

TEMA X: EL DERECHO SUBJETIVO Y SUS LÍMITES

1.- El derecho subjetivo: concepto y tipos.

La idea de Derecho subjetivo (Derecho en el lenguaje usual), encierra un problema de estricta técnica y otro de organización social.

De estricta técnica porque habría que agrupar bajo un mismo concepto unas situaciones en las que se encuentra la persona, y en las cuales, la norma jurídica le permite un ámbito de libre actuación, con la secuela de una serie de posibilidades de acción, junto con una correspondiente protección para su defensa. Esto último porque hay situaciones de libre actuación pero que no son derechos subjetivos.

La palabra Derecho abunda en los textos legales. Son derechos la propiedad y el usufructo, pero tienen patria potestad, y no derecho, los padres sobre los hijos, así como algunas posibilidades de actuación se denominan facultad o acción. Por lo tanto, hay diferencia conceptual en los poderes jurídicos que tiene la persona, aunque se emplea en el lenguaje jurídico derecho indistintamente.

Hablábamos también de un problema de organización social en la idea de derecho subjetivo, ya que damos a la persona, al aceptarlo, un ámbito de poder en el que puede desenvolverse libremente. El orden social pretendido por las normas jurídicas podría alcanzarse de dos formas. O bien reglamentando la conducta humana minuciosamente, quedando la persona reducida al instrumento de concretarlo en la realidad, ó haciendo que la persona disponga de un margen para desenvolverse dentro de lo trazado por la norma.

Apostar por el Derecho Subjetivo es apostar por la libertad, aunque tenemos que destacar que la tendencia actual y posiblemente también de futuro, es el ordenamiento acota la libertad de la persona, obligándole a moverse a través de las pautas normativas en el ámbito patrimonial. En cambio, la libertad tiende a ser máxima en lo que se refiere al desarrollo de la personalidad (los derechos humanos).

El sujeto del Derecho subjetivo es a quien el ordenamiento atribuye la especial situación de poder. Puede atribuirse tanto a personas físicas como jurídicas. La cualidad que le confiere el hecho de ser sujeto se llama titularidad. Las titularidades pueden ser:

- Plenas: El sujeto lo puede ejercitar todo y en su interés propio.
- De disfrute: El sujeto tiene el disfrute, pero otro tiene la titularidad dominical.
- Representativas o de gestión: Para defender el interés de otro.
- Fiduciarias: Externamente hay un fiduciario con titularidad plena, pero este está limitado por un pacto con el verdadero titular (fiduciante)
- Plural o cotitularidad: La titularidad puede ser única si pertenece a una persona, o múltiple cuando pertenece a varias personas simultáneamente. Esta última exige una organización. Unas veces se organiza en comunidad (Art. 392 CC Cuando la propiedad de un derecho o cosa pertenece a la vez en varias personas) ó creando una persona distinta a los propietarios. Otras veces se resuelve en solidaridad, cada uno aparece externamente como único propietario.

Se ha discutido la existencia de los derechos sin sujeto. Dos fenómenos son problemáticos: el concebido, no nacido y el de la herencia yacente. En el primer caso, se piensa que los bienes destinados al concebido son derechos sin sujeto. En el segundo, se dice que la herencia está yacente y que los derechos que la componen son sin sujeto.

***Construcciones teóricas**

La formulación de un concepto de derecho subjetivo ha sido una de las tareas de la ciencia jurídica. No se ha alcanzado un concepto único, posiblemente porque las consideraciones ideológicas o políticas subyacen en esta labor. Como es imposible mostrarlas todas (que son muy numerosas), hagamos referencia a las principalísimas y básicas.

a) Teorías de la voluntad: Acentúan el poder o señorío de la persona, y alcanzan en la Escuela Histórica y en la Pandectística su máximo auge. *Orestano* señaló que la intención era trasladar del plano filosófico-jusnaturalista (partiendo del jusnaturalismo de la doctrina de los derechos innatos del hombre) al plano jurídico-positivo la idea del individuo-sujeto del derecho, y construir sobre esto su sistema jurídico, que sería la proyección de los derechos subjetivos de los particulares, coordinados y tutelados por el Estado.

Savigny asigna a la regla jurídica las misiones de trazar el límite dentro del cual el individuo actúa libremente, de tal forma que los demás también puedan desarrollar su voluntad y libertad. Por eso, dice *Savigny*, el derecho aparece como un poder del individuo, hasta los límites de su poder reina su voluntad con el consentimiento de los demás.

En *Windscheid* también es el derecho subjetivo la médula del derecho subjetivo, como potestad o señorío conferido por el ordenamiento jurídico. Pero en él se halla el germen de las doctrinas formalistas posteriores, al describir el papel que desempeña la norma jurídica en relación con el derecho subjetivo, que degrada el de la voluntad del sujeto. Afirma que el derecho objetivo traza los límites de la conducta del individuo, pero lo superpone al subjetivo, ya que este último no es más que la apropiación por parte del individuo del derecho objetivo. Según *Windscheid*, el derecho subjetivo otorga poder para exigir un comportamiento (positivo o negativo) de otras personas. El comportamiento debe observarse porque así establece la norma, pero es decisión la persona favorecida valerse de ella y de la sanción que impone. La voluntad del favorecido es decisiva, pero siempre dentro de los propios límites que establece la norma. El derecho objetivo (la norma), se convierte en derecho subjetivo, su derecho.

b) Teoría del interés: *Ihering* sostiene que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, negando que la voluntad sea el objeto del derecho. Para él, los derechos existen para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines.

Su tesis gira sobre el interés, que es el sentimiento de la necesidad para nuestra existencia de algo fuera de nosotros (persona, cosa, situación, acontecimiento), de lo que pretendemos un beneficio que el Derecho protege. El titular del derecho será quien deba tomar la iniciativa para protegerlo (acción en Derecho romano), y es el recurso de pedir al juez una protección contra los obstáculos puestos por las conductas de otros. La acción es para *Ihering* la clave de los derechos privados, de ahí su frase el derecho no es otra cosa que el interés que se protege a sí mismo.

c) Teorías que niegan el derecho subjetivo: Será *Duguit* el que criticará el derecho subjetivo, para sustituirlo por la de situación jurídica. Aunque rara vez se confiese, sus teorías sus ideas han servido de base a las concepciones nazis y comunistas sobre el papel de la persona frente al Derecho.

Parte de la noción de derecho subjetivo como poder o señorío de la voluntad (ideología liberal). Ninguna voluntad, afirma, tiene una cualidad especial para imponerse a las demás. Teniendo en cuenta la solidaridad social, en cualquier pueblo hay interdependencia entre su gente por sus necesidades semejantes y la diversidad de sus aptitudes, y cooperando podrán satisfacer sus necesidades y complementar en aptitudes.

Para *Duguit* todo derecho es derecho objetivo. Tanto gobernadores como gobernantes han de obedecer la norma jurídica, que prescribe conductas y deberes, guiada por esa solidaridad e interdependencia. Por eso, se originan situaciones que pueden ser ventajosas, pero no derechos subjetivos. Si un derecho prohíbe el robo, esto beneficia a la comunidad, pero no conlleva necesariamente el derecho a la propiedad. Si el beneficio no se alcanza por ruptura, ahí entra la reparación jurídica. No es más que la aplicación de la misma norma

objetiva, y no se reclama por un derecho subjetivo. Nos hallamos frente a la norma, y por el cumplimiento voluntario de ella se pueden derivar situaciones ventajosas.

Kelsen, en su teoría pura del Derecho, pone de manifiesto que el Derecho para inducir a un comportamiento, relaciona la sanción con la conducta contraria. Esta conducta está prohibida, y la evita la ordenada. Acaba con el dualismo entre derecho objetivo y subjetivo, ya que el subjetivo no sería mas que la objetiva con relación al sujeto, cuya voluntad decide si se le aplica la sanción o no ante una conducta prohibida.

d) Orientaciones actuales: En la actualidad es predominante en la doctrina la consideración del papel central del derecho subjetivo para construir el sistema del derecho privado, pero desde una óptica dinámica, no estática.

Hoy en día se han alargado los derechos subjetivos (derechos de autor, de inventor...). Pero, como observa *Comporti*, la investigación sobre el derecho subjetivo ha pasado a la fase dinámica, hoy interesa el ejercicio del derecho, realizar unos valores, la posibilidad del control por parte del Estado. La fase estática tenía sentido en la ideología liberal, que tutelaba posiciones subjetivas individuales como garantía de un reconocimiento formal de la libertad del sujeto por parte del Estado. Pero, sigue *Comporti*, al entrar en crisis la idea del Derecho como sistema de límites y de defensa de la libertad individual, surge la nueva problemática del Derecho como factor institucional de un renovado orden social.

Modernamente se concibe el derecho subjetivo como un poder dado por la norma, matizado por las ideas anteriores. La definición que da *Michaélides-Nouaros* es: prerrogativa reconocida por el orden jurídico para provecho de un particular para que despliegue una actividad útil a él mismo y al bien común.

*** El derecho subjetivo como poder jurídico. Otros poderes distintos**

Mérito de *Ihering* fue destacar la importancia del interés y su relación con el concepto de Derecho subjetivo; si los derechos son algo es porque no son un campo de actuación de la voluntad, sino un instrumento al servicio del individuo. Pero *Thon* y sus seguidores observan que lo básico no es el interés, ya que este puede estar protegido jurídicamente sin que haya derecho. Para que exista un derecho, la protección y la tutela del interés han de ponerse a disposición del sujeto. Una norma dada para proteger cierto interés es derecho subjetivo cuando el individuo dispone de ella. Al existir una sanción por incumplimiento, el derecho subjetivo consiste en la posibilidad jurídica de poner en marcha y de reclamar la sanción.

Pero el Derecho subjetivo es algo más, cabe un ejercicio extrajudicial de los derechos. No existen solo al ejercitarlos, sino que tenerlo es la justificación de una serie de actos, que así se convierten en justos. Es pues, una situación que permite a la persona obrar justamente de una determinada forma, por eso se le califica de poder. Pero caracterizarlo así nos obliga a separarlo de los poderes jurídicos: potestad, facultad y acción.

–Potestades: Poderes jurídicos para la defensa de los intereses de otra persona. Si ejercicio y defensa vienen impuestos por unos intereses.

–Facultades: Posibilidad de actuación atribuida por un derecho subjetivo más amplio.

–Acción: Posibilidad de acudir frente a los Tribunales de Justicia para que pronuncien una decisión.

El poder jurídico que representa el derecho subjetivo es una situación en la cual la persona tiene una serie de posibilidades de obrar. Cada una de estas posibilidades son facultades, por lo que el derecho subjetivo se compone de un conjunto de facultades unitaria y armónicamente agrupadas. Ej. : Derecho de propiedad tiene la facultad de usar, disfrutar...

Al darse el derecho subjetivo dentro de una relación jurídica básica, permite escindir la situación de poder de

la misma y considerarla una unidad independiente. La autonomía del derecho subjetivo lleva su elasticidad (la más llamativa es la elasticidad del dominio). Se considera como una unidad jurídica aunque en cada momento tenga un contenido distinto.

El poder jurídico que posee el titular de un derecho subjetivo ha de asentarse en una norma jurídica, pero esta debe reconocer un campo de actuación libre. Dice *Helmut Coing* que en el orden jurídico se llega a la dignidad humana cuando el Derecho asegura una esfera para obrar como seres independientes y autorresponsables moralmente, sin estar sometidos a otros ni ser instrumentos de la comunidad. Dicho de otra forma, la norma no puede guiar la conducta de forma rígida, desaparecería la libertad y el derecho subjetivo, y se beneficiarían otros. La idea de derecho subjetivo implica que tiene libertad para decidir y actuar, estando reconocido por el ordenamiento, y los derechos subjetivos le vienen dados por la norma en que se apoyan.

TIPIFICACIÓN

Las clasificaciones, desde en el punto de vista doctrinal, son variadas:

A) Derechos subjetivos públicos y privados

–Derecho subjetivo público: Se da en las relaciones de Derecho público entre el Estado y los ciudadanos. Hay derechos a favor de Estado (exigir prestaciones tributarias o de servicios) y a favor del ciudadano (derecho a participar en el gobierno de la comunidad y a servirse de las instituciones y servicios públicos).

La concepción mantenida hasta ahora aquí del derecho subjetivo como poderes de la persona exige una aclaración en los públicos. Sólo podemos hablar así de los de la persona frente al Estado o a una Administración pública. Frente al individuo el Estado no es titular de derechos, sus poderes jurídicos son potestades.

–Derecho subjetivo privado: Se dividen en tres según la naturaleza de los bienes e intereses sobre los que recaen:

- Derechos de la personalidad: Sobre su propia esfera de la personalidad, para defender los atributos y cualidades de la misma.
- Derechos de familia. Atribuidos como consecuencia de su posición dentro de las relaciones de naturaleza familiar.
- Derechos patrimoniales. Destinados a realizar los fines económicos de la persona.

B) Derechos absolutos y relativos.

–Derechos relativos: Dice *Ennecerus*, los que se dirigen únicamente contra una persona singularmente determinada y que esta especialmente obligada. Hay un sujeto pasivo especialmente obligado (Ej. : el derecho de acreedor contra el deudor), sobre cuya conducta recaen los derechos subjetivos. No conceden, a diferencia de los absolutos, un poder inmediato y directo. Son derechos subjetivos relativos los personales y los de crédito.

–Derechos absolutos: Los que dan a su titular una situación de señorío y no se imponen sólo a una persona concreta y determinada. Conceden un poder inmediato y directo sobre su objeto, que todos deben respetar por igual. No hay una especial obligación, sino un deber de respeto (como los de personalidad y los reales).

Esta distinción clásica está hoy sometida a discusión.

C) Los llamados derechos potestativos

La doctrina situó, junto con los derechos subjetivos normales, esta categoría de poderes jurídicos. El titular de ellos queda capacitado para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, modificándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas. No proporcionan un señorío sobre un objeto, sino que ofrecen la posibilidad de crear, modificar o extinguir una relación jurídica. Esto se realiza mediante una declaración unilateral de voluntad, el otro sujeto no tiene una obligación, sino un estado de sujeción.

Messina hizo una enumeración de estos derechos:

- Derechos negativos: Suspenden o resuelven otros derechos.
- Derechos de adquisición: Permiten al titular adquirir la propiedad u otro derecho subjetivo (ej: derecho de adquirir una herencia...)
- Derechos constitutivos: Facultan para crear una relación jurídica (ej: derecho de aceptar una oferta de contrato...)
- Derechos modificativos: Facultan para modificar una relación jurídica anterior.
- Derechos extintivos: Permiten dar por terminada la relación jurídica preexistente.

Han sido estos derechos potestativos blanco de numerosas críticas en la actualidad. *De Castro* señala su falta de homogeneidad de los supuestos que tratan agruparse. Por una parte, entran los que son reflejos de la capacidad de obrar de la persona o de la autonomía privada (aceptar herencia, hacer testamento...). Otros no son mas que simples facultades jurídicas, que son parte de un derecho o de una situación jurídica más amplia. Por esto, tiende a abandonarse esta categoría, aunque algunos la aprueben.

Aunque se abandone, conviene recoger algunas de sus enseñanzas. La principal sería la posibilidad de deslindar, dentro del concepto genérico de las facultades contenidas en un derecho subjetivo, la idea de las facultades de configuración jurídica, para designar aquellas facultades que posibilitan a su titular para crear, modificar o extinguir una relación jurídica anterior.

2.- El ejercicio y sus límites: renuncia de derechos, doctrina de los actos propios y abuso de derecho.

*** EL EJERCICIO**

Es la realización de acto o serie de actos autorizados por el ordenamiento al titular de derecho, recibe la protección del ordenamiento jurídico. Obrar en ejercicio del derecho determina el carácter lícito y justo del acto, y es considerado como una causa de justificación de la conducta, por eso es causa de exclusión de la responsabilidad (mientras se obre correctamente).

El ejercicio puede ser:

–**Judicial**: El titular del derecho se dirige a los órganos judiciales para pedir la protección o satisfacción de su interés.

–**Extrajudicial**: Es un acto privado porque se realiza fuera de los tribunales. Puede realizarse por un comportamiento directo del titular sobre los bienes de su poder jurídico ó dirigiéndose a otra persona reclamando la adopción de una conducta o la aceptación de unos resultados.

El ejercicio del derecho subjetivo en el que el titular del derecho se dirige a otra persona exigiendo algo de ella se llama pretensión. Esta es satisfactiva cuando lo que se reclama al sujeto pasivo es que de satisfacción a su interés. La pretensión dará lugar al ejercicio judicial de los derechos o formularse privadamente.

En ocasiones, el ejercicio del derecho puede lugar a su consumación, pues se extingue (Ej: Cobro de una deuda). Otras veces, lo consolida y prorroga (Ej: goce de la propiedad).

• Los requisitos del acto de ejercicio

–Requisitos subjetivos: Se refieren a las condiciones de la persona que ejercita el derecho y de frente a quien se ejercita.

–Requisitos objetivos: Refiriéndose a las condiciones del derecho en sí mismo considerado.

El requisito subjetivo más importante es la legitimación, que puede definirse como el reconocimiento del ordenamiento jurídico a que una persona realice con eficacia un acto jurídico, lo que dependerá de la relación existente entre el sujeto y los bienes o intereses a los que su acto afecta.

La legitimación activa es la idoneidad para realizar acto de ejercicio del derecho, el que lo ejerce es su titular. Es la más frecuente. La pasiva es la idoneidad para soportar el ejercicio. Esta última es cuando corresponde a terceros o viene atribuida directamente por la ley en defensa de sus intereses. El derecho se ejercita, en los derechos absolutos frente a quien ha violado el derecho, y en los relativos frente al sujeto especial y directamente obligado.

Puede ser también directa o indirecta. La legitimación directa es cuando coincide el titular del derecho y el sujeto del ejercicio. La indirecta es la legitimación de una persona que no es titular del derecho, realizando actos jurídicos inmediatamente eficaces en la esfera de otro. Es necesaria la indirecta para cumplir fines sociales y prácticos. Los casos más importantes de la legitimación indirecta son la representación, ejerciendo en nombre del titular o por su cuenta, y la sustitución, actuando por su nombre e intereses pero en la esfera jurídica del titular (ejemplos: arts. 1.111 y 1.869 C.c.).

• Protección de la apariencia jurídica

La seguridad en el tráfico jurídico hace que en ocasiones actos y negocios jurídicos se realicen confiando en la apariencia de titularidad del que se presenta como tal. El ordenamiento protege la publicidad nacida de la apariencia considerando que el titular aparente es en principio el verdadero, y si no lo es porque el verdadero ha permitido la creación de la apariencia (aun por omisión) y es responsable de ella. Además, considera que aquel que lleva acabo de buena fe un acto adquisitivo a un titular aparente merece ser protegido.

En todos los casos de protección de la confianza de la apariencia jurídica, puede hablarse de legitimación extraordinaria del titular aparente para ejercitar el derecho que le correspondería al titular real.

Las hipótesis más notables con las siguientes:

1ª) El titular (según el Registro de la Propiedad) del dominio de un inmueble puede transmitir propiedad o constituir un derecho real si el adquirente es de buena fe, a título oneroso y si inscribe la adquisición en el Registro (art. 34 de la Ley Hipotecaria).

2ª) El poseedor non dominus de una cosa mueble transmitirla a un tercero, que estará a salvo de la reivindicación del propietario si lo adquiere de buena fe y el propietario no prueba que la ha perdida o fue privado ilegalmente de ella (art. 464 C.c.).

3ª) El que compra en una tienda adquiere la propiedad aunque el vendedor no fuera el propietario (art. 85 C.c.).

4ª) El deudor de buena fe que paga al acreedor aparente, extingue a obligación (art. 1.164 C.c.).

Estos casos constituyen una excepción al principio de que no tienen relevancia los actos jurídicos realizados por quien no es titular del derecho.

- **Los requisitos objetivos del ejercicio del derecho.**

Para que sea eficaz el acto de ejercicio del derecho, este debe ser objetivamente ejercitable. Las condiciones para que sea así vendrán dadas por su plena y definitiva adquisición y, por lo tanto, por la exigibilidad de la conducta impuesta al sujeto pasivo. Entre estas condiciones, es importante la oportunidad o tempestividad del ejercicio, el derecho debe ser ejercitado en el momento oportuno.

- * **LOS LÍMITES DEL DERECHO SUBJETIVO**

Dada la definición de derecho subjetivo, resulta evidente que este poder atribuido a la persona debe ser limitado de forma alguna. Estos límites pueden ser internos (propios o naturales), los que vienen dados por la suma y configuración de las facultades que lo integran. O externos, que corresponden a la compatibilidad que debe existir entre el derecho y los derechos y otros, o entre el derecho y derechos fundamentales u otros elementos externos. ¿Cuáles son estos límites?

- **Los límites llamados naturales**

Son naturales pues derivan de la propia naturaleza del derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica o social que con el se pretende realizar. El derecho aparece definido en la ley en virtud de esta naturaleza y al definirse legalmente se establecen sus linderos o confines.

- **Colisión de derechos**

Otra limitación se produce al entrar en colisión un derecho con otro derecho de otra persona. Son frecuentes e inevitables. El legislador los resuelve de modos muy distintos, condicionados por razones de política jurídica. Caben, en principio, estas soluciones dadas por el ordenamiento jurídico:

1ª) Estableciendo un rango o jerarquización, prevaleciendo el derecho de rango superior al de rango menor. El rango puede ser por: a) Antigüedad (prior tempore prior iure). b) Circunstancias relacionadas con la causa o naturaleza del derecho.

2ª) Proteger al que se haya adelantado en el ejercicio del derecho subjetivo.

3ª) Establecer la igualdad de los derechos en colisión, imponiendo un parcial y proporcional sacrificio de todos ellos.

- **La buena fe y el abuso del derecho**

Es posible encontrar unos límites aplicables a todos los derechos, fundamentados en los que sea el derecho y la finalidad para la que se atribuye al particular. Estos límites genéricos se apoyan sobre estas bases:

1ª) El ejercicio del derecho será conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad. Esto es ajustarse a la buena fe.

2ª) Debe ajustarse a la finalidad económica o social para la cual fue atribuido. Impone la prohibición del abuso del derecho.

- **Renuncia de los derechos**

El art. 6.º2 CC regula la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de los derechos reconocidos en ella. Se extingue el derecho por renuncia en ambos casos. La diferencia está en que en la exclusión por la ley es una renuncia previa, antes de nacer el derecho, por renuncia a la propia. Mientras que en el segundo caso,

el derecho ha nacido y hablamos de una extinción del derecho en sentido propio.

La renuncia puede producirse mediante acuerdo o mediante una declaración de voluntad unilateral del titular del derecho. La declaración de voluntad deberá ser clara, precisa, inequívoca, aunque pueda ser tácita. No cabrá revocación de la renuncia (incluso si la renuncia se realiza mediante negocio jurídico unilateral), a partir del momento en que quien pueda beneficiarse de la renuncia haya tenido conocimiento de ella. El renunciante deberá tener capacidad y legitimación suficiente.

La renuncia previa al derecho no presenta problema con las leyes de naturaleza dispositiva, pero es imposible con las de naturaleza imperativa, pues es contrario al interés o al orden público. La renuncia posterior al derecho no se encuentra limitada por la naturaleza de la norma. En cambio, si se aplica a la renuncia posterior el límite del interés o del orden público, así como que no perjudique a terceros.

El interés o el orden público se identifica con aquellas normas indispensables para la conservación del orden constitucional y social. El perjuicio a terceros debe afectar tanto al derecho como al interés legítimo de los mismos.

• **Doctrina de los actos propios (y la contradicción con la propia conducta)**

La idea de esto está en evitar un resultado conforme al Derecho civil, pero contrario a la equidad y a la buena fe. Tiene viejas raíces en el Derecho romano, y lo que se hacía era conceder una exceptio, frente a la civilmente fundada actio. Ha recibido el apoyo de la doctrina de los autores y se basa en la buena fe. La doctrina de los actos propios impide ejercer un derecho por ser contrario a la buena fe, cuando previamente se ha dado a entender por la propia conducta que no se quería ejercer. Es preciso una conducta consciente, voluntaria e inequívoca por parte del titular del derecho de que no se quería ejercer el derecho. Es preciso que se ejerza una acción de ejercicio del derecho que contradiga la conducta anterior, y que el conflicto se haya producido entre los mismos sujetos. Sirve para vincular a un sujeto, aunque no esté obligado por negocio jurídico alguno, porque así lo exige el principio de buena fe por la confianza que ha generado en terceros.

Azo formuló, casi por primera vez y fundamentándolo en textos romanos, esta máxima legal. Se trata de una abstracción o generalización de algunas decisiones particulares romanas que no tenían carácter universal. A esta generalización le faltaba una elaboración teórica que permitiera distinguir cuando se aplicaba y cuando no.

En derecho inglés existe la doctrina de estoppel, creación de práctica jurisprudencial, que dice que una persona no puede hacer una alegación que sea contraria a su anterior declaración o su anterior conducta. Es un arma estrictamente defensiva.

La jurisprudencia española del Tribunal Supremo ha venido aplicando de forma constante la máxima de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos. Se trata de una proposición lógica jurídica, y el Tribunal supremo insiste que en nuestro ordenamiento tiene carácter de principio general del Derecho. Pero esto hade revisarse. Si fuese así, las acciones de impugnación quedarían reducidas a piezas de carácter excepcional. Sin embargo, tienen fundación en su propia ratio, como situaciones de poder puestas por el ordenamiento a disposición de las personas para resolver conflictos típicos de interés. Además es posible la revocación o cambio de parecer o conducta, de lo que carecían las piezas de carácter excepcional. Tampoco es una norma legal, ni costumbre ni norma jurisprudencial, porque los tribunales no crean normas jurídicas. Si es insostenible como principio general de Derecho, es viable como derivación del principio general universalmente reconocido, el de la buena fe.

Los presupuestos de aplicación de esta regla (nadie puede ir válidamente contra sus propios actos) son de este modo:

1º) Que se haya observado una conducta jurídicamente relevante, eficaz y vinculante.

2º) Que luego esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o facultad, creando una situación litigiosa y formulando una pretensión.

3º) Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una contradicción.

4º) Que entre lo anterior y posterior exista una perfecta identidad de sujetos.

La consecuencia jurídica debe ser impedir el ejercicio del derecho contradictoriamente propuesto, oponiéndose a él.

• Abuso de derecho

Ejercer un derecho es lícito y justo por principio, por lo que la actuación es causa suficiente de justificación y, por lo tanto, de exclusión de responsabilidad. No existe reparación ni indemnización en caso de daño. Por eso la idea de que el que usa de su derecho no causa daño a nadie.

Sin embargo, la doctrina construyó los actos de emulación, para los casos en los que el ejercicio ha sido guiado por el propósito de causar daño. Se comprenden aquí los que se hacen sin propia utilidad y con intención de perjudicar o dañar a otro. Estos actos no son lícitos y deben ser reprimidos. Esta doctrina de los actos de emulación ha sido preponderante durante un largo periodo de tiempo, pero dice *D'Amelio*, que no es más que un capítulo en la historia del abuso del derecho, supervalorado por su secular tradición.

Poco a poco supera su carácter restrictivo. Primero, por la imposibilidad de probar algo tan subjetivo como la intención de dañar. En segundo lugar, porque rara vez se presenta la intención de dañar aisladamente, sino que suele ir acompañada de la intención confesable de obtener una utilidad o ventaja.

La doctrina del abuso del derecho cristaliza posteriormente en una orientación puramente objetiva. Si el derecho subjetivo es un poder que se concede a la persona para lograr la satisfacción de sus necesidades o intereses o, en general, para cumplir los fines del derecho objetivo pretende, no es admisible un ejercicio que esté en contra de la finalidad para la que le es concedido. Esto deja un gran margen de inseguridad, al ser el arbitrio judicial el que señala los límites del derecho subjetivo de acuerdo con su fin. Lo ideal fuera que lo trazase la norma. La labor del juez se revela necesariamente en estas condiciones.

En nuestro país el abuso del derecho tiene un origen jurisprudencial. Se ha basado siempre en la buena fe y en la aplicación del art. 1902 CC. (El que por acción u omisión causa daño a otro (...) está obligado a reparar el daño causado). Pero esta regla no opera cuando el causante del daño ejerce un derecho. La doctrina del abuso del derecho establece la excepción a la excepción del art. 1902 CC: sí que hay que indemnizar si el derecho se ejercitó abusivamente.

La doctrina del abuso del derecho ha tomado carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico español. Es importante la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944.

La concreción de los límites corresponde a la jurisprudencia, pero han de tenerse en cuenta los límites del propio derecho subjetivo. El Alto Tribunal declaró que los límites de los derechos subjetivos son algo más que los legales, también tienen otros de orden moral, teleológico y social y que incurre en responsabilidad el que obrando con aparente ejercicio del derecho traspasa la buena fe y la equidad con daños a terceros. Los siguientes requisitos, dados de forma conjunta, son los que da el Tribunal Supremo para tipificar un abuso de derecho:

1º) Uso de un derecho objetivo o externamente legal.

2º) Daño a un interés no protegido.

3º) Inmoralidad o antisocialidad del daño.

En el art. 7º.2 CC. Queda recogida la figura del abuso del derecho con carácter general, como sinónimo de ejercicio antisocial: todo acto u omisión que sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho. El ejercicio anormal es el que hay que reprimir. No hace falta intención de dañar, basta con que rebase el ejercicio normal del derecho, dando lugar a un resultado inmoral o antisocial. Como contiene el art. 7º.2 (nuevo Título Preliminar), no hace falta que se haya producido un daño a tercero para aplicar el abuso del derecho, da lugar, no solo a indemnización, también a una acción de cesación (impedir persistencia en el abuso). Dice, además, el art. 7º.2 que la ley no ampara el abuso del derecho, pero no establece sanción. Se limita a dejar sin la protección judicial que le correspondería al titular del derecho por abusar de él.

En lo que respecta al abuso que daña a un tercero, el art. 7º.2 no especifica en qué consiste. La violación de un derecho subjetivo no entra aquí, ya que el tercero tiene sus propias acciones que lo protegen. El daño será a un simple interés legítimo, no protegido específicamente y deberá ser causado por el traspaso de los límites normales en el ejercicio del derecho. El daño puede ser causado por un negocio jurídico, por lo que se puede pedir, no una indemnización, sino la nulidad del negocio.

El abuso del derecho es también refundido en el ámbito procesal por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985 que ordena a los Juzgados y Tribunales rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho (art. 11.2).