agravación de dos enfermedades congénitas de la civilización, la institución de la guerra y la institución de las clases, convirtiéndolas en enfermedades totalmente fatales” ⁽²⁾.

Luego de explicar con gran precisión el problema de la guerra, con relación a la institución de las clases Toynbee expresa lo siguiente: “¿Más de qué modo la técnica ha aumentado el mal que son las clases? ¿Acaso no ha elevado notablemente el nivel mínimo de vida, por lo menos en los países particularmente eficientes o especialmente afortunados por haber sido dotados de riquezas naturales y dispensados de los estragos de la guerra? ¿Acaso no podemos esperar que ese nivel mínimo de vida, rápidamente creciente, alcance un punto tan alto, y beneficie a un porcentaje tan grande de la raza humana, como para que las riquezas todavía mayores de una minoría más favorecida aun cesen de provocar animosidades? El error de esta forma de razonamientos reside en que no toma en cuenta la verdad vital de que no sólo de pan vive el hombre. Sea cual fuere el punto al que puede llegar su nivel de vida material, ello no impedirá que su espíritu clame por justicia social; y la distribución desigual de los bienes de este mundo

(1) Véase: C. van Gestel, “La doctrina social de la Iglesia”, Editorial Herder, Barcelona, 1959.

(2) Arnold Toynbee, “La civilización puesta a prueba”, Emecé Editores, Buenos Aires, 1960.

entre una minoría privilegiada y una mayoría desfavorecida ha sido transformada por las últimas invenciones técnicas del hombre occidental, de mal inevitable, en intolerable injusticia”.

“Cuando admiramos estéticamente la maravillosa construcción y arquitectura de la Gran Pirámide, o el exquisito moblaje y las joyas de la tumba de Tutankhamon, nace en nuestros corazones un conflicto: por un lado nuestra satisfacción y placer ante esos triunfos del arte humano, y por otro, nuestra condenación moral del precio humano al que fueron adquiridos, es decir, la pesada carga impuesta injustamente sobre los muchos a fin de producir las hermosas flores de la civilización para goce exclusivo de unos pocos que cosechan donde no han sembrado. Durante estos últimos cinco o seis mil años, y tan fríamente como robamos su miel a las abejas, los señores de las civilizaciones han despojado a sus esclavos de la parte que les tocaba en los frutos del trabajo colectivo de la sociedad. La fealdad moral del acto injusto empaña la belleza estética del resultado artístico, y sin embargo, todavía hoy, los pocos beneficiarios privilegiados de la civilización han podido defenderse con una simple disculpa de sentido común”.

“Es que debemos optar —han podido aducir— entre cosechar para una minoría, o no cosechar nada. Nuestro dominio técnico de la naturaleza tiene límites muy estrictos. Bajo él no tenemos ni poder muscular suficiente ni hombres bastantes como para producir más que cantidades mínimas de esos elementos agradables. Si los debemos rechazar para nosotros porque vosotros todos no podéis también poseerlos, deberíamos desistir de la empresa, y permitir que se derrumbe hasta perderse uno de los más admirables talentos de la naturaleza humana; y si se mira mejor, mientras ello no contempla ciertamente nuestro propio interés, seguramente tampoco contempla el vuestro a largo plazo. En efecto, no disfrutamos de este monopolio de los bienes a menos exclusivamente para beneficio propio. Nuestro goce es al menos en parte un goce vicario. Al disfrutar a vuestra costa, servimos en cierto sentido como una especie de depositario para todas las generaciones de la raza humana entera. Pero este alegato, muy plausible hasta el siglo XVIII inclusive, aun en nuestro mundo occidental técnicamente emprendedor ha quedado invalidado en los últimos ciento cincuenta años por el progreso sin precedentes de nuestra técnica. En una sociedad que ha descubierto el “cómo hacerlo” del cuerno de la abundancia, la desigualdad, siempre desagradable, en la distribución de los bienes de este mundo, al dejar de ser prácticamente forzosa, se ha transformado en una enormidad moral” (1).

(1) Arnold Toynbee, ob. cit.

Estos pensamientos de Toynbee, verdaderamente geniales, no deben conducir sin embargo a considerar que la justicia social es un concepto netamente económico. Ella se refiere a todo el hombre, en la amplia gama de sus actividades sociales, sean éstas de índole patrimonial o de cualquier otro género.

Toynbee dice que en la hora actual nuestra civilización está puesta a prueba (1). Nosotros somos optimistas y confiamos que el hombre contemporáneo saldrá airoso de esa prueba. Concretamente en el campo del derecho, si bien es cierto que, como la mejor parte de las ciencias sociales, no sigue un ritmo uniforme de progreso, sí se notan las dos influencias positivas que con insistencia hemos señalado y que auguran un porvenir mejor para la raza humana. Se está llegando al momento de las grandes síntesis: aceptándose el legado de los célebres maestros del pasado también se aporta sabia nueva que vivifica las instituciones jurídicas, a fin de que la justicia social impere en una sociedad contemporánea que presenta características bien peculiares.

En esto consiste la evolución del derecho: en aplicar sus principios universales y perennes de manera que se adapten a las innovaciones realizadas en el campo científico-técnico-económico y que satisfagan los intereses y necesidades vitales de todos los hombres y no los de una minoría.

Por eso ya no se concibe la aplicación del derecho como instrumento puesto al servicio casi exclusivo de los privilegiados, siguiendo la tradición romanista, sino que su finalidad primordial consiste ahora en armonizar los derechos y deberes de todos los que integran las comunidades políticas. Hacia ese objetivo apuntan los valores de justicia, seguridad y bien común (2).

Anteriormente, el derecho se agotaba predominantemente en el campo del derecho privado y en especial en el derecho civil. Puede decirse que los principios jurídicos civiles influían en todas las ramas del derecho; de allí que las disposiciones contenidas en el título preliminar de la mayoría de los códigos civiles del siglo pasado establecieron reglas que se utilizaban en todas las demás ramas del derecho. Poco a poco, al surgir el Estado moderno con la misión específica y primordial de garantizar el bienestar colectivo, el derecho público fue adquiriendo mayor importancia desvinculándose de nociones esencial-

(1) Arnold Toynbee, ob. cit.

(2) En la obra "Los fines del derecho", que comprende los trabajos de Lo Fur, Delos, Radbruch y Carlyle, sobre el bien común, justicia y seguridad (traducción española de Daniel Kuri Breña, Imprenta Universitaria, México, 1958), quedan prolijamente aclarados los aspectos fundamentales de la axiología jurídica, a pesar de las discrepancias que separan a sus autores.

tido de necesidad llevó a Grocio a componer su famosa obra para que se reglamentara el “derecho de la guerra y de la paz” (1). La labor de Grocio fue sin lugar a dudas un avance notable para su época, al igual que la Ley del Talión que llegó a limitar la vindicta privada. Pero los avances científicos en materia bélica han obligado hoy a desechar ese “derecho de la guerra” y a edificar un derecho sólo para la paz. Es imposible actualmente reglamentar una guerra que sólo puede conducir a la humanidad a su propia destrucción.

Como consecuencia, ha surgido la Organización de las Naciones Unidas y una serie de organismos mundiales y regionales que se preocupan fundamentalmente de preservar y garantizar la paz, la salud, la cultura y el bienestar social, en un plano de colaboración entre todos los Estados. Por medio de esas organizaciones se ha apresurado la tendencia unificadora del derecho positivo, propiciándose la suscripción de infinidad de tratados internacionales que afectan a todas las ramas jurídicas.

Ya no se discute la naturaleza eminentemente jurídica del derecho internacional puesta antes en duda por la ausencia de coacción, que constituye la nota externa del derecho nacional. Como dice John Basset Moore, el ilustre ex-Juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional, “la ley internacional no es más violada que la ley común” (2). En efecto, hay tratados que no se cumplen, pero hay millares que se cumplen diariamente.

Es cierto que numerosos Estados, especialmente las grandes potencias, generalmente se escapan de ciertas sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico internacional, pero también es evidente que existe actualmente gran variedad de infracciones que son castigadas con medidas de índole diversa. Baste recordar las acciones tomadas por la Organización de las Naciones Unidas en Corea y en el Congo; y las medidas adoptadas por la Organización de Estados Americanos en el caso de República Dominicana, para comprender los avances logrados en este sentido.

Además, contemplamos el espectáculo grandioso de la liquidación gradual de los regímenes colonialistas con la incorporación de las nacientes naciones asiáticas y africanas al consorcio de los Estados libres. Por vía de consecuencia, el derecho del voto igualitario y el principio de la igualdad jurídica de los Estados, ya sean éstos pequeños o grandes,

(1) Grocio, “De Jure Belli ac Pacis” (Citado por César Barros Hurtado, en “El Hombre ante el Derecho Internacional”, 1949).

(2) Citado por el profesor chileno Ernesto Barros Jarpa, conferencia intitulada “Nuevos aspectos del orden internacional especialmente en América”, publicado en la obra “Las actuales orientaciones del Derecho”, Editorial Nascimento, Chile, 1942.

mente civilistas. Y ahora la situación se ha invertido hasta un grado peligroso que de hecho en algunas partes ha llegado a convertir a los individuos en instrumentos del poder estatal.

Es preciso encontrar la fórmula que concilie los intereses particulares y los fines sociales del Estado; que haga compatible el respeto a la persona, base de toda ordenación jurídica, y la salvaguarda de los derechos colectivos, sin olvidar que el Estado no es un fin en sí mismo sino que está creado por y para la persona humana.

Hacia la búsqueda de dicha fórmula se orienta hoy todo el derecho. La naturaleza y los límites de este trabajo nos hacen imposible precisar un cuadro más o menos acabado y completo de las conquistas hechas en el campo jurídico, por lo que mejor optamos por exhibir algunos bosquejos que confirmen estas ideas.

La libertad sigue siendo la raíz que sostiene todo el edificio jurídico; los principios de justicia, de seguridad y de bien común permanecen como las finalidades esenciales del derecho; y al decir esto comprendemos tanto al derecho privado como al público. Pero los desarrollos dogmático-jurídicos se han realizado atendiendo a las peculiaridades especiales de cada una de esas dos grandes ramas en que se divide la ciencia jurídica.

Trataremos de observar muy esquemáticamente estos desarrollos, esas nuevas aplicaciones del derecho; primeramente en el campo del derecho público, para posteriormente detenernos un poco más en el ámbito del derecho civil que es donde nació la teoría del abuso del derecho, la cual estudiaremos en último lugar. Panorámicamente podremos apreciar que existen principios jurídicos que tienen proyecciones en todas las ramas del derecho, así como instituciones propias de cada una de las diversas disciplinas jurídicas. Veremos, pues, la unidad del derecho dentro de su rica variedad, a la par que su nuevo sentido moral, vital y social.

DERECHO PUBLICO

Dentro del campo del derecho público queremos examinar algunos aspectos de la evolución del derecho internacional, del derecho político, del derecho penal, del derecho laboral y del derecho económico, que nos confirmen las dos orientaciones positivas fundamentales anteriormente explicadas.

Derecho internacional. Aun a principios de este siglo el derecho internacional consideraba a la guerra como un mal necesario; ese sen-

adquieren cada vez mayores proporciones. La unión de Estados pequeños representados en las Naciones Unidas y en los organismos regionales dificultan en mayor grado el sentimiento de prepotencia de los Estados poderosos.

Por último, los principios jurídicos de “reciprocidad” y de “cortesía internacional” comienzan a ceder terreno ante las nociones más importantes de solidaridad social y de igualdad internacional (1).

Derecho político. En este campo del derecho han sucedido también importantes transformaciones. Debido a la unificación del mundo entero, lograda mediante los avances técnicos, y con motivo del desarrollo del derecho internacional, la interdependencia entre los Estados resulta una realidad inevitable (2). Con esto el principio de la soberanía absoluta de los Estados ha sufrido grandes limitaciones y los principios de libre determinación y de no intervención han adquirido nuevos contornos y mayores precisiones. Las ideas aislacionistas y ultra nacionalistas de antaño empiezan a ser rechazadas ante las resoluciones adoptadas mayoritariamente en organizaciones mundiales que obligan a sus miembros en cuestiones relativas a derechos humanos, problemas culturales, económicos y políticos.

Además, la política integracionista de diversos bloques geográficos nos señala que marchamos rápidamente hacia un escenario de “pannacionalismo” o “nacionalismos trascendentes”, como lo sostiene el profesor Hans Kohn en su libro “The age of Nationalism —the first era of global history” (3).

Siempre en el campo del derecho político podemos indicar otro aspecto interesante que ha sufrido una notable evolución. El fundamento que servía para señalar límites estrechos al mar territorial, atendiendo a razones meramente defensivas como el alcance del tiro de un cañón, está cambiando por otro de índole moral y social que persigue la satisfacción de las necesidades fundamentales de los pueblos sometidos a la explosión demográfica. De esa manera se amplían los límites del mar territorial, tomando en consideración el derecho de las naciones en proceso de desarrollo para proveerse de los medios de subsistencia que proporcionan los recursos marinos. Los medios bélicos de defensa de hoy en día hacen inoperante el criterio clásico en esta materia.

(1) Juan XXIII, Encíclica “Mater et Magistra”, versión española editada por la Asociación Nacional de Fomento Económico, Costa Rica, 1961: Contiene numerosas referencias que nos conduce a esa conclusión.

(2) Juan XXIII, ob. cit. Todos estos aspectos se derivan claramente de varios párrafos de dicha Encíclica.

(3) Mención hecha por el doctor Felipe Herrera, en su trabajo “Latinoamérica: Integración Económica y Reintegración Política”, publicado en la revista “Combate”, publicación del Instituto Internacional de Estudios Político-Sociales, número 24, septiembre y octubre de 1962, Costa Rica.

Finalmente, el derecho político ya no concibe la democracia al estilo liberal decimonono, sino que la considera en un aspecto integral, dotándola de un contenido eminentemente humano y social. La democracia representativa instaurada con la Revolución Francesa, cuya característica fundamental radica en que la soberanía popular es ejercida indirectamente por el pueblo a través de sus representantes, pierde ahora este sentido absoluto de representatividad y se torna en una posición intermedia en la cual el pueblo interviene menos indirectamente en la gestión y control de las funciones públicas por medio de la llamada “representación proporcional”, del referendun, del plebiscito y de la participación en multitud de organismos intermedios y entidades administrativas descentralizadas.

Derecho penal. Con los avances logrados en el terreno de la antropología, siquiatria, sicología, sociología, criminalística, etc., los criterios penales han experimentado grandes progresos. La figura del delincuente cobra una importancia que antes no tenía y se concibe el delito, entre otras formas, “como la expresión jurídica de un contenido humano que se traduce en la violación de determinados sentimientos sociales que es preciso defender” (1). No se piensa solamente en reprimir a los infractores sino también en prevenir la comisión de los delitos. La reeducación y rehabilitación de los delincuentes adquieren preeminencia sobre los criterios sancionadores clásicos.

El catálogo de penas fijas y de la misma índole, es sustituido por un criterio más humano y más científico que individualiza la pena. Concretamente, existen en los países más avanzados numerosas instituciones penales sancionadoras diferentes a las contempladas en los códigos del siglo pasado, tales como: el trabajo penal sin reclusión, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, la caución, la indemnización del daño moral, la interdicción del ejercicio de determinadas profesiones, la clausura de establecimientos, la condena condicional, la libertad condicional. Además de que los menores han sido excluidos del derecho penal (2).

Derecho social. Numerosas partes del derecho civil se han separado del mismo, constituyéndose autónomamente con características de derecho público por razón de los intereses protegidos y de sus finalidades específicas. Sin desvincularse de los principios jurídicos generales las nuevas realidades sociales han impuesto la necesidad de dife-

(1) J. Raimundo del Río C., conferencia sobre “Lo antiguo y lo moderno en Derecho Penal”, publicada en la obra “Las actuales orientaciones del Derecho”, Editorial Nascimento, Chile, 1942.

(2) Véase: J. Raimundo del Río C., ob. cit.; y Luis Jiménez de Asúa, “La Ley y el Delito”, Editorial Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 1945.

rentes ordenamientos. El moderno derecho laboral es una prueba de ello. Ajeno a la regulación civilista del contrato de arrendamiento de servicios y con una concepción realista de los factores socio-económicos que intervienen en las relaciones obrero-patronales, el derecho laboral es un derecho tutelar de clase, en un amplio concepto de la clase económicamente débil, que tiende a compensar con una superioridad jurídica, la inferioridad económica. Como dice el profesor Francisco Walker Linares: “se inspira en principios morales de justicia, pero no por ellos abandona las realidades económicas, porque si se dejara llevar exclusivamente de su idealismo, sin sentido práctico, sus medidas serían contraproducentes al perturbar la producción; por consiguiente es realista, sin dogmatismos, en perpetuo devenir, teniendo que adaptarse a situaciones siempre variables” (1).

Derecho económico. La “socialización” de que hablamos en el anterior capítulo, con su secuela de intervención y de planificación estatal, ha hecho indispensable su regulación jurídica, o más bien, su institucionalización jurídica. A ese fin, se quiere separar del derecho mercantil, de índole privada, una serie de principios que constituirían una parte importante del derecho público. El mercantilista español, profesor Joaquín Garrigues, nos dice a ese respecto: “La moderna doctrina señala la aparición en el marco del derecho positivo de una nueva disciplina que lucha actualmente por conseguir propia sustantividad y que los autores coinciden en denominar “derecho económico”. Han sido los juristas italianos y alemanes quienes han realizado el mayor esfuerzo constructivo para conseguir un concepto científico de esta nueva rama del derecho y para fijar su contenido con el mayor rigor posible. Pero los contornos de esta disciplina aparecen todavía algo borrosos e imprecisos, por lo que es difícil la delimitación exacta entre el derecho mercantil y el nuevo derecho económico. Ha sido el profesor Hedemann quien en conferencias, libros y artículos de revista ha desenvuelto un pensamiento claro y vigoroso sobre los problemas que suscita la aparición del derecho económico. En síntesis, este jurista alemán concibe el derecho de la economía al modo como lo hace Krause, como un “conjunto de conceptos en los cuales encuentra su expresión jurídica la vinculación de la economía a la comunidad nacional”. El derecho económico aparece, pues, como un nuevo dominio jurídico: viene a ser el derecho de la economía política. Su fundamento está en la necesidad de someter la economía a un orden planificado, lo cual sólo puede hacerse con las armas del derecho. Para esta tarea no basta con el derecho mercantil, que desde hace siglo y medio ha ganado carta de

(1) Obra citada en la nota número 12, conferencia intitulada “Orientaciones del Derecho Social Contemporáneo”.

naturaleza. La doctrina no suministra una idea clara y decisiva de las relaciones entre estas dos ramas del derecho. Para nosotros el derecho mercantil dependerá del ordenamiento jurídico de la economía como ordenamiento constitucional previo, a la manera como el derecho de la propiedad privada está condicionado por el ordenamiento constitucional de la propiedad. El derecho de la economía formulará los postulados básicos dentro de cuyo marco habrán de desenvolverse las instituciones específicamente mercantiles. La aparición del nuevo derecho no introduce, por consiguiente, ningún género de confusión en el contenido propio del derecho mercantil, porque ambas disciplinas tienen dominio jurídico distinto: el derecho económico consistirá en aquella parte del ordenamiento jurídico total que va destinada a ordenar el campo de las relaciones económicas concebidas en su conjunto y precisamente por cuanto dichas relaciones tienen naturaleza económica; el derecho mercantil, en cambio, será aquella otra parte del ordenamiento jurídico en la que se contengan las normas jurídicas privadas destinadas a establecer y regular las instituciones a través de las cuales hayan de canalizarse las actividades de las empresas privadas mercantiles. Planteada en estos términos la cuestión de límites, se advierte que las normas de derecho mercantil habrán de atemperarse a los postulados previos de carácter básico que forman el derecho económico, el cual se concibe como una atmósfera jurídica de rango superior (fundamentalmente de carácter público), que habrá de infiltrarse, para condicionarlo, en el mecanismo de las relaciones jurídicas privadas, dejando, sin embargo, a cargo del derecho mercantil el ordenamiento concreto de las actividades propias de la empresa” (1).

DERECHO CIVIL

Durante muchos siglos se había dicho con insistencia que el derecho civil era casi inmutable en sus instituciones jurídicas concretas y que, en cambio, otras ramas del derecho estaban sujetas a mayores y constantes mutaciones. Con esa idea en mente se tuvo como ejemplo prodigioso a imitar el derecho romano creado hace más de dos mil años y, con escasas modificaciones, ese derecho ha regido las relaciones jurídicas durante los veinte siglos de vida de nuestra civilización occidental.

Esa manera de razonar carece de validez en nuestra época; es imposible desconocer la grandeza y genio del derecho romano y la inmutabilidad de muchos principios jurídicos en él contenidos, pero

(1) Joaquín Garrigues, “Curso de Derecho Mercantil”, tomo I, Madrid, 1955.

mantenerlo como base esencial del ordenamiento jurídico contemporáneo es querer ignorar las enormes transformaciones sociales que han ocurrido y que exigen nuevas instituciones y conceptos jurídicos.

En el periódico "La Prensa Gráfica", del 17 de noviembre de 1962, en un artículo intitulado "Charla con Manuel Somarriva Undurraga", el doctor José Enrique Silva expresa que el profesor Somarriva le manifestó más o menos lo siguiente: "Chile ha reformado, en estos últimos tiempos, su Código Civil. Y las reformas que han dotado a ese cuerpo de leyes de una mayor concordancia con la realidad del momento, se refieren al derecho sucesorio. En el primer aspecto, las nuevas leyes se refieren a la filiación. Como puede verse, los cambios no han llegado hasta las obligaciones y los contratos por razones poderosas. Y es que, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, que permite a las partes disponer libremente en sus convenios, es posible interpretar las normas legales para adecuarlas a cada caso en particular. En tanto ocurre ésto en el aludido campo, el derecho familiar y sucesorio, precisan de reglas especiales que son de cumplimiento obligatorio para todos. En estos aspectos, el legislador fija o reglamenta los actos de familia y sus efectos jurídicos, en una forma imperativa e inderogable, a diferencia de las reglas de los contratos, que constituyen una puerta de escape que existe, pese a ciertas limitaciones últimamente establecidas para la autonomía de la voluntad, como la del contrato dirigido. Para el caso, los contratos de arrendamiento, donde el Estado fija ciertas bases, interviniendo así, en forma directa, para obligar a los contratantes a aceptar ciertos principios" (1).

Acceptamos la mayor parte del razonamiento del profesor Somarriva Undurraga, pero creemos que existe una falsa apreciación de él en lo relativo a la ínfima evolución del derecho de las obligaciones y de los contratos. La evolución de los conceptos jurídicos sigue a la vida como la sombra al cuerpo; recientes sucesos están plasmando nuevas concepciones jurídicas en todos los campos del derecho; y las nuevas orientaciones del mismo, esto es, su moralización y sus amplias aspiraciones humanas y sociales, se dirigen, en el terreno del derecho civil, no sólo a los aspectos familiares y sucesorios, sino, también, al derecho en materia de dominio, de obligaciones y de contratos.

Prueba de ello es que relaciones económicas que antes eran reguladas por los códigos civiles han llegado a ser objeto de nuevas disciplinas jurídicas: el derecho laboral y el derecho mercantil.

(1) Conceptos semejantes se deducen del libro de Manuel Somarriva Undurraga, "Evolución del Código Civil Chileno", Editorial Nascimento, Chile, 1955.

Pero aun dentro del ámbito actual del derecho civil su evolución se deja sentir en todo su conjunto. Esto es así porque indudablemente el derecho ha sufrido el impacto de la “socialización”, lo que le hace acentuar su carácter social; ya no se concibe el derecho como un instrumento puesto al servicio exclusivo de la persona, con una concepción individualista producto del liberalismo, sino que su finalidad primordial consiste en servir los intereses de la comunidad, es decir, de todas las personas en cuanto seres que viven en sociedad.

Derecho familiar. El derecho familiar romanista tenía un marcado interés patrimonial; casi todas las instituciones estaban dirigidas especialmente a proteger los patrimonios de los menores, de los enajenados mentales y sordomudos, y de la mujer casada. Es fácil apreciar este énfasis de tutela económica al estudiar la mayoría de las regulaciones jurídicas referentes a la patria potestad, tutela, curatela, etc. En cambio, el derecho contemporáneo tiene una visión más amplia y humana del derecho familiar porque comprende que en la sociedad actual son muchas las personas que carecen de patrimonio y que, sin embargo, necesitan protección jurídica.

A título ilustrativo reproduciremos el pensamiento de R. Savatier expresado en su importante obra: “Les metamorphoses economiques et sociales du droit civil d’au jor d’hui”: “Las instituciones tutelares que aparecen tienen por preocupación esencial no ya los bienes sino que la vida cívica y moral de los niños. La actual organización de la tutela de los hijos naturales y de los niños asistidos y, principalmente, el control cada vez más general de la patria potestad, son reveladoras de esta tendencia. Ese tutelaje dejaría así de ser, como lo es en el Código Civil, esa institución burguesa inconsistente cuando los menores carecen de fortuna... ¿Cómo todas esas transformaciones profundas no producirán, a veces, en el profesor de derecho civil, si vive, al mismo tiempo, una vida de ciudadano activo, la sensación de que está enseñando algo caduco?” (1).

Por eso, casi todas las Constituciones modernas contienen disposiciones semejantes a la que aparece en la de El Salvador y que prescribe lo siguiente: “La familia, como base fundamental de la sociedad, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará

(1) Citado por Victorio Pescio V., en “Manual de Derecho Civil”, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, 1950.

el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial” (1).

La lectura cuidadosa del citado precepto constitucional nos confirma las ideas que antes expresamos. El derecho familiar rebasa abundantemente el aspecto patrimonial y exige un intervencionismo estatal amplio y vigoroso, tanto en instituciones y disposiciones jurídicas tutelares, como en organismos gubernamentales encargados de proteger a los incapaces, y a los necesitados. El mismo Papa Juan XXIII se encargó de resaltar la importancia de este tipo de intervención, según lo vimos con anterioridad.

Como una consecuencia de estas nociones ha desaparecido la potestad marital, colocándose ahora la mujer en un plano de igualdad jurídica con el hombre. Igualmente, las legislaciones más avanzadas permiten toda clase de facilidades para que ricos y pobres tengan fácil acceso a contraer matrimonio. Se reconoce que en el matrimonio, fundamento legal de la familia, no sólo está en juego el interés individual de los contrayentes, sino también valores morales que son indispensables para el mejor desarrollo de la sociedad. En ese sentido actualmente hay una tendencia a simplificar las formalidades del matrimonio y a reducir los impedimentos, pero, al mismo tiempo, contemplando los intereses de la prole, se establecen nuevos impedimentos de orden eugenésicos, prohibiendo contraer matrimonio a los que padecen de enfermedades contagiosas. También es interesante señalar que algunas legislaciones establecen para ciertos funcionarios la obligación de hacer visitas periódicas dentro del radio de sus jurisdicciones con el fin de procurar que los que hacen vida marital contraigan matrimonio, sobre todo si tienen descendencia (2).

Siempre en este orden de ideas, la institución del matrimonio putativo adquiere mayor amplitud, produciendo efectos con relación a los hijos desde el momento de contraerse, sin importar la buena o mala fe de los cónyuges. La mala fe de ambos contrayentes, causa de nulidad, no sirve para que se borren los efectos de la legitimidad de la prole, excepcionando en esa forma los efectos generales de las nulidades.

La patria potestad se concibe ahora en forma diferente. Somarriva Undurraga nos dice al respecto que “hoy día la patria potestad no es un poder absoluto, su ejercicio está controlado por la autoridad social y se la comprende como un conjunto de deberes más que de derechos,

(1) Artículo 179 de la Constitución Política de 1962 (Artículo 180 de la Constitución de 1950).

(2) Hemos tomado de base la conferencia del profesor Manuel Somarriva Undurraga, “Nuevas orientaciones del Derecho de Familia”, publicada en “Las actuales orientaciones del Derecho”, Editorial Nascimento, Chile, 1942.

de responsabilidades más que de poderes, lo que se traduce en decir que ella esté establecida no en interés del padre sino del hijo” (1). No se conciben ya reglas rígidas y absolutas sobre las facultades del padre y madre sobre el hijo y del tutor o curador sobre el incapaz.

El mayor desarrollo de la personalidad por medio de la extensión masiva de la cultura, así como la necesidad en que se encuentra la mayoría de los menores de trabajar en un mundo que se industrializa más y más, han exigido limitaciones a la potestad paterna, con un superior grado de libertad para los menores y con una creciente participación del Ministerio Público para intervenir en ausencia de los padres o para decidir lo conveniente en caso de conflicto entre éstos y sus hijos.

Y para finalizar este breve esquema del nuevo derecho familiar, con relación a la filiación ilegítima el tantas veces citado profesor Somarriva Undurraga, nos dice: “La importancia social, económica y política alcanzada en los últimos tiempos por la clase obrera ha traído como consecuencia que el legislador se preocupe de dictar leyes que vayan en defensa de sus intereses. Dentro de esta legislación cabe destacar por su importancia la que tiene por objeto amparar al hijo ilegítimo que donde más abunda es precisamente en la clase obrera. Afortunadamente hace tiempo que dejaron de resonar en los oídos del legislador las tan tristemente célebres palabras que pronunciara Napoleón en el seno de la discusión del Código francés: “la sociedad no tiene interés en que los bastardos sean reconocidos”. Estas palabras bien pueden trocarse por otras en que se reconoce la importancia que tiene el problema de la ilegitimidad, problema que no sólo es jurídico, sino también social y yo me atrevería agregar, sentimental. Conocidos por todos son los males que acarrear la ilegitimidad; la mortalidad infantil, el raquitismo, la prostitución y la delincuencia tienen su principal clientela entre los hijos ilegítimos. Por eso el desideratum anhelado por el legislador y la sociedad es que no existan hijos ilegítimos, para esto como vimos trata de difundir el matrimonio y se empeña en que lo contraigan los que viven al margen de la ley sobre todo si tienen descendencia. Pero este ideal, quizás por demasiado hermoso es inalcanzable, y el legislador no cerrando los ojos ante la realidad ampara y protege al hijo ilegítimo para aliviar su condición. Esta protección se manifiesta en primer término en que la casi unanimidad de las legislaciones permiten la investigación de la paternidad ilegítima en forma más o menos amplia. Es difícil encontrar hoy día alguna voz que pueda alzarse contra esta solución

(1) Manuel Somarriva Undurraga, ob. cit.

tan humanitaria y justa. En seguida los derechos que las legislaciones modernas otorgan a los hijos ilegítimos han ido también en aumento, no sólo se les concede facultad para exigir alimentos a sus padres, sino que también se les da derechos hereditarios aun en concurrencia con los hijos legítimos, si bien en proporción inferior a éstos. Y sin contar con legislaciones como la de México que no hace diferencia entre el hijo legítimo y el ilegítimo. Digno también es de notar que algunos códigos siguiendo al código alemán dan al hijo ilegítimo un distinto tratamiento frente al padre o a la madre; con respecto a aquél sólo le otorgan derechos de alimentos, en cambio con respecto a la madre les conceden los mismos derechos de los hijos legítimos" (1).

Derecho de los bienes. Aunque la expresión derecho de los bienes es incorrecta, ya que sólo las personas naturales o jurídicas son sujetos de derecho, la usamos siguiendo el uso corriente en que se emplea, para comprender en ella a todas las regulaciones jurídicas que afectan al régimen patrimonial en materia de dominio y de los otros derechos reales, en los modos de adquirir dichos derechos, y en cuanto a las distintas especies de bienes.

Ya dejamos claro, a través del pensamiento de Juan XXIII, reflejo de las ideas contemporáneas, la evolución que está experimentando la economía del siglo XX. La intervención y planificación estatal son una exigencia que impone la realidad social para alcanzar el bienestar de todos los hombres. En consecuencia, los sistemas económicos modernos que respetan la dignidad eminente de la persona humana sustrayéndola de la absorción totalitaria del Estado, no pueden menos que admitir distintas formas de propiedad. Los ordenamientos jurídicos más avanzados admiten la propiedad pública en numerosos casos siguiendo aquellos principios ya enunciados anteriormente por el Papa Juan XXIII. Además de la propiedad estatal, se conciben diversas formas de propiedad particular, como la propiedad privada individual, familiar, mixta (propiedad horizontal: que es parte privada y parte común), cooperativa y comunitaria. Y como especie intermedia de propiedad pública y privada se han formado las llamadas sociedades de economía mixta (2).

Por eso las relaciones jurídicas de dominio, consideradas en el derecho romano e incluso en épocas bastantes recientes, con un carácter casi absoluto, van desapareciendo, si no como relaciones de dominio, al menos sí con su carácter de ilimitadas. La función social

(1) Manuel Somarriva Undurraga, ob. cit.

(2) En este aspecto aportan principios fundamentales las obras de Amintore Fanfani: "Perfil de una economía para el hombre", Ediciones del Atlántico, Buenos Aires; y "Catolicismo y Protestantismo en la Génesis del Capitalismo", Ediciones Rialp, Madrid.

de la propiedad es una limitación no de tipo excepcional, sino que va intrínseca en todo género de situaciones en que se ejercite el derecho de propiedad. Lo que necesita esa regla general es un marco más preciso que consigne los elementos básicos que sirvan para determinar en concreto el ejercicio legítimo del derecho de propiedad. Aunque falte mucho por avanzar en este sentido, un aspecto de la teoría del abuso del derecho, que estudiaremos mas adelante, significa un gran aporte, sin ser el único, en el camino emprendido para fijar jurídicamente lo que debe entenderse, en cada caso, por ejercicio de la propiedad privada en función social.

No obstante que aún no se ha llegado a proyectar en toda su amplitud ese carácter de función social de la propiedad, el derecho de dominio y los otros derechos reales están siendo limitados en mayor extensión por las distintas disciplinas que integran el derecho público. En efecto, la institución de la expropiación forzosa, admitida sin dificultad por el derecho contemporáneo, es una verdadera limitación al derecho de libre disposición que el derecho civil concede al propietario. Y la expropiación se justifica por muchísimas razones de utilidad o conveniencia pública, es decir, en atención al bien común, ya sea en materia de sanidad, ornato, calamidad, construcción de viviendas, carreteras, etc., comprendiendo no sólo a bienes inmuebles sino también a los muebles.

Existen otras clases de limitaciones a los derechos reales. Así tenemos el régimen de servidumbres públicas, tomando como pie la clasificación que hacen los códigos civiles, o sea, las leyes que limitan el dominio y demás derechos reales estableciendo determinadas servidumbres públicas. A más de las señaladas en el mismo derecho civil tradicional, que son escasas y se refieren especialmente al uso de las aguas privadas o públicas, se encuentran en muchos países gran cantidad de servidumbres públicas impuestas por legislaciones especiales, por ejemplo, en materia de vías para servicios telefónicos, telegráficos, de radio, de agua potable, alcantarillado, etc. Otra clase de limitaciones se establecen modernamente en leyes municipales o urbanísticas que obligan a los propietarios a observar ciertas reglas en las construcciones que realizan, o que les prohíben edificar en zonas determinadas y, en fin, leyes que establecen infinidad de requisitos que los propietarios deben cumplir previamente para poder construir en las zonas urbanas. Además, se encuentran en el derecho público multitud de limitaciones de carácter higiénico o por razones de salubridad pública que llegan hasta la clausura de ciertos establecimientos. El propietario de industrias o de establecimientos comerciales está sujeto a un estricto control gubernativo y a cumplir con

prender que las instituciones jurídicas del derecho positivo tradicional que se refieren a los modos de adquirir resultan parcialmente obsoletas. Se hacen necesarias nuevas formas, más simples, de tradición, imitando el ejemplo dado por los mercantilistas. Con los inventos modernos, como el teléfono, el radio, la televisión, es posible realizar negocios jurídicos en formas diferentes a las contempladas por los antiguos códigos. Estudiar las prolijas regulaciones que se aplican en materia de ocupación de bienes muebles —ya que la ocupación de inmuebles pertenece a un pasado más lejano— en un mundo que se civiliza y tecnifica intensamente, parece una cuestión de perder el tiempo. Los derechos del cazador o pescador de animales bravíos; la reglamentación de la “ocupación” de las abejas y de las palomas que abandonan su colmena o palomar, de las especies náufragas y del tesoro escondido, tienen escasísima importancia y aplicación en los tiempos modernos. En cambio, nuevos aspectos del régimen patrimonial que han adquirido notable importancia últimamente, apenas aparecen considerados en lo referente a los modos de adquirir ⁽¹⁾.

Por último, deseamos destacar un punto importante en la evolución contemporánea del derecho de los bienes y es el relativo a la clásica división de bienes en muebles e inmuebles. La expresada clasificación, desde el derecho romano hasta principios de este siglo, ha servido para sujetar los bienes raíces y los bienes muebles a regímenes jurídicos diferentes en cuanto a modos de adquirir, de constituir derechos reales sobre ellos, formas de prescripción y de enajenación, etc. Actualmente parece que las diferencias entre ambas clases de bienes se estrechan en vista del inusitado valor que están adquiriendo la actividad humana en función económica y las cosas muebles, incluyendo en estas últimas los títulos-valores que regula el derecho mercantil.

A ese respecto, R. Savatier, en la obra que citamos con anterioridad, en un capítulo cuyo sugerente título es: “¿Proletarización del Derecho Civil?”, nos dice: “en esos bienes, en esta “propiedad”, que constituían la preocupación principal del Código Civil, la mejor parte corresponde a los *inmuebles* puesto que representan la fortuna, particularmente sólida y durable. Pero, el derecho civil no se limitaba a regir las fortunas: las quería estables. . . La concepción burguesa de la fortuna privada no aspiraba únicamente a la estabilidad sino que consideraba como normal incrementarla progresiva e indefinidamente por medio de las economías. El ahorro capitalizado —que en ciertos espíritus inferiores lleva a las más abominables vilezas— indefinida-

(1) En este sentido el derecho mercantil está desarrollando nuevas regulaciones jurídicas que llegarán a influir en el derecho civil.

mente productivo de nuevas rentas, formaba parte, en cierto modo, del derecho natural de la burguesía. El Código siguió un minucioso programa al efecto en numerosas disposiciones que no se requiere citar... Y todas esas disposiciones subsisten. ¿Más cómo no encontrarles en el mundo actual, un sabor añejo y colores desleídos? *Este predominio de la fortuna inmobiliaria*, esta estabilidad institucional de las fortunas familiares, esta preocupación de hacerlas automáticamente fructíferas y de acrecentarlas progresivamente por el ahorro privado, suscitan, hoy en día, la sonrisa desengañada del sociólogo. Es como si la savia social hubiera dejado de nutrir esas instituciones burguesas que, progresivamente, se debilitan o se transforman. Paralelamente, a ese crepúsculo, construcciones jurídicas de otro carácter aparecen y se engrandecen. Pero, ¿quiere decir que la proletarización del derecho civil sea cosa acabada y que las fortunas privadas, cuyo estatuto era tan caro al Código Civil, se encuentran niveladas por las nuevas instituciones? ¡Ciertamente que no! No por haber cambiado de bolsillo el dinero deja de ser menos rey de lo que era... Y pese a que se ha depreciado, se le desea apasionadamente. No ya como un factor de estabilidad, de seguridad, de ahorro, palabras en que nadie cree, sino que como medio de goce si se puede y, a lo menos, como necesidad de vida nutricia. El derecho de propiedad, el derecho de los bienes no han terminado, ciertamente, su carrera. No solamente subsisten las desigualdades sino que se establecen fortunas aunque no para funcionar por generaciones sino que por toda una vida o para una fracción de ella. La masa de las grandes fortunas cambia de naturaleza, pues, a la depreciación de los bienes durables, de los bienes en sí, independientes del trabajo y de la actividad de su propietario, se opone la multiplicación y la valorización de bienes nuevos, de que el Código Civil —y aun el derecho civil mismo anterior al siglo XX— no tenían la menor idea: los establecimientos de comercio, las explotaciones rurales, los fondos artesanales, los gabinetes de las profesiones liberales: en suma, las empresas y los oficios. Los que pueden vivir largamente, ya no son los propietarios de fortunas que antes se conceptuaban estables, sino que los dueños de estos bienes nuevos, surgidos de una mezcla indivisible de capital invertido y de actividades individuales. El capital no conserva su valor sino cuando sirve de instrumento a la actividad productora del propietario. Pero la combinación de ese capital y esa actividad, posee un valor pecuniario considerable, que la hace preferible a todos los bienes de otrora. Antes el *inmueble* en que se ejercía el comercio aprovechaba de todo el valor de la clientela del comerciante arrendatario. Era el único bien que conocía el derecho positivo como base de la actividad ejercida en dicho inmueble. Y ese bien no pertenecía al autor de la actividad, sino que a la fortuna adquirida del pro-

pietario del inmueble. ¿Qué representa, hoy por hoy, el valor del inmueble frente al valor del establecimiento comercial? ¿Paralelamente, en cuántos arrendamientos rústicos, el arrendatario, amo de la explotación agrícola no ha llegado a ser más rico que el propietario del fundo?" (1).

Parece, pues, que la evolución del derecho civil, no se ha dejado de sentir primordialmente en el derecho familiar y en el sucesorio, como lo piensa el profesor Somarriva Undurraga, sino que es general en todo el sentido de la palabra.

Derecho sucesorio. La sucesión por causa de muerte es una institución que deriva de la propiedad privada. Cuando se concebía el derecho de propiedad en términos casi absolutos, era consecuencia obligada que las legislaciones consagraran el derecho absoluto a la libre testamentifación. Los códigos civiles del siglo pasado admitían, pues, la sucesión testamentaria al mismo tiempo que la intestada, dejando en plena libertad de disponer de lo suyo al causante. Sin embargo, con la evolución social, el principio de la autonomía de la voluntad ha ido sufriendo limitaciones en esta materia, las que son un resultado de las nuevas nociones y limitaciones impuestas en el campo del derecho de los bienes. En una posición extrema se colocó el ordenamiento jurídico de la Unión Soviética, la cual dictó en 1918 una disposición que decía: "Después de la muerte del propietario los bienes que le hayan pertenecido pasan a ser propiedad del Estado de las Repúblicas Soviéticas", o sea, que se suprimía el derecho de herencia. Pero el Código Civil de 1922 inició una política distinta, permitiendo la herencia, sea testada o intestada, hasta de 10.000 rublos, pasando el exceso de dicha suma al Estado. Más tarde, en 1926, se suprimió el tope de los 10.000 rublos, pero se adoptó un sistema de impuestos y de control fiscal semejante al de otros países. Por supuesto, que en el caso de la Unión Soviética el derecho de herencia comprende únicamente los bienes de consumo y no los de producción o bienes de capital (2).

En los países democráticos, formalmente la posición es semejante, es decir, se admite la sucesión testada e intestada, sujeta a límites y reglamentaciones impositivas de carácter fiscal; pero últimamente, atendiendo a las nociones de propiedad humana y de propiedad superflua, los juristas insisten en proteger con vigor el derecho de testar con relación a la llamada propiedad humana, tanto en los bienes de consumo como en los de producción; y, en cambio, para la propiedad

(1) Extractos tomados de Victorio Pescio V., en ob. cit. en la nota 17.

(2) Véase conferencia de Pedro Lira Urquieta, en ob. cit. en anteriores notas.

considerada superflua, las limitaciones a la libre testamentifacción y los impuestos fiscales para las herencias, son grandes, variando de extensión en los diferentes códigos modernos (1).

Existe otro aspecto de interés en la evolución del derecho sucesorio y que considera razones morales y de justicia social. La importancia de la familia y la necesidad de protegerla, que en materia de filiación ha significado grandes transformaciones jurídicas ya estudiadas, ha influido en el derecho de herencia. La facultad del testador de disponer libremente de sus bienes está también limitada por razones humanitarias que no se desatienden de la función familiar y social de la propiedad. De tal manera que las legislaciones modernas, salvo raras excepciones, establecen asignaciones forzosas y reglamentan la cuantía de dichas asignaciones. Para el caso, muchos códigos antiguos, bajo el influjo de la moral cristiana, ya establecían las siguientes asignaciones forzosas: los alimentos que se deben por ley a ciertos familiares necesitados; la porción conyugal; las legítimas; y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes. Quiere decir que si el testador disponía de sus bienes a favor de extraños o de parientes lejanos, los alimentarios, cónyuge y parientes cercanos, especialmente los legítimos, tenían derecho para exigir una parte de la herencia. Pero últimamente se ha avanzado aún más, tanto en la sucesión testada como en la intestada. Se ha llegado a extender el concepto de familia comprendiendo preferentemente a los que viven económicamente del "de cujus", y no tanto a los ligados por el vínculo de sangre. Esta disposición humana y lógica figura en varios códigos modernos y ya figuraba, tratándose del derecho real de uso, en los códigos tradicionales. También se eliminan o reducen en el derecho sucesorio contemporáneo las diferencias entre la filiación legítima e ilegítima, teniendo los ascendientes y descendientes ilegítimos iguales o casi iguales derechos que los legítimos, ya sea en la sucesión intestada como en las asignaciones forzosas.

Igualmente, se acentúa la tendencia a reducir los órdenes de sucesión intestada, para dar mayor cabida a instituciones de beneficencia o al Estado. A favor de esta posición se dice que el mundo moderno, por muchas razones, ha debilitado los lazos familiares y que, en consecuencia, los parientes lejanos apenas tienen vínculos de cariño con el causante por lo que no es lógico que se beneficien de la herencia de éste a no ser que sean tomados en cuenta en el testamento.

Por último, el profesor Pedro Lira Urquieta nos señala una nueva

(1) Más o menos a estas conclusiones llega el profesor Pedro Lira Urquieta, en ob. cit.

modalidad del derecho sucesorio. Cita como ejemplo la ley alemana de 1933 sobre finca agrícola hereditaria que abarca desde la pequeña finca que alimenta a una familia hasta la propiedad de 125 hectáreas. Para ese tipo de propiedad se establece la indivisión y se suspenden las leyes sucesorias civiles; no caben enajenaciones ni embargos en ella; sólo un hombre agricultor, el mayor, la hereda, o el que conozca la agricultura entre los herederos. Puede recoger a los indigentes de la familia; y los restantes herederos recibirán educación adecuada y otros bienes, posiblemente rentas, pero éstos no intervienen en el dominio ni en la explotación (1).

En fin, en materia sucesoral se están abandonando las fórmulas simplistas y absolutas de la libre testamentifacción y los órdenes de sucesión intestada generales y abstractos; substituyéndose por reglas jurídicas más complejas, incluso leyes sucesorales especiales en materia de pequeñas propiedades rurales y de beneficios emanados de leyes sociales sobre pensiones y seguros sociales. Todo indica un soplo moralizador y un contenido más humano en concordancia con las realidades sociales de nuestra época.

Derecho de los contratos y de las obligaciones. Los contratos y las obligaciones forman un todo indivisible que merece ser estudiado de conjunto, pues los primeros son una de las fuentes primordiales de las segundas. Por consiguiente, en términos generales, las causas de la evolución del derecho en materia de contratos y de obligaciones son las mismas. A ambos parece aplicarse lo que el profesor chileno Enrique Rossel nos indica brevemente sobre la nueva orientación del derecho de las obligaciones y por eso repetimos sus palabras: "Si fuera posible sintetizar en unas cuantas palabras el sentido de la evolución del derecho de las obligaciones durante los años que llevamos vividos de este siglo, diríase que su característica es el debilitamiento del poder creador de normas jurídicas asignado a la voluntad de los hombres y la intervención cada vez más efectiva y múltiple del Estado en las relaciones de derecho privado" (2).

Las razones de esta creciente intervención estatal están explicadas en el cuadro general de la evolución de todo el derecho, como consecuencia de las transformaciones sociales y de los avances científicos que han originado el fenómeno de la "socialización".

El principio jurídico de la autonomía de la voluntad era un axioma en los códigos del siglo pasado; con base a dicha autonomía los particulares contrataban con entera libertad, salvo limitaciones de or-

(1) Pedro Lira Urquieta, ob. cit.

(2) Enrique Rossel S., conferencia sobre "Orientaciones actuales del Derecho de las Obligaciones", publicada en la obra "Las actuales orientaciones del Derecho", Editorial Nascimento, Chile, 1942.

den público y sin contrariar las “buenas costumbres”, debiendo sujetarse a los efectos contemplados en sus estipulaciones. Partiendo de un criterio excesivamente racionalista y extraño a las realidades sociales se suponía que el individuo era libre, consciente e igual a sus semejantes. De ahí que no merecía ninguna clase de tutela jurídica en materia de contratos y de obligaciones. Al influjo de esas ideas los intereses de los terceros eran tomados en consideración sólo de manera incipiente y ocasional y el interés de la sociedad entera no contaba para nada. Con razón se ha dicho que la libre contratación, al amparo de la autonomía absoluta de la voluntad, servía únicamente para consagrar la libertad de los fuertes para explotar a los económicamente débiles.

Actualmente esos principios del siglo pasado están en crisis. Ello no quiere decir que se deben de derrumbar totalmente, sino que es preciso limitarlos y completarlos con otros conceptos jurídicos que respondan más adecuadamente a las nociones de justicia, seguridad y bien común.

Primeramente daremos un vistazo a la evolución del derecho contractual y luego a la que se refiere a los efectos obligacionales de los contratos.

*
* *

El profesor Arturo Alessandri Rodríguez, después de afirmar el sentido de estas transformaciones jurídicas que afectan al derecho absoluto de libre contratación se formula la siguiente pregunta: “¿Ha llegado el momento de eliminar de nuestro Código Civil el principio de la autonomía de la voluntad?” Y la contesta con gran acierto en los párrafos que transcribimos a continuación: “No me parece ser ésta la conclusión a que conduzcan los conceptos que acabo de expresar. Desde luego, todas las doctrinas extremas son, por lo general erróneas. ¿En seguida se ha demostrado acaso prácticamente que el régimen de supresión de la libertad contractual sea el que rinda los mejores frutos? Rusia, cuna del comunismo y donde la libertad contractual fue suprimida a raíz de la revolución comunista, cambió más tarde de criterio y el Código Civil que hoy rige en ese extenso país reconoce, al igual que los códigos de la Europa Occidental, la libertad de las convenciones privadas y los súbditos de los Soviets pueden pactar en la actualidad los contratos que les plazcan dentro de los límites que señala el Código soviético, y aun aquellos no reglamentados expresamente por él. Las necesidades son más fuertes que la voluntad humana y pasan sobre ella. Es que, a decir verdad, la libertad contractual

es indispensable para el desarrollo del comercio y para el progreso económico y material de los pueblos, porque no sacrifica el interés privado que es el gran acicate de la producción... Pero no podemos desconocer, porque desconocerlo sería negar la evidencia, que la absoluta libertad contractual, tal como la preconizó la Revolución Francesa y la consagró el Código de Napoleón, tiene inconvenientes y puede ser fuente de abusos e injusticias. Por eso creemos que el legislador tiene el derecho, y, más aún, la obligación de intervenir en la vida contractual para proteger a aquel de los contratantes que se halle en una situación de manifiesta inferioridad respecto del otro y para impedir, por lo mismo, que el contrato sea fuente de injusticias o sirva de instrumento de explotación de una de las partes por la otra" (1).

Resultado de este análisis es la autonomía del moderno derecho laboral ya estudiado, el cual tiene un claro sentido tutelar de clase y reviste caracteres de derecho público, con una vigilancia e intervención constante de organismos gubernativos. Así, el arrendamiento de servicios de índole subordinada, de parte del trabajador para con su patrono, ya no es materia del derecho civil, donde el campo de la autonomía de la voluntad, si bien sujeta a serias limitaciones, debe prevalecer.

Pero aun dentro del campo propiamente civilista ha surgido lo que Jossierand denominó el régimen del contrato dirigido. Es este el contrato reglamentado y fiscalizado por los poderes públicos, tanto en su formación como en su ejecución y duración. La autonomía de la voluntad se mantiene como principio general, pero el marco o ámbito para su actualización lo estrecha grandemente el derecho público. La razón de ello se comprende con facilidad; ha quedado claro que vivimos en un régimen de economía dirigida, por lo que no puede convenir sino un régimen de contrato dirigido. Alessandri nos confirma este pensamiento al afirmar que "de otro modo la economía dirigida no podría marchar: los contratos son los vehículos jurídicos de la circulación y distribución de las riquezas" (2). Los ejemplos son abundantes: medidas dictadas por el Estado para determinar las cantidades a ser vendidas de ciertas mercancías cuyos excedentes en el mercado implicarían perjuicio a la economía nacional; prohibición de contratos que se estiman nocivos a la economía nacional; control de precios de artículos de consumo; control de operaciones contractuales bancarias; intervención en ciertos contratos de arrendamiento

(1) Arturo Alessandri Rodríguez, conferencia intitulada "El contrato dirigido", publicada en "Las actuales orientaciones del Derecho", Editorial Nascimento, Chile, 1942.

(2) Arturo Alessandri Rodríguez, conf. cit.

de vivienda fijando precios topes, duración del arriendo; regulación de contratos que tengan por objeto la exportación o importación de mercaderías, etc.

Además del contrato dirigido, nos encontramos con una aplicación creciente, en el campo mercantil especialmente, del contrato de adhesión. Ese contrato “estereotipado”, consignado en fórmulas impresas redactadas por el acreedor, coloca a la otra parte en una disyuntiva: aceptar todas las cláusulas o no contratar. Para establecer jurídicamente en un plano de igualdad a la parte más débil, el derecho contemporáneo prescribe reglas de interpretación de tales contratos de manera que favorezcan al deudor e incluso llega a considerar como no escritas las cláusulas manifiestamente injustas.

Existen otras instituciones que ponen de manifiesto la evolución del derecho en materia contractual y que los tratadistas generalmente estudian en la teoría general de las obligaciones. Como ambos aspectos están íntimamente relacionados, no vemos inconveniente para referirnos a dichas instituciones al examinar la evolución del derecho de las obligaciones.

*
* *

Pasemos, pues, a ese otro campo jurídico. Ahí nos encontramos con una serie de teorías e instituciones que nacieron en una época reputada de bárbara y de fanática y que han “resucitado” después de una muerte aparente y temporal. En efecto, el racionalismo despreció la influencia moral de muchas concepciones jurídicas de la Edad Media que ahora resurgen con inusitado vigor, porque se ha comprendido lo que decía Francisco Brentano: “Cuando un pueblo desdeña la obra de sus antepasados no solamente comete una mala acción, sino que puede estar cierto que hace una tontería” (1).

Tomando lo bueno del pasado y elaborando nuevas construcciones jurídicas se ha completado la evolución del derecho de las obligaciones, la cual podemos apreciar en apretada síntesis a través de las teorías de la voluntad declarada, de la lesión, de la imprevisión y de la responsabilidad objetiva.

Teoría de la voluntad declarada. Con el objeto de garantizar el interés de terceros y de dar estabilidad a los vínculos obligacionales, la tendencia moderna invierte el principio de que la intención de las

(1) Citado por Enrique Rossel S., en conf. cit. en nuestra nota 31, quien también expresa las mismas ideas.

partes prevalece sobre el contenido literal de las palabras. Los códigos más recientes consagran la idea de que la exteriorización de la voluntad, esto es, la voluntad declarada, prima sobre el íntimo querer de los contratantes. Dentro de este criterio el error en la manifestación de la voluntad no vicia el contrato ni altera sus consecuencias, porque en última instancia no hay otra voluntad que la que se expresó. El profesor Rossel nos indica que esta concepción jurídica, obra de los juristas alemanes de fines del siglo pasado, es un homenaje rendido a la solidaridad social y una manifestación de respeto al interés de los terceros (1).

Teoría de la lesión. Respondiendo a un espíritu de justicia comenzó por admitirse que en el contrato de compraventa no está obligado el comprador o vendedor a cumplir con lo pactado si ha estipulado dar una cosa o pagar un precio notablemente inferior a lo estimado como justo. Esta noción ya era admitida en el derecho romano y se extendió más en la Edad Media, pero durante la época del liberalismo se oscureció y tuvo limitados alcances. Modernamente, sin embargo, adquiere de nuevo importancia, ya que en numerosas ocasiones se aprecia que una persona que está en la miseria se ve en la absoluta necesidad de vender sus bienes por un ínfimo valor o, por el contrario, alguien que necesita desesperadamente un objeto tiene que comprarlo a un precio exorbitante. Y en un último progreso, el derecho contemporáneo extiende la causa de lesión a todo género de obligaciones y no sólo a las que resulten del contrato de compraventa. Así tenemos que, al igual que en la Edad Media, se limita la tasa del interés convencional en las obligaciones mutuas, considerando lesivo el interés exagerado que una persona puede haber pactado por razones de extrema urgencia y necesidad. Incluso algunas legislaciones han llegado a tipificar como delito el préstamo usurario.

El Código Civil alemán da una regla general en este sentido: su artículo 138 dice: "Será nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres y en particular aquél por el cual, explotando cualquiera desgracia, ligereza o inexperiencia de otro se haga prometer o dar por él o por un tercero en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan al valor de esta prestación de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella" (2).

Teoría de la imprevisión. La teoría de la imprevisión es un concepto jurídico típicamente medieval que nació bajo el influjo de

(1) Enrique Rossel S., conf. cit.; véase también: Manuel Borja Soriano, "Teoría General de las Obligaciones", Tomo 1, Editorial Porrúa, México, 1953.

(2) Citado por Enrique Rossel S., en conf. cit.; además se ha consultado sobre la teoría de la lesión, a Manuel Borja Soriano, ob. cit. en nota anterior.

la ética cristiana; tuvo su ocaso durante el imperio absoluto de la autonomía de la voluntad y vuelve a cobrar relieve en los tiempos actuales. Consiste en sostener que los tribunales tienen el derecho de suprimir o de modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentran modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido razonablemente prever esta modificación. Según Planiol y Ripert, “los canonistas de la Edad Media, que condenaban todo enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como contrario a la moral cristiana, no debían solamente considerar la lesión contemporánea del contrato, sino también la que resultara de cambios ulteriores en las circunstancias. En ambos casos había usura. Para poner el remedio consideraron como sobreentendida en los contratos una cláusula “rebus sic stantibus” según la cual se reputaba que las partes habían subordinado implícitamente el mantenimiento de sus obligaciones, tales como las habían contraído, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes en el día del contrato” (1).

Su fundamento descansa en consideraciones de justicia conmutativa de acuerdo con la opinión de Georges Ripert. Lo cierto es que las condiciones económicas nuevas, después de la guerra de 1914, han dado un desarrollo inesperado a esta teoría, ya sea aceptándola desde el punto de vista del derecho positivo en algunos países, o como mera función de la jurisprudencia, de aplicación restrictiva en casos excepcionales, criterio este último seguido por el derecho francés. Sin embargo, a pesar de que en Francia dicha teoría no está consagrada legislativamente en forma general, se han dictado varias leyes especiales para precaver el cumplimiento de contratos, cuyas prestaciones, absolutamente desequilibradas por las reversiones económicas causadas por la guerra resultaban inequitativas (2).

Algo semejante ha ocurrido en El Salvador con la promulgación de las leyes moratoria, de liquidación de deudas en moratoria y de inquilinato, con las cuales se alteró sustancialmente, por razones de equidad y de equilibrio social, la rigidez de lo convenido en los contratos, en perjuicio de los acreedores, quienes tuvieron que someterse a las disposiciones legales que modificaron ciertas cláusulas libre y voluntariamente pactadas.

Teoría de la responsabilidad objetiva. Colin y Capitant, citados por Borja Soriano, exponen esta teoría en los términos siguientes:

-
- (1) Marcel Planiol y Georges Ripert, “Tratado práctico de Derecho Civil Francés”, Tomo VI, Primera Parte, Habana, 1946.
(2) Sobre esta teoría nos hemos servido de Manuel Borja Soriano, ob. cit.; Julien Bonnetcase, “Elementos de Derecho Civil”, T. II, Editorial José M. Cajica, México, 1945; y Rafael Rojina Villegas, “Derecho Civil Mexicano”, T. V., Vol. II, México, 1951.

“En los últimos años del siglo XIX, se ha producido una corriente de ideas nuevas que tienden a modificar, a ensanchar las nociones fundamentales de la responsabilidad. . . Es el sistema de la responsabilidad objetiva. Su fundamento consiste, en suma, en eliminar de las condiciones de la responsabilidad la que actualmente es la más esencial, a saber, la imputabilidad del hecho que causa daños y perjuicios a una falta de su autor. En el sistema de la responsabilidad objetiva, un individuo sería siempre responsable de las consecuencias perjudiciales para otro de los actos que ejecuta. La única cosa que tendría que demostrar la víctima del hecho de otro, para obtener reparación, sería el perjuicio sufrido y el vínculo de causa a efecto entre ese perjuicio y el hecho en cuestión. Así cada uno debería soportar el riesgo de sus actos, culpables o no. La noción del riesgo estaría llamada a reemplazar a la de la falta como fuente de obligación. . .” (1).

No obstante, Colin y Capitant se oponen al principio de la responsabilidad objetiva “porque tendría consecuencias peligrosas e injustas; iría nada menos que a matar toda iniciativa” (2).

A pesar de algunas voces adversas, como las de Colin y Capitant, esta teoría va imponiéndose en el campo del derecho a impulsos de un sentimiento de solidaridad y de justicia social. Se aplica no en forma amplísima y arbitraria, sino que a propósito de accidentes de trabajo y en materia de responsabilidad extracontractual. Las legislaciones alemana y suiza la reglamentan con precisión para evitar aplicaciones exageradas. Porque es indudable que la teoría de la culpa bastaba cuando los riesgos eran escasos, pero hoy, con el aumento de la población, desarrollo del maquinismo y de la vialidad se hace indispensable esta nueva noción que proteja a una mayoría de personas que no disponen de medios económicos suficientes para soportar perjuicios ocasionados por hechos ajenos. Esto se aplica especialmente al dueño de una empresa que recibe los beneficios del maquinismo y que, por tanto, debe soportar las consecuencias de los riesgos que corren sus obreros o el público en general.

De acuerdo con el profesor Rossel, la responsabilidad sin culpa es un concepto que se impone a la conciencia de la colectividad, sin que ello signifique que se deba abrogar el concepto subjetivo de responsabilidad. Las dos responsabilidades deben mantenerse, pues no son incompatibles. Por el contrario, la combinación de ambas, realiza este desiderátum; que no haya víctimas sin indemnización ni daño sin reparación (3).

(1) M. Borja Soriano, ob. cit.

(2) M. Borja Soriano, ob. cit.

(3) Enrique Rossel S., ob. cit., también: Rafael Rojina Villegas, ob. cit. y el trabajo del doctor Ricardo Gallardo, “La teoría civilista del abuso de los derechos”, publicado en la revista “Ciencias Jurídicas y Sociales”, números 6, 7 y 8, El Salvador, 1947-1948.

Obligaciones naturales. Para finalizar esta reseña muy imperfecta queremos señalar una última tendencia del nuevo derecho de las obligaciones y que omitimos de enunciar al principio. Se trata de las “obligaciones naturales”, es decir, aquellas que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan jurídicamente para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Los códigos tradicionales enuncian taxativamente esta clase de obligaciones, comprendiendo las que existieron plenamente como obligaciones jurídicas civiles y que luego perdieron su eficacia en virtud de la prescripción o por falta de prueba; y las que por falta de un requisito no alcanzaron a tener completa validez como obligaciones civiles, conservando sin embargo un vínculo de naturaleza jurídica.

Hoy se amplía la extensión de las “obligaciones naturales” con una definida orientación moralizadora. En una conferencia pronunciada en nuestra Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, el profesor Somarriva expresaba que antes se consideraba la obligación natural más cercana al campo del derecho que al de la moral; y que en cambio, actualmente, se la estima, siempre desde un punto de vista jurídico, más cerca del campo de la moral que del derecho. Es decir, que son obligaciones jurídicas imperfectas donde el criterio ético juega un papel preponderante. Como una consecuencia, los tratadistas contemporáneos ya no hablan de la taxatividad de las “obligaciones naturales”, sino que están comprendidas dentro de un criterio general, jurídicamente expresado, y que abarca muchas situaciones no contempladas en los códigos antiguos (1).

*
* *

Al terminar esta primera parte debemos aclarar que la mayoría de los expositores tratan en el derecho de las obligaciones, la moderna teoría del abuso del derecho. Ciertamente es en ese terreno fértil donde doctrinariamente nació dicha institución; pero es nuestro objetivo, sin embargo, dedicarle la segunda parte de esta tesis, a fin de estudiarla detenidamente y para apreciar hasta dónde puede proyectarse.

(1) Rafael Rojina Villegas, ob. cit.

SEGUNDA PARTE

TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

CAPÍTULO PRIMERO

HISTORIA Y JURISPRUDENCIA

Reconociendo que la sistematización de los principios y elementos de la teoría del abuso del derecho es obra de los jurisconsultos contemporáneos, se pueden encontrar ciertos antecedentes remotos de ella en el derecho positivo anterior al siglo XX.

Derecho romano. Es muy discutible afirmar que el derecho romano dibujó los contornos de la teoría objeto de nuestro estudio. Mientras unos sostienen que dicha doctrina fue totalmente ignorada por los juristas romanos, otros entienden que la idea del abuso del derecho sí fue conocida y aceptada por la legislación romana.

Numerosos tratadistas pretenden encontrarle sabor romanista a la mencionada teoría invocando a su favor varios fragmentos del Digesto o algunos aforismos conocidos. Henri y León Mazeau se basan en ciertos pasajes de Gayo y Paulo para expresar categóricamente que el problema del abuso de los derechos era conocido y resuelto por los jurisconsultos romanos en forma semejante a la aceptada por el derecho contemporáneo (1). Y Planiol y Ripert afirman a ese respecto: "Si bien se encuentran en el Digesto ciertas fórmulas que, consideradas aisladamente permiten creer que para los jurisconsultos romanos no se incurría en responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de un derecho, otras nos demuestran de modo incontrovertible que esos juristas no admitían el uso de un derecho hecho con el propósito de perjudicar a terceros (Dig., 30,3.1.12; 39.2.26; 47.10.44: daños causados a los vecinos) (Dig., 47.10.19: demanda del acreedor contra los fiadores del deudor que se declaró dispuesto a pagar). Fórmulas no menos célebres que las primeramente aludidas lo evidencian ("malitiis

(1) Citados por Rafael Rojina Villegas, "Derecho Civil Mexicano", Tomo V, Volumen II, México, 1951, (refiriéndose a la obra "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil" de Henri y León Mazeau).

non est indulgendum”: Dig., 6.1.38) (“Summum jus summa injuria”: Cicerón, De Officiis, 1.10.33)” (1).

En El Salvador, en un interesante trabajo sobre el abuso del derecho, el doctor Ricardo Gallardo también defiende la estirpe romanista de la teoría en mención. Estas son sus palabras: “Hace un poco más de veinticinco años, en momentos en que se anunciaba el renacimiento de la teoría del abuso de los derechos, todos los autores estuvieron de acuerdo en admitir, que por antigua que fuese esta teoría, nunca debía atribuírsele un origen romano. Los mismos partidarios de ella convinieron en esta aserción. Faltos de textos explícitos sobre la materia, se limitaban, en la mayoría de los casos, a admitir el viejo adagio “summum jus summa injuria”, pero sin poder especificar en qué casos y cuándo lo usaban los romanos”.

“No cabe duda que desde el punto de vista filosófico, este aforismo latino, servía como un apoyo primordial para la doctrina. Pero, a pesar de todo, esa reminiscencia era manifiestamente insuficiente. La ciencia del derecho exige, siempre, aseveraciones fundadas sobre textos explícitos de la ley o sobre comentarios acuciosos por parte de sus intérpretes. Nada de eso parecía existir en favor de esta doctrina. Por el contrario, los adversarios indicaban varios textos de los cuales se deducía claramente, la aversión que los romanos tenían por este principio del abuso de los derechos”.

“Varios textos del Digesto parecían, en efecto, adversos a ella y de allí se sacaba la conclusión de que ninguna responsabilidad era posible establecer contra el individuo que no había hecho más que ejercer su propio derecho (“neminem laedit nemo damnum facit, qui suo jure utitur”), ni contra aquel que no había tenido la intención de causar daño a su vecino (“animo vecino nocendi”).”

“Cupo, entre todos los autores, a los distinguidos profesores Colin y Capitant de las Facultades de París y de Grenoble percatarse del error en que habían incurrido estos intérpretes. Como muy bien dicen los aludidos profesionales, las conclusiones hubieran sido diferentes, si los negadores hubiesen tenido la paciencia y la habilidad de leer hasta el final, los referidos fragmentos del Digesto. En el fragmento 26 del Digesto, intitulado “de damno infecto”, Ulpiano nos refiere en realidad el caso del propietario que excava en su propio terreno, y supone que éste no está obligado a reparar el daño causado a su vecino; en caso de que las excavaciones contribuyan a cegar las venas de agua de que dispone este último, siempre que las excavaciones hechas en su propio

(1) Marcel Planiol y Georges Ripert, “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”, Tomo VI, Editorial Cultural, Habana, 1946.

fundo, NO SEAN TAN PROFUNDAS que hayan causado, imprudentemente, una hendidura en la pared de su colindante. Relativo al fragmento 1, Par. 12, del Digesto, “de aqua et aquae pluv”, Ulpiano se refiere a una cita de Marcelo, quien dice que el propietario no estará obligado a indemnizar a los vecinos por la ejecución de sus actos lícitos, siempre que aquel haya obrado sin tener “animo vecino nocendi”.

“Así, pues, resulta que una vez las cosas restablecidas en su puesto, podemos, sin temor de equivocarnos, hacer remontar nuestra teoría al abolengo más ilustre que una doctrina jurídica puede llegar a concebir, cual es la tradición romana. Concluyamos afirmando que, independiente de los textos aludidos, el Derecho Pretoriano, con su maravilloso desarrollo, constituyó una preciosa contribución al desarrollo de esta doctrina en la antigüedad” (1).

Por el contrario, quienes niegan la influencia romanista en la gestación directa de la teoría del abuso del derecho, se fundan en el carácter estrictamente individualista y de señorío absoluto que entonces se atribuía al derecho de propiedad. Uno de los sostenedores de esta opinión, el profesor uruguayo Blas E. Rossi, nos indica que los jurisconsultos romanos aceptaban como regla general el aforismo “qui jure suo utitur, neminem laedit”, el cual significa que “quien usa de su derecho a nadie perjudica”; de donde concluye afirmando que la teoría del abuso jamás tuvo aplicación útil entre los romanos (2).

A nuestro juicio en esta controversia histórica ambas posiciones pecan por exceso. La verdad es que los romanos no eran unos fríos aplicadores de reglas jurídicas, sin ningún espíritu de equidad; pero también es cierto que ellos ignoraban las consecuencias filosófico-jurídicas de lo que hoy se denomina función social de la propiedad y de la relatividad de los derechos. Es exagerado, pues, el afán de querer encontrar explicación a cualquiera doctrina jurídica buscando en el derecho romano el único manantial de donde fluye todo el saber jurídico, como lo es querer negar la influencia del ideal de justicia en el derecho positivo de la antigüedad.

Del estudio del derecho romano podemos concluir que los jurisconsultos de esa época desconocían los principios que informan a la teoría del abuso del derecho. Esto es así, porque el espíritu general de ese derecho no permitía formular las bases esenciales de una doctrina bien definida que constantemente vigilara el ejercicio abusivo de los derechos, sino que más bien aceptaba como un principio general la in-

(1) “La teoría civilista del abuso de los derechos”, por el doctor Ricardo Gallardo, trabajo publicado en La revista “Ciencias Jurídicas y Sociales”, número 7, 1947, El Salvador.

(2) Referencia hecha a la obra “La Lex Aquiliae”, Montevideo, 1951, de Blas E. Rossi, por los profesores Alessandri y Somarriva, “Curso de Derecho Civil”, Tomo II, de los Bienes, Editorial Nascimento, Chile, 1957.

existencia de responsabilidad civil en el ejercicio de ellos. Pero sin ignorar lo anteriormente afirmado, es preciso reconocer que los romanos, en numerosos casos particulares, especialmente a propósito de la propiedad y de las servidumbres, atemperaban el absolutismo de los derechos. Esas limitaciones excepcionales las encontramos no sólo en las máximas y fragmentos a que se refieren Mazeau, Gallardo, Planiol y Ripert, sino que también en algunas leyes como la Lex Voconia del año 515 y en las Lex Julia y Papia Popea (1). Todas esas situaciones especiales, donde se puede apreciar la relatividad de los derechos en el momento de su ejercicio, aunque fuera por vía excepcional, pueden considerarse como antecedentes remotos de la moderna teoría del abuso del derecho. Dichos antecedentes adquieren mayor relieve en la época de Justiniano, bajo el influjo de una ética cristiana que dio nueva vida en el campo jurídico a los principios de equidad y de solidaridad.

Derecho musulmán. Más de algún autor ha sostenido que los juristas musulmanes dieron un desarrollo bastante amplio y completo a la teoría del abuso del derecho, casi en la misma manera como la ha forjado la doctrina moderna. En este sentido, Mahmoud Fathy sostiene que el abuso del derecho encuentra en el antiguo sistema jurídico musulmán un antecedente mucho más fecundo que en la legislación romana. Según el citado autor, ello es debido a que los principios religiosos contenidos en el Korán influyen notablemente en las instituciones políticas y jurídicas de los Estados-Religiones que son los países musulmanes. Fathy expone los principios jurídicos que informan a las tres escuelas clásicas del derecho musulmán: la de Malek, la de Abu Hanifa y la de Al Chafey, llegando a la conclusión de que de estas sectas la única que no admite los principios elementales del ejercicio abusivo de los derechos es la de Al Chafey, que se inspira en el “qui jure suo utitur, neminem laedit” de los romanos. En opinión de Fathy, en las otras dos escuelas, si bien la doctrina jurídica del abuso no adquiere precisión y desarrollo tan amplio como el que ahora se le da, el imperio de los principios caritativos sobre la justicia, el señorío absoluto de las necesidades públicas, la preocupación constante del predominio del bien, le imparten un soplo moral al derecho y una dirección evidentemente más equitativa (2).

Sin embargo, los profesores Alessandri y Somarriva nos explican que estudios recientes concluyen que la noción del abuso del derecho tuvo en la legislación musulmana una aplicación casi tan restringida y embrionaria como en tiempos de los romanos, mencionando entre di-

(1) Conclusiones de Pascual Marín Pérez, “Abuso del Derecho” en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Tomo II, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1930.

(2) Véase, Ricardo Linares, “El abuso del derecho”, en la obra “Ejercicios de oposición al premio “Emilio Fernández Camus”, Tomo I, La Habana, 1944; y Alessandri y Somarriva, ob. cit. en nota 4; quienes hacen relación a “La doctrine musulmane de l’abus des droits” de Mahmoud Fathy.

chos estudios un artículo de Chafik Chehata sobre: "La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans", publicado en la *Revue Internationale de Droit Comparé* (1).

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con los profesores Alessandri y Somarriva. El derecho musulmán proporciona antecedentes remotos más abundantes que el sistema jurídico de los romanos con relación a la noción del abuso del derecho; pero el hecho de que la legislación musulmana tenga un soplo moralizador más acentuado y principios de equidad y de justicia mejor desarrollados, no indica que haya dotado de contenido propio a una institución jurídica que sólo hasta hace poco tiempo ha sido bien establecida y caracterizada.

Derecho medieval. En el medievo tampoco logra adquirir un estatuto jurídico perfectamente definido la teoría del abuso del derecho; pero con el amplio desenvolvimiento de la doctrina de los actos de emulación encontramos allí antecedentes más directos de ella.

En esa época se definen los actos de emulación o de "chicanería" como aquellos que sin utilidad propia o sin utilidad propia apreciable, se realizan sólo o principalmente para dañar a otro.

Los romanistas modernos disienten al considerar si estos actos emulatorios fueron permitidos o no en la legislación romana. Todo parece indicar que en la época clásica estuvieron permitidos por lo dificultoso que resultaba la investigación interna del acto; pero, posteriormente, y en especial por obra de interpolación justiniana, bajo los influjos del cristianismo, en materia de aguas y de servidumbres se atempera la rigurosidad apuntada, moldeándose los principios "animo vecino nocendi" y "malitiis non est non indulgendum" de un modo más general (2).

Rotondi y Ruggiero opinan que los compiladores y comentaristas medievales, inspirándose en las máximas citadas, le dieron mayor impulso a esa noción prohibitiva de los actos emulatorios, consagrándola en términos absolutos en la aplicación del derecho de propiedad (3).

En España esa teoría se plasmó en un viejo precepto de la Ley de las Partidas que al definir la propiedad nos decía que era el derecho en una cosa para usar de ella, pero agregaba "según Dios o según fue-

(1) Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, ob. cit.

(2) De acuerdo con Ricardo Linares, ob. cit. (quien al mismo tiempo se funda en opiniones de Rotondi y Ruggiero).

(3) Citados por Josserand, "El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. La Teoría del Abuso de los Derechos", traducción española de José M. Cajica Jr., México, 1946 (Refiriéndose a las "Instituciones de Derecho Civil", volumen II, de Ruggiero; y a "L'abus di Diritto", de Rotondi).

ro" (1). En una sociedad organizada teocéntricamente, ese agregado constituía una prohibición general de los actos emulatorios que incluso a veces resultaba excesiva por falta de precisión jurídica.

Derecho liberal. A raíz de la Revolución Francesa y debido a las exageraciones del individualismo liberal, se obscureció por completo la noción prohibitiva de los actos emulatorios. En efecto, el derecho revolucionario, después de haber combatido el absolutismo político, y por vía de reacción, confirió a los particulares un cúmulo de facultades que implícitamente fueron declaradas absolutas e inmanentes. La preocupación exclusiva del derecho liberal fue proteger y garantizar a las personas de los abusos del poder público, olvidando que el individuo también tiene deberes fundamentales para con la sociedad en que vive y que, por ende, el Estado debe tratar porque el bien común sea tutelado (2).

Al hablar de la moralización del derecho dejamos dicho que como una consecuencia de los postulados exageradamente positivistas y racionalistas, el derecho se desprendió de gran parte de los principios morales y sociales que le son ahora tan caros. Por esa razón, los avances logrados antes del liberalismo sufrieron un enorme retroceso y el postulado del absolutismo de los derechos se erigió en norma general.

Esas influencias individualistas, en el terreno del derecho, sirvieron para consagrar una teórica igualdad jurídica que prácticamente se convirtió en instrumento para que los económicamente poderosos acumularan mayores riquezas a costa de las clases desposeídas que fueron sumergidas en una situación lamentable de injusticia social.

Derecho contemporáneo. En el siglo XX se reacciona con energía frente al estado de cosas creado por la filosofía liberal y, en el campo jurídico, ocurren las transformaciones que ya hemos explicado sumariamente. Una de las tantas instituciones que reflejan la evolución contemporánea del derecho es la teoría del abuso del derecho.

Quienes más han contribuido a favor de esta doctrina son los autores galos y sus primeras aplicaciones, como tendremos ocasión de apreciarlo, se realizan a través de la jurisprudencia francesa. Se considera, aparte de algunos precursores como Toullier, Larombière y Sourdat, que fue Bufnoir quien primero suscitó doctrinalmente la cuestión, aunque sin darle grandes alcances, por medio de su obra "Propriété et

(1) José Castán Tobeñas, "Derecho Civil Español, común y foral", 7ª Edición, I, Madrid, 1949.

(2) Casi todos los tratadistas están de acuerdo en esas apreciaciones. Criterio sostenido por el doctor Ricardo Gallardo en su trabajo citado en la nota 3, aquí en El Salvador.

Contrat”, publicada precisamente en 1900 (1). Pocos años más tarde, Josserand le dio en diversos trabajos un desenvolvimiento tan amplio y profundo que se le considera con justicia como al verdadero creador de dicha teoría. Su libro “El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. La Teoría del Abuso de los Derechos”, es la obra clásica por excelencia sobre esta materia. Con Josserand adquiere sustantividad propia la noción del abuso del derecho, pues anteriormente no se habían establecido claramente sus elementos característicos ni sus distintos aspectos y proyecciones. Después de él, los principales juristas le han dedicado mucho tiempo y espacio al problema del ejercicio abusivo de los derechos, precisando reglas jurídicas que respondan a las nuevas exigencias sociales y al contenido de los valores de justicia, seguridad y bien común. De ese modo, la teoría del abuso del derecho ha sobrepasado el campo propiamente civil y se dirige a todo el ámbito jurídico.

Hoy en día, la bibliografía al respecto en casi todos los países es profusa; los tratadistas de derecho civil la mencionan destacadamente en la parte relativa a las obligaciones civiles y existen numerosas obras especializadas que la proyectan a las demás disciplinas jurídicas.

Como testimonio valioso de estas afirmaciones pueden servir las siguientes palabras del eminente jurista francés Julien Bonnecase: “La noción del abuso de los derechos, cuyo dominio de aplicación es tan extenso en la actualidad, fue en un principio discutidísima y hasta se tachó de contradictoria. Sin embargo, necesariamente debió haber presentado una realidad, puesto que hoy no se discute su existencia y porque se encuentra a cada paso en la jurisprudencia” (2).

JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha sido siempre un medio de corregir muchas veces la excesiva inflexibilidad de los preceptos jurídicos. Tal cosa ocurrió en el seno mismo del derecho romano, si se compara su aplicación primitiva con la que recibió en la época clásica o con la que recibe en la codificación de Justiniano; la constante y benéfica intervención de los pretores al introducir los principios de equidad y de buena fe en las rígidas instituciones del “jus civile”, humanizando las soluciones estrictas de los textos romanos, constituyen una prueba de lo que afirmamos.

Cumpliendo con esa función moralizadora e inspirándose en las ideas aportadas por Bufnoir, Josserand y otros precursores, la juris-

(1) Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, ob. cit.

(2) Julien Bonnecase, “Elementos de Derecho Civil”, versión española por José M. Cajica Jr., Tomo II, Puebla, México, 1945.

prudencia francesa fue la primera en suavizar los rigores del ejercicio inflexible de los derechos, dándole una acogida algo imprecisa a la teoría del abuso del derecho.

Bonnecase opina que la jurisprudencia de su país ha dividido claramente la noción del abuso de los derechos. “Ve en ella, por una parte, un estado meramente psicológico y, por otra, una situación material. En el primer sentido, el abuso de los derechos se refiere al hecho de una persona de ejercitar, con el solo fin de perjudicar a otra, y por tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular. En su segundo sentido, el abuso de los derechos designa el acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter absoluto” (1).

Las siguientes sentencias revelan por sí solas que conciben el abuso del derecho en el sentido material que explica Bonnecase y que se traduce en lo que ha dado en llamarse “uso anormal” del derecho.

Así tenemos la sentencia de la Corte de Apelación de Metz, de 1808, que dice: “Considerando, en cuanto al fondo, que Pierre Singard no pudo disponer de su taller de sombrerería en forma tal que molestara a sus vecinos con evaporaciones desagradables e insalubres; que a todos se permite disponer de su propiedad como mejor les plazca, pero sin perjudicar a tercera persona; que es indudable que el establecimiento del apelante, tal como se encuentra, perjudica gravemente a su contraparte, como se comprueba por el dictamen pericial y por las comprobaciones que hicieron el Tribunal de Primera Instancia y el Alcalde de Mézières; que habiendo indicado la mayoría de los peritos el remedio, para hacer cesar los inconvenientes de que se queja el actor, no puede el apelante eximirse de tomar las medidas necesarias, para conformarse a él y que han sido decretadas por los jueces inferiores. . .” (2).

Esa resolución, insólita en los anales jurisprudenciales de aquellos tiempos, fue ratificada más tarde, en 1820, por la Corte de Apelación de Metz, que en el caso de Sebastián Mercy resolvió lo siguiente: “Considerando, que se reconoce que en la construcción del horno de que se trata, Sebastián Mercy no satisfizo las condiciones que le imponía la costumbre; que por tanto el Tribunal de Primera Instancia debió ordenar que se verificara este hecho y a este respecto ningún agravio causa su sentencia; considerando que las personas sólo pueden usar de sus propiedades respetando las de su vecino; que siendo sus respectivos derechos iguales, el de cada uno de ellos necesariamente debe conciliar-

(1) Julien Bonnecase, ob. cit.

(2) Sentencia citada por J. Bonnecase, ob. cit.

se con el de los demás; que sería contra toda justicia que un propietario, por lo demás no sujeto a una servidumbre, fuese al mismo tiempo molestado y sujeto en su propiedad, por el uso que a su vecino le hubiera gustado hacer de la suya; por ello, la última parte del peritaje ordenado, como la primera, no causa ningún agravio, debiendo confirmarse la sentencia recurrida en todas sus partes. En consecuencia, la Corte rechaza la apelación. . .” (1).

Cuarenta y un años después, en 1861, la Corte de Apelación de Colmar sentenció: “Considerando que se reconoce que como consecuencia de la limpia de la propiedad Ochs, contigua al jardín de Grosheintz, limpia realizada en una profundidad de trece metros en algunos puntos, se produjo un hundimiento considerable del suelo de Grosheintz, ocasionándole un daño real más o menos importante; considerando que cualquiera que sea la extensión del derecho de propiedad, tal como ha sido definido por el derecho romano y por el artículo 544 del Código de Napoleón, este derecho tiene siempre como límites la obligación de no dañar a nadie, estando sancionado este principio por la disposición general del artículo 1382 del código citado; que si es verdad que el propietario es dueño absoluto de las cosas que le pertenecen, y que es libre para modificarlas, desnaturalizarlas y aun destruirlas, sólo es cierto esto abstractamente y desde el punto de vista de su interés o de su capricho en cuanto a la cosa que le pertenece; pero que, con relación a los terceros, al ejercicio de este derecho corresponde la obligación de tomar todas las medidas necesarias, para no perjudicar a los vecinos; que, por consiguiente, quien desee realizar trabajos en un predio que le pertenezca, contiguo al de su vecino, debe tomar todas las precauciones que las circunstancias exijan, para evitarle todo daño; que para incurrir en responsabilidad no le bastaría conformarse a las reglas ordinarias del arte, si en razón de la naturaleza particular del suelo en el cual deben ejecutarse, era necesario tomar medidas especiales o precauciones excepcionales para evitar el daño. . .” (2).

No fue sino hasta en 1907 que la Corte de Casación recogió expresa y afirmativamente la doctrina sustentada en esas aisladas y excepcionales sentencias de los tribunales inferiores que se han relacionado escuetamente. La Corte de Casación dijo: “Sobre la primera parte del único medio; visto el artículo 1382 del Código Civil; considerando que la señorita Dupont, propietaria de la casa sita en Saint-Etienne, cerca de un horno de ladrillos explotado por los hermanos Lecante, demandó a éstos ante el Tribunal de esa ciudad: el pago de daños y

(1) Sentencia citada por J. Bonnecase, ob. cit.

(2) Sentencia citada por J. Bonnecase, ob. cit.

perjuicios en reparación del perjuicio sufrido como consecuencias de los humos y malos olores que se escapaban de dicho horno; y realizar los trabajos indicados por los peritos, capaces por su naturaleza para remediar el actual estado de las cosas; considerando que, por una parte, la sentencia recurrida reconoce: que la molestia causada por los humos y olores de la fábrica deprecia los inmuebles de la actora; que excede la medida ordinaria de las obligaciones de vecindad; y que, por otra parte, no discute que los trabajos indicados por los peritos pueden hacer desaparecer las incomodidades de que se queja la señorita Dupont; que, sin embargo, declara que los hermanos Lecante no han cometido ninguna culpa y que los libera de toda responsabilidad; que para rechazar así la acción de la señorita Dupont en sus dos peticiones, la sentencia recurrida se funda en que el horno de ladrillos existía y funcionaba sin provocar quejas de parte de los vecinos, antes de la adquisición por ella de las tierras en que construyó su casa y que, por tanto, es ella la única responsable de los inconvenientes que sufre, como consecuencia de los cambios que estableció al estado anterior del lugar; pero, considerando que el industrial que con motivo de la explotación de su fábrica, causa a los vecinos un perjuicio que excede la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad, incurre en culpa si no toma las precauciones necesarias para prevenir estos inconvenientes; que resulta de lo anterior que al decidir lo contrario, la sentencia recurrida violó la disposición legal antes considerada; por estos motivos y sin que sea necesario estudiar la segunda parte del agravio, casa y remite a la Corte de Riom. . .” (1).

En todas estas sentencias todavía no se recurre a la expresión técnica de “abuso del derecho”, pero a partir de la sentencia Lecante, de 1907, la Corte de Casación comienza a mencionarla. Así, en una sentencia de 1924, dijo: “Considerando que si la sociedad tenía el derecho de rescindir el contrato de arrendamiento de servicios por su sola voluntad y sin ninguna causa, responde no obstante de los daños y perjuicios causados, si se demuestra que *abusó de su derecho* de rescisión. . . que despidió a su empleado únicamente porque había dejado de trabajar algunos días; pero que éste justificó que sufrió una enfermedad y que su médico le ordenó que no trabajara durante una semana; considerando que en estas condiciones, la sentencia pudo decidir que la sociedad había *abusado de su derecho* y, por consiguiente, condenara al pago de daños y perjuicios. . .” (2).

Ahora, con referencia a la forma psicológica del abuso del derecho, se puede considerar que fue primeramente consagrada por la jurisprudencia.

(1) Sentencia citada por J. Bonnescase, ob. cit.

(2) Sentencia citada por J. Bonnescase, ob. cit.

dencia francesa en 1855, por medio de una decisión de la Corte de Apelación de Colmar que dice: “Considerando, que el dictamen pericial demuestra que *maliciosamente* el apelante, sin ninguna utilidad para él, y con el único fin de perjudicar a su vecino construyó en frente y casi contra la ventana del actor, de la cual una parte se encuentra ya tapada por la nueva construcción, una falsa chimenea, que comienza únicamente sobre el techo, apoyada en el cabriol extremo de la pared delantera de su casa, y que priva casi totalmente de la luz a que queda esta ventana, y que el mismo apelante en sus diversas promociones persiste insistentemente se mantenga por virtud de su derecho de propiedad; considerando que si en principio el derecho de propiedad es un derecho en cierta forma absoluto, que autoriza al propietario a usar y a abusar de la cosa, sin embargo, el ejercicio de este derecho, como el de todos los demás, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo; que los principios de la moral y de la equidad se oponen totalmente a que la justicia sancione una acción inspirada por la mala voluntad, realizada bajo el imperio de una mala pasión, que no está justificada por ninguna utilidad personal, y que causa un grave perjuicio a tercero; que por tanto, reconociendo que la propiedad del apelante está libre de toda servidumbre de vista, confirma la resolución recurrida en cuanto a la parte que decretó la demolición de la falsa chimenea. . .” (1).

Posteriormente, en 1901, el Tribunal Civil de Sedán, pronunció la sentencia que expresa: “Considerando que el derecho de propiedad, por absoluto que sea, tiene como límites en su ejercicio, la satisfacción de un interés serio y legítimo, y que no podría autorizar la realización de actos mal intencionados, que no se justifican por ninguna utilidad personal y que causan graves perjuicios a otras personas; considerando que no puede discutirse seriamente esta limitación del derecho de propiedad, que resulta de la más elemental equidad y moral; considerando que los esposos Durand y Leredde tienen, indiscutiblemente, la facultad de edificar en sus propiedades, obras que pueden dañar la luz y vistas de Savart, pero que la justicia no puede consagrar y sancionar esta facultad, cuando los actos por los cuales se manifiesta, como en este caso, están exclusivamente inspirados en la *mala voluntad* contra un vecino y sin utilidad real y apreciable para quienes construyen; que es indudable que no siempre es fácil escrutar la *intención* que ha tenido el propietario al usar sus cosas, pero que el principio planteado es jurídico, procediendo su aplicación cuando de hecho sea indudable que los trabajos realizados por los demandados tienen como único objeto perjudicar al vecino e impedirle que goce de su propiedad, disminuyendo

(1) Sentencia citada por J. Bonncasse, ob. cit.

la luz de que goza; que semejante acto, sanamente apreciado con la ayuda de la regla “*malitiis non est indulgendum*”, constituye uno de los casos de cuasi-delito, previstos por el artículo 1382 del Código Civil; considerando, por consiguiente, que Savart tiene derecho a solicitar la demolición de dicha pared y que solicita que el tribunal obligue a ello a los demandados; considerando en lo que se refiere a los daños y perjuicios por él reclamados, que es indiscutible que los esposos Durand y Leredde con sus acciones, al obstruir sus vistas y luces, causaron un perjuicio que deben reparar. . .” (1).

La Corte de Casación aceptó la doctrina del abuso de los derechos, en su forma psicológica, en el año de 1915, aplicándola primeramente al derecho de propiedad en sentencia que dice: “Considerando que de la sentencia recurrida resulta que Coquerel instaló en su terreno cercano al de Clément-Bayard, un armazón de madera de 16 metros de altura, terminado con barras de fierro puntiagudas; que este dispositivo no presentaba, para la explotación del terreno de Coquerel, ninguna utilidad y que se edificó únicamente *con el fin de dañar* a Clément-Bayard, sin que, por otra parte, a la altura en que fue construido pudiera constituir, en el sentido del artículo 647 del Código Civil, la cerca que el propietario tiene la facultad para construir en protección de sus intereses legítimos; que dados los anteriores hechos la sentencia recurrida pudo apreciar que por parte de Coquerel existía *abuso de su derecho* y, por otra parte, condenarlo a la reparación del daño causado a un dirigible de Clément-Bayard y además a la supresión de las puntas de fierro con que termina el referido armazón de madera; considerando que, sin contradicción, pudo la sentencia recurrida rechazar la supresión del resto de dicho armazón, que también se reclamaba, por no haberse demostrado que el mismo hubiera causado hasta hoy un daño a Clément-Bayard o que necesariamente debiera causarlo en el futuro; considerando que la sentencia recurrida legalmente se basa en estas pruebas; que por estar debidamente motivada, al fallar como lo hizo, no violó ni aplicó falsamente las reglas invocadas en el agravio, rechaza. . .” (2).

Sin analizar todavía el aspecto doctrinario implícito en las dos corrientes que menciona Bonnecase, podemos afirmar que en la jurisprudencia relacionada se confunde a veces la teoría del abuso del derecho con otras instituciones jurídicas, tales como los cuasi-delitos, la responsabilidad objetiva y la colisión de derechos. En efecto, todas esas nociones concurren indistintamente en los considerandos de las referidas sentencias; pero lo evidente es que ya se establecen las bases fun-

(1) Sentencia citada por J. Bonnecase, ob. cit.

(2) Sentencia citada por J. Bonnecase, ob. cit.

damentales de la doctrina objeto de nuestra tesis, debiendo considerarse como avances notables el empleo del término “abuso de los derechos” y el reconocimiento de la necesidad que existe de fijar límites *generales* al derecho de propiedad el cual antes se estimaba como casi absoluto.

En los últimos decenios y gracias a la importante contribución aportada por aquellas sentencias, la jurisprudencia francesa perfeccionó y extendió la noción del abuso del derecho, aplicándola en numerosas ocasiones a la facultad de comparecer en juicio, a la potestad marital, a los derechos conferidos al tutor, a la celebración y ejecución de los contratos, etc. (1).

Y siguiendo el ejemplo de Francia, los otros países de Europa, principalmente Suiza, Bélgica y Alemania, han proporcionado en este siglo abundante jurisprudencia sobre este punto. Por esa vía jurisprudencial se ha declarado que constituye abuso del derecho colocar en una finca varias figuras macabras al lado de un jardín de otro propietario; almacenar abonos fétidos en un terreno vecino a un restaurante, para que el dueño de éste se vea obligado a pagar un precio exagerado por aquel pedazo de tierra, respecto del cual ya había demostrado interés en adquirirlo; expropiar un terreno por razones de utilidad pública sin utilizarlo después para el fin propuesto, etc. (2).

Refiriéndonos a la jurisprudencia en nuestra propia lengua, en España, el Tribunal Supremo no era muy favorable a la doctrina del abuso del derecho, ya que había consagrado con reiteración el apotegma “quien usa de su derecho no causa daño a otro”, según sentencias de 1867, 1893, 1896, 1903, 1908, 1909, 1911, 1913, 1917, 1921, 1924, 1925, 1931, 1932 y 1933. El profesor Marín Pérez, explica que “en otras sentencias podía verse algún atisbo en sentido favorable —por ejemplo, sentencias de 13 de Diciembre de 1889, 29 de marzo de 1910 y 5 de junio de 1922, y resolución de 30 de noviembre de 1907, y de igual manera algunas sentencias interpretativas del artículo 149 del Código Civil y las relativas a la obligación de “litis expensas” conforme al artículo 1408—. Especialmente la sentencia de 5 de julio de 1929, a la vez que negaba la teoría del abuso del derecho, la admitía indirectamente: Las leyes o códigos extranjeros —decía— no obligan a nuestros Tribunales, así como la teoría más o menos moderna relativa al ejercicio abusivo del derecho, siquiera no pueda menos de influir en el ánimo de los juzgadores, para, sumados estos elementos de juicio a otros derivados del Código Civil, se obtenga el convenci-

(1) Marcel Planiol y Georges Ripert, *op. cit.*, consignan abundante jurisprudencia en todos esos aspectos.
(2) Casos señalados por Alessandri y Somarriva, *op. cit.*

miento de que, en ocasiones, el ejercicio de una acción pudiera ser contrario a los eternos principios de justicia” (1).

Pero fuera de estos antecedentes jurisprudenciales, no fue sino hasta en 1944 que el Tribunal Supremo acogió expresamente la teoría del abuso del derecho. En dicha sentencia, que por demasiado extensa omitimos de relacionar en detalle, quedan aclarados los elementos constitutivos del abuso (con criterio funcional o material) y se condena a pagar daños y perjuicios a una sociedad, por extracción abusiva de arenas realizada en una playa frente a la central eléctrica que otra sociedad tenía instalada. El punto medular de la condena se refiere a que si bien la sociedad demandada tenía concesión gubernamental para extraer arenas de las playas, no debía hacerlo en forma que produjera la disminución de la playa frontera a la central eléctrica y la destrucción de una plantación de cañas que servía de defensa contra las aguas.

El profesor Castán Tobeñas fue el ponente de esa sentencia y en frase de Marín Pérez, “esa sentencia constituye un acontecimiento decisivo para la doctrina jurídica española, pues en ella se viene a consagrar, con carácter definitivo, la doctrina del abuso del derecho” (2).

En Chile, segunda patria del Código Civil salvadoreño, también encontramos aplicaciones jurisprudenciales de la teoría del abuso. Los profesores Alessandri y Somarriva citan la sentencia del 28 de mayo de 1925, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Este fue el caso: “Cierta señor notó que su automóvil recién adquirido presentaba diversas fallas técnicas, que la firma vendedora no pudo, después, corregir satisfactoriamente. El caballero se resignó, pero de malas ganas. Publicó avisos para vender el vehículo; y en ello, más que el deseo de vender, se trasuntaba ostensiblemente la intención de desprestigiar la marca del objeto y la seriedad de la firma vendedora. Pues bien, el tribunal declaró que el señor de marras no se había limitado al ejercicio del derecho que, como dueño, le competía de ofrecer en venta o permuta una cosa de su propiedad, sino que había cometido un acto ilícito, y estaba obligado a reparar el daño causado” (3).

Los expresados juristas nos refieren otro ejemplo que no llegó a los tribunales, pero que bien vale la pena de relatar. “Fue el que ocurrió, en un día de marzo del año de 1952, en la ciudad de Viña del Mar: el dueño de una confitería, con el torcido propósito de molestar al cantante y la numerosa clientela de un establecimiento similar,

(1) Pascual Marín Pérez, trabajo mencionado en “Nueva Enciclopedia Jurídica”.

(2) Pascual Marín Pérez, ob. cit.

(3) Alessandri y Somarriva, ob. cit.

pagó a un organillero ambulante para que tocara largamente frente al local de este último. Requerido el instrumentista callejero para abandonar el sitio, se negó; adujo que su permiso municipal no contenía limitaciones. En verdad, el confitero envidioso cometió un acto de emulación, y el organillero abusó de la tolerancia que supone el permiso municipal o cometió un acto excesivo” (1).

De una manera panorámica queda explicado cómo la dogmática jurídica del abuso del derecho, elaborada por algunos notables tratadistas, sirvió de fundamento para sus primeras aplicaciones judiciales; el siguiente paso lógico consiste en plasmar dicha teoría en el derecho positivo. Esta etapa final comienza a tener sus primeros desarrollos, como lo veremos a continuación, en el siguiente capítulo.

(1) Alessandri y Somarriva, ob. cit.

CAPITULO SEGUNDO

DERECHO COMPARADO Y EL ABUSO DEL DERECHO EN EL SALVADOR

La mayoría de los países no tienen en su legislación una norma que expresamente consagre la teoría del abuso del derecho. Francia, cuna de dicha doctrina, se encuentra comprendida en ellos. Sin embargo, el impedimento legalista no ha sido óbice para que casi unánimemente la doctrina y la jurisprudencia deduzcan, con mayor o menor esfuerzo, con mayor o menor exactitud, la noción prohibitiva del abuso, según lo hemos observado. Se ha llegado a este resultado en virtud del moderno sentido moral y social de que se impregna el derecho, tomando como base el espíritu general del ordenamiento jurídico que tiende a proteger el ejercicio de los derechos subjetivos que se coordinan con el interés social y no con el que lo contradicen.

Pero las excepciones comienzan a ser abundantes, prometiendo convertirse en regla general. El abuso del derecho está ya legal y taxativamente consignado en los Códigos Civiles de Alemania (artículo 226, complementado por los artículos 138 y 826; de Suiza (artículo 2º del Título Preliminar); de Brasil (artículo 160); de México (artículo 840 y 1912); de Perú (artículo 5º); de Italia de 1942 (artículos 833 y 1175); de Grecia de 1946 (artículo 281); de Polonia de 1946 (artículo 5º de las Disposiciones Generales); de Filipinas de 1949 (artículo 1º y siguientes); de Líbano de 1932 (artículo 124); de Austria (artículo 1295, y de la Unión Soviética (artículo 1º) (1).

Solamente rechazan en doctrina, jurisprudencia y en su ordenamiento jurídico, a la teoría del abuso del derecho, los países sajones.

(1) Todas esas disposiciones han sido recopiladas de las obras siguientes: Alessandri y Somarriva, "Curso de Derecho Civil", Tomo II, Editorial Nascimento, Chile, 1957; M. Borja Soriano, "Teoría General de las Obligaciones", Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1953; Jossierand, "El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. La Teoría del Abuso de los Derechos", versión española de José M. Cajica Jr., México, 1946; Rafael Rojina Villegas, "Derecho Civil Mexicano", Tomo V, volumen II, México, 1951; Pascual Marín Pérez, "Abuso del Derecho" ("Nueva Enciclopedia Jurídica", Tomo II, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1950); y Ricardo Gallardo, "La teoría civilista del abuso de los derechos", (Revista "Ciencias Jurídicas y Sociales", número 8, El Salvador, 1948).

Josserand comenta con acritud a ese respecto: “Hasta aquí hemos visto a las naciones cultas seguir, sin duda con más o menos prisa y fervor, pero de manera constante y unánime, la gran corriente que las conduce hacia un ideal siempre social; pero hay dos países que, durante mucho tiempo, han resistido esta atracción, casi universal, y que continúan siendo, a pesar de las concesiones que han hecho, durante estos últimos años, desde el punto de vista finalista, los campeones de la doctrina del individualismo, del absolutismo de los derechos; estos países son Inglaterra y los Estados Unidos de América del Norte”.

“Individualistas en su vida, costumbres y filosofía, los anglosajones lo son también en sus instituciones; los derechos son, para ellos, medios de acción que pueden ejercitar hasta agotarlos, armas susceptibles de cualquier uso, en los límites objetivos trazados por la ley o por la costumbre. El papel del legislador no es, en forma alguna, asegurar el reinado de una justicia distributiva, sino más bien poner a cada uno en posibilidad de desarrollar libre y plenamente sus facultades, desarrollar plenamente su personalidad; este resultado se obtendrá gracias a los derechos, que pueden ejercerse en todas direcciones, en vista de cualquier fin y siempre impunemente; el pabellón debe cubrir la mercancía en toda ocasión. Sin duda, en la selva jurídica, habrá víctimas, lesionados y vencidos: pero, ¿no es éste el precio de la acción y del progreso? ¿Cómo podría obligarse a no perjudicar nunca a tercero? Sólo podría yo satisfacer esta exigencia permaneciendo inmóvil y no obrando en ningún sentido, “not acting at all”, no siendo ésta, evidentemente, una solución de la cuestión social, sobre todo, para una raza que rinde culto a la acción y que admira a los “realizadores de actos”. Los derechos deben ser absolutos en su realización o no existir” (1).

Con relación a las naciones que han consagrado de una forma general en su derecho escrito el principio del abuso, podemos distinguir dos tendencias bien diferenciadas. Un grupo sigue en materia de abuso un criterio intencional o sicológico y el otro desarrolla en sus legislaciones un criterio funcional, encontrándose naturalmente ciertos países que han adoptado una posición oscilante que participa de ambas tendencias.

Los códigos de Suiza, de la Unión Soviética, de Polonia y de Grecia, son modelos del tipo funcional. Dice así el artículo 2º del Código Civil suizo: “Se deben ejercer los derechos y cumplir las obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley”. El artículo 1º del Código Civil

(1) Josserand, ob. cit. en nota anterior.

soviético, aprobado en 1922, expresa: "Los derechos civiles gozarán de la protección de la ley fuera de los casos en que se ejerzan en contradicción con su finalidad económico-social". El Código Civil polaco, del 12 de noviembre de 1946, admite la noción prohibitiva del abuso del derecho en todos los casos en que éste se ejerce contrariando los principios de la buena fe o para un fin no concordante con aquel para el cual el derecho es atribuido o reconocido (artículo 5º de las Disposiciones Generales). En el mismo sentido se pronuncia el Código Civil griego, que rige desde el 23 de febrero de 1946; su artículo 281 dice: "El ejercicio del derecho es prohibido si este ejercicio sobrepasa evidentemente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres o el fin social y económico del derecho" (1). La posición funcional o material considera, pues, que los derechos tienen una función social de la cual no pueden separarse por la voluntad de su titular. El criterio es objetivo porque es el comportamiento efectivo y externo del individuo el que se toma en cuenta y no los motivos subjetivos que lo deciden a actuar.

Los códigos de Alemania y de México constituyen modelos del criterio intencional o sicológico. El artículo 226 del Código Civil alemán dice: "No es permitido ejercer un derecho cuando el ejercicio tiene por único objeto dañar a otro". El Código Civil mexicano, inspirándose en el alemán y sobre todo en la opinión de Bonnecase, contiene los artículos del tenor siguiente: Art. 840. "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario". Art. 1912. "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular" (2). Como se puede apreciar de la lectura de estos artículos, en la legislación alemana y mexicana la intención de dañar constituye la base fundamental de la teoría del abuso del derecho.

El Código Civil austríaco y el de Filipinas también participan del criterio intencional; en cambio, los códigos de Brasil y de Líbano se afirman en el aspecto funcional. La tendencia más favorecida últimamente es, sin embargo, la de establecer la teoría del abuso del derecho en atención al criterio funcional de manera tal que abarque también la noción sicológica (3).

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL SALVADOR

El Salvador es uno de los pocos países que apenas se han interesado por la doctrina del abuso del derecho.

(1) Preceptos legales citados en las obras a que se hace referencia en la nota 1.

(2) Véase: Rafael Rojina Villegas, ob. cit.; y Manuel Borja Soriano, ob. cit.

(3) Ello se deduce del análisis de las disposiciones de los ordenamientos jurídicos más recientes.

No existe ninguna regla legal que la consagre en forma precisa, general y expresa; tampoco hemos podido encontrar que la jurisprudencia nacional se haya pronunciado tan sólo una vez en sentido favorable a esa institución.

Doctrinariamente ha merecido escasa atención. El doctor Ricardo Gallardo ha sido el único jurista salvadoreño que ha escrito algo al respecto. Su trabajo, intitulado: "La Teoría Civilista del Abuso de los Derechos", publicado hace más de catorce años, merece por esa razón toda clase de elogios (1).

Nos parece, sin embargo, que el expresado doctor no logra determinar con claridad la naturaleza jurídica y los elementos de esta institución moderna y sigue, demasiado cerca, el camino trazado por la jurisprudencia francesa, ruta que no siempre se presenta en forma ordenada y coherente. Por eso encontramos que en el mencionado trabajo a veces no se logra distinguir con acierto la teoría del abuso del derecho de otra serie de nociones jurídicas, tales como la responsabilidad objetiva, la culpa nacida de los delitos y cuasidelitos y la teoría de la lesión.

Podemos objetar también el acento exageradamente civilista y patrimonialista que el doctor Gallardo da a la teoría en cuestión, como si ella cristalizara solamente a través de la indemnización de daños y perjuicios: así excluye de su campo de aplicación, en forma equivocada a nuestro juicio, al derecho penal. El mérito en la creación de la doctrina del abuso del derecho corresponde, sin lugar a dudas, a los tratadistas de derecho civil, pero ese aporte se extiende a todo el ámbito jurídico.

Por último, nos parece errado que el citado jurista salvadoreño, aunque en un plausible afán de justificar la teoría del abuso del derecho, considere que nuestro ordenamiento jurídico le da en la actualidad completa acogida. Por ese motivo, él se limita a conceder y pedir únicamente la aplicación jurisprudencial de la misma, imitando el ejemplo francés, y rechaza su adopción legislativa, porque, dice, "un artículo redactado de una manera amplia y general, como los señalados en las legislaciones civiles de otros países, conferiría a nuestros Jueces y Magistrados, un poder mayor del que actualmente disponen, pues estarían en capacidad de escudriñar en cada caso que se les presente a los móviles y la conducta observada por los titulares de los derechos" (2).

(1) Dicho trabajo fue editado en los números 6, 7 y 8 de la Revista "Ciencias Jurídicas y Sociales", órgano de divulgación científica de la Asociación de Estudiantes de Derecho de El Salvador, años 1947 y 1948.

(2) Ricardo Gallardo, trabajo citado en nota anterior.

En su oportunidad, después de explicar los aspectos esenciales y las proyecciones de la institución del abuso del derecho, y una vez expresada nuestra posición, se comprenderá por qué discrepamos con las ideas antes expuestas del doctor Gallardo.

Dijimos antes que nuestro ordenamiento jurídico no consagra en forma bien definida, amplia y expresa a la doctrina del abuso del derecho. Esta afirmación es fácil de comprobar con la simple lectura de la Constitución, del Código Civil y de toda la legislación secundaria, pues no se encuentra ninguna disposición similar a las de otras naciones y que ya hemos relacionado. Mas bien podría afirmarse que el artículo 152 de la Constitución reconoce implícitamente el absolutismo de los derechos al prescribir que: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe". Igualmente podría indicarse que el Código Civil salvadoreño, producto del siglo pasado, es de corte netamente individualista, inspirado en la idea de los derechos absolutos que consagró la filosofía liberal. Aún más, es indudable que las reformas introducidas en el Código Civil, a principios de este siglo, reafirmaron esa tendencia al suprimir la lesión enorme en el contrato de compraventa y las asignaciones forzosas (legítimas y cuarta de mejoras) en la sucesión por causa de muerte.

No obstante esas señales negativas, la jurisprudencia nacional, al igual que lo hicieron los pretores romanos, es la indicada para abrir brecha e iniciar la aplicación de la teoría del abuso del derecho. Esto debe ser así, porque la orientación moralizadora y social del derecho contemporáneo y las exigencias de las realidades del mundo moderno imponen al intérprete el deber de vivificar hasta donde sea posible al derecho positivo, adaptándolo, sin forzar el espíritu de todo el ordenamiento jurídico, a los postulados permanentes de la justicia, de la seguridad y del bien común.

Teniendo en mente estas apreciaciones y dado el caso de que la doctrina del abuso no forma parte concreta del sistema jurídico positivo salvadoreño, es posible, sin embargo, encontrarle algunas aplicaciones tomando de base un criterio exegético amplio y consideraciones de equidad. Naturalmente que por este medio solamente se logrará una utilización esporádica y particularizada de la teoría del abuso del derecho, esto es, hasta donde lo permitan los preceptos legales vigentes. Pero ello es preferible a seguir estimando la validez absoluta del ejercicio abusivo de los derechos.

Valga una advertencia. El doctor Ricardo Gallardo considera que el estado de nuestra legislación permite una formulación unitaria de la doctrina del abuso, recogiendo al efecto una serie de disposiciones

legales dispersas para llegar por inducción a creer que existe un concepto legal y general de la misma (1).

Nosotros no estamos de acuerdo con esa manera de razonar. En primer término, muchos de los ejemplos por él mencionados significan “exceso de derecho”, o sea, traspaso de los límites legales impuestos objetivamente, y no abuso de un derecho objetivamente concedido; y en segundo lugar, en los otros ejemplos empleados, si bien está contemplada la *idea* del abuso del derecho, sus límites legalmente particularizados impiden la aplicación genérica de la teoría que estamos estudiando. Y la doctrina del abuso del derecho interesa como institución, esto es, sólo en cuanto importa una limitación general a todos los derechos objetivamente concedidos, para evitar el abuso en su ejercicio, de manera que incurra en responsabilidad el que “obrando al amparo, de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de un derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad” (2).

En esos últimos casos de nuestra legislación, en que palpita la *idea* del abuso, es la misma legalidad externa de un precepto concreto la que impide que el titular de un derecho se ampare en el mismo para su abuso.

De todas maneras, que algunas disposiciones legales se informen del criterio de la relatividad en el ejercicio de los derechos, imponiendo límites específicos, puede servir para señalarlos que la *idea* del abuso es aceptada empíricamente por el legislador patrio y que, por consiguiente, ninguna razón existe para que no se formule en el futuro un concepto legal y unitario de dicha teoría.

Debemos empero aclarar que una cosa es la *idea* del abuso del derecho —simple principio de moral y de justicia reconocido en una norma que impone limitaciones específicas para armonizar objetivamente el derecho propio con los intereses jurídicos de terceros— y otra cosa es la teoría del abuso del derecho como institución. Esta está bien caracterizada, con elementos jurídicos propios, de alcances generales para todos los casos en que presenciemos un ejercicio abusivo de los derechos, y destinada a amparar los intereses no protegidos *especialmente* por las leyes vigentes.

En tal sentido apreciaremos más adelante que son poquísimas las disposiciones legales que imperfectamente comprenden a la doctrina del abuso del derecho; y que para lograrlo es necesario recurrir a una interpretación sistemática y bastante amplia.

(1) Ricardo Gallardo, ob. cit.

(2) José Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español, común y foral”, 7ª Edición, I, Madrid, 1949.

Pero, antes de señalar dichos preceptos jurídicos, conviene indicar los ejemplos que en cierto modo llevan ínsita la *idea* del abuso del derecho; eso nos servirá para desvirtuar parcialmente los aspectos individualistas del ordenamiento jurídico salvadoreño que podrían considerarse como óbice para la aplicación de la teoría mencionada, siempre en la medida en que sea legalmente posible. Así, como no toda nuestra legislación está caracterizada por un criterio egoísta, sirviéndonos de las numerosas excepciones que contienen otro espíritu, podemos concluir dándole cierta validez a la doctrina del abuso, cuando algunos preceptos legales permitan ser informados por ella.

El citado doctor Gallardo menciona en su trabajo varios ejemplos que no constituyen abuso del derecho, pues en ellos expresamente se limita el ejercicio del derecho propio para evitar la violación de intereses ajenos jurídica y especialmente protegidos. Bastará que nos refiramos a unos pocos casos en que la teoría del abuso del derecho, como institución, está falsamente invocada (1).

Primeramente, el expresado jurista quiere dar rango constitucional a la teoría en cuestión, aunque a nuestro juicio falle en el intento. Se refiere a una disposición de otra Constitución salvadoreña, de las tantas que hemos tenido, que en la actualmente vigente se encuentra contenida casi sin modificaciones en el artículo 158. Dice: "Toda persona puede libremente expresar y difundir sus pensamientos siempre que no lesione la moral ni la vida privada de las personas. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; *pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes responderán por el delito que cometen...*" Encontramos aquí un ejemplo de acto ilegal, de ejercicio de un derecho traspasando sus límites objetivos. Sólo se impide el ejercicio que constituye delito. Y el Código Penal no es un catálogo de ejercicios abusivos, en el sentido en que lo entiende la moderna teoría del abuso del derecho.

Además de esa disposición, el doctor Gallardo menciona los artículos 237 y 240, 241, 246, 263, 271 y 156, del Código Civil, que se refieren por su orden: a que el juez puede revocar por causas justas el derecho de los padres de visitar a los hijos que no estuvieren bajo su cuidado personal; a que el derecho de los hijos que carecen de bienes de ser alimentados por su padre, cesa por la insuficiencia económica de éstos; a que el derecho de los padres de elegir estado o profesión futura del hijo es inocuo en cuanto a obligarlo a casarse contra su voluntad y en lo tocante a abrazar una carrera si es mayor

(1) Todos los ejemplos y disposiciones legales a que nos referiremos, donde se invoca equivocadamente la teoría del abuso del derecho, están tomados del trabajo del doctor Ricardo Gallardo.

de 18 años; a que el padre de familia pierde el derecho de administrar los bienes del hijo por culpa o negligencia habitual; a que se le puede suspender la patria potestad al padre de familia por su ausencia prolongada que cause perjuicios al hijo; y a que el derecho de contraer nupcias está limitado para la persona que se hubiere divorciado dos veces siempre que haya sido considerada culpable en el juicio de divorcio.

En materia de servidumbres relaciona varios artículos, como el 836 número 3º, el 849 y el 857, del Código Civil. En el primero se limita el derecho de usar una servidumbre de acueducto para que los habitantes de un pueblo vecino usen las aguas en sus menesteres domésticos; en el segundo se regula el derecho de propiedad imponiéndose una servidumbre de tránsito a favor del predio vecino que se halle destituido de toda comunicación, en cuanto fuese indispensable para el uso y beneficio de su predio; y en el tercer artículo se limita el derecho de propiedad regulándose su ejercicio cuando los derechos de vecindad colisionen con ocasión de la servidumbre de medianería.

Nos encontramos en todos estos ejemplos con límites impuestos objetiva y específicamente al modo de ejercitar ciertos derechos. El titular de los mismos no puede ampararse en una legalidad externa para abusar en su ejercicio. Los terceros, titulares de otros derechos, están especialmente protegidos por el ordenamiento legal. Constituyen, pues, casos de “exceso de derecho” y no de abuso del derecho.

Veamos ahora algunas reglas jurídicas cuyas infracciones siempre significan “exceso de derecho”, pero que al limitar objetivamente el ejercicio de una facultad jurídica lo hacen en atención más directa a la *idea* del abuso.

En el Código Civil, el artículo 244, ^{abuso de derecho.} reglamenta el derecho de corrección concedido al padre de familia; el ejercicio de esta facultad debe de ser “moderado”. Aunque es el juez quien apreciará la moderación de los actos correccionales, el referido artículo limita taxativamente el ejercicio del derecho de corrección. No obstante, podemos considerar vigente la *idea* del abuso del derecho, ya que la corrección inmoderada está prohibida sin que necesariamente sea causa de delito, al contrario de lo que sucede con el derecho de libre expresión del pensamiento según interpretamos antes la disposición constitucional pertinente.

Igual ocurre con relación al derecho que tienen ciertas personas, enunciadas en los artículos 105 y 111 del Código Civil, para oponerse al matrimonio de sus hijos o menores que tienen bajo su guarda. Al-

gunas de esas personas no tienen un derecho absoluto a la oposición, sino que la misma ley expresa los motivos en que debe fundarse.

Valga repetir que en estos casos no está consagrada la *teoría* del abuso del derecho, pues tanto el padre de familia está facultado para realizar actos correccionales inmotivados cuando lo haga moderadamente, como para negar al hijo el consentimiento para contraer matrimonio sin expresar causa alguna, lo que incluye razones arbitrarias, si éste es menor de 18 años.

Un límite objetivo al ejercicio del derecho de propiedad se encuentra en el artículo 858 del Código Civil; las ordenanzas generales o locales impiden que se cause perjuicio a tercero cuando el dueño de un fundo construya pozos, letrinas, chimeneas, fraguas, hornos, etc. Este ejemplo nos enseña con mayor claridad la *idea* del ejercicio abusivo de un derecho, a pesar de que en el fondo no hace sino regular taxativamente el ejercicio de los derechos de propiedad de los dueños de fundos vecinos.

En el arrendamiento de criados domésticos, artículo 1777 del Código Civil, se establece que: “si no se hubiere determinado tiempo, podrá cesar el servicio a voluntad de cualquiera de las partes”; pero más adelante dice que con todo, si el criado no pudiere retirarse inopinadamente sin grave incomodidad o perjuicio del amo, será obligado a permanecer en el servicio el tiempo necesario para que pueda ser reemplazado, aunque no se haya estipulado desahucio. El fundamento de esa excepción radica en la *idea* del abuso que podría cometerse. No obstante, nos parece claro que la regla general de dicho artículo permite que el criado abuse de su derecho retirándose inopinada e injustificadamente causando incomodidades al amo aunque no sean graves.

Es pertinente aclarar que ese razonamiento es válido en el campo puramente civil y que se encuentra en contradicción con los preceptos del derecho laboral, los cuales indudablemente tienen mayor contenido ético y social. De todos modos, aun desde un punto de vista laboral, no puede descartarse la posibilidad de que un trabajador abuse de su derecho de retirarse voluntariamente de una empresa si concurren determinadas circunstancias que evidencien una intención nociva o un uso anormal de esa facultad.

Iguales razones pueden aducirse para los artículos 1779 y 1780 del Código Civil, haciendo la salvedad de que en esos casos se trata no de la *idea* del abuso ya que se sanciona un delito civil, por incumplimiento de lo pactado, y la indemnización establecida no es más que la reparación del delito.

En cambio, el artículo 1778 del mismo Código, que se refiere a la nodriza que presta sus servicios durante la lactancia del niño y la obliga a permanecer trabajando durante esa época, contiene un principio semejante al del artículo 1777 que ya hemos examinado.

Para terminar con los ejemplos que nos confirman que el ejercicio de los derechos debe ser relativo, en oposición al criterio del absolutismo de los derechos que priva en la mayor parte de nuestro ordenamiento jurídico, citaremos los siguientes: el artículo 1868 del Código Civil, que trata de la disolución de la sociedad y que expresa: “No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente”; el Código de Comercio, en su artículo 159, que sanciona al comisionista que abuse de sus facultades legales; y el artículo 439 del Código de Procedimientos Civiles que establece como sanción la condena en costas, daños y perjuicios, a la parte que ejercitó su derecho en forma maliciosa y que además no probó su acción o excepción.

Insistiendo en nuestras ideas, dejamos constancia de que en los preceptos mencionados no se consagra la teoría del abuso del derecho. Un socio puede ejercitar abusivamente su facultad de renunciar sin que lo haga intempestivamente o de mala fe, solamente por un simple capricho; o un comisionista está en situación de perjudicar a su comitente actuando dentro de las facultades que le han sido conferidas; o, en fin, un litigante puede “probar” su acción o excepción sin que le asista la justicia.

Nos toca ahora examinar si es posible que la jurisprudencia nacional pueda aplicar, aunque sea de manera imprecisa e incompleta, la teoría del abuso del derecho.

Para esta forma de análisis un primer paso lo constituye el reconocimiento de que la doctrina del abuso del derecho no está expresamente prohibida por la legislación salvadoreña. En seguida, hemos de afirmar que lejos de existir en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que impida la aceptación del principio prohibitivo del abuso de los derechos, se registran numerosas disposiciones que responden a la *idea* de que la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada o que, con análogos alcances, recogen el principio de la buena fe como criterio general que ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas.

Pero todo ello no es suficiente. Es indispensable encontrar preceptos jurídicos que proporcionen la base legal donde encuentre algún asidero concreto la teoría del abuso, en cuanto institución de alcances más o menos generales.

En ese sentido es de notar particularmente que el artículo 2080

del Código Civil, al establecer el principio fundamentalísimo de que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la ley o extraña a la esfera del derecho objetivo, permite admitir, con una interpretación amplia, que pueda alcanzarse esta responsabilidad a las acciones u omisiones realizadas en el ejercicio abusivo de los derechos, además de los actos delictivos y cuasi-delictivos civiles.

Creemos, por tanto, que en esa disposición se enuncia en forma incompleta la teoría del abuso de los derechos. Por desgracia, se encuentra comprendida en el título de los “delitos y cuasi-delitos” y, además de su mala ubicación, contiene ejemplos que no son casos de abuso de un derecho, sino otras fuentes de responsabilidad civil, principalmente cuasi-delitos. Pero la mala ubicación y los ejemplos consignados en el artículo 2080 no deben ser obstáculo para aplicar la doctrina que estudiamos. Su redacción indica con claridad que *todo* daño causado con malicia o negligencia debe ser reparado, aunque él provenga del ejercicio de una facultad concedida por la ley. Sirva de ejemplo el derecho de corrección que se confiere al padre de familia; a su hijo menor de 16 años lo puede detener hasta por un mes en un establecimiento correccional sin que el juez pueda calificar la bondad o maldad de la decisión paterna. Ahora bien, el padre puede ordenar y lograr la detención del hijo por motivos arbitrarios e injustos y en esa situación, conforme al artículo 2080, el hijo tiene derecho a reclamar la reparación del daño causado. Es interesante notar que el referido artículo no determina la clase de daño que debe inferirse ni que la reparación tenga que ser de naturaleza económica, por lo que puede concluirse que la disposición en tal aspecto es amplia, admitiendo perjuicios y reparaciones no económicos.

Lamentamos que la regla del citado artículo ^{2080 e.} limite la teoría del ~~abuso del derecho~~ al campo propiamente civil, además de que utiliza solamente el criterio psicológico (malicia o negligencia), dejando a un lado las acciones que se traduzcan en un ejercicio anormal, no malicioso ni negligente, del derecho de que se trate y que no sea adecuado a su verdadero espíritu y finalidad. Sin embargo, bastante se lograría con que nuestros tribunales comenzaran a dar cabida a la teoría del abuso del derecho, aplicando en toda su extensión el artículo tantas veces citado.

Hay en el Código Civil otra disposición que, siempre de manera limitada e incompleta, facilita la aceptación parcial de la doctrina del abuso. El artículo 1417 consagra el principio general de que los contratos deben ejecutarse de buena fe por las partes, y, por consiguiente,

éstas están ligadas no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todo aquello que emana precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. En este caso es mucho más restringido el campo de aplicación de la teoría del abuso; sólo se dirige al aspecto contractual y dentro de él únicamente comprende el momento de la ejecución de los contratos, quedando fuera la primera etapa, de la celebración del contrato, así como la invalidez de ciertos acuerdos estipulados abusivamente. Pero, en todo caso, el artículo 1417 se refiere a cualquiera clase de contrato; es, pues, de carácter general y obliga a las partes al cumplimiento de los deberes implícitos en el ejercicio mismo de sus derechos; y entre esos deberes está el de no ejercitar abusivamente de las facultades jurídicas que concedió la otra parte contratante. Opinamos que tal principio “emana precisamente de la naturaleza de la obligación”.

Esta es, a nuestro modo de ver, la situación actual de la teoría del abuso del derecho en El Salvador.

CAPITULO TERCERO

NOCIONES GENERALES Y LIMITES

Indicábamos que la teoría del abuso del derecho es una institución moderna, impuesta por las realidades contemporáneas que impulsan el derecho hacia el campo de los valores éticos y sociales.

Eso no obsta a que todavía encontremos juristas notables que impugnan esta teoría y que aún dentro de los que la admiten exista discusión sobre algunos puntos importantes de la misma. Dicha problemática, sin embargo, no puede servir para refutar la validez general del abuso del derecho como institución jurídica. Podemos observar, en efecto, que hasta las nociones de más rancio abolengo están sujetas a constantes objeciones y revisiones; basta mencionar con ese fin, la interminable controversia sobre la doctrina de la causa en las obligaciones y contratos.

Confirmándonos estas ideas, el profesor Castán Tobeñas expone lo siguiente: “La doctrina moderna, en trance de revisar, y, en cuanto sea necesario, rectificar los conceptos jurídicos, impulsada por las nuevas necesidades de la vida práctica y por una sana tendencia de humanización del derecho civil, ha elaborado la teoría del abuso del derecho, sancionada ya en los más recientes ordenamientos legislativos, que considera ilícito el ejercicio de los derechos cuando sea abusivo; y si bien existen discrepancias, teóricas y positivas, en orden a importantes puntos, entre ellos la construcción sistemática de la teoría en cuestión (al debatirse si se trata de una simple aplicación de la doctrina del acto ilícito o de una teoría autónoma que opera dentro de una especie de zona intermedia, constituida por los actos cumplidos dentro de la esfera del derecho, pero mediando un abuso y engendrando una responsabilidad), así como también la extensión del principio prohibitivo con relación a las diversas categorías de hechos prohibitivos, y, sobre todo, las condiciones o elementos, subjetivos u objetivos, que han de determinar la estimación del abuso, es lo cierto e innegable de todos modos

que tales dudas o divergencias no pueden borrar la conformidad sustancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teológico 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 daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha recogido y perfilado el concepto del abuso del derecho...” (1).

Expondremos brevemente las principales posiciones adoptadas con relación a los problemas que señala Castán Tobeñas, comenzando por aquellos pocos jurisprudencias que niegan la eficacia jurídica de la doctrina del abuso del derecho. Además, tendremos el cuidado de manifestar nuestra propia opinión, con la pretensión, tal vez un tanto inmodesta, de aclarar algunas confusiones.

El profesor francés Esmein es el jurista más caracterizado que se pronuncia por una negación doctrinal completa de la mencionada teoría. Este autor razona así: aceptar la doctrina del abuso del derecho nos llevaría a sustituir la falta moral por la jurídica y convertir en consecuencia a nuestros jueces en censores (2). José Calvo Sotelo, en una interesante monografía sobre el abuso del derecho, correctamente apunta que los autores que como Esmein impugnan por la base esta doctrina con esos razonamientos, parten del falso temor de que se confunda la moral con el derecho; y que no debe olvidarse que si en este aspecto lo jurídico tiende a encarnar preceptos éticos, es con miras al bien común y no a la moral individual con trascendencia a lo divino o a los dogmas más recónditos de la individualidad humana (3).

El gran maestro Marcel Planiol es otro que, si bien no rechaza la noción del abuso del derecho, le hace objeciones de forma y apreciación. Estima Planiol que, “abuso” y “derecho”, son palabras que se repelen porque cuando se usa de un derecho se actúa lícitamente y no existe responsabilidad, pero cuando se abusa de un derecho, entonces se actúa en contra y fuera de derecho y estamos frente a los hechos ilícitos. Esta expresión, según el célebre jurista, es una logomaquia, y concluye afirmando que si hay abuso no existe derecho y si hay derecho no se puede concebir el abuso (4). Bonnetcase, Jossierand y muchos

(1) José Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español”, común y foral, 7ª Edición, I, Madrid, 1949.

(2) Referencia hecha por José Calvo Sotelo, “La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo”, Madrid, 1917.

(3) José Calvo Sotelo, ob. cit.

(4) Marcel Planiol y Georges Ripert, “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”, Tomo VI, Editorial Cultural, Habana, 1946. Ripert en su obra “La règle morale dans les obligations civiles” (citado por Rafael Rojina Villegas, “Derecho Civil Mexicano”, Tomo V, Volumen II, México, 1951), sigue las mismas orientaciones de Planiol pero con un criterio más flexible y amplio”.

otros tratadistas, le han replicado que la contradicción es aparente porque el acto abusivo es conforme al derecho subjetivo, pero contrario al objetivo, es decir, al conjunto de reglas jurídicas; a lo cual la contraréplica expresa que el derecho subjetivo no es más que un aspecto del derecho objetivo, de modo que no se concibe que el uno esté en oposición con el otro (1).

En verdad, la objeción de Planiol se desvirtúa al aceptarse que los derechos no pueden concebirse en forma absoluta, ya que su ejercicio debe estar limitado. Más allá de sus límites, no son operantes como fuerza social protegida por la autoridad del Estado. Ahora bien, el ámbito del ejercicio de los derechos puede estar específicamente fijado en cada norma que concede un derecho subjetivo o en términos generales por el ordenamiento jurídico total, en atención a las finalidades que persigue. Alessandri y Somarriva, correctamente anotan que “lo mismo se observa en otras manifestaciones de la vida social y moral, y la propia virtud ejercida más allá de ciertos límites puede cesar de ser virtud y considerarse como un defecto. La máxima comúnmente admitida de que *summum jus est summa injuria* no expresa un pensamiento diferente. También aquí se trata del problema del límite, tan esencial en derecho. Si el límite es fijado por la ley positiva, más allá del mismo existe el no derecho o actividad ilegal, y el daño que se ocasiona es *injuria datum* (injuria inferida). Si el límite no es expreso, hay que buscarlo en la naturaleza misma del derecho, donde se encuentra siempre, procediendo con objetividad. El superarlo constituye violación, de iguales efectos que la superación del límite expreso” (2).

Dentro de los que admiten la doctrina del abuso, hay algunos que le confieren una naturaleza de orden más moral que jurídico, pero que, exclusivamente por razones de equidad, debe aplicarse jurisprudencialmente, con gran cuidado, cuando la injusticia causada sea verdaderamente manifiesta. El profesor español de la Universidad de La Laguna, Pascual Marín Pérez, menciona entre los que participan en esta opinión a Desserteaux y Sabatier. Para este último, el abuso del derecho es un conflicto entre el derecho y la moral, más que un conflicto estrictamente jurídico (3). El propio Marín Pérez expresa que “tal y como hoy se concibe el derecho; es decir: ni como función individualista ni como una función socializante, es muy difícil encontrar un concepto de abuso que encuadre dentro de los límites puramente jurídicos. Esta teoría es un simple capítulo de la dulcificación del derecho por la equidad,

(1) Planiol y Ripert, ob. cit.; Bonnecase, “Elementos de Derecho Civil”, Tomo II, México, 1945; Josserand, “El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. La Teoría de los Derechos”, México, 1946.

(2) Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, “Curso de Derecho Civil”, Tomo II, Editorial Nascimento. Chile, 1957.

(3) Véase el trabajo de Pascual Marín Pérez, “Abuso del Derecho”, en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Tomo II, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1950.

y más que una teoría propiamente dicha, es un principio de interpretación que ha surgido de la necesidad de reprimir ciertos actos que, aunque no ilícitos, pueden, sin embargo, dañar a la sociedad sin que aquél que haya realizado el acto obtenga provecho ni ventaja alguna, o que el beneficio obtenido sea muy inferior a los daños causados. La tendencia que acusa en la actualidad el derecho es la de una preponderancia de lo social sobre lo individual, configurándole como función. El problema, según esta nueva tendencia, consiste en saber qué cosas pueden ser entregadas totalmente al control individual y cuáles no; y mientras el derecho, por lo menos el nuestro, tenga el carácter que en la actualidad presenta, el abuso en su ejercicio solamente podrá ser, un medio que la jurisprudencia emplea para suavizar y amoldar las facultades inherentes al derecho subjetivo, que fueron concedidas, de un modo poco menos que absoluto, en una época en que la noción del derecho estaba supeditada a servir los intereses individuales. Cuando el día llegue —como dice Comte— en que nuestro único derecho consista en cumplir con nuestro deber, entonces se podrá hablar jurídicamente de un abuso del derecho, y para que ese día llegue es necesario —y esto es lo que el notable jurista francés quiere expresar— que todo el derecho caiga dentro de la moral, lo cual, desde nuestro punto de vista como juristas prácticos, está muy lejos de llegar a ser realidad” (1).

Recordando las ideas explicadas al referirnos a la moralización del derecho, donde establecíamos la unión que existe entre éste y la moral, unión o vínculo que no significa en modo alguno confusión ni identidad, somos del parecer que la doctrina del abuso del derecho responde a principios morales y sociales, pero que tienen ya su propia vestidura jurídica. Los mismos argumentos pueden invocarse en gran variedad de instituciones antiguas y modernas que tienen personalidad bien definida en el campo del derecho, tales como las nociones sobre el objeto ilícito, la causa ilícita, la imprevisión, la responsabilidad objetiva, la lesión, así como las referencias jurídicas a las “buenas costumbres” y a la buena fe.

En conformidad con estos pensamientos, la aguda inteligencia de Bonnecase encuentra que el fundamento de la teoría del abuso de los derechos radica en que es una manifestación de la acción constante y necesaria de la noción de derecho, en la elaboración del derecho positivo, más allá de los textos legales o en defecto de éstos. Expresamente nos dice: “A imagen del enriquecimiento sin causa, estimamos que la teoría del abuso de los derechos es una manifestación de la noción de derecho, operando en una forma directa e inmediata, como fuente de

(1) Pascual Marín Pérez, *ob. cit.*

derecho positivo, más allá de los textos legales o en defecto de éstos" (1). Y más adelante agrega: "lo indiscutible es que la posibilidad jurídica de perjudicar a tercera persona so pretexto de que se ejercita un derecho, y sin que este ejercicio presente un interés actual o eventual, sería manifiestamente contraria a la función de armonía o equilibrio sociales inherentes a la noción de derecho. En esta parte debemos referirnos a la nueva teoría que considera el abuso de los derechos como una noción moral, que viene a fecundar la materia jurídica" (2).

Admitida la naturaleza jurídica de la doctrina del abuso del derecho, los tratadistas discrepan en cuanto a las condiciones o elementos, subjetivos u objetivos, que han de determinar la estimación del abuso, según lo explicara Castán Tobeñas.

Dos corrientes distintas se disputan la primacía. Por un lado, Bonnecase, Colin y Capitant, y otros autores, consideran que la noción del abuso debe responder a un criterio netamente intencional o subjetivo; y, por otra parte, Josserand, Hémar, Castán Tobeñas, Rojina Villegas, Alessandri y Somarriva, entre otros, son partidarios de una noción del abuso de tipo funcional u objetivo (llamado criterio material por Bonnecase) (3).

Al estudiar el derecho comparado tuvimos oportunidad de observar que a estas dos corrientes corresponden dos formas o criterios legislativos diferentes. Anotábamos que los Códigos Civiles de Suiza, Polonia, Grecia y la Unión Soviética, se inspiraban en el criterio funcional; y que los Códigos Civiles de Alemania, México, Austria y Filipinas, seguían el tipo intencional.

Para Bonnecase, pues, la noción del abuso de los derechos es esencialmente sicológica y subjetiva; "corresponde al ejercicio de un derecho desviado de su fin específico y transformado en medio de vejación para otra persona, sin utilidad alguna para su titular. En consecuencia, quien se atiene a la letra del derecho positivo, amparándose en sus preceptos, para causar un mal a otro, debe ser sancionado con la ilicitud de lo actuado" (4). También quedó aclarado que una parte de la jurisprudencia francesa ha adoptado esta posición.

De acuerdo con la noción intencional, en el abuso del derecho no debe faltar ninguno de los siguientes requisitos: 1) ejercicio de un

(1) Julien Bonnecase, ob. cit.

(2) Julien Bonnecase, ob. cit.

(3) Conclusiones de los autores cuyas obras hemos citado en las anteriores notas; además, las opiniones de Colin y Capitant, y de Hémar, han sido tomadas de Manuel Borja Soriano, "Teoría General de las Obligaciones", Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1953.

(4) Julien Bonnecase, ob. cit.

derecho objetivamente concedido; 2) ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho por su titular; 3) intención nociva o "animus nocendi"; y 4) el perjuicio ocasionado a otra persona. Para el ex-profesor de la Universidad de Burdeos, la intención nociva constituye el núcleo de la teoría del abuso, pero no la configura por sí sola; por esa razón argumenta Bonnecase: "Por lo general se presenta este elemento como la característica esencial de la noción de abuso de los derechos, en el sentido psicológico, es decir, tal como la comprendemos. En realidad es impotente para realizar esta noción sin los demás elementos; pues, por ejemplo, si con el solo fin de dañar a su vecino, un propietario realiza trabajos que, a pesar de todo, embellezcan su propiedad o aumente sus productos no podrá quejarse de nada aquél. No es menos cierto que la intención de perjudicarlo ha sido el verdadero móvil de los trabajos realizados; pero las consecuencias de esta intención quedan paralizadas por la circunstancia de que habiéndose ejercitado dentro de los límites del derecho de propiedad, han ido acompañadas de un provecho para su autor" (1).

El profesor mexicano Rafael Rojina Villegas, propugnador del criterio funcional, explica que a diferencia de los códigos alemán y austríaco en los que el abuso de los derechos se determina atendiendo a la intención de su titular, quien al ejercitarlos se propone causar un daño, los códigos suizo y soviético toman en cuenta la función o destino que deben realizar las facultades jurídicas de acuerdo con los fines del derecho objetivo (2).

Refiriéndose al código suizo, Jossierand, tomando en cuenta los comentarios de los tratadistas suizos Rossel y Mentha, observa que la intención de dañar deja de ser elemento indispensable, pues "poco importa que sea exclusiva, simplemente preponderante o que no exista; la víctima no tiene que probar que el autor del acto ha querido dañarla, sino sólo que ha abusado de su derecho, resultando así un juicio para ella y, por tanto, el juez debe formarse un concepto justo del abuso; lo hará conformándose a las directrices que establece el artículo 4º, aplicando *las reglas del derecho y de la equidad* (Cod. Civil suizo, Art 4º); tomando en consideración las "circunstancias" y los "justos motivos"; así comprendido, el artículo 2º confiere a los tribunales "un gran poder", que usarán conscientemente... Desde luego, no cabe duda que la negligencia frívola, en sí misma, constituye un abuso, y también el ejercicio de un derecho en condiciones capaces de perjudicar a un tercero, con pérdida y sin que el titular pueda invocar la existencia de un interés patrimonial: las prerrogativas, aun las más

(1) Julien Bonnecase, ob. cit.

(2) Síntesis de una exposición de R. Rojina Villegas, ob. cit.

ciertas y sagradas, deben ejercitarse correctamente, con prudencia, "civiliter"; pues la buena fe no consiste sólo en evitar la malicia y malevolencia: exige también el respeto de los legítimos intereses ajenos y de la función social de los diferentes derechos. Conviene agregar que la sanción del abuso puede consistir, no sólo en la reparación del perjuicio experimentado, sino también en la supresión del abuso, es decir, en una satisfacción en especie. Tales son los principios que el legislador suizo inscribió en el frontispicio de su obra, en el Título Preliminar del Código Civil de 1912, obra flexible y humana, inspirada por un amplio espíritu social y en nuestra opinión, superior a la gran codificación alemana, cuyo valor técnico indiscutible no deja de tener cierta rigidez y cuyo desarrollo ha sido entorpecido, en lo que hace a la teoría del abuso, por el conflicto surgido entre la influencia romana y la nacional, que con frecuencia ha conducido a una fórmula de transacción, y limitada, como la consagrada por el artículo 226 del Código Civil, que constituye una concesión al pasado más bien que una mirada hacia el porvenir" (1).

Sobre ese juicio de Jossierand sirva de aclaración que el artículo 226 del Código alemán prohíbe el ejercicio de los derechos "cuando su único objeto sea causar un daño a otro", o sea, al existir el "animus nocendi" de los romanos.

El citado jurista francés, fervoroso partidario del criterio funcional, defiende también la concepción soviética del abuso del derecho con las siguientes palabras: "La legislación soviética, más aún que el Código Civil suizo, ha repudiado la técnica de derecho que caracteriza a la codificación alemana; más que en el dato, se inspira en el punto de vista social, al cual subordina, frecuentemente de manera decisiva, el punto de vista individual. Esta fuerte tendencia estatista debía conducirla a orientar el ejercicio de los derechos en un sentido funcional, a sustraerla de fantasías y egoísmos individuales para mantenerla en la dirección social. . . Con esta fórmula, que recuerda la del artículo 2º del Código Civil suizo, estamos muy alejados de ese concepto limitado del Código Civil alemán, y antes de él, del derecho romano que identifica el abuso de los derechos con la sola y exclusiva intención de dañar; el abuso ya no es de esencia intencional, sino de significado "económico y social"; cada prerrogativa, por individual que parezca, tiene una misión colectiva que llenar; tan pronto como se separa de esta misión, aunque sea sin mala intención e inconscientemente, se desvía y no puede esperar ya la protección de la ley, órgano de los intereses de la comunidad social. El concepto de la intención se borra o

(1) Jossierand, ob. cit. (Al hacer la exégesis del Código Civil suizo se sirve de Rossel y Mentha, "Manuel du Droit civil suisse", I, Lausanne-Géneve, 1922).

atenúa, para ceder su lugar al concepto de fin; esto no quiere decir, por otra parte, que el sistema soviético rechace todo elemento subjetivo, pues continúa tomándose en consideración, como en el sistema de la jurisprudencia francesa, las razones que han inducido al titular del derecho a usarlo en tal o cual forma y de todas las circunstancias de la causa; pero esta investigación se efectúa con objeto de saber si la función social del derecho ha sido respetada en el caso, y en este sentido, el sistema soviético es esencialmente funcional, en oposición al concepto tradicional, absolutamente impregnado de subjetividad, que se basa en la intención; ya no se dice “a cada quien según sus intenciones”; sino, “a cada quien según la conformidad de sus actos con la finalidad social de sus derechos”. El abuso de los derechos se identifica con el desvío de éstos” (1).

Nosotros estamos, en términos generales, de acuerdo con la opinión de Jossierand y de Rojina Villegas. Somos del parecer de que el criterio intencional se encuentra subsumido en el abuso del derecho concebido de manera funcional, pues los derechos no se reconocen a los individuos para servirse de ellos con un fin maléfico; la intención de causar perjuicio no es sino uno de los modos de desvirtuar tanto la función eminentemente social del derecho como sus raíces morales.

Hémard, citado por el profesor Borja Soriano, participa de esta opinión. Para él “los derechos son poderes conferidos al hombre para la satisfacción de sus intereses y no tienen valor sino en tanto que son útiles. Ejercer un derecho sin utilidad, es abusar de él. Poco importa que su titular haya obrado con la intención de perjudicar o solamente haya sido imprudente o negligente”. Más adelante Hémard agrega: “Todo derecho, facultad inherente al hombre o derecho particular, es relativo, y su medida verdadera es dada por su fin económico y social, determinado según el uso. El abuso de un derecho —fuera de toda intención de perjudicar; aun útil— consiste en su ejercicio, contrario a su destino económico y social fijado por las costumbres y por la vida. . . Este criterio objetivo, social, permite explicar todas las hipótesis en las cuales la jurisprudencia ha consagrado el abuso del derecho; el que no obra sino con intención de perjudicar o sin utilidad no ejerce su derecho conforme a su fin económico y social revelado por el uso” (2).

Es claro que la finalidad del derecho será diferente en un Estado dictatorial y totalitario como el soviético que en un régimen verdaderamente democrático como el suizo; igual cosa sucede con relación al ámbito de aplicación del derecho civil: la economía de la Unión So-

(1) Jossierand, ob. cit.

(2) Manuel Borja Soriano, ob. cit. (Hémard, Tomo II, números 1372-1380).

viética pretende ser colectivista, con poco margen para la apropiación particular; en cambio, una economía de esencia humanista puede tener numerosos matices y formas, permitiendo ampliamente el derecho de propiedad privada en función social, así como la propiedad pública de determinados medios de producción, pasando por otras especies comunitarias intermedias, atendiendo a las ideas expuestas en anteriores capítulos de esta tesis.

Pero las distintas posiciones filosóficas, políticas y económicas, no perjudican a la noción funcional del abuso del derecho, porque el derecho positivo es instrumento para servir los ideales de justicia, seguridad y bien común, y como tal instrumento, puede ser bien o mal empleado. En ese sentido, es suficiente recordar el derecho nazista que consagró los atropellos más horrendos a la persona humana y el derecho formalmente democrático de tantas dictaduras latinoamericanas. En estos casos ya no estamos ante un problema de técnica jurídica sino frente a equivocadas corrientes filosóficas, políticas, económicas, o bajo el imperio de las malas pasiones de los gobernantes.

Con riesgo de exagerar las citas, nos parece que Jossierand no ha sido superado en su genial creación de la teoría del abuso del derecho al expresar: "En último análisis, el espíritu de los derechos se nos ha presentado como el criterio mismo del abuso, criterio abstracto que se concreta y cristaliza en la noción del motivo legítimo; en definitiva, toda esta teoría del abuso constituye la consagración y sanción del espíritu de que están animadas nuestras diferentes prerrogativas y cuya perfecta observancia pretende asegurar; gracias a ella, los derechos se realizan no en cualquiera dirección, sino en un ambiente social, en función de su misión y de conformidad con sus principios generales, que, como hemos dicho, están subyacentes a la legalidad (Hauriou), y que constituyen, en su conjunto, un derecho natural de contenido variable y algo así como una superlegalidad. Cada una de nuestras facultades tiende a un fin, determinado por el espíritu de la institución; la teoría del abuso las mantiene en el camino recto, impidiéndoles desviarse de él, y conduciéndolas así, con un impulso seguro hasta el fin por alcanzar..." Y antes del anterior párrafo decía: "Ahora bien, estas prerrogativas no sólo son sociales por su fuente y génesis, lo son también por el fin a que tienden, por su finalidad. Como muchas veces se ha observado y como debería ser superfluo repetir, el hombre, si se considera como individuo aislado, no podría tener derechos en el sentido jurídico de la palabra; solamente como miembro de la comunidad adquiere personalidad, llegando a ser inmediatamente sujeto y centro de relaciones obligatorias; no siendo un fin en sí, no puede ejercitar sus prerrogativas en vista de un fin exclusivamente personal;

la concepción de derechos puramente subjetivos integralmente egoístas, que se bastan a sí mismos y que pueden ejercitarse libremente, sin tomar en consideración el fin perseguido y el daño causado, esta concepción artificial y metafísica ha tenido su época, y sin exageración puede decirse que sobre este punto ha caducado la obra de la gran Revolución (Francesa) (V.G. Cornil, "Le Droit Privé", p. 92 y 93; Duguit, op. cit.); los derechos individuales no son ya prerrogativas absolutas, derivadas de un dominium, postulado a su vez por la independencia, la libertad y la dignidad del hombre (Duguit, op. cit. p. 147); al lado del elemento subjetivo, que, en nuestra opinión subsiste y subsistirá siempre; se ha visto aparecer el elemento objetivo, social, que se desarrolla rápidamente y que, en la actualidad, ocupa el primer lugar; se le encuentra no sólo en los derechos altruistas como las potestades familiares sino hasta en las prerrogativas aparentemente más egoístas, hasta en la propiedad individual mueble o inmueble" (1).

Fuera del reproche que podemos hacer a Josserand por su énfasis excesivo en el destino económico del derecho, ya que el ordenamiento jurídico se remite al hombre social como un todo, y lo social no comprende únicamente el campo de la economía, sino que incluso el de la moral exterior (moral social), nos parece que él logra armonizar el elemento subjetivo del hombre (su verdadera libertad y dignidad) con los fines comunitarios del derecho, sin desconocer que, en última instancia, la naturaleza fundamentalmente social del derecho, revierte en y para beneficio del hombre.

El doctor Ricardo Gallardo, en su interesante trabajo, insiste en estas ideas cuando nos dice: "Ese fenómeno del ABUSO DE LOS DERECHOS proviene de que éstos desempeñan una pura FUNCION SOCIAL, la cual a su vez implica una estructura netamente subjetiva. La realización de los derechos por el sujeto, supone ante todo, el mantenimiento de un cierto equilibrio entre el interés del individuo que lo ejercita y el interés de la colectividad donde se ejerce. De ahí resulta que el abuso es inminente, desde el momento que se rompe ese equilibrio y desde el instante en que el derecho se usa con un fin distinto del que le corresponde, según las miras del propio legislador (2).

Los detractores de la tesis funcional la han tachado de subjetiva y propicia a la arbitrariedad judicial; y los partidarios del criterio intencional han sido objeto de la misma acusación. En el primer caso se argumenta que cada juez apreciará según su personal opinión las fi-

(1) Josserand, ob. cit.

(2) Ricardo Gallardo, "La teoría civilista del abuso de los derechos", publicado en la revista "Ciencias Jurídicas y Sociales", número 7, 1947, El Salvador.

nalidades propias de las normas jurídicas y considerará a su manera lo que constituye uso anormal de un derecho; y en la segunda situación se dice que el juez no puede rebuscar con certeza cuáles son las intenciones del agente que ejercita un derecho.

Ambas objeciones carecen de entera validez. Los profesores Alessandri y Somarriva, defendiendo el criterio funcional, se hacen cargo de esas objeciones al razonar que “al criterio de los fines económicos y sociales se le reprocha su falta de precisión y el dar margen a la arbitrariedad judicial. Sin embargo, estos mismos defectos constituyen, por otra parte, virtudes, pues permiten amoldar siempre el derecho a la época de su ejercicio y facilitan al juez probo una justicia equitativa” (1). En todo caso, el juez tiene *siempre* un margen de arbitrio propio para juzgar todos los actos concretos que se le presenten y, muchas veces, por medio de datos externos tiene que buscar la intención de las partes. Así, en materia de contratos, de buena o mala fe, de dolo o culpa, objeto y causa ilícitos, el juzgador determina la interioridad de los actos en razón de lo que indican las apariencias. Además, el derecho positivo le obliga a aplicar principios generales de equidad y lo remite al espíritu del ordenamiento jurídico, cuando no existe un precepto que específicamente resuelve un caso controvertido.

Lo cierto es que esos son riesgos inherentes a la función de impartir justicia e indispensables para que la ley adquiera contenido vital, evitando el “*summum jus, summa injuria*”.

Por consiguiente, lo importante es tener una noción o concepto jurídico exacto de la teoría del abuso del derecho, bien precisados sus elementos constitutivos, para que el juez se imponga de ellos al aplicar esa doctrina general a los casos particulares. De ahí que es preferible que dicha institución esté formalmente consagrada en el derecho positivo, en lugar de aplicarla al gusto del juzgador, como lo propugna el doctor Gallardo, ya que él se inclina por el modelo francés y considera peligroso adoptar legislativamente la teoría del abuso del derecho (2).

Tomando de base el criterio funcional, que nos parece más adecuado y conforme con las dos orientaciones positivas de la evolución contemporánea del derecho examinadas en nuestro punto de tesis, este sería un concepto más o menos completo del abuso del derecho: EL ACTO REALIZADO, USANDO DE UN DERECHO OBJETIVAMENTE LEGAL, DIRIGIDO A CAUSAR DAÑO A UN INTERÉS NO

(1) Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, ob. cit.

(2) En anterior capítulo citamos textualmente el párrafo en el cual el doctor Ricardo Gallardo se pronuncia en contra de la adopción legislativa de la teoría del abuso del derecho.

PROTEGIDO ESPECIALMENTE POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, Y CUYA INMORALIDAD O ANTISOCIALIDAD SE MANIFIESTA, OBJETIVA O SUBJETIVAMENTE, SEGUN LA ADECUACION DEL MOVIL CON EL ESPIRITU DE LA INSTITUCION.

En este concepto predominantemente funcional o material se abarca también el criterio psicológico del "animus nocendi". Comprende el uso anormal de un derecho, haya o no malicia, negligencia o falta de utilidad, siempre que externamente se manifieste la finalidad inmoral o anti-social en el ejercicio del precepto jurídico.

Los elementos del abuso concebido de esa manera, de acuerdo con el profesor Castán Tobeñas, son: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) perjuicios a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisocialidad de ese perjuicio, manifestado en forma subjetiva cuando el derecho se actúa con la intención malévolamente o sencillamente sin un fin serio y legítimo, o bajo forma objetiva cuando el daño proviene de anomalía en el ejercicio del derecho (1).

El perjuicio puede ser efectivamente causado o inminente de efectuarse (el "pericolo corso" o peligro corrido, a que se refería el maestro Carrara), de manera que la doctrina del abuso del derecho adquiere un carácter sancionador al consumarse el resultado y uno preventivo cuando el ejercicio de un derecho aun no ha agotado la finalidad inmoral o anti-social.

En general se admite ya la existencia del resarcimiento de daños y perjuicios cuando éstos lo sean solamente de índole moral, de modo que no existe ningún inconveniente para añadir que en el abuso de los derechos el perjuicio puede ser tanto material como moral.

Ahora bien, el daño puede referirse a un tercero o a la sociedad, conforme a la noción que hemos adoptado de acuerdo con la opinión de Castán Tobeñas; dentro del término "sociedad" debemos comprender también el abuso consigo mismo (del cual se han ocupado poco los tratadistas), pues en este caso no sólo se perjudica el titular de su derecho sino que siempre resultan afectadas otras personas o toda la comunidad. Así, al destruir un objeto mueble o inmueble que me pertenece, por mero capricho, cometo un perjuicio a mi patrimonio y a la economía familiar, y a veces, a la economía nacional. Por esa razón es punible en algunas legislaciones la tentativa de suicidio. Igualmente puede considerarse dañada la sociedad por el ejercicio anormal de un derecho, desviándolo de la finalidad para la que fue creado, sin que

(1) En la elaboración de nuestro concepto de la teoría del abuso del derecho y en la determinación de sus elementos constitutivos prima el criterio de Castán Tobeñas (ob. cit. en nota 1 de la página 94 de esta tesis).

resulte concretamente perjudicado un particular; es el caso de ausencia de un fin serio o legítimo o de un ejercicio caprichoso que no reporta ninguna utilidad. En derecho internacional privado, el fraude a la ley es otro ejemplo palpable de desviación de los derechos que ocasiona perjuicios a una determinada comunidad política.

Alessandri y Somarriva indican que el resultado del daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica significa que el abuso del derecho implica lesionar ventajas o *intereses* ajenos que, por sí mismos, no alcanzan a constituir derechos. Estas son sus palabras: “El abuso supone menoscabar o dañar prerrogativas que carecen de una protección específica en la legislación. Si el acto dañoso hiere a un derecho propiamente tal, ya no entra en juego la teoría del abuso del derecho; reciben aplicación otras figuras o instituciones, como los delitos o cuasi-delitos, la colisión de derechos, etc., según las circunstancias” (1).

La negligencia, la mala fe, la falta de utilidad, en el ejercicio de un derecho que pueda causar perjuicio a tercero o a la sociedad, cuando únicamente hay una prerrogativa ausente de especial protección jurídica, son circunstancias que cada una por sí solas determinan objetivamente la inmoralidad o anti-socialidad del acto abusivo, ya que se contraría el destino ético-social de las normas jurídicas.

Los tres elementos que hemos señalado encajan dentro del concepto del abuso del derecho; ellos se condicionan recíprocamente y permiten que el juzgador, atendiendo a los datos externos que se le presenten en cada situación concreta, aplique la noción del abuso del derecho.

En esta forma estaría comprendido dentro de la teoría del abuso un caso de manifiesta injusticia que para Bonnacase quedaría excluido. Nos referimos al ejemplo del propietario que, con el único fin de dañar a su vecino, logra ese resultado aunque embellezca o mejore su propiedad, si se demuestra objetivamente el “*animus nocendi*”. En efecto, el objeto del derecho concedido no es exclusivamente para provecho personal sino que tiene una finalidad moral y social, como correctamente lo precisara Jossierand.

En tal virtud y en contra de la opinión del jurista salvadoreño Ricardo Gallardo, somos decididos partidarios de que la teoría del abuso del derecho se concrete legislativamente, determinándose con exactitud sus elementos característicos. Ya lo dijimos y volvemos a insistir en ello; y proponemos el concepto prohibitivo anteriormente señalado, el cual responde fundamentalmente al criterio funcional.

(1) Alessandri y Somarriva, ob. cit.

Aún más, nos parece que esa consagración debe ser establecida no sólo en el Título Preliminar del Código Civil, sino que en la Constitución Política, pues la teoría del abuso del derecho constituye un principio general de primer orden que se proyecta sobre todas las disciplinas jurídicas. Las Constituciones modernas regulan no sólo las garantías individuales, sino que también prescriben los principales derechos sociales; y como el abuso del derecho es una institución que armoniza los intereses de la sociedad con los de los particulares, su papel es de un rango jurídico fundamental. La Constitución de El Salvador establece en su artículo 152 que: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”; creemos que la noción del abuso del derecho complementaría y fijaría los justos límites a dicha disposición.

Dejar que sea la jurisprudencia la que realice por sí sola la misión moral y social contenida en la doctrina del abuso del derecho es permitir una aplicación incoherente e imprecisa de la misma, sujeta a apreciaciones diferentes y a un mayor campo de arbitrio judicial.

En cambio, fijando con exactitud los elementos de la noción que estudiamos, se establecen los límites generales para impedir posibles arbitrariedades judiciales, lo cual dicho sea de paso, siempre existirá en todo ordenamiento jurídico, pues ellas dependen de la calidad moral de los jueces.

Refiriéndonos a la sanción a que se hace acreedor quien ejerce abusivamente un derecho, encontramos que todavía no se ha elaborado un criterio general y uniforme al respecto. La mayoría de las legislaciones que consignan dicha teoría se limitan a prohibir tal clase de actos. Se podría, en consecuencia, deducir que la sanción correspondiente es la de nulidad del acto. Sin embargo, la jurisprudencia extranjera, al sancionar el abuso de los derechos, ha dado varias respuestas acertadas; así, ha establecido generalmente la indemnización de daños y perjuicios y, a veces, la cesación del acto abusivo o la reparación o restitución en especie, si éste es todavía posible. Algunos tratadistas consideran que también es posible establecer como sanción la atenuación del resultado u otras medidas adecuadas según los casos, en materia de obligaciones ⁽¹⁾.

Por nuestra parte, creemos que el abuso del derecho, al abarcar todo el ordenamiento jurídico, en todas y cada una de sus disciplinas, según lo veremos más adelante, puede manifestarse en diversas maneras que ameritan distintas sanciones. Un acto abusivo podría ser anulado, rescindido, impedido, reparado en especie, atenuado en sus efectos,

(1) José Calvo Sotelo, ob. cit., es de esa opinión.

ocasionar indemnización de daños y perjuicios, multas, sanciones disciplinarias (en derecho administrativo). Todo depende de los fines específicos de la rama jurídica en que se actualice y de la finalidad propia de la norma jurídica que ampara el ejercicio del derecho. No es lo mismo abusar del derecho de patria potestad que del derecho de propiedad, ni del derecho público que del derecho privado.

Nos parece básico reconocer que este aspecto es uno de los pocos que todavía no están bien precisados; sin embargo, el problema general de las sanciones jurídicas por las violaciones de los preceptos legales, se encuentra igualmente sujeto a revisión. Tenemos que en el derecho penal, las sanciones de generales que antes eran, ahora se individualizan y diversifican cada vez más; y que en el derecho civil y en las otras ramas del derecho están surgiendo nuevos tipos de sanciones. La misma teoría de las nulidades ha sufrido modificaciones; la nulidad en materia de matrimonio y de sociedades, de acuerdo con el profesor André Rouast, no produce ya los efectos retroactivos tradicionales y aun exceptiona algunas situaciones futuras (1). En el derecho familiar, el incumplimiento de ciertas prohibiciones acarrea sanciones de índole moral; así, en la prohibición a los padres de dar mal ejemplo a sus hijos menores, puede resultar en caso de incumplimiento la suspensión o pérdida de la patria potestad y, en las legislaciones modernas, la limitación del derecho paterno de corregirlos o de visitarlos si no viven juntos. Y ya está visto que actualmente la patria potestad se concibe no en un sentido netamente patrimonial: por lo que su pérdida significa sanciones tanto económicas como morales.

Sobre estos aspectos nos parece apropiado recordar un caso reciente, del cual informaron los periódicos y que es bastante ilustrativo. Sucedió en los Estados Unidos de Norte América: la hermana del Presidente Kennedy, por violar una disposición de tránsito (no de carácter penal) que prohíbe conducir vehículos automotores sin la correspondiente licencia, fue sancionada por el juez municipal, W. Blair Gibbens, obligándola a visitar hospitales donde convalecen niños víctimas de accidentes de tránsito, y los depósitos de automóviles destrozados en los mismos.

La solución más factible a este problema, imitando los modelos que nos proporcionan las diversas disciplinas e instituciones jurídicas que regulan la violación de sus preceptos, consiste, a nuestro modo de pensar, en determinar en cada institución jurídica las diferentes espe-

(1) Nos parece que esa conclusión se deduce con claridad en el Prefacio que André Rouast dedica al trabajo del doctor Ricardo Gallardo, "La institución del matrimonio putativo en derecho comparado", publicado en la revista "Ciencias Jurídicas y Sociales", número 13, 1949, El Salvador; ("De este modo, va apareciendo poco a poco la idea de la no retroactividad de las unidades que influyen a las instituciones, pudiendo el matrimonio putativo concebirse como regla y no como excepción").

cies de sanción, según las circunstancias de hecho, para los actos que impliquen abuso de los derechos.

Pero no llegar a resultados concretos en este sentido jamás puede ser impedimento para consagrar legislativamente la noción del abuso. Alemania, Suiza, México, Brasil y tantos otros países, no se detuvieron ante ese obstáculo y se remitieron exclusivamente a declarar ilícito o prohibido el ejercicio abusivo de un derecho. Mientras tanto, es la teoría general del derecho la que indica, con base en un ordenamiento jurídico determinado, cuál es la sanción más apropiada. Recordemos que los actos negligentes o realizados de mala fe o contrarios a las buenas costumbres son repudiados por el derecho positivo; unas veces específicamente ocasionan nulidad, resolución, reversión de los riesgos en la pérdida de la cosa debida, indemnización, etc., pero, en otras ocasiones no tienen sanción concretamente determinada y ésta tiene que particularizarse aplicando las nociones generales del derecho y los principios de hermenéutica jurídica.

Hasta hace poco hemos conocido que en el Anteproyecto del Código Civil salvadoreño se consigna en su Capítulo II (Efectos de la Ley), del Título I (Disposiciones Generales), la teoría del abuso del derecho.

Gracias a la gentileza del doctor Carlos Arturo Mayén, actual colaborador jurídico del Ministerio de Justicia, tuvimos oportunidad de conocer las fuentes originales del mencionado anteproyecto, el cual está siendo elaborado por una Comisión Revisora nombrada por el expresado Ministerio.

En dichas fuentes encontramos el acta número 16, que expresa lo siguiente:

“En el Salón de Sesiones del Ministerio de Justicia: a las dieciséis horas y treinta minutos del día veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y siete. Reunidos los miembros de la Comisión Revisora del Código Civil, doctores Rafael Antonio Carballo, Angel Góchez Castro, Napoleón Rodríguez Ruiz y el suscrito Secretario y después de deliberar sobre los distintos aspectos del temario del día se acordó:

- 1º) Aprobar el texto del acta de la sesión anterior.
- 2º) Continuar con el texto convenido para el articulado del Código Civil;

Art. 16.—“Los derechos que las leyes confieren se ejercerán de buena fe, y sin causar perjuicios innecesarios a tercero.

La ley no ampara el abuso del derecho”.

Art. 17.—“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, no esté prohibida su renuncia y no se perjudiquen derechos de tercero.

La ley en casos especiales señalará las formalidades a que deba sujetarse la renuncia de los derechos”.

Se cerró la presente sesión a las diecinueve horas de este mismo día y como constancia firman. *Rafael A. Carballo*. — *Angel Góchez Castro*. — *Napoleón Rodríguez Ruiz*. — *Guillermo Trigueros hijo* (Secretario)”. Rubricadas. (1).

No escatimamos elogios para la Comisión Revisora, pues el citado artículo 16 del Anteproyecto constituye una señal promisoría en la evolución del derecho positivo salvadoreño.

Consideramos que el precepto que pretende consagrar en El Salvador la teoría del abuso del derecho es uno de los más avanzados en esta materia; para llegar a esa conclusión basta compararlo con las disposiciones de otros países que relacionamos en un capítulo anterior. En efecto, consagra categóricamente el criterio funcional que hemos propugnado, ya que no hace mención, como el Código alemán, a que el ejercicio tenga por “único objeto dañar a otro”.

Sin embargo, nos vemos obligados a hacerle una objeción. El tenor literal de ese artículo induce a no comprender todas las situaciones en que pueda existir abuso de un derecho, según la forma explicada con anterioridad y de acuerdo con los principios expuestos principalmente por Jossierand, Alessandri y Somarriva, Hémard, Castán Tobeñas y Rojina Villegas. Decimos esto porque la frase “sin causar perjuicios innecesarios a tercero” podría considerarse como un impedimento para incluir el caso del fraude a la ley, es decir, cuando sin que resulte un tercero perjudicado se burla el propósito del derecho concedido; y porque tampoco abarcaría con claridad el mero ejercicio caprichoso que no reporta daño a tercero ni utilidad al titular del derecho, así como el ejercicio abusivo consigo mismo.

Por eso, preferiríamos que el artículo 16 del Anteproyecto quedara redactado de esta manera: “La ley no ampara el abuso del derecho. Se entiende que existe ejercicio abusivo cuando un acto es realizado usando de una facultad objetivamente legal, dirigido a causar perjuicio a un interés de tercero o de la sociedad que no esté protegido especialmente por el ordenamiento jurídico, y cuya inmoralidad o anti-sociali-

(1) Respondiendo a un imperativo de justicia deseamos hacer mención de que el doctor Guillermo Trigueros hijo, fue el primero en enseñarnos el significado y alcances de la teoría del abuso del derecho, cuando nos impartía la cátedra de Derecho y Código Civil Salvadoreño (Libro IV, Contratos), en nuestra Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

dad se manifiesta, objetiva o subjetivamente, según la adecuación del móvil con el espíritu de la institución”.

En esta forma se mantiene el criterio funcional, comprendiendo a la vez la noción psicológica, al igual que lo hace el Anteproyecto; pero se le da una extensión más amplia, a semejanza de los Códigos Civiles de Suiza y de la Unión Soviética, sin incurrir en la excesiva generalización de ambos Códigos.

LIMITES DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

La doctrina del abuso del derecho responde a criterios morales y sociales que le son comunes con otras instituciones jurídicas. Por ese motivo encontramos en muchas ocasiones que la jurisprudencia extranjera, invocando la teoría en mención, determina conceptos o elementos que pertenecen a otras nociones jurídicas.

A sabiendas de la dificultad de la tarea, trataremos de distinguir el abuso del derecho de la responsabilidad subjetiva (delictual y cuasidelictual) y objetiva, de la colisión de derechos, y de las teorías de la lesión y de la imprevisión.

Josserand da a entender que la teoría del abuso está por encima de las instituciones jurídicas que hemos mencionado, es decir, que encuentra aplicación en defecto o por insuficiencia de ellas; dice que: “gracias a ella, los derechos se realizan no en cualquiera dirección, sino en un ambiente social, en función de su misión y de conformidad con sus principios generales, que, como hemos dicho, están subyacentes a la legalidad, y que constituyen, en su conjunto, un derecho natural de contenido variable y algo así como una superlegalidad” (1).

No cabe duda que la doctrina del abuso forma parte de la responsabilidad civil, proyectada a todo el campo del ordenamiento jurídico; no obstante, se diferencia de la tradicional responsabilidad que resulta de los delitos y cuasidelitos civiles y de la moderna teoría de la responsabilidad objetiva.

Siguiendo, en materia de abuso, el criterio total y exclusivamente intencional sería forzoso concluir que es una noción que debe regirse por los principios de la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil; en consecuencia, habría abuso del derecho cuando el titular lo ejerce dolosa o culpablemente, o sea, cuando ejercita su derecho con intención de dañar a otro o sin el cuidado o diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios pro-

(1) Josserand, ob. cit.

pios. Según Alessandri y Somarriva, “en contra de esta tendencia se dice que hacer del dolo o la culpa elemento del abuso del derecho es tergiversar la cuestión, pues lo que se trata de evitar con la teoría es el daño a otro sin utilidad propia o con una utilidad muy inferior al perjuicio ajeno. Y desde este punto de vista, carece de toda importancia la existencia o inexistencia del dolo o la culpa; lo que en realidad se debe analizar y ponderar es la utilidad económica y social del acto realizado” (1).

El mismo Bonnecase, partidario de un criterio psicológico, rechaza que el abuso de los derechos sea absorbido realmente en la noción del delito civil, ya que el delito comprende esencialmente el incumplimiento de una obligación legal y también de una convencional. “Por el contrario —dice Bonnecase—, en el abuso de los derechos, el autor del perjuicio se mantiene en los límites objetivos de su derecho, y por tanto no viola ninguna obligación preexistente... De la misma manera que el enriquecimiento sin causa, tiene un dominio de aplicación independiente de las fuentes de las obligaciones, según la teoría clásica, el dominio de aplicación del abuso de los derechos es independiente del delito y del cuasidelito” (2).

Con singular claridad Josserand distingue dentro del cuadro general de la responsabilidad tres sistemas en relación con la división tripartita de actos ilegales, ilícitos y excesivos (3).

Los actos ilegales constituyen los delitos y cuasidelitos; si el hecho es realizado con intención de dañar hace nacer un delito, y si es culpable (negligente) y cometido sin intención de dañar representa un cuasidelito. Josserand indica que estos actos son incorrectos en sí mismos; y Alessandri y Somarriva afirman que “si el acto dañoso hiere a un derecho propiamente tal, ya no entra en juego la teoría del abuso del derecho; reciben aplicación otras figuras o instituciones, como los delitos o cuasidelitos...” (4). A ese efecto recordemos que en el abuso del derecho se vulneran prerrogativas o intereses no protegidos especialmente por el ordenamiento jurídico. Los profesores chilenos mencionados, para ilustrar el concepto, nos dan el siguiente ejemplo: “Si construyo una pared altísima dentro de mis tierras y, como consecuencia, oscurezco la casa del vecino, menoscabo una ventaja de que gozaba, la claridad en su inmueble, pero el mantenimiento de esa claridad no es obligación mía que, como correlativa de un derecho, pueda exigirme el vecino. Yo perjudico, pues, un interés ajeno que no tiene una protección específica en el ordena-

(1) Alessandri y Somarriva, ob. cit.

(2) Julien Bonnecase, ob. cit.

(3) Josserand, ob. cit. (Rojina Villegas, ob. cit., hace una acertada síntesis de la división tripartita de Josserand, aceptándola plenamente).

(4) Alessandri y Somarriva, ob. cit.

miento jurídico. Aparte, sea hecha una digresión. Es de notar que en el ejemplo puede o no haber abuso del derecho. Si la gran altura de la muralla es necesaria a mi propiedad, no hay abuso del derecho porque, dadas las circunstancias, uso de mi derecho en forma normal; pero si la gran altura de la construcción no responde a ningún fin útil y perjudico al vecino, el abuso existe" (1).

Nos atrevemos a hacer una pequeña crítica a este ejemplo que, por lo demás, nos parece suficientemente aclaratorio. Si la gran altura de la pared es necesaria pero causa perjuicio al vecino, no se ha alterado la finalidad de la norma; sin embargo, *puede* originar el otro tipo de responsabilidad: la objetiva.

Refiriéndose a esta última forma de responsabilidad, Jossierand la estima como un resultado de lo que él denomina "actos excesivos", en razón del exceso o de la anormalidad del daño que resulta para tercero. En ese caso si "el acto perjudicial ha sido realizado en virtud de un derecho y conforme a su destino: no es ilegal ni ilícito. Como tesis general, no será productivo de obligaciones, siendo irreprochable en sí mismo, y en su génesis como en su finalidad; su autor se beneficiaría de una completa inmunidad. Sin embargo, de otra manera acontece si el daño causado es excesivo o anormal, como si los vapores pestilentes de una fábrica dañan las cosechas vecinas o si los humos de una locomotora causan un daño a una lavandería establecida en la proximidad de una estación de ferrocarril o de una vía férrea, o en el caso de que las chispas de una locomotora incendien las cosechas o bosques próximos. El acto tan eminente, tan anormalmente perjudicial es constitutivo de riesgos: quien ha creado tales riesgos, debe soportar su incidencia: responsabilidad sin culpa y puramente objetiva" (2).

Conviene precisar dos puntos. En primer lugar, Jossierand se refiere al daño anormal y no al uso anormal que caracteriza a uno de los elementos del abuso del derecho; y, en segundo término, Jossierand emplea las palabras "actos excesivos" en sentido diverso del que nosotros les dimos, cuando nos referíamos a los actos que traspasan los linderos específicos del derecho objetivo, al criticar ciertos ejemplos que indicaba el doctor Ricardo Gallardo.

Los "actos ilícitos" son los que para Jossierand quedan comprendidos en la teoría del abuso del derecho, con lo que estamos plenamente de acuerdo (3).

Con relación a la doctrina del conflicto o colisión de derechos, algunos autores han pretendido identificarla con la teoría del abuso

(1) Alessandri y Somarriva, ob. cit.

(2) Jossierand, ob. cit.

(3) Jossierand, ob. cit.; y Rojina Villegas, ob. cit.

del derecho (1). Realmente es imposible negar que en cierto sentido la noción de la colisión de derechos constituye el género y el abuso del derecho es una de sus especies. En el fondo, la responsabilidad objetiva y la teoría del abuso tienen su fuente inmediata en la colisión de derechos. Quizás por eso Josserand considera que la colisión de derechos “es insuficiente para caracterizar el concepto del abuso y para asignarle su lugar en el vasto campo de la responsabilidad, pues tiene *el mismo valor para las demás causas de esta responsabilidad*. Cuando surge un conflicto entre propietarios de inmuebles, con motivo de las plantaciones, luces o vistas, de un muro medianero, el juez debe resolver un problema de *derechos* iguales; cuando los vecinos reclaman una indemnización en razón de los daños que les hayan causado los vapores pestilentes que se desprenden de la chimenea de una fábrica, surge también un conflicto entre derechos e *intereses*, cuya solución corresponde al tribunal; sin embargo, como hemos demostrado, tanto en un caso como en otro, no se discute sobre el abuso, y la *responsabilidad que se exige es puramente objetiva*. En consecuencia, hablando propiamente, no todos los conflictos de derecho son abusos de éste; constituyen solamente una categoría de estos conflictos, es decir, solamente una especie de un género más vasto y que lo sobrepasa; (los abusos de los derechos) son conflictos de derechos y de intereses especiales, caracterizados por el desvío funcional de una prerrogativa subjetiva; al calificarlos de conflictos de derechos, se da a conocer su régimen ético, la familia a que pertenecen, pero se deja en la penumbra su individualidad propia, tal como hemos tratado de caracterizarla” (2).

A pesar de la autoridad científica del gran jurista francés, trataremos de explicar mejor sus pensamientos que nos parecen un poco confusos e incompletos. Aclaremos, pues, que tanto en la responsabilidad objetiva como en el abuso del derecho se encuentra implícito un conflicto de orden jurídico que se resuelve en perjuicio de una parte que ejercita un derecho subjetivo. Pero en la responsabilidad objetiva no hay ejercicio abusivo de la facultad jurídica concedida, ocurriendo lo contrario en la doctrina del abuso del derecho. Tienen en común ambas nociones en que se daña un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico, ya sea por causar un perjuicio anormal o excesivo de parte de quien ha creado los riesgos (responsabilidad objetiva), o por desvirtuar la finalidad de la norma (abuso del derecho).

Considerado de ese modo el problema, es posible dar un signifi-

(1) Colin y Capitant incurrían a veces en tal identificación, según lo sostiene José Calvo Sotelo (ob. cit. en nota 2 de la página 94 de esta tesis).

(2) Josserand, ob. cit.

cado más restringido a la teoría de la colisión de derechos. Podría decirse, de acuerdo con Alessandri y Somarriva, que “hay colisión de derechos cuando varios *derechos* (y no un derecho contra un interés) concurren de tal suerte que el ejercicio de uno de ellos hace imposible o perjudica el otro. En razón de que tan respetable es el derecho propio como el ajeno, la teoría de la colisión de los derechos armoniza, hasta donde es posible, la coexistencia de todos. . . Si la pugna es entre derechos de diversa jerarquía, el de inferior debe ceder, reducirse o sucumbir ante el otro; si el conflicto surge entre derechos de igual categoría, ambos deberán atenuarse o condicionarse para coexistir, y si esto no es hacedero, ha de sucumbir el que resulte menos respetable o útil, habida consideración a las circunstancias del caso concreto” (1).

Ese género amplio de la colisión de derechos, según lo entiende Jossierand, no sería más que la “idea” general que informa a todo el derecho: armonizar las relaciones sociales en casos de conflicto. Llevada concretamente al campo técnico-jurídico dicha idea, cristaliza en las teorías de la responsabilidad objetiva, del abuso del derecho y de la colisión de derechos, entendida ésta en sentido estricto, cuando la pugna se produce entre dos derechos, el propio y el ajeno, y no entre un derecho (el propio) y un simple interés (el ajeno, pertenezca a un particular o a la sociedad). En esa forma, el ejemplo de Jossierand que se refiere al conflicto entre propietarios de inmuebles, con motivo de las plantaciones, luces o vistas, de un muro medianero, no es caso de responsabilidad objetiva, como él lo sugiere, sino que de colisión de derechos. En cambio, nos parece correcto comprender dentro de la responsabilidad objetiva los daños causados por vapores pestilentes que se desprenden de la chimenea de una fábrica.

En un terreno más reducido, limitado al derecho contractual, las teorías de la lesión y de la imprevisión presentan caracteres semejantes a la doctrina del abuso del derecho. Su fundamento es análogo, pero a pesar de ello no deben identificarse dichas instituciones.

Se entiende por “lesión” el perjuicio que un contratante experimenta, cuando en un contrato conmutativo, no recibe de la otra parte un valor igual al de la prestación que suministra. Este perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores, y el daño que causa debe ser reparado, o el contrato puede rescindirse (2).

En realidad la teoría de la lesión no participa de la noción del abuso del derecho; constituye una presunción, basada en criterios objetivos, de un vicio del consentimiento, ya sea de error o de violencia,

(1) Alessandri y Somarriva, ob. cit.

(2) Idea más o menos aceptable de la teoría de la lesión, aunque reconocemos que existen dos criterios al respecto, uno subjetivo y el otro de carácter objetivo.

al explotar una de las partes, la ignorancia o impericia de la otra o circunstancias de apremiantes necesidades económicas (1). No puede decirse que encaje en el concepto que hemos dado de abuso del derecho ni que comprenda los elementos que caracterizan a éste. Recordando las críticas que hacíamos a ciertos ejemplos señalados en el trabajo del doctor Ricardo Gallardo, hemos de expresar que en la lesión gravita la "idea" pero no la teoría del abuso del derecho.

Iguales razones pueden aducirse con referencia a la teoría de la imprevisión. El ilustre catedrático de la Universidad de París, Georges Ripert, afirma que "no es de extrañar que se haya pensado en hablar aquí de abuso del derecho", pero advierte que el fundamento de la teoría de la imprevisión estriba más bien en razones de justicia conmutativa porque hay una lesión posterior al contrato (2). Se puede decir que esa doctrina no es más que una ampliación de la teoría de la lesión, constituyendo una proyección amplia de los vicios del consentimiento.

Quedó explicado en el último capítulo de la primera parte de esta tesis que los canonistas de la Edad Media, respondiendo a los postulados de la moral cristiana, caracterizaron perfectamente la teoría de la imprevisión, al considerar como sobreentendida en los contratos la cláusula "rebus sic stantibus". De ahí que el consentimiento de las partes así como sus vicios se proyectan hacia el futuro, o sea, durante toda la vida del contrato y no solamente en el momento de su nacimiento (3).

De nuevo repetimos que en esta institución, de tradición cristiana y que se adapta plenamente a las actuales orientaciones morales y sociales del derecho, encontramos la "idea" pero no la teoría del abuso del derecho. Sin embargo, aquí se puede hablar de una mayor coordinación entre ambas instituciones; la imprevisión supone evitar el ejercicio abusivo de un derecho contractual, es una especie de primera instancia, mientras que la doctrina del abuso del derecho es un correctivo más general y amplio que interviene subsidiariamente.

Por eso, cuando todas estas instituciones jurídicas que hemos explicado brevemente resultan operantes, la noción del abuso del derecho no tiene necesidad de aplicarse. Ya Josserand expresaba que la

(1) Concordando esta teoría con la doctrina moderna de la voluntad declarada, creemos que el criterio objetivo debe prevalecer sobre la concepción subjetiva. De esa manera se salvan las distancias entre las dos corrientes, ya que generalmente el vicio del consentimiento (de índole interna), sólo puede apreciarse por medio de datos externos. Los Códigos Civiles de Alemania y Suiza adoptan esa posición. (Véase, Manuel Borja Soriano, ob. cit.).

(2) Georges Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles" (citado por M. Borja Soriano, ob. cit.).

(3) La doctrina alemana sostiene esta opinión en forma casi unánime (Enneccerus-Lehmann, citados por José Castán Tobeñas, ob. cit.).

teoría objeto de nuestro estudio constituye una especie de “superlegalidad”, consagrada por el derecho positivo.

Para terminar esta parte, nos referiremos a un aspecto de interés, especialmente en materia de derecho internacional privado, cual es el fraude a la ley. Lo tratamos aquí porque se ha pretendido que es una noción semejante aunque diferente de la del abuso del derecho. Creemos, no obstante, que el fraude a la ley es una de las formas en que se manifiesta el ejercicio abusivo de los derechos; y que viene a confirmar la validez del criterio funcional que hemos propugnado, ya que no quedaría comprendido en la teoría del abuso del derecho fincada en la intención dañosa.

El profesor Rojina Villegas expone con acierto esas apreciaciones que hemos indicado; así nos dice: “Existen casos de ejercicio de los derechos sin causar daño a tercero, pero con la expresa intención de eludir determinadas leyes, de tal manera que constituyen en sí mismos verdaderos abusos de ciertas libertades jurídicas, aun cuando no haya la intención de dañar, sino de procurarse ciertos beneficios o facilitar el trámite de determinados actos jurídicos. En ocasiones puede una persona sustraerse a su derecho nacional, que es el que normalmente debe regular su conducta, para colocarse momentáneamente bajo el imperio de una ley extranjera, como suele ocurrir tratándose de los divorcios que se tramitan en algunos Estados de la República por virtud de la sumisión expresa que hacen extranjeros o mexicanos de una entidad federativa distinta, a la jurisdicción del juez. En estos casos, los actos que se realicen pueden operar consecuencias jurídicas no sólo entre las partes, sino también respecto de terceros, como son los hijos en el caso del divorcio de sus padres. La culpa en la ejecución de aquellos actos que constituyan el ejercicio de un derecho, implica también un abuso del mismo, lo que demuestra que a pesar de que no exista una dañada intención en el uso de una facultad, puede no obstante ser causa de responsabilidad civil. . .” (1).

Josserand cita numerosos ejemplos de fraude a la ley y sostiene que quienes intentan eludir las disposiciones imperativas no tienen en manera alguna la intención de dañar a ninguna persona; quieren simplemente asegurar sus propios intereses, pero en lucha abierta o simulada contra las instituciones jurídicas, por lo que no se sirven sino que abusan de ellas (2).

(1) Rafael Rojina Villegas, ob. cit.

(2) Josserand, ob. cit.

Agreguemos por nuestra parte, que en tales actos siempre existe perjuicio; no como lo aprecia la noción psicológica e intencional, de daño patrimonial, sino que considerando perjudicada a la sociedad, pues el ordenamiento jurídico atiende a fines sociales: está establecido para servir a la comunidad. Esta misión de servicio debe revertir, por supuesto, en beneficio verdadero y justo de todos y cada uno de los individuos.

CAPITULO CUARTO

CAMPO DE APLICACION

Decíamos antes que la teoría del abuso del derecho surgió como una noción esencialmente civilista; el mismo título del trabajo del doctor Gallardo nos confirma esta aseveración. Actualmente y de acuerdo al fundamento, concepto y elementos de dicha teoría, ella recibe aplicación no sólo en el campo del derecho civil, sino en todos los demás, incluyendo a las disciplinas jurídicas comprendidas en el derecho público.

Los profesores Alessandri y Somarriva expresan que “tanto los derechos reales como los personales, los patrimoniales como los de familia, las garantías constitucionales como los derechos sindicales pueden llegar a ejercerse abusivamente, en forma que reclame un correctivo jurídico. En resumen, hoy por hoy la teoría del abuso del derecho se desenvuelve en el campo del derecho privado y en el del derecho público. Muchas son las obras consagradas a su estudio en el derecho administrativo (Véase, por ejemplo, Martínez Useros, “La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo”, Madrid, 1947), y en el derecho internacional público; en este último, sobre todo a partir de un famoso curso que dictó al respecto el profesor Politis, poco después de la Primera Guerra Mundial (Politis, “Le probleme des limitations de la souveraineté et la théorie de l’abus des droits dans le rapports internationaux”, en “Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haya”, Tomo VI, 1925, págs. 1 a 116. Véase también el moderno libro de Alexandre Charles Kiss, “L’abus de droit en Droit International”, París, 1953)” (1).

No deben existir dudas en ese sentido, porque el abuso del derecho es una teoría general fincada en principios ético-sociales que exigen un tratamiento jurídico a ser regulado por el derecho objetivo; por supues-

(1) Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, “Curso de Derecho Civil”, Tomo II, Editorial Nascimento, Chile, 1957.

to que las sanciones o responsabilidades que origine pueden variar en las diferentes disciplinas jurídicas, según sus finalidades específicas, pero este punto quedó precisado en el capítulo anterior.

A pesar de que esas consideraciones nos parecen suficientemente claras, gran número de juristas quieren hacer algunas excepciones, alegando que ciertos derechos se presentan con un carácter siempre absoluto. Planiol, entre otros, cree que hay algunos derechos que, por excepción y dada su misma naturaleza o carácter, reclaman un ejercicio discrecional y libre de toda fiscalización y, por consiguiente, no son susceptibles de abuso y jamás engendran responsabilidad para su titular (1).

A esta clase de derecho se les denomina absolutos, discrecionales, no causados, arbitrarios o codificados. El último nombre se explica porque aparecen registrados por la ley y delimitados en forma precisa, a fin de evitar cualquiera discusión sobre su alcance. Como ejemplos de ellos se citan: el derecho de los padres a negar su consentimiento al matrimonio del hijo menor de 18 años, sin necesidad de expresar causa alguna (Art. 112 C. C.), o sea, que la oposición puede ser caprichosa o infundada; el derecho de libre testamentifacción, dentro de los límites legales, cualquiera que sea el móvil que haya guiado al testador, aun el de perjudicar a los parientes más cercanos con quienes lo ligen vínculos de gratitud; el derecho de adquirir la medianería de una cerca o pared divisoria (Art. 856 C. C.); el derecho del propietario de un predio para pedir que se corten las ramas y para cortar él mismo las raíces del árbol ajeno que penetran en aquélla (Art. 943 C. C.); y el derecho de todo comunero para solicitar la división de la cosa común, si no se ha estipulado lo contrario (Art. 1196 C. C.) (2).

Bonnecase adopta, aparentemente, una posición contraria a la de considerar estos derechos como absolutos. Dice lo siguiente: "Los autores han distinguido a este respecto, por una parte, los derechos especialmente definidos y reglamentados por el legislador, como el de propiedad, y, por otra, los derechos no definidos aun por la ley y confundidos en la noción general de libertad. Tal parece que se admite la posibilidad del abuso en todos los casos, pero con mayor facilidad cuando se trata de los derechos no determinados, que con respecto a los precisados y definidos. Parece que es ésta la opinión de algunos autores. Por nuestra parte, no comprendemos que haya podido vacilarse para reconocer doctrinalmente la eventualidad de un abuso de los

(1) Véase: Marcel Planiol y Georges Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo VI, Editorial Cultural, Habana, 1946.

(2) Todos estos ejemplos se encuentran en: Planiol y Ripert, ob. cit.; Julien Bonnecase, "Elementos de Derecho Civil", Tomo II, México, 1945; y Pascual Marín Pérez, "Abuso del Derecho" ("Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1950).

derechos a propósito de una facultad claramente definida, como el derecho de propiedad. La jurisprudencia se ha encargado de consagrar la afirmativa sin indecisión alguna, y de rechazar en esta materia, como en otras, la tesis de los derechos absolutos en su ejercicio y en su principio. Sin embargo, hay autores que muestran alguna duda respecto de ciertos derechos. Por su naturaleza y fin, estos derechos no implicarían su abuso. Creemos que no es así. En los casos considerados, hace falta alguno de los elementos del abuso de los derechos; nos encontramos principalmente ante un interés moral por salvaguardar en el titular del derecho; es este el caso de ciertos derechos de potestad paterna, como la prerrogativa de los padres para oponerse al matrimonio de sus hijos, o de negar su consentimiento sin tener que indicar los motivos de su negativa. El legislador presume en los padres la existencia de un interés moral” (1).

Al analizar detenidamente el pensamiento de Bonnacase se comprende por qué decíamos que sólo era aparente su oposición, ya que en realidad adopta un criterio intermedio que acepta la imposibilidad de que opere la teoría del abuso del derecho en algunos casos excepcionales. Con relación al derecho de los padres para negar, sin expresión de causa, el consentimiento a sus hijos menores de 18 años para contraer matrimonio, es cierto que se fundamenta en la presunción de la existencia de un interés moral que ampara a los padres, pero ello no obsta para que puedan abusar de ese derecho en circunstancias concretas. Determinado el abuso, la presunción quedaría destruida.

En conclusión, creemos que no existen excepciones al ejercicio abusivo de los derechos; lo que sucede es que aun Bonnacase está influido por la idea de que la teoría del abuso debe ser objeto de aplicación jurisprudencial —como ocurre en Francia— sin que exista un precepto legal que la consagre en forma general. En el caso de la jurisprudencia francesa es explicable la afirmación de Bonnacase, ya que el juez no puede contrariar una disposición tan terminante como la que se refiere al derecho de los padres para oponerse al matrimonio de los hijos menores; pero en los países donde está establecida la noción prohibitiva del ejercicio abusivo de los derechos, probado que un padre se opone al matrimonio del hijo, por mero capricho o por intereses bastardos, el juez debe desestimar dicha oposición. Eso sí, que mientras no se demuestre el ejercicio abusivo, el padre, aunque no exprese causa para oponerse al matrimonio del hijo, actúa dentro del terreno de lo lícito.

Al principio de esta tesis decíamos que era pretensión nuestra de-

(1) Julien Bonnacase, *ob. cit.*

mostrar la unidad orgánica del derecho y la estrecha interdependencia que guardan entre sí todas las disciplinas jurídicas; y agregábamos que un ejemplo de ello lo constituía la doctrina del abuso del derecho, la cual, como noción surgida del ámbito del derecho civil, superaba ese marco limitado y se proyectaba sobre todo el campo jurídico.

Nos parece que del estudio de la naturaleza, fines, conceptos y elementos de esta teoría ha quedado comprobada esa aseveración. Nos toca ahora observar, sumariamente y de manera concreta, ciertas aplicaciones de la teoría del abuso del derecho en algunas instituciones pertenecientes a diferentes ramas del ordenamiento jurídico.

Derecho internacional público. Alessandri y Somarriva mencionan que el profesor Politis destacó numerosas aplicaciones de la teoría del abuso del derecho en relación con el derecho internacional público.

Ciertamente, los problemas y consecuencias de las últimas guerras mundiales, y, en especial, la comprensión de que una próxima guerra tendría caracteres completamente aniquiladores de la raza humana, han obligado a que el derecho a la legítima defensa que tienen los Estados, frente a una agresión extraña, sea permitido únicamente bajo condiciones determinadas y haciendo uso de armas bien definidas y consideradas lícitas. Pero últimamente se ha avanzado más: se trabaja denodadamente por la proscripción jurídica de las armas termo-nucleares y, en última instancia, por la abolición de la guerra. Las diferencias entre los Estados se quiere que sean exclusivamente dirimidas por medios pacíficos a través de los organismos internacionales.

Aun dentro de un derecho concebido por y para la paz, el día que la teoría del abuso del derecho sea aceptada a plenitud por el ordenamiento jurídico internacional, sancionaría a los Estados que ejercieran abusivamente de los tratados, amparándose en su texto, si desvían la finalidad normal de los mismos, ya sea por ausencia de un legítimo interés o con ánimo de perjudicar. Por ejemplo, un organismo internacional de justicia podría rechazar una demanda sobre límites territoriales, aunque se funde en algún tratado internacional, si se demuestra objetivamente que no reporta utilidad apreciable al Estado demandante y persigue, como fin primordial, causar problemas políticos o perjuicios considerables al otro Estado. En fin, existiría abuso del derecho siempre que el acto internacional encaje dentro del concepto y comprenda los elementos de la doctrina en cuestión.

Por supuesto que en esta materia es donde se hace más difícil la aceptación práctica de dicha teoría, por la naturaleza misma del derecho internacional público y porque su desarrollo es más lento debido

a los grandes intereses creados que obstaculizan su misión. Sin embargo, ello no es imposible, pues ya vimos anteriormente su notable evolución, dirigida hacia un sentido más humano que garantice la justicia, la seguridad y el bien común internacional.

Derecho internacional privado. En esta disciplina jurídica los problemas para aceptar la doctrina del abuso del derecho son menores que en el derecho internacional público, ya que las situaciones jurídicas se refieren a particulares de diferentes Estados; de ahí que los intereses creados que surgen entre los diversos países se disminuyen al no ser ellos mismos los afectados directamente.

De aplicarse la teoría del abuso se evitarían los casos que menciona el profesor Rojina Villegas, de personas que se colocan momentáneamente bajo el imperio de una ley extranjera para burlar, en beneficio propio, el derecho positivo nacional ⁽¹⁾. Muchos divorcios, testamentos, etc., realizados contrariando las disposiciones o fines de un ordenamiento jurídico a que normalmente está sujeto una persona, podrían ser desprovistos de validez de parte del Estado en cuya jurisdicción se hayan efectuado o pretendido realizar, probándose el fraude a la ley.

Mientras no plasme concretamente la doctrina del abuso del derecho en los tratados de derecho internacional privado, bien puede aplicarse jurisprudencialmente esa noción en virtud del principio jurídico de "solidaridad internacional". Desconocemos si ello ya ha ocurrido, lo cual no sería remoto y significaría un gran avance en este terreno.

Derecho constitucional. En el derecho constitucional puede y debe tener perfecta aplicación la teoría del abuso del derecho. Precisamente por tratarse del ordenamiento jurídico fundamental y por considerar que la doctrina del abuso es de índole general, comprendiendo el ejercicio de todos los derechos subjetivos, privados y públicos, hemos expresado la opinión de que es en la Constitución donde ella debe estar establecida en primer lugar por medio de un precepto jurídico.

Como concreciones prácticas del ejercicio abusivo de los derechos constitucionales podemos citar dos casos diversos: el desvío de poder y el abuso del amparo.

Habíamos dicho, páginas atrás, que el abuso de poder y el abuso del derecho son conceptos diferentes. El primero se caracteriza por una transgresión a la "potestad reglada", o sea, por una actuación que tras-pasa objetivamente los derechos concedidos a quienes ejercen el poder

(1) En el capítulo anterior hicimos referencia a este punto, fundándonos en Rafael Rojina Villegas, "Derecho Civil Mexicano", Tomo V, Volumen II, México, 1951.

político en cualquiera de sus tres ramas y órganos clásicos; por tanto, dicha actuación es “ilegítima” pero no “ilícita” (siguiendo la distinción de Josserand), y es constitutiva de responsabilidad, porque “los funcionarios del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”, en oposición al principio general de que “lo que no está prohibido está permitido” (1). En cambio, en el “desvío de poder”, que para nosotros es una de las especies de abuso del derecho, o más bien, una de las formas en que se manifiesta, no existe una violación al principio de la “potestad reglada”, pero al amparo de ella se desvirtúa su verdadera finalidad: se usa anormalmente o con intención nociva o carente de utilidad real, de la facultad concedida. Estamos, entonces, en presencia de un “acto ilícito” aunque formalmente considerado como “acto legítimo”.

Josserand explica a ese respecto que “la teoría del desvío de poder constituye acaso la obra maestra del Consejo de Estado, la más armoniosa construcción jurídica que haya erigido en la plenitud de su jurisdicción soberana; según Hauriou, toda esta teoría, tan equitativa e ingeniosa es un *manantial* (jaillissement) de directrices; es también uno de los más bellos homenajes que se haya rendido, en el dominio del derecho, a las nociones de móvil y fin. En efecto, el desvío de poder está constituido por los hechos de una autoridad administrativa, que observando las formalidades requeridas, y realizando un acto de competencia, *ratione personae*, y no violando la ley, usa de su poder con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa. El juez escruta, en este caso, los móviles del agente: confronta las directrices obedecidas por él, con las de la institución (Hauriou, Berthélemy); si éstas no coinciden con aquéllas, débese a que el administrador ha desviado de su destino normal las facultades que se le habían conferido; la decisión dictada en estas condiciones, en esta falsa dirección, está viciada aunque formal y específicamente sea irreprochable: podrá anularse gracias al recurso por exceso de poder, entre cuyas causas de procedencia se encuentra el desvío de poder que es la más original” (2).

A pesar de la magnífica explicación dada por Josserand, no entendemos por qué encuentra solamente grandes analogías entre el desvío de poder y el abuso del derecho, cuando nos parece claro que de sus mismas palabras se desprende que el desvío de poder es una forma de actualizarse el abuso del derecho. El Consejo de Estado francés es el máximo tribunal de lo contencioso-administrativo; tal vez esa sea la

(1) En el capítulo segundo de la segunda parte, tratamos de distinguir el “abuso de poder” del “desvío de poder”, a propósito de ciertas críticas que hacíamos a unos conceptos del doctor Ricardo Gallardo, expresados en su trabajo. “La teoría civilista del abuso de los derechos” (publicado en la revista “Ciencias Jurídicas y Sociales”, números 6, 7 y 8, El Salvador, 1947-1948).

(2) Josserand, “El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. La Teoría del Abuso de los Derechos”, versión española de José M. Cajica Jr., México, 1946.

razón para que también Josserand se refiera únicamente al desvío de poder en los actos administrativos, sin percatarse de que comprende además los actos constitucionales ejecutados por los otros órganos del Estado.

Ilustrando con un ejemplo este ejercicio abusivo cometido por funcionarios públicos, se nos ocurre considerar el derecho de veto concedido al Poder Ejecutivo; dicho órgano del Estado puede negar su sanción a un proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa, basándose en razones de inconveniencia. Ahora bien, podría suceder que los argumentos “inconvenientes” aducidos para vetar el proyecto fueran fútiles o indicaran una intención dilatoria y, por tanto, perjudicial, y que el Poder Legislativo ratificara su posición original sin lograr alcanzar más de los dos tercios de votos, de los diputados electos, que exige la Constitución salvadoreña para que un proyecto vetado se convierta en ley. El resultado de la acción del Poder Ejecutivo, al impedir la promulgación de un precepto legal, aduciendo razones en las que no se oculta la “ilicitud” del acto, haría operante la doctrina del abuso del derecho, con la consiguiente responsabilidad. Esta responsabilidad podría consistir en una interpelación parlamentaria o en otras especies de sanciones que varios ordenamientos constitucionales modernos ya contemplan y que son de índole esencialmente política, como el voto de censura, la disolución de gabinete, etc.

El segundo caso a que deseamos referirnos es al del abuso del amparo. Este “recurso”, que presenta los caracteres de un juicio, persigue evitar o reparar los actos de la administración pública que violen las garantías individuales. Sin embargo, como lo observa el profesor Rojina Villegas, el amparo en muchas ocasiones (especialmente en México) se interpone bien sea para retardar indebidamente la ejecución de los actos reclamados en ese juicio constitucional, o para entorpecer en general un procedimiento judicial o administrativo, imputando hechos falsos a las autoridades responsables. Si se demuestra palmariamente un móvil que desnaturaliza a dicha institución, nos encontramos ante un abuso del derecho que requiere ser impedido o sancionado según las circunstancias concretas (1).

Derecho penal. El doctor Ricardo Gallardo considera que el abuso del derecho origina exclusivamente responsabilidad civil “y sólo puede tender hacia el resarcimiento económico del daño causado”. Como una consecuencia, el expresado jurista salvadoreño afirma que “esta delimitación de nuestro estudio a la materia civil excluye por consiguiente, cualesquiera aplicación que de esta teoría desee hacerse en el ramo

(1) Véase la ob. cit. de R. Rojina Villegas.

penal; de donde resulta que en principio descartamos desde ahora la posibilidad de que para el agente que ha ocasionado un daño o perjuicio en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, sea posible que resulte, cualesquiera culpabilidad de la cual emanen consecuencias criminales para él. En cambio en lo civil, no encontramos, por mucho que escudriñemos ningún texto equivalente al que contienen el Arto. 2º del Código Penal. Ningún artículo por consiguiente nos prohíbe, de una manera expresa y terminante, continuar nuestras investigaciones en esta rama del derecho privado” (1).

No hemos entendido a perfección las ideas del doctor Gallardo a este respecto; todo parece indicar, sin embargo, que él rechaza la vigencia de la teoría del abuso del derecho en materia penal. En ese sentido expresamos nuestra discrepancia con tal criterio, ya que ha quedado clara nuestra opinión de que la mencionada teoría es de aplicación general en todo el campo del derecho y que la responsabilidad que acarrea el ejercicio abusivo de los derechos no significa únicamente resarcimiento económico.

Es cierto que el catálogo de delitos y penas contenido en los códigos penales no es resultado de abusos del derecho sino de transgresiones del mismo, pero nos parece evidente que la doctrina estudiada tiene aplicación en las cuestiones penales.

Veamos dos situaciones que demuestren nuestra afirmación: la primera con referencia a la determinación de la pena a un sujeto que ha cometido un delito, y la segunda con relación a una causa que excluya de responsabilidad penal.

Supongamos, para el primer ejemplo, que el juez tiene un relativo arbitrio judicial para imponer a un delincuente una pena que varía entre uno y dos años de prisión mayor, atendiendo a las circunstancias agravantes y atenuantes, peligrosidad o buena conducta, y aplica la pena mayor porque en la sentencia de dicho funcionario se destaca en forma notoria un apasionamiento o animadversión exagerada para los culpables de los delitos contra la propiedad. Considera, lo que no es raro en nuestro ambiente, que los ladrones son más peligrosos que los homicidas o lesionadores. En tales situaciones, si procediera legalmente la revisión de la sentencia impuesta contra el que ha hurtado o robado, perfectamente podría estimarse que el juez abusó de su derecho, al dictar esa sentencia en forma que desvirtúa la finalidad de la pena individualizada y la del arbitrio judicial. El acto fue legal pero “ilícito”; y al juez podría llamársele la atención, im-

(1) Ricardo Gallardo, *ob. cit.*

ponérsele una multa u otro tipo de sanción, además de que la sentencia sería atenuada, de conformidad a las circunstancias que aparezcan objetivamente probadas.

En el segundo caso ilustrativo nos referiremos a la legítima defensa. Uno de sus requisitos exige que se provoque una agresión ilegítima, es decir, que se realice un acto contrario a la ley que obligue a la defensa de parte del ofendido. Normalmente la ilegitimidad del acto agresivo se caracteriza por una acción delictiva o al menos por una que traspase los límites objetivos del derecho vigente; no se comprende, pues, el ejercicio abusivo de un derecho que dentro de los límites formales del ordenamiento jurídico cause un perjuicio a un tercero. Cuando existe una agresión "ilícita" que no es "ilegítima" los penalistas como el profesor Jiménez de Asúa se ven obligados a recurrir a las llamadas causas supralegales de inculpabilidad. Pero aplicando la noción del abuso del derecho se resuelve el caso en forma más certera y jurídica, considerándolo como causa legal de justificación. No es necesario de esa manera recurrir a una noción extra-legal y de contenido impreciso, pues la teoría del abuso del derecho está implícita en el ordenamiento jurídico, en la naturaleza y fines propios de las normas jurídicas, y, además, es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Con mayor razón cabría resolver el ejemplo citado como causa de justificación y no de inculpabilidad si el abuso del derecho está consagrado en un precepto legal. La sanción al abuso sería la repulsa o defensa del agredido, eso sí, siempre que se manifieste la intención dolosa (indispensable en los actos criminales) y concurran los otros elementos de la legítima defensa.

Es conveniente hacer la salvedad de que la teoría del abuso del derecho en materia penal tiene un campo de aplicación más restringido que en las otras disciplinas jurídicas; ella no es fuente de delitos, más bien tiende a que las sanciones penales sean conformes con el espíritu de equidad, evitando la "summa injuria" en que puede incurrir el órgano jurisdiccional del Estado, quien es el titular de un derecho subjetivo de carácter público.

Derecho administrativo. En esta rama del derecho público la teoría del abuso ha sido objeto de numerosas aplicaciones y los publicistas le han prestado singular atención. Existe una monografía del profesor Martínez Useros en la que se estudia dicha doctrina únicamente refiriéndose al orden administrativo (1).

Pero no es intención nuestra acotar todas las proyecciones de la doctrina del abuso del derecho; simplemente deseamos dejar en claro

(1) Martínez Useros, "La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo", Madrid, 1947.

su importancia y amplitud y cómo es que ha llegado a traspasar las fronteras del derecho civil para abarcar todo el territorio del derecho, citando a la vez por vía de demostración algunos ejemplos de su real o posible actualización.

En el derecho administrativo podemos señalar el ejercicio abusivo de los derechos tanto de parte de los particulares como de los órganos del Estado. Defraudaciones fiscales cometidas a la sombra de facultades legalmente concedidas; acciones en lo contencioso-administrativo con finalidades semejantes a la que mencionábamos al referirnos al abuso del amparo constitucional; abuso del derecho, ya sea realizado por el Estado o por un particular, amparándose en lo estipulado formalmente en los contratos administrativos; y en fin, el “desvío de poder” analizado por Jossierand y que el Consejo de Estado francés ha sancionado cuando una autoridad administrativa ejecuta hechos, observando las formalidades requeridas y realizando un acto de competencia, que tienen motivos diferentes a aquellos en vista de los cuales se otorgó un poder o facultad administrativo (1).

Derecho procesal. El ilustre procesalista uruguayo Eduardo Couture, al estudiar el principio de probidad como uno de los principios que informan la estructura del proceso, expresa lo siguiente: “El proceso antiguo, con acentuada tonalidad religiosa, tenía también tonalidad moral. Esta se revelaba frecuentemente mediante la exigencia de juramentos, pesadas sanciones al perjuro, gravosas prestaciones de parte de aquel que era sorprendido faltando a la verdad, etcétera. El proceso moderno fue abandonando estos caracteres. No ya porque considerara innecesaria la vigencia de principios éticos en el debate forense, sino porque los consideraba implícitos. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los preceptos que obligaban a las partes a decir la verdad. Otras veces se abolió el principio por considerarse excesivo, tal como la sanción al perjuro consistente en la pérdida del derecho litigado. En los últimos tiempos, se ha producido un retorno a la tendencia de acentuar la efectividad de un leal y honorable debate procesal” (2).

Las palabras de Couture confirman ideas antes expresadas en esta tesis sobre la moralización del derecho e indican, además, la necesidad de establecer instituciones procesales que garanticen la naturaleza y fines verdaderos de la función jurisdiccional. Sin menoscabar el derecho de acción, considerado como facultad o poder jurídico autónomo que tiene toda persona, Couture enumera algunas soluciones que el derecho objetivo ha hecho suyas. Entre ellas: que la demanda y

(1) En la cita de la nota 2 de la página 124 de esta tesis se relaciona el pensamiento de Jossierand en este respecto.

(2) Eduardo J. Couture, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, segunda edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.

su contestación deben exponerse en forma clara para que no constituyan una emboscada dirigida al adversario; que las excepciones dilatorias se opongan todas juntas a fin de evitar tácticas obstaculizadoras por medio del “escalonamiento de las excepciones”; que los errores de procedimiento se corrijan de inmediato mediante impugnación por el recurso de nulidad; etc.

Esas soluciones resuelven sin lugar a dudas muchos casos concretos en los cuales podría torcerse la finalidad del proceso; sin embargo no agotan completamente el problema. Se necesita de una teoría jurídica como la del abuso del derecho que complementa esos principios procesales mencionados. Por medio de ella podrían comprenderse situaciones que escapan del campo específico de las distintas instituciones y principios procesales regulados concretamente por las leyes de procedimientos. Observábamos anteriormente que en el Código de Procedimientos Civiles salvadoreño se determinaba la condena en costas, daños y perjuicios a la parte que no sólo no probó su acción o excepción sino que también obró de malicia; y hacíamos notar que no incurría en esta responsabilidad quien actuaba dolosa o negligentemente si comprobaba su acción o excepción (Nos referimos a la condena en costas, daños y perjuicios, pues bien conocemos que hay disposiciones destinadas a poner coto en cierta medida a la malicia de los litigantes). Conforme a la doctrina del abuso, el ejercicio negligente o malicioso de una acción o de una excepción puede superar la deficiencia apuntada y ampliar más el ámbito de actuación del juez para que el debate procesal sea “leal y honorable”. Si los preceptos legales que persiguen evitar la mala fe resultan insuficientes, la teoría mencionada suple cualquiera deficiencia. Por ejemplo: en materia de recursos, tachas, pruebas, legalmente procedentes, pero que persiguen fines claramente inmotivados, carentes de utilidad o exclusivamente dilatorios; demostrado todo ello de manera indubitable (1).

Derecho laboral. Los patronos, trabajadores y sindicatos pueden también abusar en el ejercicio de las normas laborales que regulan las relaciones de trabajo. La jurisprudencia francesa en diversas ocasiones se ha referido a este aspecto. Así tenemos que la facultad concedida al patrón, para negarse a contratar obreros sindicalizados, no obstante ser conforme con los preceptos legales, ha sido estimada como una facultad limitada. La ausencia de utilidad, la intención de dañar a un sindicato, han dicho los tribunales franceses, constituye la piedra de toque, la pieza maestra del sistema, al que proporciona su alimento ordinario (2).

(1) Rafael Rojina Villegas, ob. cit., desarrolla con mayor amplitud todos estos aspectos procesales.

(2) Planjol y Ripert, ob. cit.; y Jossierand, ob. cit. mencionan abundante jurisprudencia francesa que ilustra nuestra aseveración.

Puede citarse igualmente el derecho de despido que tiene el patrono; él puede retirar del trabajo a un obrero sin explicación de motivos, siempre que lo indemnice de conformidad con la ley. Sin embargo, a semejanza del caso que analizamos con relación al derecho del padre para oponerse sin expresión de causa al matrimonio de su hijo menor de 18 años, esa facultad patronal a veces se ejercita abusivamente si se demuestra externamente que fue impulsada por un fin contrario al espíritu de la ley. Supongamos, por ejemplo, que el patrono despide a un trabajador sindicalizado que ha observado buena conducta en sus labores, indemnizándolo previamente, y que el motivo determinante del despido consiste en destruir el número requerido de trabajadores que están de acuerdo en proceder de inmediato a una huelga.

Los derechos sindicales no están exentos de su ejercicio abusivo; el derecho de huelga es posible que sea actualizado por un sindicato, dentro de los límites objetivos del ordenamiento jurídico, torciéndose el fundamento de esa institución. Sería un abuso del derecho que la huelga no persiguiera una utilidad evidente y apreciable para los trabajadores o tuviera como finalidad esencial el simple hostilizamiento para el patrono.

Derecho civil y mercantil. Siguiendo nuestro propósito de enumerar solamente algunos ejemplos ilustrativos que sirvan para confirmar la noción y aplicación general del abuso del derecho, comprendemos bajo un mismo rubro al derecho civil y al mercantil, porque en materia de obligaciones y contratos un mismo caso puede cumplir con el objeto señalado. No ignoramos que ambas disciplinas se diferencian entre sí, pero aprovecharemos sus puntos de contacto, sus instituciones comunes, para apreciar en ellos la forma en que opera la doctrina del abuso.

Después de todo lo que hemos expresado, parece obvio repetir que la noción del abuso del derecho surgió en el campo del derecho privado y particularmente como una teoría esencialmente civilista. De lo que se infiere que es aquí donde tiene su mayor aplicación; podríamos indicar multitud de situaciones abusivas en el ejercicio de los derechos de familia, de los bienes, de las obligaciones y contratos y del derecho sucesoral, pero destacaremos únicamente unas cuantas aplicaciones a fin de no alargar en demasía este trabajo de tesis.

Refiriéndonos a la patria potestad, habrá abuso cuando se ejerciten los derechos que la misma comprende con el fin de causar daños y sin ninguna utilidad para los menores sometidos a la autoridad paterna. Según Rojina Villegas, “la idea fundamental que debe de servir

de base para resolver los distintos problemas que suelen presentarse debido a los abusos cometidos en el ejercicio de la potestad, es, en nuestro concepto, la siguiente: los derechos que se otorgan a los padres o en su caso a los abuelos sobre sus hijos o nietos menores de edad, son derechos funcionales, es decir, facultades de ejercicio obligatorio que sólo se les conceden en la medida necesaria para cumplir con el conjunto de deberes jurídicos que impone la patria potestad, se trata, por consiguiente, de los llamados derechos del obligado" (1). Y el jurista italiano Antonio Cicu, insiste en que el centro de gravedad de los derechos de familia radica en el deber y no en el derecho (2).

Indudablemente la "medida necesaria" que menciona Rojina Villegas no la puede dar para cada circunstancia concreta un precepto legal determinado; se necesita la intervención de la teoría del abuso del derecho para indicárnosla. Veamos el caso del derecho de corrección. En el Código Civil salvadoreño (Artículo 244) se concede al padre "la facultad de corregir moderadamente a sus hijos y cuando éste no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional... Pero si el hijo hubiere cumplido diez y seis años, no ordenará el Juez el arresto, sino después de calificar los motivos, y podrá extenderlo hasta por seis meses a lo más..." De tal suerte que, como dijimos en el Capítulo Segundo de esta Segunda Parte, la citada disposición permite, a pesar de su espíritu justiciero, el ejercicio abusivo del derecho de corrección paterno, ya que lo faculta para realizar actos correccionales injustos o inmotivados si los hace en forma *moderada* e incluso puede "arrestar" al hijo menor de 16 años por razones semejantes; y todo ello, "legalmente". Operando la doctrina del abuso, el padre de familia no puede usar de esos "derechos del obligado" (Rojina Villegas), para beneficio personal o por mal querencia hacia el hijo. Dicha teoría desempeña una función similar a la confiada modernamente al Ministerio Público en la tutela de los menores e incapaces.

Con referencia a la tutela y curatela, sirven los mismos razonamientos; habrá abuso en el ejercicio de los derechos si el guardador los hace valer, dentro del marco legal, no en interés del incapaz sino para alcanzar ventajas propias, exista o no la intención nociva.

Remitiéndonos al derecho de los bienes, encontramos también que las normas jurídicas que lo configuran son limitadas y funcionales. La función social de la propiedad está implícita en su ejercicio, de modo que un acto "anormal" que desvirtúe el fin para el cual ha

(1) Rafael Rojina Villegas, ob. cit.

(2) Citado por R. Rojina Villegas, ob. cit. (Refiriéndose a la obra de Antonio Cicu, "El Derecho de Familia", traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1947).

sido concedido se convierte en un abuso del derecho. Marín Pérez nos dice a ese respecto: “El hombre es una pieza del engranaje político del Estado, sin que esta afirmación se lleve al extremo de caer en la idea colectivista. A pesar de que todo ordenamiento jurídico tiene que dejar a la persona un libre ámbito de actuación, esta esfera individual será lícita siempre cuando los fines desarrollados por el individuo no sean incompatibles con los de la comunidad. El mismo Kant nos define el derecho sobre la base de la libertad humana, siempre que ésta, individualmente considerada, sea compatible con la libertad de los demás. He aquí una fórmula personalista que admite el abuso en el ejercicio de un derecho, lo que prueba que no es necesario para demostrar la existencia de esta teoría el acudir a concepciones comunistas o socializantes del derecho” (1).

Por tanto, el hombre no puede disponer a su antojo de su propiedad, pues ésta desempeña una función social de servicio a la comunidad, de la cual no puede excusarse. He aquí un ejemplo donde incluso se aplica la noción del abuso para consigo mismo, lo que no sería factible fundándonos en el criterio psicológico e intencional de Bonnesse. Aunque se reconozca el derecho de libre disposición de los bienes, yo no puedo destruir un objeto inmueble o mueble por mero capricho, desde el momento en que ello representa un daño a la economía familiar, y, a veces, a la economía nacional, según la importancia del bien.

En la libertad de contratar tenemos otro ejemplo de aplicación del abuso del derecho. El problema se plantea en el sentido de si por existir la libertad de contratar, existe la facultad absoluta para no celebrar en ningún caso o circunstancias, contrato alguno. En otros términos, si por ser el contrato un acto libre deba presentarse a veces excepcionalmente como obligatorio. Rojina Villegas es del parecer, que nosotros compartimos, de que el derecho de libre contratación sufre la influencia de la teoría del abuso del derecho. Por eso afirma: “Sin embargo, razones de interés general imponen la obligación de contratar en ciertas personas, como ocurre respecto a los médicos que en casos urgentes no pueden negar sus servicios ni escoger arbitrariamente su clientela. Lo propio pasa con los notarios y otros profesionales, dada la naturaleza de sus servicios. Asimismo este fenómeno se presenta respecto de aquellas empresas que prestan servicios públicos en el suministro de agua, energía eléctrica, gas, etc. Habrá por lo tanto un abuso en la negativa de contratar en esos casos” (2).

Esta limitación al derecho de libre contratación se extiende a la

(1) Pascual Marín Pérez, ob. cit.

(2) Rafael Rojina Villegas, ob. cit.

materia mercantil, pues puede cometer abuso un comerciante que se niegue a contratar. Tal sería el caso cuando sólo él dispone de una mercadería indispensable para satisfacer intereses colectivos y que se niegue a venderla, después de haberla anunciado, esperando una alza de precios. Refiriéndose a esas situaciones, Jossierand explica que “no cabe duda que es un derecho particularmente respetable y sagrado, pero no hasta el punto de llegar a ser una prerrogativa absoluta, de realización discrecional. Debe tomarse en consideración el objetivo, en vista del cual se ejerce, sobre todo, cuando ese objetivo no es especial a un contrato determinado, aislado, sino que toma el valor de una actitud, de una regla de conducta cuyas manifestaciones están representadas por las negativas a contratar; si esta regla de conducta es “ilegal”, si se encuentra en conflicto con nuestras instituciones fundamentales, si es contraria al orden público, no puede pretender la protección jurídica, y las negativas a contratar que postula y que son tantas otras expresiones sensibles de la misma, deben sancionarse efectivamente; productos de una combinación, de una maquinación ilícita, no pueden integrarse en el plan de las instituciones contra las que van dirigidas; en sí mismas son ilícitas, no intrínsecamente sin duda, sino en razón del sistema del que se derivan, del espíritu que las ha dictado, siendo esto lo característico del acto abusivo” (1).

El citado tratadista también llega a la conclusión de que sí puede haber abuso del derecho en la materia de que tratamos, siempre que se descubra un móvil ilícito, que al amparo del derecho de libre contratación, persiga en el fondo un fin diferente al concebido por esa institución, como ocurre cuando la negativa a contratar tiene por objeto aislar a un comerciante o a un industrial para perjudicarlo (2).

Siempre en el campo contractual, pero ya en la ejecución misma de los contratos, el abuso puede presentarse si una de las partes se aprovecha del tenor literal de las cláusulas pactadas para actuar de mala fe o desvirtuar la finalidad de las facultades conferidas. Citemos dos ejemplos: el de un acreedor que exige el cumplimiento de la obligación a un fiador que ha renunciado al beneficio de excusión, con el principal propósito de perjudicarlo, a pesar de la manifestación categórica y cierta del deudor principal de estar dispuesto a hacer el pago; y el de un mandatario, civil o mercantil, ampliamente facultado, que compra un objeto pagando un precio exorbitante para congraciarse con el vendedor o para perjudicar al comprador. En este último ejemplo podría existir una causa de lesión en el contrato de compra-venta, pero aunque así fuera, ella afectaría a las relaciones jurídicas entre el man-

(1) Jossierand, ob. cit.

(2) Véase: Jossierand, ob. cit.....

dante y el vendedor, y no a las que vinculan al comprador con el mandatario; como éste actuó dentro de las facultades legalmente concedidas, respondería ante su mandante por su ejercicio abusivo.

Examinaremos finalmente, una forma de abuso del derecho cometido en la disolución de un contrato. Nos referimos al artículo 1868 del Código Civil salvadoreño que impide la disolución de una sociedad, al negar valor a la renuncia del socio hecha de mala fe o intempestivamente. De modo que si un socio renuncia con aviso suficiente y por simple capricho, puede existir abuso del derecho, aunque no lo haga de mala fe. Basta con establecer la falta de utilidad de su retiro; ello nos indicaría objetivamente la actitud caprichosa: la finalidad normal del derecho de renuncia estaría desnaturalizada. En este sentido, Josserand expresa que la renuncia es “un derecho relativo, condicionado en su ejercicio y que sólo puede ejercitarse, so pena de abuso, a sabiendas y por motivos legítimos” (1).

Podríamos extendernos más en consideraciones y ejemplos que demuestren el amplio campo de aplicación de la teoría del abuso del derecho; creemos, sin embargo, que con todo lo expuesto, un criterio favorable a ese respecto ha quedado suficientemente razonado. No dudamos la posibilidad de haber incurrido en errores de juicio y de apreciación, pero mientras no se nos indiquen cuáles son, ésta es “nuestra verdad”. Y lo decimos con convicción, sin olvidar que la verdad científica es ciertamente relativa, como bien nos lo enseña la frase de Niels Bohr que citamos en las primeras páginas.

Solamente nos resta decir que este trabajo pretendió cumplir con los objetivos enunciados al principio. Valga la intención para suplir las múltiples deficiencias; pero ojalá que las nuevas orientaciones y nociones señaladas por los grandes juristas contemporáneos que hemos divulgado en alguna medida, signifiquen nuestro grano de arena en la construcción de un nuevo derecho positivo salvadoreño, el cual, necesariamente, tiene que ser más acorde con las realidades sociales de esta segunda mitad del siglo XX, y en constante ascensión hacia el ideal de justicia.

Y así como un párrafo de Carnelutti sirvió de epígrafe a esta tesis, deseamos hacer nuestras para concluir, las siguientes palabras de ese insigne jurista: “Cada ley descubierta es un paso hacia esa ascensión. Toda confirmación de lo creado, aproxima la criatura al Creador. Y el coro de las voces de los incansables peregrinos, a lo largo de la vía sin fin, canta en una sinfonía prodigiosa la gloria de Dios” (2).

(1) Josserand, ob. cit.

(2) Francesco Carnelutti, “Metodología del Derecho” (Epílogo), traducción de Angel Ossorio, UTEHA, México, 1940.

I N D I C E

	PÁGINA
Acta del Jurado Calificador	5
Introducción	9

PRIMERA PARTE

La Evolución Contemporánea del Derecho	17
Capítulo I Moralización del Derecho	19
Capítulo II Institucionalización Jurídica de la Socialización.	29
Capítulo III Evolución del Derecho Positivo	37
Derecho Público	41
Derecho Civil	46

SEGUNDA PARTE

Teoría del Abuso del Derecho	67
Capítulo I Historia y Jurisprudencia	69
Jurisprudencia	75
Capítulo II Derecho Comparado y el Abuso del Derecho en El Salvador	85
El Abuso del Derecho en El Salvador	87
Capítulo III Nociones Generales y Límites	97
Límites de la Teoría del Abuso del Derecho	114
Capítulo IV Campo de Aplicación	123

Este libro se terminó de imprimir el día diez de Diciembre de mil novecientos sesenta y tres en los Talleres de la Editorial Universitaria.