

# Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español

**JUAN IGNACIO PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA**

Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho civil

*A la maravillosa ciudad ideal renacentista  
de Pienza, un balcón para soñar en el  
corazón del valle del río Orcia, en el sur  
de la Toscana, con nostalgia.*

## **RESUMEN**

*Como su título lo indica, el presente trabajo intenta llevar a cabo un análisis del concepto de abuso del derecho consagrado en el artículo 7.2 de nuestro Código civil. Dado que el abuso del derecho se refiere al ejercicio del derecho subjetivo, hay que partir del concepto de derecho subjetivo al objeto de aclarar si en el abuso del derecho estamos ante un verdadero ejercicio del derecho. Una vez realizada la anterior labor, será necesario, finalmente, determinar cómo funcionan los criterios legales con base en los cuales el intérprete puede valorar si la conducta del sujeto titular del derecho es abusiva.*

*Durante la realización de una estancia de investigación en la ciudad de Pisa, en el primer semestre del año 2015, se fraguó la elaboración de este trabajo. Aprovecho este momento para expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas las personas que lo han hecho posible, especialmente a mi maestro de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, eximio Profesor D. Antonio Enrique Pérez Luño, a los Profesores del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa: D. Roberto Romboli y D. Tommaso Greco, al personal técnico administrativo y a las bibliotecarias que trabajan en el reseñado Departamento.*

*Jamás podré agradecer suficientemente los felices días vividos en la Toscana.*

**PALABRAS CLAVE**

Derecho subjetivo, ejercicio del derecho, abuso del derecho, interés jurídico.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El derecho subjetivo.*–3. *El sentido de la frase «sobrepasar los límites normales del ejercicio de un derecho» del artículo 7.2 del Código civil español.*–4. *La construcción del supuesto de hecho normativo del abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español.*–5. *Los criterios legales con base en los cuales el intérprete puede valorar si la conducta del sujeto titular del derecho subjetivo es abusiva.*–6. *Bibliografía.*

**1. INTRODUCCIÓN**

El abuso del derecho representa una de las más controvertidas elaboraciones del sistema jurídico europeo y ha sido objeto de un intenso análisis y discusión por parte de la doctrina, la cual se encuentra todavía lejos de lograr una definitiva composición de la figura tanto desde el punto de vista historiográfico como desde el punto de vista puramente jurídico.

Es opinión corriente que la fórmula abuso del derecho aparece por primera vez en la jurisprudencia francesa del siglo XIX, en materia de propiedad, como una consecuencia del carácter absoluto de los principios enunciados después de la revolución francesa. Formulando el principio del abuso, la jurisprudencia francesa se mostró favorable a la idea de un control del derecho subjetivo, admitiendo en algunas hipótesis la responsabilidad del titular del derecho, también si el daño había sido ocasionado en el ejercicio del derecho mismo. El principio del abuso, nacido como regla jurisprudencial, ejerció una cierta fascinación en los legisladores de otros países, sensibles a la formación de un sistema capaz de negar protección a toda forma de abuso, y viene acogido expresamente en algunos ordenamientos europeos<sup>1</sup>.

En los ordenamientos civiles europeos la prohibición del abuso se manifiesta en la fijación de un límite interno a las tradicionales prerrogativas absolutas –derecho de propiedad y autonomía contractual– por razones de justicia y, a diferencia de épocas pasadas, es la expresión de una ética de la responsabilidad que encuentra

<sup>1</sup> PATTI, Salvatore, «Abuso del diritto», en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 2.

definición en principios jurídicos positivos de los Códigos civiles mediante las cláusulas generales<sup>2</sup>.

Con respecto al ordenamiento jurídico español, la STS 159/2014 de 3 abril<sup>3</sup> afirma que el artículo 7.2 del Código civil tiene un origen jurisprudencial, que arranca de la Sentencia de 14 de febrero de 1944, y se inspira en lo que desde hacía unos años se había postulado por la doctrina científica: 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 daños para tercero o para la sociedad.

La peculiaridad de la figura que analizamos deriva de su carácter paradójico, puesto que quien habla de abuso del derecho parecería asumir la posición aparentemente contradictoria de que el ejercicio de una libertad en abstracto garantizada por el derecho objetivo constituya, en un caso concreto, un hecho ilícito o de cualquier modo antijurídico (fuente, según los casos, de ineficacia del acto abusivo o de responsabilidad resarcitoria)<sup>4</sup>.

En efecto, aunque por razones de comodidad expresiva se emplea la fórmula abuso del derecho, es una contradicción en los términos, porque el derecho no puede ser nunca abusivo. Por esa razón, la calificación de abusivo debe ponerse en correlación con el devenir del derecho mismo, o, mejor aún, con el perfil dinámico de los poderes y de las facultades que integran el contenido del derecho subjetivo, incidiendo en la estabilidad o en la eficacia de la concreta actividad desplegada por el sujeto. El juicio negativo en que consiste el abuso del derecho se proyecta sobre el acto concreto en el que se materializa el ejercicio de un derecho, valorándose su perfil funcional, es decir, el fin o el resultado del acto<sup>5</sup>.

En este breve artículo no pretendemos hacer un repaso histórico de la figura del abuso del derecho ni tampoco una exposición de las

<sup>2</sup> LOSURDO, Federico, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo»-Dipartimento di Studi su Società, Politica e Istituzioni, Sezione di Studi europei «Anna Maria Battista», Critica Europea, 9, Collana diretta da Antonio Cantaro, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011, pp. 4 y 5.

<sup>3</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 159/2014 de 3 de abril -RJ 2014, 2568- [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi].

<sup>4</sup> PINO, Giorgio, «Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Marzo 2004, p. 29.

<sup>5</sup> Cfr. NIGRO, Casimiro A., «Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)»-note a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, en *Giustizia Civile*, vol. LX-Novembre 2010, fascicolo 11, Parte Prima, p. 2550, nota 9; MICARI, Giuseppe, «La teorica del rechtsmissbrauch nell'ordinamento giuridico italiano: rapporti con la buona fede e gli atti leciti dannosi», en *Giustizia Civile*, vol. LV, 2005, Parte Seconda, p. 358; LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo...*, cit., p. 1.

diferentes elaboraciones doctrinales, aspectos estudiados más o menos ampliamente por diversos autores<sup>6</sup>.

Se trata de lo siguiente: partiendo de la regulación contenida en el artículo 7.2 del Código civil español, la cuestión esencial consiste en determinar con precisión cuándo, en una situación concreta, debe entenderse que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo sobrepasa los límites normales del derecho subjetivo.

Salta a la vista que para dar respuesta a la cuestión planteada es necesario realizar previamente un análisis del derecho subjetivo<sup>7</sup> al objeto de determinar si en el abuso del derecho estamos ante un verdadero ejercicio del derecho, puesto que el abuso supone precisamente ejercicio extralimitado del derecho.

## 2. EL DERECHO SUBJETIVO

Detrás de la expresión derecho subjetivo se oculta un problema que se plantea históricamente de manera diversa: el problema de la relación entre esfera privada y esfera pública estatal, regulación autoritativa externa y autonomía privada, sociedad civil y sociedad política, economía y política<sup>8</sup>.

Justamente por la influencia de las condiciones histórico-sociales de cada momento, el derecho subjetivo únicamente pudo afirmarse como concepto en una atmósfera cultural de exaltación del valor de la subjetividad humana y de entendimiento del ligamen social como una agregación voluntaria de individuos. Esta es la razón fundamental de la imposibilidad de justificar derechos en el sentido moderno tanto en la antigüedad griega y romana como en la época medieval<sup>9</sup>.

Pero con independencia de las razones históricamente contingentes que condicionan el derecho subjetivo, no debemos olvidar que el derecho subjetivo, en cuanto categoría formal y lógica, se

<sup>6</sup> Entre otros, MESSINA, Mara, *L'abuso del diritto*, Collana: Il Diritto come Garanzia, 2, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 35 ss. y 75 ss.; y CUADRADO PÉREZ, Carlos, *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, febrero 2014, pp. 19 ss.

<sup>7</sup> Lo afirma expresamente MARTÍN BERNAL, José Manuel, *El abuso del derecho: (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1982, p. 45.

<sup>8</sup> BARCELLONA, Pietro, «Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento», en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. I, t. 1, *Diritto civile*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 57.

<sup>9</sup> LA TORRE, Massimo, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, CLXVII, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 44.

resuelve en su concepto: más bien, se resuelve en las nociones que de él han sido imaginadas o ideadas, nociones que no son ni verdaderas ni falsas, porque no preexiste un ente con respecto al cual pueda predicarse la verdad o la falsedad<sup>10</sup>.

En la historia de los últimos siglos de pensamiento jurídico pueden vislumbrarse diferentes fases en la evolución del concepto de derecho subjetivo. La evolución histórica de los elementos que identifican la situación subjetiva activa de ventaja se ha diversamente reflejado en las teorías sobre el abuso. En particular, la teoría de la voluntad (sobre todo la teoría de Windscheid) parece haber condicionado las teorías subjetivas del abuso como *voluntas nocendi*, y mientras la teoría de la desviación del fin parece evocar la centralidad del interés perseguido en la concepción del derecho subjetivo de Jhering, la moderna teoría del contenido del derecho como *facultas agendi* impone considerar su posible desviación, juzgando *a posteriori* las modalidades y el resultado desde una perspectiva relacional<sup>11</sup>.

Punto de partida para la reconstrucción del derecho subjetivo es la teoría del derecho subjetivo como poder de elección o poder de la voluntad. Según esta teoría, el derecho subjetivo consiste en un poder atribuido a la voluntad del sujeto, o mejor consiste en la garantía de una esfera de acción en la que la voluntad del titular del derecho es soberana: el derecho subjetivo desempeña la función de delimitar el ámbito dentro del cual el titular puede proyectar las propias actividades de manera libre y segura. En el marco de la teoría de la voluntad, el reconocimiento al titular del derecho de una esfera de acción convierte en incensurables las conductas que se realizan dentro de dicha esfera<sup>12</sup>.

Para esta teoría, la voluntad del sujeto constituye el motor de la experiencia jurídica. La voluntad emana del sujeto y manifiesta a través de los esquemas formales del negocio jurídico y del derecho subjetivo su poder creativo de efectos jurídicos<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. ORESTANO, Riccardo, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», en *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 177; RESTIVO, Carmelo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Università di Palermo-Facoltà di Giurisprudenza, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 8.

<sup>11</sup> BUSNELLI, Francesco Donato e NAVARRETTA, Emanuela, «Abuso del diritto e responsabilità civile», en *Studi in onore di Pietro Rescigno, V, Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 91 y 92.

<sup>12</sup> Cfr. PINO, «Il diritto e il suo rovescio...», cit., pp. 33 y 34.

En este contexto, afirma PINO («Il diritto e il suo rovescio...», cit., p. 34), no hay espacio para un juicio *a posteriori* en términos de abuso de la conducta del titular, excepto quizás la hipótesis en que tal conducta haya sido dirigida intencionalmente y exclusivamente a causar daño a otros.

<sup>13</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 14 y 15.

Rápidamente se evidenció que, configurando el derecho subjetivo como un señorío de la voluntad, no se podía explicar el reconocimiento de derechos también a los sujetos incapaces, los cuales están, por definición, privados de una voluntad consciente<sup>14</sup>.

Posteriormente surge la teoría del derecho subjetivo como interés protegido. Según esta teoría, el derecho subjetivo representa el resultado de una selección de intereses merecedores de protección por parte del ordenamiento jurídico; se asigna a la norma la función de asegurar la realización de determinados intereses referibles a los sujetos. El interés, en cuanto elemento teleológico, es considerado como la fuerza motriz del derecho y el sujeto es considerado como portador y centro de intereses<sup>15</sup>.

A esta teoría se le formularon las mismas objeciones que a la primera vista. Particularmente, se observó que la noción de interés procede de la valoración de la aptitud de un bien para satisfacer una necesidad y se expresa en la aspiración consciente al bien mismo; pero un sujeto incapaz no puede aspirar conscientemente a un bien, ni, todavía antes, está en disposición de valorar cuáles son los bienes que realizan las propias necesidades: del interés, subjetivamente entendido, voluntad e intelecto son necesarios presupuestos<sup>16</sup>.

Para superar esta objeción se consideró que el interés no es lo que el sujeto valora como propio interés (interés en sentido subjetivo), sino lo que el ordenamiento, con base en una valoración típica y objetiva, considera como interés del sujeto. Con este nuevo planteamiento, la norma, el derecho objetivo, y no el sujeto, pasa a primer plano<sup>17</sup>.

Se produce una reconstrucción del papel del interés que puede contemplarse bajo dos aspectos:

1. Bajo el primer aspecto, el derecho subjetivo representa el instrumento a través del cual viene resuelto un conflicto de intereses: la norma reconoce y asegura la superioridad de uno de los intereses en conflicto colocando a su titular en una posición de ventaja: bajo este perfil, la satisfacción del interés preeminente representa el fin que justifica la atribución al sujeto de un derecho. El interés,

<sup>14</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 11.

<sup>15</sup> NATOLI, Ugo, *Il diritto soggettivo*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della R. Università di Messina, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1943, pp. 24 y 25.

<sup>16</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 19.

Afirma BARCELONA («Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento», cit., p. 67) que, sobre el plano lógico, tanto el concepto de interés protegido como la concepción del poder de la voluntad reconocido al sujeto son incompatibles con la primacía del derecho objetivo, entendido como criterio exclusivo de reglamentación de las conductas: con respecto a la norma no existe la voluntad, existe la acción voluntaria. La voluntariedad es una modalidad de la acción, no es un poder.

<sup>17</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 19 y 20.

por tanto, adquiere relevancia en el plano no de la estructura, sino de la función de las situaciones jurídicas subjetivas, porque constituye el elemento teleológico<sup>18</sup>.

2. Bajo el segundo aspecto, se contempla la función que asume el interés en el momento de su incorporación a la norma, es decir, en el momento de su fijación jurídica. En el plano jurídico-formal, el interés es un elemento distinto del derecho subjetivo: el interés indica una relación de tensión entre un sujeto y un bien (o un resultado jurídico favorable), y expresa una situación de espera; el derecho subjetivo representa una situación final, la superación y la realización de la relación de tensión entre un sujeto y un bien. El interés constituye una posición de partida, una situación preliminar, mientras que el derecho subjetivo constituye una posición de llegada. Ambas situaciones prescinden de toda referencia a las condiciones psicológicas del sujeto y existen por el principio de necesidad jurídica que domina el campo de la calificación jurídica. El interés (jurídico) es presupuesto indispensable del derecho subjetivo, pero no es el derecho mismo<sup>19</sup>.

La separación entre interés y derecho subjetivo tiene su reflejo en la estructura de la norma. En el esquema normativo el interés encuentra su lugar en la parte hipotética. La situación de interés jurídico se resuelve en el conjunto de las condiciones de hecho previstas por la norma para la atribución de determinadas posiciones de ventaja<sup>20</sup>. El derecho subjetivo se sitúa, en cambio, en la parte dispositiva, que es aquella parte que conecta a la situación de hecho una determinada consecuencia jurídica. El nacimiento del derecho subjetivo es el efecto o la consecuencia que sigue a la realización del supuesto de hecho normativo<sup>21</sup>.

La evolución del concepto de derecho subjetivo pone de relieve la progresiva aparición en escena del derecho objetivo<sup>22</sup>. Hoy se admiten como resultados indiscutibles los siguientes: a) que la norma, el ordenamiento jurídico, constituye el presupuesto indispensable de toda investigación jurídica. Los conceptos jurídicos,

<sup>18</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 20 y 21.

<sup>19</sup> NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 44 a 46.

El interés es el fundamento justificativo de las situaciones jurídicas. Sobre la noción de interés, FEMIA, Pasquale, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 80, a cura di Pietro Perlingieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

<sup>20</sup> Así lo señala NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 25 y 26.

<sup>21</sup> En este sentido, RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 22.

<sup>22</sup> La historia de la ciencia jurídica moderna se presenta como un largo, lento y tormentoso redescubrimiento del derecho objetivo. En su evolución se aprecia la tendencia, que se manifiesta en diversos modos, a alcanzar la unión entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo. ORESTANO, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», cit., pp. 139 y 145.

también el derecho subjetivo, son tales porque derivan de la norma, que es fuente o criterio de calificación de los fenómenos jurídicos; b) que el derecho subjetivo expresa una relación entre el sujeto jurídico y la norma<sup>23</sup>.

La relación que se instaura entre el sujeto y la norma se explica dentro del contexto de la norma como juicio hipotético que conecta a una situación de hecho, elevada a supuesto de hecho normativo, unas determinadas consecuencias jurídicas. Esta concepción coloca en el centro del sistema, como punto esencial de la experiencia jurídica, la relación constitutiva de la calificación jurídica, o también el proceso de valoración del hecho por parte de la norma, valoración que se expresa en los efectos jurídicos que al hecho vienen imputados una vez que resulta subsumible en el supuesto de hecho normativo<sup>24</sup>.

Por otra parte, la relación entre el sujeto y la norma o entre el sujeto y el esquema normativo de un comportamiento del mismo sujeto puede presentarse de dos modos, porque dos son las valoraciones que agotan cualquier posible juicio sobre el proceder humano. La relación expresa un juicio de licitud, y da lugar a un derecho subjetivo (*agere licere*), cuando la norma consiente al sujeto tanto asumir como no asumir el comportamiento de la norma previsto en esquema. La relación expresa una necesidad, y se tiene entonces la figura del deber (*necessitas agendi*), si la norma impone realizar el comportamiento en ella previsto, de modo que el sujeto, cuando no lo asuma, se encuentra, frente a la norma, en una posición no tutelada, ilícita<sup>25</sup>.

El derecho subjetivo es una situación jurídica activa de un sujeto concerniente a un comportamiento futuro e hipotético del mismo sujeto. Consiguientemente, la relación en que consiste el derecho subjetivo se establece entre un sujeto y un comportamiento futuro, que está ya determinado y que, en el Estado moderno, está siempre limitado por la norma<sup>26</sup>.

El elemento activo característico del derecho subjetivo puede especificarse como la jurídica posibilidad de asumir un comportamiento limitado (extensión y forma) determinado por la norma. Traspasados los límites el comportamiento no es jurídicamente posible, es decir, no es conforme a la norma o lícito. El sujeto no

<sup>23</sup> Cfr. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 3 y 4.

<sup>24</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 44 y 45.

<sup>25</sup> Esta es la construcción que propone GUARINO, Giuseppe, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, ristampa (estratto da «Rassegna di Diritto Pubblico», N. 3-4, 1949), Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1990, pp. 27 y 28.

<sup>26</sup> GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 30 y p. 31, nota 41.



puede asumir un comportamiento cualquiera, sino el previsto por la norma<sup>27</sup>.

Frente a cualquier actividad concreta de los sujetos, el juicio acerca de si es abusiva o ilícita exige: en primer lugar, determinar si el sujeto es o no titular de una determinada situación subjetiva; en segundo lugar, caso de que lo sea, determinar si tal actividad se ha mantenido dentro de los límites concretos de aquella situación. La norma no señala al sujeto el camino preciso que debe seguir en el caso de que él quiera actuar, sino que simplemente le indica aquello que no debe hacer. Lo que significa que se deja al sujeto una mayor libertad de acción<sup>28</sup>.

El problema de lo lícito jurídico se enmarca dentro del problema más amplio de la relación entre la libertad individual y el ordenamiento jurídico. La idea de una libertad normativamente fundada, porque descende del ordenamiento, trae a primer plano el elemento del interés. El ordenamiento atribuye al sujeto espacios de libertad para la realización de intereses merecedores de tutela. El derecho subjetivo supone el reconocimiento de la licitud de un determinado comportamiento y la consiguiente atribución al sujeto de libertad para realizarlo, pero dentro de los límites del interés subyacente a la atribución del derecho<sup>29</sup>.

Si el derecho subjetivo expresa una relación entre el sujeto y la norma y culmina en un juicio de posibilidad de un comportamiento dentro de unos determinados límites, no pertenecen al contenido del derecho subjetivo ni la voluntad, la cual es relevante no en el momento de la existencia, sino en el momento de la actuación o del ejercicio del derecho mismo<sup>30</sup>, ni el interés, porque este, como ya hemos señalado anteriormente, representa una situación preliminar con respecto al derecho subjetivo.

Resumiendo lo dicho hasta ahora, el interés se resuelve en el conjunto de las circunstancias de hecho previstas por la norma para que el derecho subjetivo exista; al mismo tiempo, la satisfacción del interés representa el fin de la atribución a un sujeto por el ordenamiento jurídico de facultades y poderes que constituyen el

<sup>27</sup> Así, NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 60 y 61 y nota 188. Conforme, GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 31, nota 41.

<sup>28</sup> Seguimos en este punto a NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 78 a 80.

Como analizaremos posteriormente, el abuso del derecho es una técnica de detección de la actuación que sobrepasa los límites del contenido del derecho. La particularidad de la figura radica en que la superación del contenido del derecho no resulta inmediatamente, *a priori*, porque el acto es abstractamente compatible con el contenido del derecho, sino que se descubre en el momento del concreto ejercicio de las prerrogativas, averiguando *a posteriori* el interés concretamente perseguido por el sujeto. Así opina RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 85.

<sup>29</sup> Seguimos en este punto a RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 57.

<sup>30</sup> NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 39.

contenido del derecho subjetivo. Puede decirse, sintéticamente, que el derecho subjetivo es *agere licere* para la satisfacción de un interés considerado por el ordenamiento como merecedor de protección; es un espacio de libertad: el interés, que constituye la *ratio* de su reconocimiento, conforma tal libertad, señala sus confines, traspasados los cuales la acción del sujeto deja de ser ejercicio del derecho<sup>31</sup>.

### 3. EL SENTIDO DE LA FRASE «SOBREPASAR LOS LÍMITES NORMALES DEL EJERCICIO DE UN DERECHO» DEL ARTÍCULO 7.2 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Según el artículo 7.2 del Código civil español, la conducta del sujeto es abusiva cuando supera los límites normales del ejercicio de un derecho. La interpretación que aquí se propone es la que entiende que los límites normales se refieren a la extensión del contenido del derecho.

En efecto, en el abuso del derecho la cuestión estriba en determinar si el concreto acto de ejercicio entra o no en el contenido del derecho. Si el comportamiento del sujeto es ajeno o extraño al contenido del derecho, en tal caso, en rigor, no se trata de un mal ejercicio de un derecho, sino de inexistencia, respecto al acto realizado, de un derecho que lo sostenga<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 63 y 64.

<sup>32</sup> Por tanto, desde el momento en que consideramos que el abuso del derecho constituye un límite interno del derecho, que concurre a identificar el contenido del propio derecho, nos apartamos de la opinión que mantiene que el abuso constituye solamente un límite externo del derecho, porque no incide en la extensión del contenido del derecho, en el *quantum*, sino en las modalidades de ejercicio del derecho, en el cómo. Para dicha opinión, el abuso sería una hipótesis de mal uso del derecho. Así, BIGLIAZZI GERI, Lina, «Buona fede nel diritto civile», en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 187.

La doctrina española entiende la idea de extralimitación de una manera distinta a la expuesta por nosotros, ya que estima que el abuso del derecho comporta la actuación del contenido del derecho.

En opinión de ROCA JUAN, la extralimitación significa que el ejercicio sobrepase los límites normales, que no son los límites normativos, los límites formalmente legales. Lo que puede explicarse porque fuera de estos no hay abuso, sino ausencia de derecho, y el actuar sin derecho, o sea, sin una concreta y formal atribución de poder, aun dentro de la básica esfera de libertad de la persona, puede caer por otras vías bajo el principio general de responsabilidad. ROCA JUAN, Juan, *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., sub art. 7.2, p. 394.

GETE-ALONSO afirma que para hablar de abuso del derecho es necesario que se ponga en funcionamiento su contenido, no que su titular se arrogue facultades (contenido) que no tiene. El ejercicio anormal, definido por contraposición al que es normal, supone que el contenido del derecho no es utilizado conforme a la función del mismo aunque se respeten los límites formales. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz

La particularidad del fenómeno denominado abuso del derecho, que lo distingue de cualquier otra hipótesis de superación de los límites legales de las prerrogativas reconocidas al sujeto, consiste en la aparente conformidad del comportamiento del sujeto con el contenido de su derecho<sup>33</sup>. Abusar del derecho es como cubrir bajo la apariencia del derecho un acto que se tiene el deber de no realizar<sup>34</sup>. Así es, en el abuso del derecho únicamente se puede hablar de ejercicio del derecho en apariencia, porque no es nunca ejercicio del derecho. Es un acto ilícito del que se responde.

Cuando nuestro Código civil, con el fin de apreciar el abuso del derecho, exige que el acto sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, no está diciendo que una cosa es el derecho y otra distinta el ejercicio del derecho<sup>35</sup>. El derecho subjetivo se agota en la calificación del ejercicio como lícito<sup>36</sup>. Si el derecho subjetivo está previsto, atribuido y regulado por el ordenamiento jurídico para la realización de intereses, eso postula: en primer

Alabart, tomo I, vol. 1.º (artículos 1 a 7 del Código civil), 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1992, sub art. 7, p. 920.

Según RIVERO, la expresión «límites normales» en el artículo 7 del Código civil no equivale a límites legales (los de la literalidad de la norma correspondiente). No se trata simplemente de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho, sino de ver cómo la gente estima que deben ejercitarse y hasta dónde pueden llegar en la práctica de cada época las facultades concedidas por la ley. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Eficacia general de las normas jurídicas», en *Comentarios al Código civil, I, Título Preliminar*, coordinador Joaquín Rams Albesa, Barcelona, José M.ª Bosch, editor-Librería Bosch, S.L., 2000, p. 237.

<sup>33</sup> En estos términos, NATOLI, Ugo, «Note preliminari ad una teoría dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, p. 37.

Se adhiere a este punto de vista RESCIGNO, Pietro, «L'abuso del diritto», en *Rivista di Diritto Civile*, 1965, Parte Prima, p. 242.

<sup>34</sup> NATOLI, «Note preliminari...», cit., p. 37.

<sup>35</sup> Como afirma SACCO, en la definición del derecho subjetivo se pueden seguir dos caminos. Si la noción de derecho subjetivo sirve para indicar lo que está permitido al sujeto, lo que el sujeto puede pretender de los demás, cuáles son los espacios otorgados a su autonomía, sería necesario definir el derecho de tal modo que todo lo que corresponde a su definición sea lícito, y todo lo que excede de su definición sea prohibido. Pero los juristas podrían también preferir la estrategia de la definición en dos tiempos. Podrían dar una primera definición del derecho, indicando anticipadamente un área dentro del cual se encuentra el conjunto de todos los actos permitidos al sujeto del derecho; y después, en el interior de dicha área, pasar por el filtro los actos, separándolos en buenos y malos, separando el buen uso y el mal uso, el ejercicio consentido y el abuso. Sin embargo, lo razonable, afirma Sacco, es proceder con la definición en dos tiempos únicamente cuando es obligado hacerlo. La lógica más rentable es aquella que supone un menor número de pasos lógicos. Para insertar la noción de abuso del derecho en un sistema privado de contradicciones será mejor formular un juicio hipotético, afirmando que es abusivo el acto que sería ejercicio lícito del derecho si no fuese acompañado de específicas circunstancias que lo vuelven antijurídico; recíprocamente, se deberá decir que el derecho A legitima al titular para realizar los actos que corresponden al contenido A1, incluyendo entre los elementos que identifican el contenido A1 la ausencia de aquellas específicas circunstancias que convierten en ilícito el acto. SACCO, Rodolfo, «L'esercizio e l'abuso del diritto», en AA. VV., *La parte generale del Diritto civile, 2, Il diritto soggettivo*, en *Trattato di Diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, Utet, 2001, pp. 339 y 340.

<sup>36</sup> SACCO, «L'esercizio e l'abuso del diritto», cit., p. 305.

lugar, que el interés sea digno de protección, porque sería absurdo pensar que el ordenamiento otorgue poderes para la realización de intereses no susceptibles de protección; en segundo lugar, que exista una congruencia entre ejercicio del poder e interés para cuya realización el derecho se ha constituido<sup>37</sup>.

Si viésemos el derecho subjetivo como un programa que espera una ejecución, entonces concluiríamos que quien programa, programa en vista de la ejecución, y que de los dos fenómenos es central la ejecución, con respecto a la cual el programa tiene una función solo instrumental<sup>38</sup>.

Cuando el sujeto utiliza las prerrogativas que constituyen el contenido del derecho subjetivo para perseguir un interés distinto al asumido por la norma como presupuesto del derecho, el acto de ejercicio del derecho es un acto que, debido a las circunstancias concretas que lo acompañan, el ordenamiento jurídico no reconoce al sujeto el derecho a realizarlo, ya que tales circunstancias no son subsumibles en el supuesto de hecho normativo del que nace el derecho<sup>39</sup>. Únicamente la correspondencia entre acto de ejercicio e intereses merecedores de tutela satisface la exigencia de justificación del acto de ejercicio. El ejercicio del derecho subjetivo privado está ligado a la existencia de un interés típico (causa o justificación del acto<sup>40</sup>), el cual es un elemento del supuesto de hecho normativo.

<sup>37</sup> MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 166 y 167.

<sup>38</sup> SACCO, «L'esercizio e l'abuso del diritto», cit., p. 305.

<sup>39</sup> Cfr. RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 117.

La teoría del abuso del derecho descansa sobre la necesidad de que el sujeto titular del derecho subjetivo lo ejercite de manera congruente con la previsión normativa. Debe haber correspondencia entre ejercicio del derecho y contenido del derecho que la norma contempla. En este sentido, MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 179.

<sup>40</sup> Al abordar el tema de la justificación de la propiedad, los autores ATIENZA y RUIZ MANERO afirman que una cosa es el derecho de propiedad como conjunto de posiciones normativas y otra las razones que justifican, y que limitan, ese mismo conjunto. Desde esta perspectiva, añaden, la institución de la propiedad, como haz de posiciones normativas, puede ser justificada porque protege o promueve bienes o intereses (cuando se trata de bienes o intereses que se consideran dignos de protección). ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 49 y 50.

Continuando con el derecho de propiedad, podemos afirmar que el campo de previsión del abuso excluye, por definición, la presencia de los intereses típicos o merecedores de tutela: goce y disposición, entendidos como los parámetros tradicionales en los que se desenvuelve el acto de ejercicio de la propiedad.

Si una persona construye un muro en su propiedad para perjudicar al vecino, no cabe afirmar que ejercita su derecho de propiedad, porque el acto realizado no tiene relación con la propiedad. En el ejemplo descrito, el comportamiento del sujeto, valorado bajo el perfil de la justificación de la actividad, es abusivo o ilegítimo en virtud de la inexistencia del elemento causal (se habla en este lugar de causa en sentido genérico, y no con el significado que tiene en la teoría del negocio jurídico), puesto que el acto, dadas las circunstancias, no cumple la función de satisfacer el interés típico del propietario en gozar del bien: no existe un interés digno de protección que justifique o legitime la acción del sujeto

La determinación del abuso se encuadraría dentro de la dinámica que se desenvuelve entre la norma atributiva del derecho para la realización de un interés –a conservar: derechos absolutos; a conseguir: derechos relativos– y el sujeto titular del derecho en el momento en el que va a ejercitarlo teniendo en cuenta que tal desarrollo afecta a las esferas jurídicas ajenas según una realización que necesariamente se aparta del programa normativo<sup>41</sup>.

El abuso del derecho se hace evidente en el momento del ejercicio del derecho por parte de su titular, es decir, en el momento real y dinámico, porque es en ese momento cuando se exterioriza el interés concretamente perseguido por el sujeto. Por otra parte, la individualización del interés concretamente perseguido por el sujeto titular del derecho exige reconstruir el hecho concreto como paso previo a la calificación del acto como ejercicio o, por el contrario, como abuso del derecho, es decir, como paso previo a la determinación de si el acto puede o no ser incluido en el contenido del derecho delineado por la norma<sup>42</sup>.

Puesto que la técnica del abuso del derecho está dirigida a un control judicial del ejercicio del derecho, que lo reconduzca a la racionalidad objetivamente típica que justifica la atribución del derecho mismo<sup>43</sup>, su finalidad no consiste en resolver los conflictos entre distintas esferas jurídicas a través de una ponderación de los intereses contrapuestos. El daño a los intereses ajenos producido en el desarrollo del derecho subjetivo sin una razón que lo justifique representa una fase subsiguiente al momento esencial del abuso, que consiste en la divergencia entre el interés fundamento de la atribución del derecho y el interés concreto perseguido por el sujeto. Por consiguiente, el abuso se sitúa en un plano diverso, y lógicamente precedente, con

---

(cfr. GIORGIANNI, Michele, «Causa (dir. priv.)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 566 y 567).

Por tanto, el ejercicio del derecho subjetivo presupone la existencia de un interés legítimamente tutelado. Si el derecho subjetivo se determina y tiene un significado en relación y en conexión con las posibilidades jurídicas particulares de conducta concedidas a su titular (cfr. MAIORCA, Carlo, «Proprietà e anti giuridicità», en *Rivista di Diritto Civile*, 1941, pp. 5 y 6), el ejercicio del derecho parece representar eso que el sujeto titular del derecho subjetivo puede jurídicamente. Desde este punto de vista, resulta arduo concebir un comportamiento abusivo como forma de ejercicio del derecho subjetivo (cfr. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 189). En el comportamiento abusivo no se vislumbra una razón jurídica para actuar; el sujeto se aprovecha de la atribución abstracta del derecho para ocultar una conducta arbitraria o caprichosa.

Y, como señala RESTIVO (*Contributo...*, cit., p. 107, nota 122), es necesario distinguir el plano del interés, entendido como juicio de valor que ha conducido al ordenamiento a la atribución del derecho, del plano de los fines (*melius*: de los motivos) subjetivos del particular acto realizado en el ejercicio del derecho.

<sup>41</sup> MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 170.

<sup>42</sup> Cfr. RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 86 y 87.

<sup>43</sup> Cfr. SALVI, Cesare, «Abuso del diritto: I) Diritto civile», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, p. 3.

respecto a la valoración comparativa de los intereses en juego. Además, tampoco la comparación entre intereses contrapuestos puede representar el perfil subsiguiente del abuso, puesto que dicha operación exige la presencia de dos intereses merecedores de tutela que no pueden coexistir, lo que no se da en el abuso del derecho, el cual es la expresión de un interés no merecedor de protección<sup>44</sup>.

Ahora bien, es obvio que el abuso del derecho solamente es jurídicamente relevante cuando la conducta abusiva incide en la esfera de intereses de otro sujeto, lo cual significa que el fenómeno del abuso se coloca en una dimensión necesariamente relacional<sup>45</sup> o que el abuso se encuentra dentro de las dinámicas de las relaciones intersubjetivas<sup>46</sup>.

En la hipótesis de conducta abusiva que lesiona un interés ajeno, el daño será inmediatamente *contra jus*, sin que sea necesario transitar por la comparación entre intereses contrapuestos: la conducta dañosa, de hecho, no resultará ejercicio ni de un derecho ni de una libertad, así que el sujeto que daña no podrá invocar un interés merecedor de tutela para oponer frente a la víctima del daño<sup>47</sup>.

En conclusión, cuando un sujeto, con su acción, sobrepasa los límites o la esfera de su derecho a consecuencia de la violación del interés que fundamenta la atribución por el ordenamiento del derecho subjetivo, se dice que abusa o que hace un uso anormal del derecho mismo, razón por la cual su actividad asume carácter ilícito y el daño que deriva de la misma es antijurídico<sup>48</sup>.

Mantiene una línea parecida a la expuesta en este artículo la STS 383/2005 de 18 mayo<sup>49</sup> cuando afirma que el abuso de

<sup>44</sup> Cfr. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 170, 171 y 178 a 180.

Dado que el abuso del derecho se sitúa en un plano lógicamente anterior a la valoración comparativa de los intereses en juego, esta construcción se aleja de la doctrina que parte de una concepción relacional del abuso, según la cual no se trataría de determinar si el ejercicio del derecho ha sido coherente con el interés a él subyacente, sino de llevar a cabo una comparación entre interés perseguido por el agente e interés que este ha lesionado con su conducta. Para esta opinión, la noción de abuso del derecho tiene una doble fuente: la proyección hacia el exterior del ejercicio del derecho, es decir, un conflicto de intereses, y una exigencia de comparación *a posteriori* entre dos esferas de intereses al objeto de determinar si el autor del daño ha ejercitado abusivamente su derecho, transformando el comportamiento formalmente *iure* del autor del daño en un comportamiento sustancialmente *non iure*. Así piensan BUSNELLI-NAVARRETTA, «Abuso del diritto e responsabilità civile», cit., pp. 104 a 107 y 112.

Una crítica a esta doctrina puede verse en RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 228 y ss.

<sup>45</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 240.

<sup>46</sup> MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 168.

<sup>47</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 229, nota 163.

<sup>48</sup> Como afirma GAMBARO, la prohibición del abuso del derecho se sustancia en una responsabilidad del titular del derecho por carecer de la inmunidad que acompaña al ejercicio de los derechos. GAMBARO, Antonio, «Abuso del diritto: II) Diritto comparato e straniero», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, p. 1.

<sup>49</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 383/2005 de 18 de mayo –RJ 2005, 4238– [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi].

derecho exige, conforme a doctrina jurisprudencial reiterada para poder ser apreciado, que se den los requisitos de que si bien puede tratarse de una actuación *aparentemente* [cursiva nuestra] correcta, no obstante representa en realidad una *extralimitación* [cursiva nuestra] a la que la Ley *no concede protección alguna* [cursiva nuestra], generando *efectos negativos* [cursiva nuestra] (los más corrientes daños y perjuicios).

#### 4. LA CONSTRUCCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO DEL ABUSO DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 7.2 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Los autores Atienza y Ruiz Manero<sup>50</sup> afirman que el artículo 7.2, adecuadamente interpretado, contiene las cuatro normas siguientes:

1. Una norma de mandato relativa al ejercicio de los derechos y que prohíbe toda acción (término utilizado en sentido genérico que comprende tanto las acciones positivas como las omisiones<sup>51</sup>) que constituya un abuso en el ejercicio de los mismos.

2. Una norma que confiere un poder normativo al perjudicado por una acción abusiva.

3. Una norma permisiva referida al ejercicio del poder normativo anterior.

4. Una norma de mandato dirigida a los tribunales que tiene como condición de aplicación el ejercicio del poder normativo por parte del perjudicado.

Al preguntarse dichos autores<sup>52</sup> por la clase de acciones que pueden ser calificadas de abusivas, afirman que dicha cuestión admite una respuesta simple: se trata de acciones que, *prima facie*, constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo y que son, por tanto, acciones, asimismo *prima facie*, permitidas, pero que finalmente resultan, en presencia de determinadas condiciones o circunstancias, prohibidas. De acuerdo con la definición, añaden, su carácter de *prima facie* permitidas proviene de una regla permisiva bajo la cual resultan subsumibles. Su carácter de finalmente, consideradas todas las circunstancias, prohibidas proviene de una restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por principios que determinan el alcance justificado de la regla misma. De modo que la figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanis-

<sup>50</sup> *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 37.

<sup>51</sup> *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 37, nota 4.

<sup>52</sup> *Ilícitos atípicos...*, cit., pp. 38 y 58 a 61.

mo de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas. En definitiva, en el abuso del derecho se produce una divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema.

Según Atienza y Ruiz Manero<sup>53</sup>, los supuestos de abuso del derecho pueden ser vistos como supuestos de laguna axiológica en el nivel de las reglas: se trata de casos que las reglas del sistema solucionan permisivamente, pero sin tomar como relevante para esa solución alguna propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia que se deriva de los principios, sí debiera tomarse en cuenta como relevante para solucionar prohibitivamente el caso.

En conclusión, según la doctrina antes expuesta<sup>54</sup>, en el abuso del derecho se produce una divergencia entre el alcance o ámbito de aplicación de una regla jurídica permisiva y el alcance justificado por el principio que constituye la *ratio* de la propia regla, respondiendo el abuso del derecho, el cual es visto como un supuesto de laguna axiológica<sup>55</sup>, a la exigencia de adecuar el alcance de lo permitido a la *ratio* de la norma que atribuye el derecho<sup>56</sup>.

Sin embargo, el argumento de la existencia de una laguna normativa no resulta correcto si se estima que la disposición que

<sup>53</sup> *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 62.

<sup>54</sup> ATIENZA Y RUIZ MANERO (*Ilícitos atípicos...*, cit., pp. 28 y 29) parten del esquema conceptual elaborado por F. Schauer (SCHAUER, Frederick, *Le regole del gioco: un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 66 ss.), según el cual toda regla posee un conjunto de razones subyacentes que tarde o temprano generará el efecto supraincluyente (la regla incluye casos que no deberían estar incluidos atendiendo a su justificación subyacente) o el efecto infraincluyente (la regla no incluye casos que deberían estar incluidos a la luz de su justificación subyacente).

Afirma Pino que los defectos de la norma anteriormente descritos son normales, ya que el derecho objetivo se formula mediante reglas generales y abstractas, emanadas de una autoridad normativa, siendo inevitable que dicha autoridad normativa no consiga prever todas las hipótesis en las que el interés subyacente, que justifica la atribución de un derecho subjetivo, es efectivamente relevante. PINO, Giorgio, «Diritti soggettivi», en AA.VV., *Filosofia del diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, p. 243.

También PINO («Il diritto e il suo rovescio...», cit., p. 41) considera que el abuso del derecho se asemeja mucho a una situación de suprainclusión: afirma que existen conductas que están incluidas en el ámbito de aplicación de la norma que atribuye un derecho, pero que con respecto a la justificación de aquel derecho deberían ser excluidas.

<sup>55</sup> Sobre el concepto de lagunas axiológicas, GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, traducción de Silvina Álvarez Medina, Colección: El Derecho y la Justicia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 146 a 148.

<sup>56</sup> En la misma línea, GENTILI, Aurelio, «Il diritto come discorso», en *Trattato di Diritto Privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2013, pp. 447 a 451.



prohíbe el abuso del derecho prevé una excepción a la disposición que confiere el derecho subjetivo y que, en consecuencia, ambas disposiciones son partes o fragmentos de una única norma<sup>57</sup>.

De acuerdo con esta última construcción, las circunstancias expresamente previstas en el artículo 7.2 para determinar las hipótesis de abuso del derecho también concurren, como cualquier otro elemento de la norma completa, a definir el contenido del derecho<sup>58</sup>. Por eso, en el abuso del derecho no cabe establecer la distinción conceptual entre el plano del derecho y el plano de su ejercicio: el comportamiento abusivo es un comportamiento no permitido o, en otras palabras, es un comportamiento disconforme con la norma que atribuye el derecho, ya que no concurre el criterio que gobierna toda norma jurídica de concordancia entre hecho (situación de interés) y efecto (prerrogativas atribuidas al sujeto)<sup>59</sup>. El acto abusivo se aparta de las condiciones de hecho previstas por la norma para la atribución del derecho, ya que la previsión de las condiciones de hecho comprende la ausencia de las circunstancias del abuso presentes en la conducta del sujeto que actúa.

Como la norma que determina el carácter abusivo de un acto de ejercicio concurre a definir el contenido del derecho, la prohibición del abuso del derecho evidencia un límite interno a los derechos subjetivos, es decir, evidencia un límite inherente a la propia *ratio* del reconocimiento normativo de los derechos subjetivos.

Por otra parte, la afirmación según la cual el abuso del derecho responde a la exigencia de adecuar el alcance de lo permitido por la regla jurídica permisiva a su *ratio*, estableciéndose una contraposición entre tenor literal de la disposición (y el ámbito de lo permitido que delimita) y principios jurídicos que determinan el alcance justificado de la norma permisiva, tampoco parece correcta, pues,

<sup>57</sup> Seguimos en este punto el planteamiento de GUASTINI, Riccardo, «Teoria e dogmatica delle fonti», en *Trattato di Diritto civile e commerciale* già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, vol. I, t. 1, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p. 281, nota 31.

Supongamos, afirma GUASTINI, que una disposición D1 establece «si es A, entonces debe ser Z», y una segunda disposición D2 establece a su vez «si es B, entonces debe ser no Z». ¿Qué sucede cuando las dos circunstancias A y B se presentan juntas? Si se considera que D2 establece una excepción a D1 (*lex specialis derogat generali*), entonces la solución será D3: «Si es A y no B, entonces debe ser Z». Eso es como decir que D1 y D2 son normas incompletas, o fragmentos de una única norma: D3, esa sí completa.

<sup>58</sup> Hay que incluir entre los elementos que identifican el contenido del derecho la ausencia de las específicas circunstancias que convierten en abusivo el comportamiento del titular del derecho (cfr. SACCO, «L'esercizio e l'abuso del diritto», cit., p. 340).

Mantiene el mismo criterio RESTIVO (*Contributo...*, cit., pp. 134 y ss.) cuando analiza y critica la reconstrucción del abuso del derecho como una laguna de una norma permisiva.

<sup>59</sup> Cfr. RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 140 y 141.

como afirma un autor<sup>60</sup>, disposición y *ratio legis* constituyen una síntesis no susceptible de división, de modo que la interpretación es un proceso unitario: la interpretación abarca el proceso de adecuación de los efectos al hecho, y en ese proceso el interés, que integra el supuesto de hecho, adquiere relevancia como criterio de conformación del contenido del derecho (es decir, del efecto).

El abuso del derecho se entiende hoy como la expresión de un necesario control normativo sobre los actos de ejercicio de los derechos subjetivos<sup>61</sup>, que limita el espacio de autonomía personal que las normas atributivas de los derechos subjetivos garantizan a cada uno, precisamente porque el sujeto construye el proyecto de acción como miembro de una comunidad y la acción proyectada está destinada a operar en la sociedad: las acciones y las decisiones de la persona pueden afectar los intereses de las demás personas o los intereses colectivos. Por ello, las cláusulas generales de la buena fe y del abuso del derecho, entre otras, que limitan intrínsecamente las situaciones subjetivas y contribuyen a la identificación de su función, son expresiones del principio de solidaridad<sup>62</sup>.

Los derechos subjetivos aseguran a una persona la libertad y el poder de comportarse como prefiera, dentro de ciertos límites, para la protección de los propios intereses<sup>63</sup>. El abuso del derecho constituye un límite interno al ejercicio de los derechos subjetivos que precisa o delimita el significado de la discrecionalidad del sujeto que actúa, en el sentido de que el titular del derecho goza de libertad de elección de los medios idóneos para conseguir una utilidad, pero no goza de libertad de elección del fin a realizar, puesto que la indicación de los fines es prerrogativa del ordenamiento<sup>64</sup>.

Por último, la coherencia sugiere no hablar de abuso de un derecho para indicar un comportamiento ya expresamente prohibido<sup>65</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la disciplina del usufructo. Según el

<sup>60</sup> RESTIVO, Carmelo, «Recensione a “Manuel Atienza-Juan Ruiz Manero”, Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere», en *Europa e Diritto Privato*, 2/2005, p. 576.

<sup>61</sup> Así lo señala PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, tomo II, *Interpretazione sistematica e assiologica. Situazioni soggettive e rapporto giuridico*, terza edizione del tutto rinnovata e corredata di note, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 643.

<sup>62</sup> Cfr. PERLINGIERI, *Il diritto civile...*, tomo II, cit., p. 642.

<sup>63</sup> ROSS, Alf, *Diritto e giustizia*, introduzione e traduzione di Giacomo Gavazzi, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, Giulio Einaudi editore, 1965, p. 167.

<sup>64</sup> Así, VILLELLA, Aquila, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Università degli Studi di Salerno-Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto-Sezione di Diritto civile e Diritto civile comunitario, 4, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 82 y 83.

<sup>65</sup> SACCO, «L'esercizio e l'abuso del diritto», cit., p. 320.

En el lenguaje jurídico, afirma Gambaro («Abuso del diritto...», cit., p. 1), la violación de un deber no es nunca denominada abuso.

Código civil italiano (art. 981), el usufructuario tiene la facultad de gozar del bien, pero no puede modificar su destino económico; según el Código civil español (art. 467), el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia. La prohibición de modificar el destino económico, según la fórmula italiana, o la forma y sustancia, según la fórmula española, del bien usufructuado constituye un límite a la actividad de goce del usufructuario, ya que determina la amplitud de la actividad de goce permitida<sup>66</sup>. El acto con el que el usufructuario altera o modifica el destino, la forma o la sustancia del bien es un acto ilícito inmediatamente detectable a través de la comparación entre hecho y esquema normativo del usufructo, sin que sea necesario llevar a cabo una valoración en concreto y *a posteriori* del interés concretamente perseguido por el usufructuario<sup>67</sup>.

## 5. LOS CRITERIOS LEGALES CON BASE EN LOS CUALES EL INTÉRPRETE PUEDE VALORAR SI LA CONDUCTA DEL SUJETO TITULAR DEL DERECHO SUBJETIVO ES ABUSIVA

Nuestro Código civil enumera los elementos que, concurriendo en el comportamiento del sujeto que actúa su derecho, pueden determinar el abuso: *intención* del autor<sup>68</sup>, *objeto* del acto y *circunstancias* en que se realice.

Es conocido que nuestro Tribunal Supremo se refiere: por un lado, a las hipótesis subjetivas de intención de perjudicar o de ausencia de finalidad seria y legítima; por otro lado, a la hipótesis objetiva de exceso en el ejercicio del derecho.

Siguiendo la línea jurisprudencial señalada, Atienza y Ruiz Manero<sup>69</sup> afirman que quedan fuera del alcance de la autonomía digna de ser protegida tanto las acciones orientadas a dañar los

<sup>66</sup> Según RIVERO, la palabra obligación que emplea el artículo 467 del Código civil español es un término impropio, ya que, en su opinión, el principio del *salva rerum substantia* no es tanto obligación en sentido técnico cuanto un elemento estructural del usufructo, un límite institucional del *ius fruendi*, un no poder más que una obligación. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El usufructo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 307.

<sup>67</sup> Véase sobre este asunto, RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 131 a 133.

En sentido contrario al expuesto, CATALÀ afirma que el incumplimiento del deber de conservación del artículo 467 implica un abuso por parte del usufructuario. CATALÀ ROS, Rosa, *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Código civil*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A., 1995, p. 13.

<sup>68</sup> Como es sabido, el criterio de la intención de perjudicar a otros tiene su origen en la elaboración del modelo medieval de la *aemulatio*.

Afirma MARTÍN BERNAL (*El abuso del derecho...*, cit., p. 21) que toda la teoría del abuso del derecho tiene tras sus espaldas la teoría de los actos de emulación.

<sup>69</sup> *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 56.

intereses de otros como aquellas otras en las que, aun persiguiendo el sujeto sus propios intereses, el daño causado a otros sujetos aparece como excesivo o anormal<sup>70</sup>.

Esta opinión ha sido objeto de crítica<sup>71</sup> por valorar el ejercicio abusivo del derecho de manera diferente: en la hipótesis de ejercicio del derecho con la intención de perjudicar, o sin un fin serio y legítimo, la acción del sujeto se valora como abusiva antes del contacto de la acción con la esfera de intereses ajenos; en la hipótesis de ejercicio del derecho que ocasiona a los terceros un daño excesivo o anormal, el abuso se presenta en una perspectiva relacional, ausente en la primera hipótesis, puesto que el abuso aparece como el resultado de una valoración comparativa de dos intereses, el perseguido por el autor de la conducta y el perjudicado. Si los propios autores<sup>72</sup> que mantienen la opinión criticada parten de la base de que el espacio de autonomía personal que las normas atributivas de derechos garantizan al sujeto solamente puede concebirse si el sujeto puede tomar libremente sus decisiones dentro del espacio reconocido para realizar sus propios intereses sin necesidad de valorar cómo puedan afectar esas decisiones a los intereses ajenos, parece contradictorio que se pueda calificar de abusiva una acción que está contenida en el ámbito justificado de la norma permisiva solamente porque produce un daño excesivo o anormal.

Creemos que nuestro Código civil establece en el artículo 7.2 una clara separación entre el acto que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho y el daño para tercero. Según nuestro punto de vista, la valoración negativa de la actividad del sujeto titular del derecho por sobrepasar los límites normales del derecho se sitúa en un momento lógicamente previo al de la incidencia de la actividad en la esfera jurídica de un tercero. Ahora bien, para que la conducta abusiva sea jurídicamente relevante se requiere que se produzca la lesión o el daño para un tercero, requisito que expresa la íntima esencia de la experiencia jurídica, la cual presupone siempre el encuentro entre dos esferas de intereses y halla su razón de ser en la exigencia de prevenir o resolver su conflicto<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Según los mismos autores (*Ilícitos atípicos...*, cit., p. 56, nota 9), cuando el daño causado a intereses de otros sujetos resulte excesivo o anormal, la acción deja de estar dentro del alcance justificado del principio de autonomía, pues la determinación del alcance justificado del principio de autonomía no puede trazarse de manera enteramente insensible al daño causado a intereses de otros.

<sup>71</sup> Seguimos en este punto a RESTIVO, «Recensione a “Manuel Atienza-Juan Ruiz Manero”...», cit., pp. 573 a 575.

<sup>72</sup> ATIENZA Y RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 55.

<sup>73</sup> RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 240.

La frase «con daño para tercero» del artículo 7.2 significa que el carácter abusivo de la conducta del sujeto solamente es jurídicamente relevante cuando dicha conducta, al proyectarse hacia el exterior, lesiona el interés de un tercero. Este perfil intersubjetivo, que, como se ha observado anteriormente, representa únicamente un momento ulterior en la apreciación de la dinámica abusiva, pone de relieve que el abuso del derecho es también una regla de comportamiento entre sujetos, ya que el ordenamiento impone a los sujetos gestionar de manera correcta las situaciones de las que son titulares, pero sin olvidar que el abuso del derecho es primeramente una relación entre el sujeto que ejercita un derecho y la norma jurídica que le permite ejercitarlo. En el abuso del derecho no se plantea un problema de honestidad del comportamiento, sino de conformidad jurídica entre ejercicio del derecho e interés para la realización del cual el derecho se ha constituido<sup>74</sup>.

Siguiendo el texto legal, el ejercicio extralimitado de un derecho (el ejercicio sobrepasa los límites normales de un derecho) puede inferirse tanto de la circunstancia subjetiva de la intencionalidad del sujeto que actúa su derecho como también de las circunstancias objetivas del ejercicio, siempre que las circunstancias que acompañan a la conducta realizada pongan de manifiesto que el comportamiento concreto del sujeto titular del derecho carece de justificación en el plano causal. Se trata en última instancia de llevar a cabo una valoración de la función concreta desarrollada por el acto, lo que nos sitúa en la perspectiva dinámica de la realización de un determinado interés. Por eso la valoración recae sobre los resultados producidos por el acto: el acto es abusivo porque no presenta otro fin –en el sentido objetivo del término– que el de perjudicar o producir molestia a otro.

En el abuso del derecho hay que valorar si la interferencia dañosa en la esfera jurídica ajena está o no justificada. Es evidente que dicha interferencia no está justificada cuando el sujeto tiene la intención de perjudicar al tercero, pero tampoco lo está cuando, aun no concurriendo dicho elemento intencional, el sujeto debió renunciar a la realización del acto perjudicial para otro sujeto, tomando en consideración las concretas modalidades y circunstancias (tiempo, lugar, ocasión, etc.) del ejercicio de las prerrogativas.

El abuso del derecho establece un límite a la libertad del sujeto de elegir las formas de ejercicio de su derecho, puesto que dicho ejercicio debe desenvolverse en armonía con los intereses de los demás. La actividad abusiva del titular del derecho constituye en sí misma una desviación del programa normativo del derecho subjetivo

---

<sup>74</sup> Cfr. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 187.

(por ejemplo, en el artículo 348 del Código civil español la propiedad se define como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»), al tratarse de una actividad no prevista en el referido programa (la actividad no forma parte del contenido de la libertad reconocida al sujeto): el sujeto elige para la ejecución del programa una actividad que impone (fin o función) un injustificado sacrificio al prójimo, realizando un interés egoísta extraño al contenido del derecho (si es el de propiedad, la *utilitas* que el propietario persigue no guarda ninguna relación con el goce del bien; la actividad concreta no constituye una modalidad del goce). Como se ha dicho<sup>75</sup>, si es verdad que, por ejemplo, entra abstractamente dentro del poder del propietario plantar árboles en su fundo, concretamente el ejercicio de tal poder puede integrar los extremos de un comportamiento abusivo cuando el acto no tenga otro fin que perjudicar o causar molestia a otros sujetos.

En definitiva, el artículo 7.2 del Código civil afirma la exclusión de aquellos comportamientos que se consideran extraños a la lógica que preside la atribución de los derechos subjetivos. Tales comportamientos no constituyen actos de ejercicio de los derechos subjetivos.

Si el acto de ejercicio es la manifestación del derecho que lo prevé en abstracto, afirmar que el interés concretamente perseguido por el sujeto no es merecedor de protección por desviarse del interés tutelado por el ordenamiento jurídico es lo mismo que decir que el interés perseguido por el sujeto no es merecedor de realizarse por inexistencia del derecho a realizarlo. Pero como el sujeto lo realiza, la reacción del sistema se traduce en impedir al sujeto a quien se imputa el comportamiento abusivo conseguir o conservar los resultados o las ventajas obtenidas a través del acto abusivo.

Por último, hay que señalar que los términos en que aparecen redactados los criterios legales para juzgar como abusiva la conducta del sujeto otorgan al juez una amplia discrecionalidad a la hora de aplicar la fórmula abuso del derecho, puesto que en última instancia la valoración judicial deberá efectuarse en contacto directo con el caso concreto<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> VILLELLA, *Per un diritto comune...*, cit., p. 83.

<sup>76</sup> Según PINO («Il diritto e il suo rovescio...», cit., pp. 41 y 42), salvo que la prohibición del abuso vaya acompañada de una analítica indicación de los criterios a la luz de los cuales valorar como abusiva la conducta del sujeto, la fórmula encuentra su aplicación por la vía esencialmente interpretativa, y ello tanto en los ordenamientos en los que el abuso es solamente una construcción doctrinal y jurisprudencial como en los ordenamientos en los que está expresamente previsto a nivel legislativo.

La STS 63/1999 de 6 febrero se refiere al punto señalado en los siguientes términos: «La doctrina del abuso de derecho es uno de los conceptos denominados concepto jurídico indeterminado o concepto “válvula”, que, por ello, no puede ser conceptualizado apriorísticamente, sino que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cui-

Por tanto, situados en el plano de la política legislativa, el problema del abuso del derecho se reduce en la medida en que la ley impone la tipicidad de las causas de ejercicio de los derechos<sup>77</sup>, no dando margen para una investigación *a posteriori* de los intereses concretos perseguidos por los sujetos en el uso de las facultades o de los poderes que les son atribuidos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- BARCELLONA, Pietro: «Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento», en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. I, t. 1, *Diritto civile*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, pp. 45 ss.
- BIGLIAZZI GERI, Lina: «Buona fede nel diritto civile», en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, 4.ª ed., vol. II, Torino, Utet, 1988, pp. 154 ss.
- BUSNELLI, Francesco Donato e NAVARRETTA, Emanuela: «Abuso del diritto e responsabilità civile», en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 77 ss.
- CATALÀ ROS, Rosa: *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Código civil*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A., 1995.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- FEMIA, Pasquale: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 80, a cura di Pietro Perlingieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- GAMBARO, Antonio: «Abuso del diritto: II) Diritto comparato e straniero», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, pp. 1 ss.
- GENTILI, Aurelio: «Il diritto come discorso», en *Trattato di Diritto Privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2013.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo I, vol. 1.º (artículos 1 a 7 del Código civil), 2.ª ed., Madrid, Eder-sa, 1992, sub art. 7, pp. 862 ss.

dadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se hubiera planteado la cuestión». España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 63/1999 de 6 de febrero –RJ 1999, 642– [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi].

Por su parte, CUADRADO PÉREZ (*La moderna configuración...*, cit., p. 71) afirma que nuestro legislador simplemente ha ofrecido una descripción de lo que debemos entender por conducta que incurre en abuso del derecho. Añade que la labor más importante es ejercida por los juzgadores, quienes habrán de delimitar, caso por caso y con el asidero legal, la línea divisoria entre las conductas abusivas y las que no lo son. Serán ellos quienes doten de un significado preciso, en cada supuesto de hecho, a los conceptos jurídicos indeterminados que colman el escenario de la teoría del abuso del derecho.

<sup>77</sup> RESCIGNO, «L'abuso del diritto», cit., pp. 256, 257 y 267.

- GIORGIANI, Michele: «Causa (dir. priv.)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 547 ss.
- GUARINO, Giuseppe: *Potere giuridico e diritto soggettivo*, ristampa (estratto da «Rassegna di Diritto Pubblico», N. 3-4, 1949), Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1990.
- GUASTINI, Riccardo: «Teoria e dogmatica delle fonti», en *Trattato di Diritto civile e commerciale* già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, vol. I, t. 1, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.
- *Interpretar y argumentar*, traducción de Silvina Álvarez Medina, Colección: El Derecho y la Justicia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- LA TORRE, Massimo: *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, CLXVII, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1996.
- LOSURDO, Federico: *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo»-Dipartimento di Studi su Società, Politica e Istituzioni, Sezione di Studi europei «Anna Maria Battista», Critica Europea, 9, Collana diretta da Antonio Cantaro, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011.
- MAIORCA, Carlo: «Proprietà e anti-giuridicità», en *Rivista di Diritto Civile*, 1941, pp. 5 ss.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: *El abuso del derecho: (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Madrid, Editorial Montecorvo, S. A., 1982.
- MESSINA, Mara: *L'abuso del diritto*, Collana: Il Diritto come Garanzia, 2, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- MICARI, Giuseppe: «La teorica del rechtsmissbrauch nell'ordinamento giuridico italiano: rapporti con la buona fede e gli atti leciti dannosi», en *Giustizia Civile*, Vol. LV, 2005, Parte Seconda, pp. 357 ss.
- NATOLI, Ugo: *Il diritto soggettivo*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della R. Università di Messina, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1943.
- «Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, pp. 18 ss.
- NIGRO, Casimiro A.: «Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)»-note a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, en *Giustizia Civile*, Vol. LX-Novembre 2010, fascicolo 11, Parte Prima, pp. 2547 ss.
- ORESTANO, Riccardo: «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», en *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 113 ss.
- PATTI, Salvatore: «Abuso del diritto», en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, Torino, Utet, 1987, pp. 1 ss.
- PERLINGIERI, Pietro: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Tomo II, *Interpretazione sistematica e assiologica. Situazioni soggettive e rapporto giuridico*, terza edizione del tutto rinnovata e corredata di note, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- PINO, Giorgio: «Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Marzo 2004, pp. 25 ss.
- «Diritti soggettivi», en AA. VV., *Filosofia del diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavillo, Vittorio Villa, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, pp. 220 ss.



- RESCIGNO, Pietro: «L'abuso del diritto», en *Rivista di Diritto Civile*, 1965, Parte Prima, pp. 205 ss.
- RESTIVO, Carmelo: «Recensione a "Manuel Atienza-Juan Ruiz Manero", Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere», en *Europa e Diritto Privato*, 2/2005, pp. 571 ss.
- *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Università di Palermo-Facoltà di Giurisprudenza, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Eficacia general de las normas jurídicas», en *Comentarios al Código civil, I, Título Preliminar*, coordinador Joaquín Rams Albesa, Barcelona, José M.<sup>a</sup> Bosch, editor-Librería Bosch, S.L., 2000, pp. 171 ss.
- *El usufructo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- ROCA JUAN, Juan: *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., sub art. 7.2, pp. 371 ss.
- ROSS, Alf: *Diritto e giustizia*, introduzione e traduzione di Giacomo Gavazzi, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, Giulio Einaudi editore, 1965.
- SACCO, Rodolfo: «L'esercizio e l'abuso del diritto», en AA.VV., *La parte generale del Diritto civile, 2, Il diritto soggettivo*, en *Trattato di Diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, Utet, 2001, pp. 279 ss.
- SALVI, Cesare: «Abuso del diritto: I) Diritto civile», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, pp. 1 ss.
- SCHAUER, Frederick: *Le regole del gioco: un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2000.
- VILLELLA, Aquila: *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Università degli Studi di Salerno-Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto-Sezione di Diritto civile e Diritto civile comunitario, 4, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.