

EL ABUSO  
DEL DERECHO EN LA  
REFORMA INTRODUCIDA POR EL  
CODIGO PROCESAL CIVIL  
(Brevisimo comentario)

Yuri Vega Mera  
Abogado, Profesor de Derecho Civil

*a Aldo, por muchas razones*

La defensa de una norma jurídica, aun cuando pudiera parecer lo contrario, no siempre representa una actitud a medida del positivismo. Por ello, nuestra primera tarea es aclarar que no nos encontramos cercanos a aquella divisa de Demolombe:

**" ¡ Los textos ante todo ! "**

La figura neoclásica del derecho, perfiado por la jurisprudencia francesa del siglo pasado, encontró acogida en el Código Civil de 1935 con una fórmula limada y ajustada que condujo a resultados conceptualmente oníricos. En efecto, el art. 3 del Título Preliminar apenas se limitó a señalar que la ley no impide el abuso del derecho, sin establecer la consecuencia que se debía derivar, en muchos hipótesis, de dicho abuso. Nos referimos a la responsabilidad. Huelgan comentarios en cuanto a las medidas para evitar o suprimir el hecho, pues de ellas nada se oye.

Previamente por esta circunstancia, los positivistas que en su momento, estudiaron la materia, tal como una no siempre uniforme jurisprudencia, se vieron obligados a acudir al art. 1º del artículo 1137, del Código Civil, según el cual no eran actos ilícitos las practicados en el ejercicio regular de un derecho, interpretando con este sentido esta norma, se imputaba responsabilidad a quien había ejercido irregularmente una prerrogativa, lo que, entonces, se entendía y aún se considera como un abuso. De esta conclusión se desprende la aplicación del artículo 1136, por el cual se obliga a la indemnización.

Nada más lejano de la teoría del abuso del derecho que la responsabilidad aquiliana, tal como fue aprehendida por el legislador del Código Civil derogado. La razón era evidente y ni siquiera las especulaciones de Cassarese publicadas en la *Revista Trimestrale de Diritto Civile* en 1905 pudieron ocultarla. Mientras que en el campo del derecho se lesiona un interés no tutelado por una norma jurídica específica (como lo han hecho notar Fernández Sessone y Córdoba Quirós, en nuestro medio, y Calvo Solís, Díez-Picazo, Puig Brutau, entre otros extranjeros), en la responsabilidad (comarica extrac contractual) se lesiona un derecho subjetivo (interés jurídicamente protegido, si queremos evocar a Herwig).

Por ello resultaba ostentoso acudir al inciso 1º del artículo 1137 del Código Civil derogado, sin hacer la advertencia de que se trataba de una aplicación analógica de la norma, por la manifestación incompleta del artículo 3 del Título Preliminar. Igualmente hubiera sido contradictorio relacionar el inciso 1º del precepto mencionado si el abuso se daba dentro de una relación obligatoria de origen contractual, pues los "acta licita" del Código Civil de 1935 se refieren a daños ocasionados en

**M**edior sit vinculo. Lo que no supone que el abuso no pueda presentarse en una relación obligatoria (como en el caso de la no regulada en el Código de 1935 "excesiva generosidad", según comentan Alfontina y Román Jiménez).

Por estas razones fue elogiable y/o es aún la regulación del abuso en el artículo 1 del Título Preliminar del actual Código Civil, pues en dicha norma establece con claridad que el "interesado" (expresión afortunada que coincide con el hecho de que el daño se ocasiona a un "interesado" no protegido por una disposición en particular), además de las medidas cautelares, puede solicitar, si fuera el caso, la indemnización que correspondiera.

Con esta prescripción se reconoció -legislativamente- al abuso un lugar propio no sólo dentro de la teoría general del derecho, sino también dentro de la teoría de la responsabilidad civil, diferenciada del que corresponde a la contractual (violación de un derecho de crédito) y a la extracontractual (daño a un derecho cualquiera protegido por normas de convivencia: *arbitrum non nocere*). El abuso, como lo dice el Profesor Fernández Sesegú, es, en esa medida un acto ilícito sui generis, precisamente por el objeto de la lesión "interés" no amparado por una disposición en concreto (sino por principios generales, entre los que destacaría la buena fe). Yano se requiere del uso de alguna regla perteneciente a los otros supuestos de responsabilidad.

Es de observar, además, que el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil vigente, del mismo modo que el Código Civil español con la reforma de 1973, es una regla que prohíbe el uso de medidas cautelares (para la evasión, si el abuso es potestativo, o para la supresión, si el abuso es una sucesión de actos continuados), lo que revela que el codificador accede a tutela preventiva por impedir el daño o para que no persista.

Quisiera recordar que pueda formularse el actual artículo 1 del Título Preliminar en la expresión "la ley no ampara..." que, según el mismo Fernández Sesegú, una manera elíptica de decir que el abuso está prohibido. *Faltat tal vez, dicitur.*

Sin embargo, con la promulgación del Código Procesal Civil (en estado de vacatio legis, abundantemente en sede de Derecho Procesal, se introdujo una reforma al artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil que constituye, en nuestra opinión, una modificación innecesaria que ejemplifica suficientemente la institución.

En efecto, de acuerdo a la redacción contenida en la primera disposición modificatoria del Código Procesal, el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil será: "La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Al demandar, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

En primer término, conviene señalar que ya no se dice que la ley no ampara el abuso del derecho o sea, sino que se incluye la referencia al "ejercicio abusivo del derecho", giro que coincide con una opinión dada por

Rubio Cordero cuando afirma que se debe hacer hincapié en que se trata de un derecho subjetivo, único susceptible de ejercicio, y no del "derecho objetivo", el cual podría entenderse paradójicamente también como posible de abuso. Uno está demás recordar que la calificación del derecho "si se quiere con D mayúscula, a la manera de Coll y Caperán" como objetivo ("derecho objetivo") se puede considerar en retirada, con pena para seguir, porque el derecho no se congela en normas, siendo aconsejable hacer uso de la expresión "ordenamiento jurídico" que no se agota en la "ley".

Para esta opción legislativa (a del ejercicio) impide que se pueda reconocer que el abuso también se da en los casos de omisión en el ejercicio de un derecho, situación, ésta, que como comentó Resgona en un ensayo de 1965, fue resuelta por la magistratura italiana.

Sin embargo, esto no es el único reparo a la reforma. A diferencia de lo que ocurre con el numeral todavía en vigencia, el Código Procesal Civil elimina la posibilidad de que el interesado (ya no más el "afectado" gracias a una *tertium destricto*) pueda exigir, de ser el caso, una indemnización. Con esta omisión, el juez, caído por la duda generada por la ausencia de una norma que justifique la responsabilidad, recurrirá, al modo del operador del Código Civil de 1935, al inciso 1º del artículo 1971º del Código Civil actual (o sea, nuevamente via interpretatio contractualis), decidiendo la responsabilidad de quien ejerce irregularmente un derecho. Después de esto, aplicará el artículo 1989º del mismo cuerpo legal.

Se levanta, entonces la misma crítica hecha al Código de 1935, pues los daños que se regulan en la sección de la denominada responsabilidad extracontractual se producen respecto de derechos y no de intereses no tutelados por una norma específica, como el ocurre en el abuso.

También será controvertible determinar con el argumento del inciso 1º del artículo 1971º que existe responsabilidad si el abuso se da en el marco de una relación contractual, que está muy distante de poder calificarse de "extracontractual". Por ello, la autonomía legislativa que en 1984 se dio al figura del abuso (en cuanto a la indemnización), no sólo ratificaba.

Esta supresión, creemos, puede corregirse. Nada impide o que se incluya la facultad a favor del interesado de exigir una reparación, si el daño lo requiere o, en su defecto, eliminar del sistema de las disposiciones modificatorias del Código Procesal Civil el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil.

Una reforma innecesaria nos recuerda, en órbita de excelsioribus cultis a la ley, una frase pronunciada por Portalá dentro de su "Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil" (hoy en el 1º de Boletín del año 1822 de enero de 1801): "No deben dictarse leyes inútiles: debilitan la necesidad y comprometen la portanza y la majestad de la legislación".

Bienvenida sea la reforma de la legislación procesal, pero dudamos de no estar instituciones ajenas a ella, cuya modificación no es urgente.