

EL ABUSO DEL DERECHO:

Anotaciones sobre su configuración doctrinaria y legislativa.

NINA CUENTAS, José Raymundo.

La teoría del abuso del derecho refleja, como ninguna otra, la crisis del derecho en las últimas décadas. Es por ello, una institución clave para comprender los cambios producidos en cuanto a la visión del derecho de parte de los juristas de su función en la sociedad actual.

Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, Abuso del Derecho.

I. CONTROVERSIAS ACERCA DEL DERECHO SUBJETIVO Y LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS:

1.-Naturaleza Jurídica Del Derecho Subjetivo. Diversas Teorías:

El problema fundamental del derecho subjetivo está en tratar de explicar su naturaleza jurídica. Ante esto se han presentado diversas teorías que quieren, o han querido, responder a este problema; examinemos tan sólo las direcciones fundamentales que han tenido más influencia en el pensamiento jurídico desde el siglo pasado.

Aquí es necesario referirnos a la teoría del poder de la voluntad (Willensmacht) como la primera elaborada por la ciencia jurídica moderna: y creada dentro de la escuela histórica alemana de Savigny y Windscheid, fruto del pensamiento kantiano y que enfatiza al derecho subjetivo como una esfera de poder de una persona en que la voluntad aparece como su-prema, de acuerdo con el consentimiento de esta voluntad. Así vemos que se convierte en un fenómeno

espiritual donde la voluntad del titular es indispensable para la ejecución del poder conferido y con la libertad de emplearla o no.

Posteriormente Ihering, en su obra *Espíritu del Derecho Romano*, sustentaba que la esencia del derecho subjetivo no es la voluntad sino el interés. La palabra interés la tomaba en el sentido más lato posible, abarcando el interés referente a las cosas concretas y materiales como el referente a las de naturaleza ideal o intelectual, como sería por ejemplo, el interés por una obra de arte (Reale). El interés jurídicamente protegido, decía él.

Estas dos teorías fueron no sólo las principales, sino también las que le dieron base a las posteriores formulaciones que buscaron la esencia del derecho subjetivo, y que a pesar de las críticas es innegable el mérito que les corresponde. Pero no podemos negar que los conceptos dados por estas escuelas, sus variantes y las posteriores a éstas, fueron abstracciones que olvidaron muchas veces la dimensión social de las personas titulares de estas prerrogativas dejando de lado el contexto social a través del cual se ponen en manifiesto. Dadas estas notorias deficiencias aparecieron las reacciones a este sistema individualista.

Las doctrinas que negaron la existencia del derecho subjetivo a partir de diversos planos tienen como expositores más emblemáticos a Duguit y a Kelsen.

El primero, a través de una perspectiva política y social planteó que lo fundamental en el ordenamiento jurídico es la regla objetiva donde se situaba al hombre para llenar sus derechos y deberes derivados de la misma regla; Kelsen, en cambio, manifestó sus ideas a través de una perspectiva estrictamente lógica y rechaza el concepto clásico subjetivo puesto que lo identifica con el derecho objetivo mismo.

Dichas tendencias generaron muchas confrontaciones a lo largo de todo un replanteamiento de diversos conceptos manejados por la doctrina hasta entonces, principalmente el del derecho subjetivo.

De la mano de los nuevos planteamientos filosóficos contemporáneos se acentuó el interés hacia la búsqueda de la verdadera naturaleza humana a través de corrientes como la del existencialismo y la del personalismo. En nuestro país tenemos al Dr. Carlos Fernández Sessarego como al más eximio predicador de esta tendencia. La filosofía de la existencia, dice él, constituye sin duda la expresión filosófica de una época en crisis, en la cual el hombre, desorientado y desconcertado, vuelve su angustiosa mirada sobre sí mismo. Dice también el mismo maestro sanmarquino que la revelación del ser coexistencial del hombre, gracias a la filosofía de la existencia, permite comprender al derecho como intersubjetividad, como relación entre sujetos. Sujetos a los que se refiere como seres con una estructura bidimensional, idénticos a sí mismos y a la vez de naturaleza social.

2. La Situación Jurídica Subjetiva Y El Derecho Subjetivo.

El concepto de situación jurídica aparece así como una nueva categoría capaz de revelar la posición coexistencial del sujeto. Puede reflejar la real naturaleza bidimensional del hombre cuando lo sitúa en una relación con otros sujetos, vinculándolos formalmente a través de derechos y deberes atribuidos por el ordenamiento jurídico. Pero no se dejó de lado al derecho subjetivo, sino que éste se complementa y constituye, como dice Recaséns Siches, definiéndose como aquella situación en que una persona se halla en una relación jurídica, a virtud de la cual se le atribuye por la norma la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de cierto deber jurídico. Se le entiende de esta forma como la situación jurídica activa más plena y que a la vez puede descomponerse en un haz de situaciones jurídicas subjetivas menores.

Por último, siguiendo a Escobar Rozas, podemos decir que lo que ha logrado este concepto es desplazar al derecho subjetivo en su concepto central del derecho pero que no lo ha superado. Estos planteamientos al respecto del tema del derecho subjetivo constituyen un extenso campo de discusión en la teoría general del Derecho y por consiguiente no lo abordaremos aquí; pero dejamos en claro nuestra posición al considerarlo una especie de situación jurídica.

II. DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA JURÍDICA:

Después de que se reafirmó la existencia de los derechos subjetivos se tuvo en cuenta que estos no podían ser ejercidos de manera antisocial, entonces se planteó la existencia de un ejercicio regular de los derechos subjetivos acorde con la moral colectiva y con la armonía de la vida social. Y a pesar de las críticas soportadas pudo este concepto demostrar a través de la jurisprudencia que para nada atentaba en contra de la libertad individual de las personas, que debieron enmarcar su actuación dentro del bien común. Es en este contexto que empieza a desarrollarse la teoría del abuso del derecho en el siglo XX. Y antes de cualquier intento de ensayar una definición a este problema nos parece más apropiado referirnos al desenvolvimiento de este concepto a lo largo de la historia, también a sus antecedentes más inmediatos y a las circunstancias que darán lugar a la conformación de esta controvertida institución jurídica.

1.-Desenvolvimiento Histórico Del Abuso Del Derecho:

Sobre el tratamiento que se le dio a este fenómeno del ejercicio irregular del derecho en Roma, se han generado discrepancias en la doctrina, con obvias razones dadas las contradicciones mismas del Digesto. GAYO decía : Nullus videtur dolo faaere; qui suo utitur, o sea, No se considera que obra con dolo nadie que usa de su derecho (Dig. 50.27.55); PAULO decía: Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet, o sea, No hace daño nadie sino el que hizo lo que no tiene derecho a hacer. (Dig. 50.7.157); y ULPIANO dijo: Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur , que traducido es: Quien usa de su Derecho, a nadie lesiona, a ninguno causa daño. (Dig. 39.2.26). Pero a la vez tenía otros aforismos como Malitiis non est indungendum (Dig. 6.1.38), Summun ius summa injuria (Cicerón) y Male enim nostro iure uti non debemus.

Al Margen de esta confusión de fórmulas, somos del parecer de que los romanos tuvieron una actitud casuística frente al ejercicio antisocial de los derechos, no creemos que hubiesen podido darle un tratamiento genérico y sistemático porque estas máximas se orientan más que a nada a solucionar cuestiones concretas en las que el magistrado debía tratar de aplicar valores orientados a la realización de la justicia, como la equidad, por ejemplo. No olvidemos que: Ius est ars boni et aequi (CELSO).

Pero en sí los antecedentes más cercanos e inmediatos vendrán a ser los actos de emulación , que ponía su mayor énfasis en el ánimo nocendi al producir un daño ejerciendo antisocialmente un derecho de propiedad, por lo tanto muy subjetivista; y de los actos de inmisión, donde interesan más los resultados de la acción, que producía daños superiores a los normalmente tolerables.

El abuso del derecho, introvertida expresión acuñada por el exegeta Laurent surge propiamente como una reacción jurisprudencial frente a la dogmatización del derecho subjetivo, Y que, como dice Fernández Sessarego, constituyó en sus inicios una manera de atenuar el absolutismo de los derechos subjetivos, sin perder los privilegios concedidos al individuo, al mantener la figura dentro del campo de la licitud.

En este aspecto, le correspondió al tribunal de Colmar el año de 1855, establecer que los derechos tenían como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo, al sentenciar a favor de un ciudadano afectado por la falsa chimenea de su vecino, al que no le producía ningún beneficio y que actuaba intencionalmente. En ella encontramos tanto el reflejo de una concepción del derecho como el embrión del instituto del abuso del derecho. Un año después el tribunal de Lyon sancionaba la conducta de un propietario que vaciaba injustificada y excesivamente su pozo para que su vecino no pudiera acudir al agua. Así vemos como estas dos sentencias limitan el derecho de propiedad de sus titulares.

Estas dos controvertidas sentencias generaron las más exaltadas confrontaciones de diversos sectores de la doctrina a partir de esos momentos aparecen las figuras de connotados juristas que desde diversos criterios defienden o detractan esta nueva teoría.

Marcelo Planiol, Jorge Ripert y Pablo Esmein, critican a esta teoría a partir de la contradictio in terminis. Hablar de abuso de los derechos es enunciar una fórmula inútil y aún incurrir en una logomaquia, toda vez que cuando yo hago uso de mi derecho mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho

Esta opinión fue abiertamente criticada por Josserand, que dijo que cuando se dice que un acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho, se expresa un dilema en el cual la contradicción es solo aparente, porque un acto puede ser realizado de conformidad con un derecho determinado, y, sin embargo hallarse en pugna con el derecho considerado en su conjunto.

En efecto, como dice Martínez Useros. La batalla más dura surge con la clásica, frase de Planiol Le droit cesse ou l'abus comence, mas es claro que con ella no se plantea una simple disconformidad enunciativa. Si el derecho ha cesado no existe, y por tanto el acto se realiza sin él, lo que equivale a la total negación de la doctrina.

Ripert, cuando niega la posibilidad del uso abusivo del derecho, no ha mantenido una trayectoria firme y frecuente, y podría decirse que él la aprecia con un carácter eminentemente moral. La jurisprudencia del siglo XIX y, en términos generales, la doctrina, se ha conformado a esa tradición (la romana), convirtiendo en regla de derecho la regla moral elemental que prohíbe perjudicar a tercero por espíritu de maldad, y agrega, con Planiol, que la única novedad es la expresión abuso de los derechos; que debe en parte su triunfo al hecho que con ella se puede conciliar, formalmente, la condenación de ciertos actos inadmisibles y el principio según el cual es lícito todo acto ejecutado en ejercicio de un derecho

Esmein por su parte dice que el litigante temerario habrá ejercido un derecho frente al Estado— poner en movimiento a los tribunales— pero habrá obrado sin derecho frente a la otra parte.

Duguit reconoce, sin dudar, la limitación de las facultades humanas cuando se convive en sociedad, pero que esta teoría no tiene nada de nuevo y la considera un procedimiento ideado para reaccionar contra las consecuencias del carácter absoluto atribuido al dominium y por eso la rechaza desde la misma perspectiva con la que rechaza los derechos subjetivos, y que se rehace la palabra y la idea del derecho subjetivo, y se rechazarán a la vez todas las controversias y sutilezas que se han acumulado sin razón y sin provecho.

Estas posturas se sintieron protegidas por un aparente carácter lógico y que tuvo que ser arduamente combatida por quienes defendieron esta nueva teoría. Pero muchas veces, entre estos últimos, surgieron grandes debates. Todos podían coincidir en admitir esta institución como necesaria y plenamente justificada, pero la razón del problema estaba en determinar cuándo y cómo se abusa de un derecho, o sea, a partir de que momento y bajo que criterios se configura un abuso del derecho.

III CRITERIOS PARA DETERMINAR UN ABUSO DEL DERECHO.

A.— Criterio subjetivista: Plantea el abuso de un derecho cuando existe un obrar doloso o culposo por parte del titular, es decir, cuando lo ha ejercitado con el solo propósito de causar daño o bien si ha sido ejecutado sin tomar el cuidado adecuado. Este criterio pudo haber sido bien empleado en la etapa embrionaria de esta institución, mas luego se mostraron las grandes deficiencias al caer en la imprecisión de los resultados de tratar de investigar la intención de los actos dada la inescrutabilidad de las motivaciones personales del sujeto. Por otra parte presenta el inconveniente de asimilar el acto abusivo a un ilícito común, y que como bien dice Moisset de Espanés lleva a los detractores de la teoría a afirmar que no es necesario consagrarle ninguna forma especial, pues resultaría suficiente con los preceptos que prohíben el actuar ilícito de los sujetos, que perjudica a terceros, e imponen el deber de reparar el daño

Las controvertidas características de este criterio llevaron al francés Henri de Page a enunciar que El ejército normal debe presumirse como regla, el abuso será la excepción

B.— Criterio Objetivo: Llamado también funcional o finalista. En este criterio se pone énfasis en cuanto el acto abusivo atenta contra los fines de la norma, o contra las finalidades generales del derecho, se quiere decir de otra manera. Esta teoría fue acogida muy favorablemente por la doctrina y la jurisprudencia ya que se considero que tenía un juicio más razonable que representaba la verdadera intencionalidad del derecho.

Este criterio tuvo como impulsor más emblemático a Saleilles, quien decía que estábamos frente a un acto abusivo destino económico cuando era contrario destino económico y social del propio derecho subjetivo porque además, según él. cada derecho es conferido con miras a proteger los intereses que es socialmente útil proteger, de ahí que cada derecho tenga un fin económico— social.

Josserand al sostener su teoría de la relatividad de los derechos subjetivos apela de la finalidad de estos. Sin duda un criterio muy controvertido pero a la vez influyente, y decisivo para el posterior desarrollo de la teoría del abuso en la doctrina y su aplicación en la jurisprudencia.

Por supuesto que las críticas tardaron poco. Ripert por su parte sostuvo la falta de utilidad e interés debe tener en cuenta el pensamiento de aquel que realiza el acto y la noción continua siendo subjetiva Pero puede que el mas duro golpe lo recibiera d la objeción planteada por Baufray y Bard , al preguntarse en que momento el fin social debería ser apreciado, ¿en el de la promulgación de la ley? ¿en aquel en que la cuestión litigiosa se presenta?. Dabin también se inclinó por esta apreciación, pero uniéndola con una perspectiva de carácter valorativo que recurría a la moral colectiva.

C.- Criterio Mixto o ecléctico: Esta teoría complementa las dos anteriores y tiene como principal exponente a Josserand, cuando este le añade al elemento teleológico la idea de motivo legítimo al momento de decir que los derechos subjetivo no pueden ser ejercitados sin mas ni mas, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo . Y esto ultimo es aquello que, según el, concreta el aparente carácter abstracto del criterio finalista. Será necesario recordar que estas correcciones a sus ideas iniciales fueron resultado de las diversas confrontaciones y criticas que tuvo que soportar.

IV.- EL ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA NACIONAL Y EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO:

1.- Apreciación Del Abuso Del Derecho En Los Juristas Peruanos:

En nuestro país las controversias en cuanto a la admisión y al tratamiento de la figura del abuso del derecho en nuestro ordenamiento jurídico han producido un fuerte encuentro de posiciones y que incluso llegan a confrontar las propias visiones que se tiene sobre lo que es el campo jurídico.

Hasta la fecha hemos tenido tres códigos civiles: el del 1852 y el del 1936 y el vigente de 1984. El primero no contenía ningún precepto relativo al abuso del Derecho; el segundo, que tuvo el merito de ser el primero en emplear la expresión abuso del derecho, lo hizo de manera escueta y simple. León Barandiarán dijo al respecto: El codificador ha eludido intencionalmente definirlo lo que es el abuso del derecho o establecer un criterio conceptual apriórico para su determinación. Ha pensado que se trata de una noción lábil y plástica, correspondiendo a la doctrina y a la obra jurisprudencial, el considerar y plasmar la conceptualización pertinente El código civil vigente en un inicio mantuvo la sencilla expresión La ley no ampara el abuso del derecho del código anterior, pero ahora ya complementado en cuanto enuncia los medios que podían utilizarse en tales casos, que podían ser preventivos o eliminativos con la correspondiente indemnización. Además León Barandiarán, En la exposición de motivos y comentarios del titulo preliminar, dice lo siguiente: El codificador no ha creído conveniente incluir referencia alguna sobre el criterio que debe tener el juez, pero el estudioso del derecho no puede dejar de atender a ello. Al respecto se puede decir que se incurre en abuso del derecho cuando en el ejercicio de tal derecho el titular se excede manifiestamente de los limites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho

A nuestro parecer es notable la influencia de Josserand en sus ideas y también que destaca una alusión al principio de la buena fe. Y es evidente que su postura cambio al pretender incorporar su criterio en el texto normativo cuando antes lo consideraba innecesario.

Otro reconocido jurista fue Jorge E. Castañeda, que rechaza la autonomía del abuso del derecho y la ubica dentro de la regulación de los actos ilícitos cuando dice: En verdad el criterio del dolor y de la culpa determina si se abusa derecho cuando su titular al ejercerlo comete intencionalmente el daño, o dicho daño se produce por negligencia o imprudencia.

De Trazegnies comparte la posición de Planiol de que un acto no puede ser lícito e ilícito a la vez y asimila al abuso del derecho dentro de la responsabilidad civil. Afirma esto al decir: Afirma esto al decir: El ejercicio de un derecho tiene que ser siempre regular, ya que en caso contrario deja de ser derecho.

Rubio Correa tiene el reconocido merito de sugerir un nuevo criterio a través del cual entiende al abuso del derecho como un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación, según él, debe realizarla el juez aplicando los métodos de integración. Estima además que el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresadamente ilícitas. En este sentido se estaría reconociendo que no está permitido abusar de un derecho y que no es ilícito tampoco porque cae en la esfera de una categoría intermedia entre lo lícito y lo ilícito.

Fernández Sessarego comprende al abuso del derecho como una conducta que se convierte en antisocial cuando al ejercer u omitir un derecho subjetivo transgredió un genérico deber jurídico, que concreta el valor solidaridad, originando así un acto ilícito *sui generis*. Rechaza la concepción de Rubio negando la existencia de una zona intermedia entre lo que es lícito y lo que es ilícito, y considera que es ilógico situar al abuso del derecho ahí dado que se haya explícitamente incorporada la norma que lo prohíbe.

Enfatiza siempre la cualidad *sui generis* de este ilícito para diferenciarlo de un ilícito cualquiera y demostrar que a pesar de compartir la naturaleza de lo ilícito no se le debe asimilar a la responsabilidad civil. De esta forma enfrenta a los detractores de este instituto diciendo que en el terreno de la culpa Aquiliana se obra sin derecho y se transgrede un diverso deber genérico (*culpa Aquiliana* se obra sin derecho y se transgrede un diverso deber genérico *culpa Aquiliana*) que no acompaña a ningún derecho subjetivo, pues se actúa en defecto de este. Es así como a partir de su origen se caracteriza como un ilícito especial, *sui generis*.

El maestro sanmarquino, consecuente con sus ideas humanistas del personalismo filosófico, propone que este instituto debe ser aceptada en el caso de que se vulnere un interés exclusivamente de carácter patrimonial. Indica esto cuando de modo categórico manifiesta que todo interés existencial que deriva de la persona humana, ya sea que cuente o no con tutela específica de parte de alguna norma es, en cuanto tal, materia de protección jurídica. Sin duda toda una controversial propuesta que debe ser ampliamente analizada considerando las más recientes teorías de protección jurídica del ser humano.

Torres Vásquez acepta esta institución como una conducta que se haya dentro de los límites del ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, no es contrario a este pero sí lo es al derecho en general. Según él, el abuso de derecho supone la existencia de un derecho. Subjetivo— deducido del derecho positivo—que es ejercido contrariando: los fines (económicos, sociales, políticos) de la ley que lo otorgo, la moral, las buenas costumbres, la buena fe, la solidaridad social.

Espinoza Espinoza analiza el abuso del derecho de cara al desarrollo de la jurisprudencia y en función de dos momentos. En su primera etapa el abuso de derecho, según él, actúa como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo; en la posterior es asimilable a la responsabilidad civil, por los daños fácticos o potenciales, a las reglas de ineficacia. Rechaza la reducción al ámbito patrimonialista del abuso del abuso del derecho, y alega que la experiencia jurídica es mucho más rica que las coordenadas diseñadas por el teórico. Sin duda lo más destacable de su trabajo es la apreciación de este instituto desde una perspectiva más práctica y menos especulativa, que le permite, consecuentemente, no desaprovechar la realidad social como un elemento clave para el correcto entendimiento del abuso de derecho.

Al abordar el tratamiento de este instituto nos damos con la sorpresa que la mayoría son disímiles en sus planteamientos y en sus posturas, pero es necesario precisar que a nuestro parecer es imprescindible hacer un mayor acercamiento a la realidad para no terminar refugiándonos en formulaciones a veces incongruentes con la realidad. Nos atrevemos con estas insinuaciones a sugerir que el criterio de la moral, empleado como elemento determinante, o al menos sumamente condicionante para la determinación de la existencia o no de un abuso de derecho, debe ser replanteado. No debemos olvidar que no todo lo inmoral es antijurídico, o sea, no debemos apreciar esta institución jurídica a través de valoraciones morales, que son siempre imprecisas, relativas, indeterminadas, cambiantes.

2.-El Abuso De Derecho En Nuestro Ordenamiento Jurídico.

En nuestro código civil vigente están relacionados al abuso de derecho los siguientes artículos: 292, 329, 414, 632, 929, 1021, 1076, 1738 y el 2060; son diez y sería muy ocioso detallarlo. Pero no lo es, en cambio, analizar su plasmación en nuestra constitución vigente de 1993, cuando en su Art. 103 expresa la constitución no ampara el abuso del derecho, y que no encuentra, dicho artículo, similar en otras constituciones o en el Derecho constitucional comparado mismo. Lo más importante de este estudio es saber si es posible, a través de la figura del abuso de derecho, restringir algún derecho fundamental.

Por nuestra parte creemos que es un tema muy controvertido que parece escapar del plano que nos corresponde; pero coincidimos con Marcial Rubio cuando dice que el abuso del derecho es una institución protectiva y no puede ser convertida en una de naturaleza restrictiva para el ejercicio de los derechos . Creemos esto porque no sabríamos como sostener su relativización, su funcionalización social y buscarle una finalidad a tales derechos, que además son los fundamentales en la sociedad, nos parece arriesgado. Además, como dice

Díaz Ricci, los derechos fundamentales no son la expresión de un orden de valores cuando la constitución así no lo establece .

V CONCLUSIONES:

- El concepto de situación jurídica, entendida como la concurrencia de derechos y deberes que el ordenamiento jurídico otorga a los sujetos que asumen determinada posición frente a ellas (status), ha servido para replantear la figura del abuso del derecho como una institución coherente y consecuente con el reconocimiento progresivo de la solidaridad y del bien común como indispensables para la correcta marcha de la sociedad.
- Analizar el desenvolvimiento histórico de la figura del abuso del derecho nos lleva a decir que a través de todo un gran proceso de confrontaciones doctrinarias ha terminado consagrándose en los códigos, de manera expresa en los textos normativos, o de forma implícita como un carácter restrictivo a la normatividad para la aplicación jurisprudencial, en otras palabras, dentro del derecho positivo o fuera de él, porque al renovarse la mentalidad del siglo XIX, de una exaltada protección al patrimonio que consentía excesos en el ejercicio de los derechos individuales, por otra en la que se reivindica la posición coexistencial del sujeto, se ha logrado reafirmar la necesidad de no permitir el mal uso de los derechos sin sacrificar por eso la seguridad jurídica.
- De los diversos criterios para determinar la conformación de un ejercicio abusivo de derecho, expuestos en este trabajo, hemos concluido que el juez, dada la amplia concesión al arbitrio judicial, debe siempre tratar de adaptarlas al caso concreto y hacer siempre uso de su *prudentia iuris* . Pero nos atrevemos a decir que emplearlos aisladamente es insuficiente y que ninguno es superior al otro, ni siquiera la moral, que por imprecisa y relativa no podría ser determinante. No olvidemos que lo inmoral no será siempre antijurídico, y sería arriesgado apreciar el abuso del derecho, que es una noción jurídica, mediante una valoración moral.
- Sobre el tratamiento normativo de esta institución, creemos que debe hacerse con sumo cuidado y guardando sobre todo de no exagerar su intromisión en las relaciones sociales, pues podrían tal vez hasta atentar contra la seguridad jurídica que necesitan las personas para desenvolverse normalmente y conforme a sus legítimos intereses.
- NOTA: No hay nada que acreciente mas la mediocridad de los estudiantes que los plagios y coloco esto en el Internet no para que me copien sino para satisfacer y interés que deseo compartir con quienes lo lean: Mi interés de aprender, no de copiar, porque se puede engañar a los demás, al mundo entero pero nunca a uno mismo.

Estudiante del Segundo año de la E.A.P. de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima, Decana de América.

contrarajos@hotmail.com'''''''''.esta-ponencia-fue-presentada-su-exposicion-en-el-viii-taller-de-investigaci

FALCON Y TELLA, María José; Teoría de la relación jurídica y el derecho subjetivo. En Revista Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán; Argentina, Año 2000–2001, N° 33; Pág. 3–51

REALE, Miguel; Introducción al Derecho; 6ª Edición, Ediciones Pirámide; Madrid. 1984. Pág. 198

FERNANDES SESSAREGO, Carlos; Derecho y Persona, 4ª Edición, Editorial GRIJLEY. Lima, 2001, Pág. 29

Ibid., p. 88

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del Derecho. 2º Ed. Lima: Grijley, 1999, p. 63

RECASENS SICHES, Luis., Citado por Torres Vasquez. Introducción al Derecho. Lima: Palestra, 1999, p. 393.

GALLO, Paolo. Conceptos fundamentales, En: Instituzione di diritto privato. Al cuidado de G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 41–52

ESCOBAR ROZAS, Freddy, Teoría General del Derecho Civil: 5 ENSAYOS 1ª Edición; Lima: Ara Editores, Setiembre 2002, pp. 125–171.

GARCÍA DEL CORRAL, D. Idelfonso. (traductor). Cuerpo del Derecho civil Romano. Barcelona; Jaime Molinas, Editor; 1892.

Podemos encontrar casos concretos resueltos en varios pasajes del Digesto como, por ejemplo, 39.2.26; 39.2.9 y el 47.10.44.

MARTÍN BERNAL, J.M., El abuso del derecho. Madrid: Montecorvo, 1982, p. 35 . y Fernandez Sessarego Abuso del Derecho, p.21

VEGA MERE, Yuri Apuntes sobre el Denominado Abuso del Derecho En: THEMIS. N° 21; Lima, 1992, p. 36

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Los principios contenidos en el Título preliminar... 1ª Ed.; Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 96.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. Op. Cit., p.

Ibid., p. 100

PLANIOL, M.; RIPERT, J. y ESMEIN, P. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. La Habana: Juan Buxó, Editor; Tomo VI, las obligaciones, p. 787.

Ibid., p. 791

JOSSERAND, Citado por Martinez Useros, Enrique. La Doctrina del Abuso Del Derecho y el Orden Jurídico Administrativo Madrid: REUS, 1947, p. 39

Ibid., p. 32

PLANIOL, RIPERT y ESMEIN. Op. Cit., p. 788

ESMEIN, Citado por Martínez U., Cit., p. 27

DUGUIT, Citado por Martínez U., Ibid., p. 24

MOISSET DE ESPANES, Luis. El Abuso Del Derecho EN: Actualidad Jurídica. tomo 89. pp.156–170,p.163

De PAGE, Henri, Citado por Martínez u. , Op cit , p. 41

SALEILLES, Citado por Martínez u., Op.Cit. , P 45

JOSSERAND, Luis. Derecho Civil Buenos Aires: Bosh y Cia, 1450. Tomo I, Vol. I

RIPERT, Citado por Moisset de E., Op. Cit., p. 51

BRAUDY Y BARDE, Citado por MARTINEZ U., Op. Cit., p 51

JOSSERAND, Luis. Op. Cit., P. 154

LEON BARANDIARAN, José. Manual De Derecho Civil. Lima: Imprenta de la UNMSM, 1963. p. 8

REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (COMPILADORA) Exposición De Motivos Y Comentarios Del Código Civil LIMA, 1985, P. 8.

CASTAÑEDA, Jorge. El Daño Aquiliano En La Legislación Del Perú. EN : Revista De Derecho Y Ciencias Políticas , UNMSM, LIMA, 1961–1962, P. 465

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual". 7MA ED. LIMA: Fondo Editorial De La PUCP, 2001 , P. 209

RUBIO CORREA, Marcial.Titulo Preliminar^{8a} Ed Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2001., p.36.

Ibíd.; P. 32

FERNANDEZ S; OP CIT., P. 134

Ibíd.; p. 150

TORRES VASQUEZ, Aníbal. El abuso del derecho en: revista de derecho y ciencias políticas, UNMSM, Lima, 1981–1985; Vol. 45, pp. 111–129, p. 115.

ESPINOZA E.,J. Op. Cit., p. 129.

RUBIO CORREA,M., Op Cit. , p 48

DIAZ RICCI, Sergio. El Abuso Del Derecho En Materia Constitucional: Una Categoría Peligrosa En: Revista Peruana de Derecho Publico. Lima, Año 4, N° 06, 2003 pp. 111 –123, p. 121