

EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO*

Fernando Fueyo Laneri**

INTRODUCCION

1. AMPLITUD QUE OFRECE LA MATERIA DE LOS ABUSOS Y EXCESOS

Pocos temas como el de los abusos o excesos pueden ofrecer unas perspectivas tan amplias o extensas sobre contenido, matizaciones, variantes, adjetivaciones, etc. El ejercicio abusivo del derecho viene a ser, por tanto, sólo una forma o especie de un mundo considerablemente mayor.

Para dar siquiera una idea primaria sobre tal amplitud, me valdré del esquema que a este respecto ofrece mi *Catalogación de Conceptos de Derecho Privado que publicó Editorial Montecorvo en España, 1968*¹.

* Santiago de Chile, noviembre de 1988

** Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Chile

1 Esta obra es a la vez un "Thesaurus" idóneo para la formación de un Banco de Datos Jurídicos en el campo de la computación. Se dice que es el primer "Thesaurus" publicado en español y en cualesquiera otra lengua.

Reproduzco lo pertinente de las páginas 23 y 24 de la obra recién citada.

ABUSO(S)

Ver: negocio fiduciario. Potestad de abuso de armas, delito de

autoridad
confianza
facultades
goce

la cosa juzgada
del derecho

Ver: actos de emulación

Ver: exceso de poder

-Calificación

-Caracteres

-Concepto

-Condiciones de existencia

-Cuasidelito

-Cuestión social

-Clases

-Efectos

-Elementos

-Evolución

-Fundamentos

-Orígenes

-Sanción

-Principio general

-Teoría del

de inferioridad psicológica

jurisdicción

la libertad

parcelamiento

Abusos de poder

administrativo

de mando

económico

paterno

suspensión de los derechos fundamentales en la Constitución

de publicidad

representación

Ver: representación, abuso de

sentencia

Ver: aprovechamiento abusivo de sentencias firmes injustas

del juez

deshonestos, delito de

despido abusivo

Leída la anterior reseña panorámica, podrá deducirse que el *tratamiento completo del abuso* -y siempre que alguien lo consiguiera- importaría abordar no menos de tres decenas de materias pertenecientes al género y del cual nace nuestro tema del "*Ejercicio Abusivo del Derecho*". No es precisamente mi propósito, ni mis fuerzas serían capaces de tanto. Con todo, me pareció rigurosamente honesto hacer esta importante advertencia al empezar, cosa que no he visto en los numerosos trabajos en torno al ejercicio abusivo del derecho que he podido revisar hasta el momento.

Tampoco es mi ánimo elaborar algo completo sobre el tema restringido fundamentalmente a la civilística, o a la doctrina general del derecho, conforme es mi deber en esta oportunidad. Mi esfuerzo se concentrará, sin embargo, en la sistematización, en la dosificación y en lo que podría aportarse a una reforma de algún Código que no contemplara el principio del abuso del derecho. Sin contar que puede recibir profusa aplicación judicial aun antes de consagrarse legislativamente, como ha resultado ser una verdadera y sana práctica en todo el universo.

2. EL CODIGO CHILENO NO USO LA EXPRESION CORRESPONDIENTE NI ALGUNA EQUIVALENTE

Con la ayuda de mi "*Repertorio del Código Civil*" puedo afirmar categóricamente que la expresión abuso del derecho no estuvo en el lenguaje de nuestro codificador, ni leyes modificatorias introdujeron la noción en el Código Civil usando las palabras pertinentes.

3. NO OBSTANTE, NUESTRO CODIGO ACOGIO LA TEORIA EN EXAMEN, SE LA CONSIDERA SOBREENTENDIDA

Sin necesidad de usar concretamente la expresión misma, o alguna equivalente, es sabido que el Código Civil chileno *acogió en su seno el principio del abuso del derecho*; así se reconoce pacíficamente por todos.

Sucede algo semejante a lo que aconteció con la *doctrina de los actos propios*: acogida manifiestamente en el Código, pero jamás nombrada por éste. Sin embargo, algo más todavía y que refleja el atraso de nuestro medio jurídico: se la ignora por la gran masa de juristas, como si no existiera.

Se dice y se repite que la noción de abuso del derecho estaría manifiestamente *consagrada* en las siguientes oportunidades, entre otras:

a) *El artículo 945 del Código Civil.* Si se cava un pozo en su propia heredad se realiza simplemente un acto de dominio legítimo; pero como el derecho de propiedad no se concibe conferido para perjudicar a otro sino que para utilizar y aprovechar racionalmente los bienes sobre que recae, ese acto normalmente lícito es *abusivo* si de él no se reporta utilidad alguna o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno que se causa.

Además de lo restringido de la hipótesis, que resulta aplicable a situaciones de muy rara ocurrencia, en el área rural y, generalmente, de mínima importancia, bueno es aclarar que ese art. 945 recién citado fue *suprimido* del Código por el art. 9 de la Ley No. 9.909 de 28 de mayo de 1951. Quede en claro que no fue por contrariar la teoría del abuso del derecho implícita en él sino por haberse desplazado la disposición a otro lugar: *art. 56 del Código de Aguas.*

b) *La renuncia de un socio de mala fe o bien intempestiva.* Es posible la renuncia de un socio a la sociedad a que pertenece, en las sociedades de personas, y en tal caso la sociedad expira conforme al art. 2108.

El *art. 2110*, sin embargo, establece lo siguiente: “*no vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente.* En tal caso “*podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio*”, o bien “*a soportar exclusivamente las pérdidas si el negocio tuviere mal éxito*”

Además, el *art. 2111* nos precisa en su primera parte que renuncia de mala fe el socio que lo hace por apropiarse una ganancia que “*debía pertenecer a la sociedad*”, y el *art. 2112* establece que “*renuncia intempestivamente el socio que lo hace cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales*”. En tal caso “*la sociedad continuará hasta la terminación de los negocios pendientes en que fuere necesaria la cooperación del renunciante*”.

Como puede apreciarse, el efecto del “*no vale la renuncia*” no es precisamente el de la ineficacia del acto, como sería de suponer. El Código desechó el camino de volver atrás, como si el acto no se hubiere producido y, en cambio, reguló efectos imperativos y sancionatorios acordes con el contexto de la situación, tratando de evitar trastornos y perjuicio para la sociedad y el resto de los socios. A la vez, contrarrestó los efectos del *aprovechamiento abusivo* por parte del socio que renuncia de mala fe o intempestivamente. Para ello reguló efectos especiales acordes con la idea de lo justo y diversos de los que conciernen a la nulidad respecto de un acto del cual la ley ha dicho que “*no vale*”, sin adjetivación alguna.

En este caso no se priva al socio de su libertad de renunciar; pero ésta no será de cualquier modo, como si se tratara de un derecho absoluto. En otras palabras, *no podrá abusar de su derecho a renunciar.*

Se asemeja lo anterior a los efectos de la *conversión* del contrato nulo que está dispuesta, por ejemplo, en el Código Civil italiano, art. 1424.

b) *El obrar del titular o el mero tenedor de propiedad horizontal.* En el Decreto No. 880, del Ministerio de la Vivienda, que refunde la Ley de Propiedad Horizontal, se encuentra una norma, de carácter general, que abarca todo el obrar -que debe ser racional y lícito- del dueño o mero tenedor de unidades de dominio en el contexto del edificio que pertenece a varios en un sistema de propiedad horizontal. Me parece que ésta es la aplicación más elocuente del ejercicio abusivo del derecho en la legislación chilena hasta el momento.

Establece el *inc. 1o. del art. 51* del texto recién citado: “*Cada propietario usará de su piso o departamento en forma ordenada y tranquila.* No podrá, en consecuencia, hacerlo servir a otros objetos que los convenidos en el reglamento de copropiedad, o a falta de éste, a aquellos a que el edificio está destinado o que deben presumirse de su naturaleza y ubicación o de la costumbre del lugar; ni ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios o que comprometa la seguridad, solidez o salubridad del edificio”.

La misma disposición concede facultades amplias al juez para hacer cesar la infracción respectiva, especialmente aplicando multa o arresto hasta por 15 días, además de conceder la reparación del perjuicio producido. Se aplica el *procedimiento sumario* y el juez está facultado para apreciar la *prueba en conciencia*. Se han resuelto numerosos casos aplicando acertadamente las normas recién aludidas.

A mi entender estamos frente a una hipótesis clara de *aplicación de la teoría del abuso del derecho*. Detento un derecho determinado, que puede ser el de dominio u otro, y debo ejercerlo racionalmente en forma de no causar daños o molestias a otros dentro de una relación de vecindad, como tampoco dañar de algún modo la propiedad raíz correspondiente.

Es particularmente interesante una sentencia del 5o. Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago, servido en aquel tiempo por el actual Ministro de la Corte Suprema y profesor en la Universidad de Chile D. Hernán Cereceda Bravo. Más

tarde fue confirmada con declaración por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago el 24 de Agosto de 1967. "Ugarte Vial, Jorge, con radioemisora Sargento Candelario". Sobre reclamo por uso ilícito de un departamento que pertenece al régimen de propiedad horizontal, y que se hace consistir en ruidos molestos provocados por la actividad radial y por la reunión de personas de notoria mala conducta, todo lo cual perturba la tranquilidad de los demás propietarios u ocupantes del edificio correspondiente, que es el de Ahumada 131, Santiago de Chile. La Corte de Santiago confirmó la sentencia con costas y con declaración que la pena de multa se reemplaza por la de 5 días de arresto, susceptible de repetirse. Dicha pena se cumplió. Publicada, con comentario de Fernando Fueyo Laneri, en Revista de Derecho Privado, año II, No. 7, pág. 64. Santiago de Chile, julio-septiembre 1967.

En resumen, es evidente que existe -aunque con signos de palidez- consagración intelectual de la teoría del abuso del derecho en los Códigos y Leyes que rigen en Chile, sin necesidad de emplearse las expresiones pertinentes de modo explícito. Como, asimismo, se citan erróneamente soluciones legislativas en las cuales se cree ver aplicaciones del instituto en examen. De cualquier modo, nadie pondría en duda la pobreza científica de nuestro sistema legislativo en esta materia, aún en las postrimerías del siglo XX; como tampoco podría negarse la pobreza doctrinaria imperante en la materia hasta nuestros días.

4. DUDOSA APLICACION EN CASOS QUE SE CITAN Y QUE CORRESPONDEN A DISPOSICIONES LEGALES

a) En los arts. 280 y 467 del Código de Procedimiento Civil. Se ha sostenido por algunos² que en la solicitud de medida prejudicial precautoria caducada, en el plazo de 10 días, que establece el Código de Procedimiento Civil en su art. 280, habría un ejercicio abusivo de la acción o del derecho a pedir la medida señalada, aunque no se usa precisamente estas expresiones.

También en el caso del desistimiento de la demanda ejecutiva dentro del plazo para oponer excepciones al ejecutado, que contempla el art. 467 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo caso se responderá por los perjuicios que se hubieren causado por la demanda, y, sobre todo, por los del embargo trabado.

² Alessandri Rodríguez, Arturo, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno, pág. 258. Imprenta Universitaria. Santiago de Chile, 1943.

A mi juicio, el ejercicio abusivo del derecho atiende a derechos que se encuentran actualmente en mi patrimonio, sean reales, personales o de cualquier otra especie; en caso alguno a facultades o potestades que confiere a todos el ordenamiento positivo dando aplicación a mi sagrada libertad y que se traducen en simples posibilidades de obrar, en cuyo caso se presenta la alternativa de hacerlo bien o causando perjuicio injustificado a otro. Se trata, pues, de casos de eventual responsabilidad civil y nada más.

A mayor abundamiento, si pido y se me concede una medida prejudicial precautoria ejercito libremente mi derecho al resultado positivo y efectivo en el pleito, pudiendo causar perjuicios en muchos casos, aunque no ilícitamente. La caducidad de la medida concedida y trabada no transforma necesariamente en abusiva mi actuación, aunque me hace eventualmente responsable por daños siempre y cuando se cumplan los requisitos legales de la responsabilidad.

c) En el ejercicio de la acción penal, o bien en el caso de la denuncia o querrela calumniosa. Se ha visto, por algunos, casos de abuso del derecho³ en el ejercicio de la acción penal pública o privada, de la cual el querellante más tarde se desiste, y, además, en la hipótesis de denuncia o querrela calumniosa que es así declarada en conformidad con el art. 211 del Código Penal.

Por mi parte estoy en desacuerdo con lo anterior. Son simples facultades o potestades que la ley confiere a las personas y que, al ejercitarse efectivamente, deciden una eventual responsabilidad, que puede ser civil y hasta penal.

No podemos confundir, a mi juicio, un obrar ilícito causando daño y el ejercicio abusivo de un derecho que está en la persona establemente y que a la vez está limitado por el derecho de los demás.

Con todo, en los casos recordados anteriormente es posible encontrar la tesis opuesta sustentada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, esto es, que en los casos aludidos, al revés de lo que yo sostengo, habría ejercicio abusivo del derecho. Se le denomina abuso de procedimiento o bien procedimientos judiciales abusivos.

³ Misma cita anterior.

5. EN CONTRASTE, LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO HA TENIDO ACOGIDA EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

Cita de un caso por via ejemplar

Al igual que en el caso de temas como el daño moral, el enriquecimiento sin causa, la doctrina de los actos propios, y otros muchos, no ha sido indispensable una formulación legislativa para que la *teoría del abuso del derecho* haya sido admitida en el orden jurídico vigente y se le aplique concretamente en casos judiciales que se han presentado a este respecto. La fuerza creadora que nace de la fenomenología que reclama la aplicación del principio, sobrepasa evidentemente el silencio de la ley en su texto expreso.

No se hará en este lugar el estudio acabado de lo resuelto por los tribunales chilenos en cuanto al abuso del derecho.

Con todo, dejando a un lado muchos otros fallos, se hará mención sólo de un caso que se trató por la vía del *recurso extraordinario llamado "de protección"*, consagrado por primera vez en la *Constitución Política de Chile de 1980* y reglamentado en un *Auto Acordado de la Corte Suprema*.

Recurrió de protección el dueño de un predio rústico, denominado Fundo "El Raco", situado en la Comuna de Puente Alto, de la Región Metropolitana. Se recurrió en contra del Club Arabe de Tiro al Vuelo, corporación que reúne a individuos que practican el tiro con armas de fuego en sus diversas formas y que, al hacerlo, hacen llegar al predio del recurrente balas, cartuchos y perdigones a velocidades variables, según el caso, con el consiguiente riesgo para personas y cosas, además de las molestias que se causan simultáneamente. Embarazan y perturban, evidentemente, el libre ejercicio de la facultad incontestable de gozar en forma pacífica y tranquila del inmueble que pertenece al recurrente de protección.

Dichos actos infringen el *No. 24 del art. 19 de la Carta Fundamental*, disposición que garantiza constitucionalmente el *derecho de propiedad en toda su integridad*. Dicha infracción autoriza precisamente el ejercicio del derecho a recurrir de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Se acreditaron los hechos aducidos en el recurso mediante inspección ocular del tribunal al lugar de los acontecimientos de lo cual se levantó acta, e informe pericial del Laboratorio de Policía Técnica, organización oficial que reiteró los mismos hechos y el consiguiente efecto constante que se refirió anteriormente.

La Corte de Apelaciones, al acoger el recurso de protección entablado por el propietario que sufría daño y peligro, citó dos disposiciones legales de las cuales se desprende la consagración de la teoría del abuso del derecho en el sistema legal chileno y que son los arts. 945, hoy 56 del Código de Aguas, y 941 del Código Civil.

Dijo textualmente: "Estas disposiciones se fundan en el principio inconcuso del abuso del derecho, en virtud del cual una actuación de suyo legítima se transforma en ilegítima si altera o afecta en forma grave el derecho legítimo de un tercero".

Insistiendo, señala: "16.- Que todas estas consideraciones llevan a concluir que la actividad de tiro al vuelo o de tiro en general del Club Arabe de Tiro al Vuelo, de suyo y en principio legítima, se transforma en ilegítima, arbitraria o ilegal desde que afecta al legítimo ejercicio de uno de los atributos del dominio del recurrente José Romagosa Irart, cual es de gozar pacíficamente de su predio denominado Fundo 'El Raco'".

Además de acogerse el recurso, la Corte dispuso concretamente que el nombrado Club "no podrá autorizar los ejercicios de tiro de sus socios y las competencias en su sede social ubicada en Camino "El Volcán" No. 06579, utilizando las instalaciones existentes en la forma y ubicación actuales ...". Esta sentencia quedó a firme al desistirse del recurso que en contra de ella interpuso el Club de Tiro al Vuelo.

En otras palabras, por la vía de la integración de la norma se establece que en el sistema está presente el "principio inconcuso del abuso del derecho", y, acto seguido, se le aplica ante un evidente ejercicio arbitrario del propio derecho, causándose daño y molestias a un tercero que es vecino y que reclama protección en favor de su derecho de dominio.

La sentencia es de la Ilma. Corte de Apelaciones presidente Pedro Aguirre Cerda y tiene fecha 23 de enero de 1985. Su redactor es el Abogado Integrante D. José Luis Pérez Zañartu y está publicada en la "Gaceta Jurídica", Año 10, No. 55, pág. 73, Santiago de Chile, 1985.

6. ¿DE QUE MODO NACIO ESTE PRINCIPIO?

Se dice que el primer autor que sistematizó la materia fue Jossierand; nos explica que el principio del abuso del derecho nació necesariamente, *como una reacción contra el ejercicio extremadamente libre que hace el individuo de los*

derechos subjetivos que le confiere el ordenamiento positivo, atendiendo más a su interés propio y egoísta que al de los demás.

Si el legislador nos concede unas prerrogativas, ha sido con un fin determinado y, en caso alguno, para sobrepasar manifestamente los límites normales o racionales del ejercicio de un derecho, mucho menos si con ello, además, ha de causarse daño a otro.

Puede añadirse que lo anterior coincide en el tiempo con la *escuela sociológica del derecho* que se evidencia a fines del siglo XIX en Francia y que en la civilística encuentra a *Marcel Planiol* como uno de sus propulsores y más eminentes cultores.

Aparece, por otra parte, como una reacción al rigor del derecho asimilado a la literalidad de la norma y no más allá de ella, colocando al juez como un miserable aplicador aritmético de la ley, única forma de lograrse la seguridad jurídica según esa concepción. Eran los tiempos de la *escuela francesa de la exégesis*, en boga al aparecer el Code Napoleón de 1804 y que mantiene cultores aun hasta nuestros días a pesar de sostenerse que fue superada hace mucho tiempo. En este aspecto, pues, el tema se vincula estrechamente con la metodología de la interpretación e integración de la norma.

El principio del ejercicio abusivo del derecho, por consiguiente, sirve de instrumento eficaz para interpretar e integrar la aplicación del derecho en forma de hacerlo moderno, moral y justo. Es una de las tantas vías para llegar al método de la *creación judicial de derecho* en la medida que aconsejan en cada caso la mesura y la prudencia. Esta materia la traté extensamente en mi trabajo "Interpretación y Juez". Coedición de Centro de Estudios "Ratio Juris" y Universidad de Chile, Santiago, 1976.

7. MANIFESTACIONES A TRAVES DE LA JURISPRUDENCIA. EVIDENTE APARICION ANTERIOR DE LAS SENTENCIAS

A) En Francia.

La figura del ejercicio abusivo del derecho, en su concepción moderna, aflora en *Francia* a través de sentencias que intentan poner coto a comportamientos o actividades ejercitados dentro de la legalidad que tanto se defendió y alentó y que, sin embargo, no resistían un análisis más profundo sobre el límite permisible en el ejercicio de un derecho.

Se estima como primer caso trascendente publicado el resuelto por el *Tribunal de Colmar en 1855*, por tanto hace bastante más de un siglo. Allí se afirma que el derecho de propiedad, así como el ejercicio de cualquier otro derecho, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo.

Pasado un tiempo en que el derecho de propiedad es el que está en juego y ninguno otro, la institución alcanza campos mayormente extendidos. Como ser, las materias de Derecho de Obligaciones, de patria potestad, de potestad marital, de Derecho Registral inmobiliario, de derecho de acción, etc. No podría sostenerse, sin embargo, que Francia sería el país en que este principio hubiere alcanzado gran desarrollo en la jurisprudencia. Para empezar, se advierte gran diversidad de criterios en las soluciones, en forma de estar ausente una inspiración única. Según palabras de *Durry*, "los tribunales rehúsan en esta materia dejarse encerrar dentro de algún sistema"⁴.

B) En España.

Es importante resaltar que una vez más la *jurisprudencia* se nos presenta en una posición de vanguardia. Cito al respecto el caso de España.

Ya mucho antes de consagrarse el ejercicio abusivo del derecho mediante *Decreto No. 1836, de 1974*, que dio nueva redacción al Título Preliminar del Código Civil español, recogiendo el citado principio en el inc. 2o. del art. 7o., la *jurisprudencia* había hecho aplicación reiterada del mismo. Además, con bastante sabiduría. Diría que *los redactores del texto del Código hoy vigente han debido limitarse a concretar en la norma lo que ya estaba asentado magníficamente en la doctrina jurisprudencial*.

Como sucede siempre, se destaca una sentencia por sobre las demás y, por añadidura, en cuanto a sus virtudes parecen estar de acuerdo los autores españoles que se han ocupado de la materia. Se cita frecuentemente a este respecto la sentencia del *Tribunal Supremo de España* de 14 de febrero de 1944, y de ella un párrafo en particular que no cabe otra cosa que reproducirlo (El fallo recayó en la causa caratulada "Compañía Catalana de Gas y Electricidad contra Consorcio de la Zona de Barcelona"). Fue ponente o redactor de la sentencia el maestro don *José Castán Tobeñas*, Catedrático de Derecho Civil, autor de un Tratado de Derecho Civil que lleva más de 10 ediciones y Presidente del Tribunal Supremo por largos años, hasta su muerte.

⁴ Revista Trimestrielle de Droit Civil, pág. 398. París, 1972.

“... los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, e 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 del mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha reconocido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales:

- a) “Uso de un derecho objetivamente legal;
- b) “Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y
- c) “Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anomalía en el ejercicio del derecho)”⁵.

Cuando 30 años antes, además de otras sentencias afines o concordantes en la substancia, se ha producido una como la reproducida recién en parte, no podríamos extrañarnos que a la hora de reformar el Código Civil, repito, 30 años después, aparezca en el Código Civil una disposición acabada técnicamente, y que volveré a reproducir aquí. “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a terceros, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso” (art. 7o., inc. 2o.). Por lo demás, ya venía señalado en el inc. 1o. de la base 3a. de la “Ley de Baes para la modificación del Título Preliminar del Código Civil”, la orientación doctrinaria pertinente que se traduciría en un texto legal como el recién reproducido.

Con todo, no se crea que el Tribunal Supremo de España no se mostró antes contrario al principio del abuso del derecho, dando un alcance casi absoluto al

⁵ El texto se ha tomado de Luis Díez Picazo, “El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones”. “Documentación jurídica”, pág. 1329 y sigtes. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Num. 4. Madrid, octubre-diciembre 1974. Manuel González-Alegre también cita “in extenso” el referido párrafo. “La teoría del abuso del derecho como principio informado de las relaciones de vecindad”. Revista de Derecho Español y Americano, pág. 65. Madrid, enero-marzo 1968.

principio de que “quien ejercita un derecho no daña a nadie”, sin duda expresión señera de un individualismo trasnochado. A este respecto, la sentencia de 13 de mayo de 1911 nos dice que “los actos y omisiones originarios de responsabilidad civil son aquéllos en que hubiese intervenido culpa o negligencia, no los que hayan realizado y omitido utilizando un derecho, y mucho menos si se hallan autorizados por la ley, porque es principio jurídico universalmente reconocido que el que usa de su derecho a nadie daña”. La misma doctrina se repite en la sentencia del mismo Tribunal de 18 de abril de 1913, entre otras muchas que se citan ordinariamente en el mismo sentido.

Una vez más se comprueba que en las materias modernas que el medio social elabora, exige e impone ante la necesidad, es la conducta de los jueces —concretamente su sabiduría— la que produce los primeros avances —con vacilaciones previas o sin ellas— que culminan muchas veces en nueva legislación. Seguidamente, ante una nueva normativa legal brotan nuevos estudios doctrinarios y nuevas sentencias, como por repercusión en cadena, produciendo un movimiento perpetuo. Es la suerte propia de toda ciencia y arte a la vez, como ha de suceder siempre con el Derecho manejado por hombres adelantados en un medio consecuente.

8. ¿EN QUE LUGAR CENTRAR EL TEMA DENTRO DEL PLAN DE EXPOSICION DE UN CODIGO CIVIL? SE DEBERIA ATENDER A LO QUE EL TEMA ES EN SU ESENCIA A JUICIO DEL LEGISLADOR

Si escribiéramos sobre esto antes de 1950, por citar una fecha, la respuesta a la interrogante que precede se haría más difícil. Simplemente porque faltaba hasta entonces la normativa de la civilística que en sus Códigos acogió con marcada frecuencia el abuso del derecho que la doctrina y la jurisprudencia ya habían considerado. No quiere decir que antes de 1950 no se encontraran consagraciones legislativas (por ejemplo, el Código Civil suizo de 1907); pero es que a contar de la segunda mitad del siglo XX se observan varios textos legales nuevos y a la vez buenos que revelan una acertada asimilación legislativa de lo que venía circulando de tiempo atrás, como luego quedará demostrado.

La elección de lugar en el Código define y decide el acento conceptual que tengamos acerca del abuso del derecho. A este respecto se observan tres posiciones diferentes, a saber:

A) Empezaré con aquello que me conforma plenamente, sin que haya experimentado duda alguna al respecto: la materia que estamos estudiando constituye

un principio general del derecho; ni siquiera una "teoría" o una simple forma de apreciar las cosas. Simplemente porque el abuso del derecho puede darse respecto de cualquier derecho subjetivo, sin limitaciones, y, a la vez, porque fija los límites del contenido substancial del derecho al tiempo de su ejercicio por el titular respectivo. Al decir recién "sin limitaciones", hemos de señalar las escasas excepciones de "derechos discrecionales", llamados así por no admitir ejercicio abusivo.

La generalidad equivale a la totalidad de los derechos, y, al propio tiempo, este principio sustenta un contenido regulador de los límites en el ejercicio del derecho, que es como decir en el contenido mismo del derecho. ¿Podría darse un caso más claro y evidente de principio general del derecho?

Esta categoría, por tanto, decide situar la materia en la *Parte General*, o *Título Preliminar*, o *Introducción*, o el nombre que se quiera dar a ese conjunto de normas con que empieza el plan de exposición de un Código Civil.

Se pueden citar a este respecto varios ejemplos. El *Código suizo* de 1907 lo hace en el art. 2o.; el *Código ruso* de 1964 en el art. 5o.; el *polaco* de 1965 en el art. 5o.; el *portugués* de 1967, con una importante reforma de 1977, en su art. 334; el *español* de 1889, conforme a texto de 1974, tal vez el de norma más elaborada y completa, en el art. 7o.; el *peruano* de 1984, en el art. 2o. Podrían señalarse además varios otros.

A mayor abundamiento, sin dejar de considerar que estamos frente a un principio general del derecho, es admisible fijar su contenido de "orden jurídico mayor". En otras palabras, que domina todo el derecho, que está en el más alto nivel y que, por tanto, goza de jerarquía.

En suma, el principio del ejercicio abusivo del derecho debe iniciar la normativa de un Código Civil. Es una de las posiciones de la doctrina, y de muchos Códigos, y a la vez me conforma plenamente.

B) Una segunda postura nos expone que es un *método de interpretación y aplicación de la ley*, y en tal sentido puede citarse la opinión de Juan Carlos Molina⁶. Es innegable que a través del abuso del derecho se fija el exacto y justo límite del contenido del derecho en su momento más importante, que es el de su ejercicio. En tal sentido se "interpreta", se "integra" y se decide lo que

6 Abuso del Derecho, lesión e imprevisión, pág. 36. Buenos Aires, 1969.

corresponda. Con todo, no por el hecho de intervenir o mezclarse un proceso interpretativo hemos de concluir que el abuso del derecho es sólo eso, esto es, un método de interpretación y aplicación. Una cosa es una técnica que se hace presente en los efectos y otra muy diferente es la esencia o contenido de fondo de una institución. Rechazo, pues, tal criterio.

C) Una tercera posición nos presenta el abuso del derecho como un tema inserto en la *responsabilidad civil*. Indudablemente que en ocasiones nace la obligación de reparar daños por parte de aquel que ejerció su derecho abusivamente. Así también lo recalcan algunos Códigos que consagraron este principio expresamente. Pero, ni ese es el único efecto que se produce, ni menos podríamos tomar un efecto por la substancia que, es cosa muy distinta. Con todo, el Código Civil argentino, conforme a su texto reformado por la Ley 17.711, de 1968, parece haber recogido el abuso del derecho como algo inherente a la responsabilidad civil⁷, aunque muchos insisten en que *la abundantísima jurisprudencia que ha producido el tema daría para sostener que aquella pensó que se está frente a un principio general*.

CH) Finalmente, existen razones para sostener que podría situarse la materia en algún Libro en especial, como el de los *hechos y actos jurídicos y de las obligaciones*. Así acontece tratándose del *Código Civil de Paraguay*, de 23 de diciembre de 1985, y esa consagración legislativa podría inclinarnos a dicha tesis. Otros Códigos particularizan en diversos lugares. Lo que para mí es un principio general, mal podría situarse en algún compartimento o división particular. Por eso mismo no me conforman estas posiciones particulares, como la del moderno Código Civil recién citado.

9. EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO EN EL TEXTO DE LOS CODIGOS CIVILES QUE LO CONSAGRAN

Bueno es tener un cuadro de las disposiciones legales que llegaron a consagrarse en algunos Códigos civiles en el transcurso del siglo XX, bajo la presión de la doctrina y de la jurisprudencia, como podría apreciarlo fácilmente cualquier persona y según ya se ha expresado repetidamente.

Si se tiene al frente ese conjunto de normas legales modernas, observaremos que hay una variedad considerable de formas y modalidades según las cuales se

7 En tal sentido "Código Civil y leyes complementarias" comentado, anotado y concordado. Varios autores. Tomo 5, pág. 53. Astrea. Buenos Aires, 1984.

consagró el principio en estudio. Hay disposiciones breves y enjundiosas; las hay explícitas y más largas. Unas acogen ciertos fundamentos de la institución y otras las desconsideran para preferir otros. Para una los efectos se reducen a contemplar el evento de daño que ha de repararse, y para otras además son importantes las etapas de prevención y de suspensión de los efectos dañosos.

En otras palabras, son diversos los criterios que emplearon los legisladores de las diferentes naciones para fijar la noción del ejercicio abusivo del derecho y también para caracterizarlo en sus variados aspectos según ya se venía observando en la doctrina que, a este respecto, formuló teorías mixtas, en el bien entendido que esto último supone superar la etapa histórica en que se definían criterios doctrinales contrarios a la existencia y regulación del ejercicio abusivo del derecho y criterios doctrinales favorables que lo admitían como correspondiente, posición que hemos de tener, obviamente, como triunfante y definitiva.

Creo que, en todo caso, es recomendable contemplar un cuadro de disposiciones legales para conocer la forma en que reaccionó la legislación ante problema tan importante y trascendente. Además, por ese camino, y con la ayuda de las aplicaciones jurisprudenciales tanto anteriores como posteriores a la legislación en referencia, pero sobre todo las posteriores, se llegará con mayor facilidad a la fijación de un concepto razonable y útil sobre el ejercicio abusivo del derecho. Me anticipo a decir que esto último no resulta fácil en nuestros días.

A) Francia. No encuentro otra disposición que una concerniente a un tema puntual: el art. 618 del Código Civil francés. Según ella, el usufructo puede cesar por el abuso que de su derecho hace el usufructuario.

Recordando un comentario, referido a Francia, "las decisiones judiciales que consagran el abuso del derecho no pueden, pues, basarse en disposiciones legales"⁸.

B) Alemania. Sin necesidad de emplearse el nombre mismo de la institución en examen, autores de renombre han visto en el art. 226 del Código Civil alemán de 1900 un "ejercicio abusivo de un derecho"⁹. Establece la disposición: "El ejercicio de un derecho es inadmisiblesi únicamente puede tener la finalidad de causar daño a otra persona".

8 Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, "Da boa fé no direito Civil. Vol. II, pág. 678. Almedina. Coimbra, Portugal, 1984.

9 Emilio Betti, "Système du Code Civil Allemand", pág. 60. Giuffrè, Milán, 1965.

A menos que haya operado alguna reforma -que yo ignoro-, la disposición aparece como escasa o pobre en nuestros días y para la nación jurídica de primer plano de la cual procede.

C) Venezuela. El Código Civil venezolano, dentro de la Sección denominada "De los hechos ilícitos", consagra una disposición expresa que es como apéndice de la formulación general de la reparación del daño que resulta de "intención, negligencia o imprudencia".

Establece el inc. 2o. del art. 1185:

"Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho. Se advierte un tratamiento bajo el solo prisma del derecho de daños, que es solamente uno de los posibles efectos.

CH) Paraguay. El Código Civil de Paraguay, promulgado el 23 de diciembre de 1985, en una Sección bajo el nombre "Del Ejercicio de los Derechos", que está dentro del Libro Segundo, "De los Hechos y Actos Jurídicos y de las Obligaciones", se encuentra el art. 372, que establece:

"Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente".

Merecen destacarse varios aciertos en este Código.

a) En tres artículos sucesivos, 372, 373 y 374, y bajo el rótulo de una sección llamada "Del ejercicio de los derechos", el Código Civil paraguayo consagra tres instituciones modernas, a saber: "el ejercicio abusivo de los derechos", la "legítima defensa" y "el estado de necesidad".

b) El abuso del derecho está tratado bajo un nombre adecuado con el contenido de la materia: lo abusivo es el ejercicio y no el derecho. Por eso, dentro del género "ejercicio de los derechos" se contempla acertadamente la hipótesis de "el ejercicio abusivo de los derechos". En armonía con el caso del Código paraguayo, puede citarse el Código Civil de la República Democrática Alemana que

entró en vigencia el 1o. de enero de 1976. El art. 15 tiene por rotulación: "*Ejercicio del derecho con sentido de responsabilidad*". Esta es, justamente, la denominación técnica que merece el tema, que, por otra parte, resuelve la crítica de la contradicción entre derecho y abuso al unir estos términos en la frase.

Lamentablemente, ni el ejercicio abusivo de los derechos, ni las otras dos instituciones arriba recordadas, debieron colocarse dentro de un Libro sustantivo y especial, esto es, el de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones. El lugar, pues, fue mal elegido a mi juicio.

D) Suiza. El magnífico *Código suizo de 1907*, en el Título preliminar, art. 2o. nos ofrece una breve, profunda y temprana consagración del principio del abuso del derecho, que, al propio tiempo, lo presenta como una prolongación indebida del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones en cuanto contravienen a la buena fe.

Dice el art. 2o.: "*Todos están obligados a ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones con arreglo a las reglas de la buena fe*".

"*El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley*".

Cabe señalar que abundante *jurisprudencia* suiza afirma que la buena fe y la prohibición de abusar de un derecho son, ambos, *principios generales* de aplicación al contexto del derecho civil federal¹⁰.

Por otra parte, es digno de citar que la teoría del abuso del derecho tiene aplicación en dicho Código en a lo menos dos casos, en uno con el uso literal de la expresión correspondiente y en el otro con el empleo de un equivalente.

El art. 164, dentro de "los efectos generales de matrimonio", admite el supuesto de un "*abuso del derecho de representar a la unión conyugal*" que tiene la mujer en un área limitada de las necesidades económicas del hogar. En tal caso, el marido puede privar a la mujer del todo o de parte de los poderes legales de ella.

En el art. 679 se habla de "*un propietario que se excede en su derecho*". Evidentemente, abusando del mismo. Por supuesto, se tomarán las providencias del caso.

¹⁰ Abundantes citas al respecto en "Code Civil Suisse et Code des Obligations anotados", 2a. edición. Editions Payot Lausanne. Suiza, 1977.

E) Portugal. Dentro de las "Disposiciones Generales" del subtítulo denominado "Del ejercicio y tutela de los derechos", todo comprendido en el Libro Primero del Código de Portugal de 1967, "PARTE GENERAL", se encuentra el art. 334.

Tiene por rótulo: "*abuso del derecho*".

"*Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por el fin social o económico de ese derecho*".

Incuestionablemente, silenció que con dicha conducta el ejercicio de un derecho derivaba en daño o molestia a otro.

F) Argentina. La Ley 17.711, de 1968, agregó un inc. 2o. al art. 1071 del Código Civil argentino, completando y acentuando la noción de abuso del derecho que ya se entendía en el inc. 1o. de la misma disposición.

Establece el art. 1071: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

"La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal el que contrarfe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

En el art. 2618, reformado por la Ley 17.711, se contemplan "ejercicio de actividades" que pueden constituir el equivalente del ejercicio de un derecho. Además, se contempla la contaminación ambiental en forma amplia en su aplicación a las relaciones de vecindad. La disposición se encuentra dentro de un Título cuyo nombre es "De las restricciones y límites del dominio".

Establece: "Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquellas".

"Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias".

En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad. Así mismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso.

“El juicio tramitará sumariamente”.

Los artículos 2513 y 2514, reformados por la ley 17.711, ya citada, ubicados en el Libro III, Título V, titulado “*Del Dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo*”, precisan, de un modo más general, el ejercicio regular del derecho de propiedad, estableciendo un límite infranqueable a éste cuando deviniere en “abusivo”; y facultando a los tribunales para restringir tal derecho en ese evento. Expresan:

Art. 2513: “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”.

Art. 2514: “El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades”.

El artículo 656 inciso 2o., también agregado por la Ley 17.711, ya mencionada, ubicado en el Libro II, Sección I, Título XI, titulado “*De las obligaciones con cláusula penal*”, faculta a los jueces a reducir las penas cuando su monto sea desproporcionado en relación a la falta sancionada, el valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso. Y si bien se hace referencia a la voz, “abusivo” -“abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”-, en verdad, más que un abuso del derecho se consagra en cierto modo la “cláusula penal enorme” que existe en el ordenamiento jurídico chileno. Con todo, es aplicación puntual del principio en examen.

Importante es señalar que el Proyecto de Código Civil argentino, aprobado con fecha de 15 de julio de 1987 por la Honorable Cámara de Diputados, y actualmente pendiente en su tramitación ante el Senado, agrega un tercer inciso al artículo 1071, ya analizado, otorgando al abuso del derecho, en dicho país, un perfil más preciso y completo. En efecto, se faculta al juez, ampliamente, para disponer las medidas necesarias a fin de evitar consecuencias perjudiciales del abuso; para, según las circunstancias, reponer la situación al estado de hecho anterior; y también para fijar la indemnización correspondiente. Este nuevo inciso establece:

“En su caso, el juez proveerá lo necesario para evitar sus efectos abusivos y, según las circunstancias, procurará la reposición al estado de hecho anterior y fijará una indemnización”.

G) Perú. En el nuevo Código Civil del Perú, de 1984, se contiene la siguiente disposición: art. II, dentro del Título Preliminar: “La ley no ampara el abuso del

derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda”.

A mi juicio debe realizarse la elección del mejor lugar para el tratamiento de la materia: la parte general o preliminar del Código. Se observa con frecuencia que la materia se lleva al campo de la responsabilidad, contractual o extracontractual, más a menudo esto último, y aún a otros lugares, según lo vengo demostrando. Es tomar el asunto por sus consecuencias jurídicas y no por lo que representa en su esencia, como ya se ha advertido.

H) República Democrática Alemana. El Código Civil de esta nación se promulgó el 19 de junio de 1975 y entró en vigor el 1o. de enero de 1976¹¹. En el “Preámbulo”, o “Título Preliminar”, se encuentra un Capítulo Cuarto bajo el nombre de “*Principios inherentes a la cooperación de los ciudadanos y la empresa*”. Dentro de él una disposición rotulada “*Ejercicio del derecho con sentido de responsabilidad*”. Más que un nombre o rótulo es una verdadera norma de conducta de carácter imperativo. Establece el art. 15:

“1. Los derechos reconocidos a los ciudadanos y a la empresa en esta legislación deben ser ejercitados de un modo consecuente con el contenido social y el objeto que aparece prefijado”.

“2. No se admite el ejercicio de un derecho, si con ello se persiguen fines contrarios a las normas legales o a los principios de la moral socialista”.

Es indudable que la filosofía de la disposición, y aun su estilo, difiere de lo que venimos reproduciendo del sistema legal occidental románico-francés.

Se ha considerado que -ideologías aparte-, la información proveniente del Código Civil de la República Democrática Alemana no deja de tener interés. A nosotros -estudiantes o estudiosos- nos corresponde estudiarlo todo, sin limitación. Es el ejercicio de la libertad de pensar y de la libertad de cátedra.

I) México. En el Código Civil de México no se encuentran disposiciones que hagan uso explícito de las palabras “Abuso del derecho”. Sin embargo, podrían citarse tres disposiciones sobre materias especiales, en que la noción está manifiestamente contemplada.

11 No debo dejar pasar la oportunidad de celebrar que la Editorial Giuffrè, de Milán, tenía preparada, traducida y publicada en el mismo año 1976 la edición en italiano, de la cual he dispuesto.

Art. 840. "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero, sin utilidad para el propietario".

El art. 2751 del mismo Código aparece íntimamente ligado al anterior porque se refiere también al derecho de propiedad. Además, tiene de interesante la consagración legislativa del *abuso del derecho por omisión*. Dejo de ejercitar mi derecho de propiedad y caigo en el módulo "tierras ociosas". Esa omisión culpable o dolosa, y aun de hecho, configura el *abuso del derecho*, que, repito, es por omisión.

Establece el art. 2751: "El propietario no tiene derecho de dejar sus tierras ociosas, sino el tiempo que sea necesario para que recobren sus propiedades fertilizantes. En consecuencia, pasada la época que en cada región fije la autoridad municipal, conforme a la naturaleza de los cultivos, si el propietario no las comienza a cultivar por sí o por medio de otros, tiene obligación de darlas en *aparcería* conforme a la costumbre del lugar, a quien las solicite y ofrezca las condiciones necesarias de honorabilidad y solvencia".

En un Capítulo denominado "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", se encuentra el art. 1912: "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación "de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de "causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

1.1.) México. Códigos Civiles de los Estados. Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Código Federal, se observa en la aplicación de la teoría en examen Códigos pertenecientes a los diversos Estados.

El Código Civil del Estado de Morelos, de 27 de septiembre de 1945, tiene la particularidad de rotular la disposición pertinente con el nombre de "Abuso del derecho". Establece el art. 2014:

"Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

Además, se da tratamiento específico a la *propiedad* frente a un eventual abuso del derecho. Establece el art. 946:

"No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

Es verdad que no agrega cosa alguna a una disposición general sobre la materia; sin embargo, admitamos que se quiso poner un acento tratándose de la propiedad y su importancia.

Los demás Códigos Civiles pertenecientes a diversos Estados, siguen la misma línea que ha quedado esbozada respecto del Código de Morelos. Por consiguiente, me limitaré simplemente a citar las disposiciones que consagran la institución.

El Código Civil del Estado de Nuevo León, en sus arts. 1809 y 837:

El Código Civil del Estado de Jalisco, en sus arts. 1833 y 879.

El Código Civil del Estado de Chihuahua, en sus arts. 1797 y 807.

El Código Civil del Estado de Tlaxcala, en sus arts. 1379 y 751.

El Código Civil del Estado de Querétaro, en sus arts. 1796 y 833.

En todos los casos citados, la primera de las disposiciones está situada dentro del Capítulo relativo a las *obligaciones que nacen de los actos ilícitos*.

La segunda de las disposiciones citadas está siempre en el marco de tratamiento de la materia de la *propiedad*.

J) España. Resulta obvio que el texto legal tiene evidente inspiración en el Código Civil suizo, aunque superándolo en mucho por una mayor explicitación. El art. 7 del Código Civil español, según su redacción en esta parte a contar del 31 de mayo de 1974, establece lo siguiente:

7.1. "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".

7.2. "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión 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, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

El Código original, de 1889, no contemplaba disposición alguna sobre la materia en comentario. Sin embargo, antes de las reformas al Código, de los años 1973 y 1974, la legislación española admitía el abuso del derecho, nominadamente, en la *Ley de arrendamiento urbano* de 1956, redacción, en el art. 9 que se citará, según ley de 11 de junio de 1946.

El art. 9 de dicha ley dispone: "El ejercicio de las obligaciones previstas en esta ley se acomodará a las reglas de la buena fe".

"Los jueces y tribunales rechazarán pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la ley".

Salta a la vista un comentario. Circunscrita a un contrato de repercusión restringida, pero a la vez eminentemente social, dicha norma tiene un contenido doctrinario amplio que bien le permitiría integrar el texto de un Código Civil.

Volviendo al fondo de la civilística misma, recordemos que aun antes del texto hoy vigente del Código Civil, y que recién se ha transcrito, ya la *jurisprudencia del Tribunal Supremo de España*, había acogido la teoría del abuso del derecho en forma precisa y clara. Citaré ahora sentencias próximas a la reforma, pues las hay también muy anteriores.

Son elementos esenciales de la teoría del abuso del derecho: "1o.) Uso de un derecho objetiva y externamente legal; 2o.) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3o.) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestado en forma subjetiva o en forma objetiva. (Sentencias de 28 de noviembre de 1967 y 5 de junio de 1972)."

Es importante, sin embargo, recordar el pensamiento jurisprudencial posterior a la reforma y que encuentra buena síntesis de un importante ángulo de esta figura en la sentencia del *Tribunal Supremo de 26 de abril de 1976*.

"El abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de los intereses que todavía no alcanzan protección jurídica si se estima que el abuso de derecho es una cuestión jurídica como derivada de un mandato legal destinado a los jueces..., no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio del derecho está garantizado por un precepto legal". *Me parece importante este pasaje*¹².

Como disposiciones específicas en el Código Civil español, pueden citarse los arts. 520 y 529, que contemplan la hipótesis de "abuso" de la cosa dada en usufructo, o bien en uso o habitación.

¹² En este sentido, en Chile nos recuerda el *recurso de protección* consagrado en la Constitución Política de 1980 y que ha tenido notable y acertada aplicación durante un tiempo relativamente largo.

K) *Colombia*. Inspirado en gran medida en el Código Civil chileno, no resulta raro que el Código Civil de Colombia, de 1887, no contenga disposición alguna sobre el tema que estamos tratando. Las muchas e importantes reformas que ha sufrido dicho Código -algunas de suma importancia- tampoco han llegado a tocar en su cuerpo lo concerniente al ejercicio abusivo del derecho en términos explícitos.

Con todo, *dos proyectos de Código nuevo*, han consagrado la materia.

A) "*Proyecto de Código de Derecho Privado*". Arturo Valencia Zea. Superintendencia de Notariado y Registro. Bogotá, 1980.

"En el Título II, del Libro I, "Parte General", se contiene la materia rotulada "*De los derechos subjetivos y de su ejercicio*". En dicho título se encuentra el art. 35, que establece:

"Cada cual tiene iniciativa para adquirir y gobernar sus derechos en la forma que le plazca".

"No obstante, es inadmisibles el ejercicio de los *derechos patrimoniales* en un sentido contrario a su destinación económica y social, y el de los *derechos extrapatrimoniales* en forma que desvirtúa el normal desarrollo de la personalidad".

"Igualmente es inadmisibles el no ejercicio de los derechos patrimoniales que interesan a la producción nacional o que se encuentran instituidos por motivos de orden público económico".

También pueden citarse como disposiciones que tocan el ejercicio abusivo del derecho, aunque de un modo pálido o indirecto, las siguientes: arts. 228 y sigtes.; 232 y sigtes.; 238 y sigtes.; y 1269.

B) "*Proyecto de Código Civil*". Comisión Revisora del Código Civil designada por el Presidente de la República Dr. César Turbay Ayala¹³.

Con el mismo nombre del título según el caso anterior, y dentro del mismo Libro I denominado también "Parte General", se encuentran dos disposiciones que abordan el tema de una manera directa.

¹³ La Comisión estuvo compuesta por los doctores Arturo Valencia Zea, José Gabino Pinzón Martínez, José Alejandro Bonivento Fernández, Luis Manríquez Naranjo, Pedro Lafont Pianetta y Gilberto Castrillón.

A saber:

"Art. 32. Cada cual tiene iniciativa para adquirir y gobernar sus derechos en la forma que le plazca dentro de los límites de la ley, el orden público y las buenas costumbres".

"Art. 33. El ejercicio de los derechos patrimoniales no debe ser contrario a su función económica y social, y el de los derechos extrapatrimoniales cuando desvirtúe el normal desarrollo de la persona o de la familia".

"Es inadmisibles el no ejercicio de los derechos patrimoniales que interesan a la producción nacional o que se encuentran instituidos por motivos de orden público económico".

En ambos proyectos puede observarse gran similitud de tratamiento, si bien existen diferencias de redacción y en algún punto menor en cuanto a contenido.

Este proyecto es posterior al que se citó en primer término. Se deduce claramente de las fechas de prórroga del encargo y de un Informe final emitido. Sin embargo, no observo fecha de publicación de este segundo proyecto en el pie de imprenta.

Sin duda que estamos en ambos casos frente a un tratamiento idóneo de la materia del ejercicio abusivo del derecho.

10. EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO ANTE LA JURISPRUDENCIA

Sin perjuicio de las varias sentencias que se han citado hasta el momento con varios fines, como, por ejemplo, para demostrar que la jurisprudencia prácticamente en todas las naciones se adelantó a los textos que consagraron legislativamente la materia en forma explícita, ahora se pondrá atención específica a las sentencias que en diversos países han aplicado el principio en examen, en ocasiones incluso antes de promulgarse los textos legales explícitos.

1) Perú

El Código Civil del Perú derogado, esto es, el de 1936 que sustituyó el de 1984, contenía una disposición escueta que sólo decía lo siguiente: "Art. II. La Ley no ampara el abuso del derecho".

Sin duda que es una norma incompleta e insuficiente, además de negativa porque lo dado consiste en evidenciar la falta de "amparo" según la ley ante algo que hemos de suponer ilícito. Es como decir que la ley no ampara el hurto ni el homicidio. Ciertamente es decir muy poco.

Con todo, hay un reproche de ilicitud al abuso del derecho. La disposición nueva, del Código de 1984, dijo exactamente lo mismo al empezar. Pero luego agregó elementos substanciales inherentes a los efectos del acto abusivo.

A pesar de la imperfección de la regla originaria, se produjeron con ella resoluciones de mérito doctrinario.

a) Constituye abuso de derecho *embargar un bien* sin convencerse previamente que es de propiedad del deudor y exponiéndose a embargar lo que es de un tercero absolutamente ajeno a la correspondiente relación de obligación. La sanción consiste en el pago de los perjuicios causados¹⁴.

b) El litigante que en virtud de mandato judicial para destruir una obra nueva que causa daño a su propiedad *se excede deliberadamente* en la ejecución del mandato y ocasiona daño a la propiedad ajena, abusa de su derecho y está obligado a indemnizar a aquél¹⁵.

En cuanto a jurisprudencia de la disposición legal que contiene el nuevo Código de 1984, es posible que los casos sean aún muy pocos y, de existir, lo cierto es que no han llegado a mi conocimiento hasta el momento.

2) Venezuela

a) Definiendo el principio en examen, un Tribunal Civil de Primera Instancia lo ha hecho así: *Abuso del derecho es "el exceso en el uso de una facultad, potestad o atribución, cuando se ejerce con intención de dañar a otro"*¹⁶. No podrá satisfacer a todos; pero es breve y contiene lo esencial al menos en parte.

14 Revista del Foro, pág. 190, Lima 1946. Cita de Fernando Guzmán Ferrer. Código Civil anotado. Lima 1977.

15 Revista de Tribunales, pág. 33, 1933. Cita de la misma fuente anterior.

16 Juzgado Primero de Primera Instancia Civil de la Primera Circunscripción Judicial. "Jurisprudencia de los Tribunales de la República", Vol. IV, Tomo I, págs. 26 y 27. Caracas, 1955.

b) Se repite que son muchos los casos en que se ha reconocido por la jurisprudencia venezolana el ejercicio abusivo de la *acción judicial*, esto es, cabe admitir que puede haber abuso del derecho en el llamado derecho de acción. Se dará noticia de un caso.

Un tribunal venezolano, aplicando una disposición que encabeza la Sección intitulada "*De los hechos ilícitos*", y que consagra de modo expreso el principio del abuso del derecho¹⁷, se expresa en los términos que siguen:

El derecho de recurrir a las vías legales ejercitando una acción en justicia, respondiendo tal acción, ejercitando un recurso, depositando una queja, recurriendo a una ejecución, ese derecho pareciera ser absoluto y particularmente sagrado. En realidad, sin embargo, es relativo y susceptible de abuso: debe ser ejercido honesta y prudentemente, con buena voluntad. De no ser así, se expone el culpable a una condena de daños y perjuicios. La Corte de Casación francesa admite, de acuerdo con la tradición remota, la responsabilidad delictual de quien recurrió a las vías judiciales "abusivamente, por malicia o por espíritu vejatorio, o también "por un error grosero equivalente al dolo". Para apreciar este abuso es necesario, de acuerdo con la casación francesa, la prueba de la malicia o de la mala fe. Una simple culpa en el ejercicio de las vías de derecho se juzga insuficiente¹⁸.

3) Colombia

Empezaré a referirme a *Jurisprudencia de Colombia* recogiendo sentencias que están citadas por *Arturo Valencia Zea* en su *Derecho Civil*.

"Nuestra jurisprudencia y la legislación posterior al Código Civil se han encargado de llenar el vacío general existente en el derecho escrito respecto del ejercicio abusivo del derecho. Se ha proclamado que quien causa daño a otros en el ejercicio de un derecho, deberá indemnizarlos.

"En 1899 se dijo en una *sentencia de la Corte Suprema*: "El derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales, teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho

17 Establece el inc. 2o. del art. 1.185 del Código Civil venezolano: "Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho".

18 Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. IV, tomo I, págs. 29 y 30. Citado por Oscar Lazo. Código Civil de Venezuela, concordado y anotado, pág. 606. Ediciones Regis, Caracas, 1962.

objetivo, cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino, dañosa para los demás o para el fin social".

Agrega *Valencia Zea*: "*Pero es a partir de 1935* cuando adquiere carta de ciudadanía en nuestra jurisprudencia la tesis que prohíbe abusar de los derechos. La sentencia de la Corte, del 6 de septiembre de 1937, proclamó: "Sería un absurdo jurídico autorizar el abuso y exceso en el ejercicio del derecho cuando no favorece al sujeto de él y perjudica a los demás o al fin social".

"Posteriormente, la sentencia de la Sala de Casación, del 5 de agosto de 1937, enunció así la teoría: "Del ejercicio abusivo de un derecho, esto es, en un sentido contrario a su destinación económica y social, se deriva una sanción por el daño causado, siempre que aparezca netamente caracterizada por una cula en la ejecución, o un error abusivo en la técnica, o un contrasentido jurídico cualquiera, mediante los cuales, sin necesidad de que hayan violado la letra misma de la ley, esos actos se revelen como constitutivos de un desvío del derecho que choca con su espíritu"¹⁹.

Es interesante tocar el punto del *derecho de litigar* en cuanto pueda o no llegar a constituir ejercicio abusivo del derecho.

Nos dice *Héctor Roa Gómez*, en su *Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia*, que "la jurisprudencia colombiana ha venido sosteniendo, reiteradamente, que se presenta el *abuso del derecho de litigar* cuando el contendiente se comporta con imprudencia manifiesta o su conducta revela perjuicio a su contraparte".

Roa cita en torno a la doctrina anterior sentencias, debidamente individualizadas, de los años 1935, 1938, 1941, 1955, 1956, 1959, 1968 y 1969. Finaliza citando la del 27 de noviembre de 1970, publicada en la *Gaceta Judicial*, Tomo CXXXVI, pág. 114, 1a. y 2a.²⁰

El mismo autor se refiere al *ejercicio abusivo del derecho como fuente de responsabilidad extracontractual* en la materia pertinente. Además, insiste en que no es indispensable la concurrencia de dolo; basta la culpa en cualesquiera de sus grados.

19 Arturo Valencia Zea. "Derecho Civil". Tomo I, pag. 213 y 214. 6a. Edición. Temis. Bogotá, 1974.

20 Héctor Roa Gómez, obra citada, pag. 2. Editorial ABC, Bogotá, 1977.

Citando una sentencia al respecto, nos dice Roa: "En Colombia, por consiguiente, el abuso del derecho es una aplicación de la responsabilidad extracontractual a una determinada materia. En consecuencia, hay abuso del derecho, de conformidad con esta última concepción de la figura, cuando se ejercita (o actúa) dolosa o culpablemente, es decir, con intención positiva de infringir injuria o daño a otro, o con negligencia, imprudencia, o falta de diligencia o cuidado. El problema se ubica así en el ámbito de la culpa y no se exige que el autor del daño haya tenido intención de causarlo, sino, simplemente, que haya ejercitado un derecho de manera descuidada o imprudente".

La doctrina precedente está contenida en la sentencia de la *Corte Suprema de Colombia de 2 de octubre de 1969*²¹.

Reafirmando lo anterior y agregando los puntos de apoyo que tendrá el juez para sostener que el ejercicio de un determinado derecho ha sido abusivo, el mismo Roa reproduce los conceptos de otra sentencia colombiana.

"En síntesis, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, hay abuso del derecho cuando el titular los ejerza dolosa o culpablemente, esto es, cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres usan en sus actos y negocios propios. La falta en el ejercicio del derecho, la ausencia de interés legítimo o la desviación del fin en vista del cual se ha concedido el derecho, sirven al juez como criterio orientador en la aplicación de la doctrina expuesta"²².

Como al iniciarse este trabajo controvertí la doctrina observada en Chile al respecto, acudo al mismo autor para traer a colación la hipótesis de si existe o no ejercicio abusivo del derecho *cuando se formulan denuncias o querellas por crímenes*. Nos dice que, en general, "el derecho de formularlas, constitutivo también de un deber legal, no es de por sí un acto que comprometa la responsabilidad civil del denunciante, pero que puede llegar a constituir una culpa cuando no ha sido realizada con un objetivo serio, de buena fe, y sobre hechos reales".

Citando un fallo, agrega.

21 Héctor Roa Gómez, "Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia". Tomo I, pág. 5. Editorial ABC, Bogotá, 1977.

22 Gaceta Judicial, Tomo LXXX, pág. 655. Misma cita anterior, pág. 7.

"Quien con incuestionable buena fe lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean para propia defensa porque así el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluye en la existencia de delito alguno, si los hechos son ciertos y en su denuncia no se procedió temerariamente y con torcidos fines"²³.

Puede observarse, por lo expresado recién, que se trata de una *solución razonable y, además, pro-defensa o en protección del denunciante o querellante de buena fe*. A mi modo de ver es la manera de apreciar correctamente el problema.

Finalmente, es interesante la referencia al ejercicio abusivo del derecho en el caso de una *manera equivocada en que se liquidó impuestos* al señor Caldas por parte del Administrador de Hacienda Nacional de Santa Marta, Colombia. Tomo la referencia jurisprudencial de la obra del profesor y magistrado *Dr. Germán Orozco Ochoa*, "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de 1887 a 1944.

De una larga noticia que se da en torno a un fallo, recojo el siguiente trozo: "Es insuficiente el perjuicio ocasionado al ciudadano por causa de la errada interpretación legal que haga el funcionario público encargado de ejecutar la ley en un caso particular, para configurar, a mérito del solo yerro, la acción por abuso de los derechos. Se requiere algo más: que la equivocación fue intencionada o culposa; con culpa delictual o cuasidelictual".

"En el caso del autor lo único que está acreditado es que el funcionario que liquidó los impuestos de renta y patrimonio y exceso de utilidades debidos por el señor Caldas, incidió en graves equivocaciones, a las cuales llegó por una mala interpretación de la ley encargado de aplicar, la cual fue corregida luego por la autoridad competente".

Termina el fallo en referencia con un párrafo que, a mi juicio, podría dar lugar a controversia en estos finales de siglo, cuando la responsabilidad del Estado por actos de sus funcionarios ha logrado considerable desarrollo. Dice: "Si a virtud de ese procedimiento ilegal se causaron perjuicios al demandante, debido al embargo de bienes que se le hizo en la ejecución, de ellos no responde el Estado, porque se originaron en un acto cumplido en función de un poder legal,

23 Sentencia de la Corte Suprema de Colombia, 28 de noviembre de 1969. Gaceta Judicial, Tomo CXXXII, págs. 177 y 178. Misma cita anterior, págs. 7 y 8.

ajeno a la obtención de un fin especial teñido de ilicitud por ninguno de sus aspectos²⁴.

La obra de *Orozco Ochoa* contiene un total de 18 casos jurisprudenciales en torno al tema del ejercicio abusivo del derecho. En esta obra los casos jurisprudenciales se encuentran prolijamente ordenados por orden alfabético de materias y se añaden referencia y concordancias. Además, en cada caso se comprende una suma orientadora del contenido de la sentencia²⁵.

4) Argentina

Con especial interés incluyo un cuadro de sentencias argentinas relacionadas con nuestro tema, muchas de ellas con el texto del Código anterior a la reforma por Ley 17.711, de 1968, y otras de fecha posterior a dicha reforma. Recordemos que la ley recién citada completó en mucho el art. 1071 del Código Civil, agregando un inciso segundo que dio vida plena a la materia originariamente apenas insinuada en dicho inciso primero.

Destaco, por sobre todo, la fuerza creadora de los jueces que pronunciaron los fallos que, sobre tan variadas materias, voy a dar a conocer.

Al final expresaré mi comentario.

He usado para este efecto el material que proporciona el *Código Civil anotado*, de *Acdeel Ernesto Salas*, en 2a. edición actualizada, de fecha 1977²⁶.

Señalo desde luego dos graves inconvenientes. La edición de que dispongo nos priva del material de sentencias producido en los 10 últimos años, y, además, se proporciona en dicho trabajo sólo un enunciado de lo que a juicio del autor del Código anotado representa la doctrina del fallo, todo en una frase, a veces brevísima, en ocasiones un poco más extensa. De cualquier modo, prescindiendo de los hechos, circunstancias, fundamentos, pruebas logradas, extremos

24 La sentencia es de 12 de agosto de 1943. Gaceta Judicial, No. 2.001, pág. 502.

25 Germán Orozco Ochoa, "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". Tomo I, págs. 60 a 85. Imprenta Deptal. Medellín. Colombia. A la muerte del autor la sucesión suya tuvo la generosidad de obsequiarme espontáneamente la colección completa de la obra, representada por el ejemplar personal que se guardaba en su biblioteca, como designándome depositario intelectual de ella. Dejo testimonio de que a mi juicio se nos honró al donatario, a la Universidad de Chile a que pertenezco y a mi país.

26 Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

todos de esencial importancia a mi juicio. Por eso, creo que estamos frente a una versión sintética y personal de una sentencia; no rigurosamente frente a la doctrina de la sentencia. De cualquier modo representan soluciones precisas y determinadas, de valor doctrinario, sea que esa versión guarde o no relación de rigurosa exactitud con lo resuelto, cosa que interesaría para otros fines, como ser, como cita jurisprudencial propiamente tal.

Se advierte, además, que se omitirán las citas de las sentencias mismas en cuanto a lugar de pronunciamiento, Tribunal, fecha y publicación que las recoge en cada caso, elementos que se encuentran en el trabajo ya citado y que, de incluirse aquí, se extendería excesivamente el presente texto.

A) Para caracterizar el abuso del derecho se han utilizado *distintos criterios*, acumulándose a veces varios de entre ellos. Así, se ha juzgado que el abuso queda configurado:

- a) Cuando el titular lo ejerce con dolo, culpa o negligencia;
- b) cuando lo usa de una manera irrazonable, excesiva o extravagante;
- c) o sin necesidad o interés legítimos;
- d) o en forma irregular o agravante;
- e) o causa un perjuicio inmotivado;
- f) o tiene intención de perjudicar;
- g) o se lo ejerce en forma contraria a la moral, buenas costumbres o de mala fe;
- h) o más allá de la necesidad determinada por su destino individual;
- i) o cuando se lo desvía de los fines de la institución o para los que fue conferido;
- j) o se lo utiliza en forma contraria al derecho natural;
- k) o de manera que afecta la solidaridad social;
- l) o se provoca un daño excesivo en relación a las consecuencias normales de su ejercicio.

B) La omisión D también puede llegar a constituir un abuso del derecho, aun cuando, no exista un deber legal de obrar.

1. Relaciones familiares

A) Configuran casos de abuso del derecho:

a) la acción del marido que tiene por objeto obtener el reintegro de la esposa al *hogar conyugal*, cuando no tiene un propósito serio, sino que se la utiliza como un medio para liberarse de su obligación alimentaria;

b) el hecho de que el marido fije el *domicilio conyugal* en un lugar al que la mujer no lo pueda seguir por razones atendibles;

c) el interdicto deducido por el marido para excluir del hogar común a una hija de su cónyuge, sin que medien motivos razonables para adoptar tal actitud;

d) la pretensión de la esposa divorciada por culpa del marido, a participar en los bienes adquiridos por éste con posterioridad al divorcio, no obstante no haberse disuelto la sociedad conyugal por no haberlo pedido aquélla (art. 1306), si la unión duró pocos días y el fallecimiento del marido ocurrió 34 años después de la separación;

e) el ejercicio despótico o arbitrario de la patria potestad;

f) la prohibición inmotivada impuesta por el padre con respecto a las visitas de sus hijos a los abuelos.

2. Derechos reales

A) Abusa de sus derechos:

a) el propietario que establece en su finca una *casa de tolerancia*;

b) el lindero que demanda la demolición de las obras de ornamentación realizadas en la pared de un edificio vecino que avanza sobre el espacio aéreo del suyo (art. 2512) si ellas no le ocasionan ninguna molestia, favoreciendo más bien el aspecto del inmueble del actor;

c) el condómino que sin renunciar a su calidad de inquilino solicita la venta de la finca en la cual tiene una mínima participación, pues en el régimen de

prórroga de las locaciones y congelación de los precios, la circunstancia de hallarse arrendado importa una seria desvalorización del inmueble;

d) el vecino que exige el retiro de plantaciones situadas a una distancia menor de la establecida en el art. 2628, si de ello no se deriva perjuicio alguno;

e) el propietario que al redactar el reglamento de copropiedad para someter al edificio al régimen de la ley 13.512 (decr. 18.734/49, art. 1) sólo tiene en cuenta su interés de vendedor;

f) el consorcio de copropietarios (ley 13.512) que demanda a uno de ellos por cambio de destino, si además de no hallarse prohibido el uso que se le daba, no causaba incomodidad ni perjuicio de ninguna naturaleza;

g) la negativa dada por el consorcio de propietarios (ley 13.512), sin expresar fundamentos, al pedido de uno de los consorcistas para que se le permita colocar su chapa profesional en el frente del edificio, si ello no se halla prohibido por el reglamento.

B) *En cambio*, no abusa de su derecho el propietario del fundo superior que destruye un improvisado dique de contención de aguas construido por el propietario del fundo inferior, si obra con el propósito de que aquéllas no se embalsen en parte de su terreno ya roturado para la siembra, aunque el daño que se propone evitar sea ínfimo en relación al sufrido por el fundo vecino.

C) *La facultad otorgada al vecino* para adquirir la medianera tiene carácter absoluto, por lo que aquél no necesita explicar para qué la quiere; en su consecuencia, no puede invocarse a su respecto la teoría del abuso del derecho ni quien la construyó puede oponerse a tal adquisición, aunque demuestre que aquél no tiene ningún interés legítimo.

3. Derecho de obligaciones

A) Incurrir en abuso del derecho el marido que viviendo separado de su familia, a la cual no presta ninguna asistencia, *renuncia a la indemnización* reclamada por su mujer por la muerte de un hijo que la mantenía.

B) *La buena fe que debe presidir las relaciones contractuales*, veda a prerrogativas, tanto en el tiempo de formación del acuerdo como en su interpretación, ejecución y disolución.

Así, puede configurarse el abuso del derecho por *la ruptura sorpresiva y arbitraria* de las negociaciones previas a la concertación del contrato, en la constitución en mora, cuando el requerimiento no tiene por finalidad obtener el cumplimiento de la prestación sino impedirlo, por la brevedad señalada para efectuarlo o por otras circunstancias que demuestran esa intención; en el ejercicio del *pacto comisorio*, cuando el incumplimiento invocado es mínimo en relación a la importancia del contrato.

En materia de locación se ha resuelto que abusa de su derecho *el inquilino* que so pretexto de las molestias que le causan, impide *las visitas* de los interesados en comprar el inmueble puesto en venta por el locador. Las leyes de emergencia también han dado motivo a la aplicación de esta teoría, y así se ha decidido que incurre en abuso el locatario de una extensión de 14.000 m² dedicada al cultivo de hortalizas en un lugar de avanzada urbanización de m\$.n. 400.000 para desocuparlo, lo mismo que la conducta de *quien alquila parte del inmueble por un precio irrisorio y se opone a que el propietario construya en el terreno libre para su propia vivienda*.

También se ha juzgado que incurre en abuso del derecho el mandante que invoca la *extralimitación de su mandatario* al celebrar el contrato para negarse a cumplirlo, si por su insignificancia no guarda ninguna relación con el monto de la operación.

Igualmente se ha resuelto que *abusa el acreedor retentista que se niega a sustituir su garantía por otra equivalente*.

C) No puede ser objeto de abuso la facultad de rehusar la cosa cuando la compraventa fue celebrada a ensayo, ni la de negarse a contratar, en tanto no exista una obligación concreta de hacerlo, ni la de arrepentirse de un contrato celebrado con entrega de señal, ni la de pedir judicialmente la disolución de una sociedad de hecho, ni la de pedir el desalojo de un inmueble locado con un contrato de plazo vencido, que subsistía por prórrogas legales que ya no existen.

4. Prodecimientos judiciales

Comete un abuso del derecho quien, pudiendo optar entre *dos vías o acciones*, elige la más perjudicial para el demandado sin beneficio para él; tal el caso de quien deduce un *interdicto de obra nueva provocando la paralización de los trabajos, cuando pudo entablar la acción resarcitoria de los arts. 1133, inc. 7o. (hoy derogado), y 2619, o de quien se niega a la escrituración si no se pagan*

las expensas adeudadas (ley 13.512), pese a que esto último puede conseguirse directamente sin ningún perjuicio para el vendedor.

De la misma manera abusa de su derecho *quien, para garantizar un pequeño crédito, diligencia un embargo en siete bancos y setenta y tres sucursales*, o el acreedor que a pesar de que el demandado depositó el importe reclamado en el juicio ejecutivo, *prosigue los trámites con el propósito de perjudicarlo*, o se vale de la limitación de las defensas en el juicio ejecutivo para llegar a la venta de los bienes de su deudor, no obstante ser éste acreedor por cantidades que no pudo compensar en razón de las referidas restricciones procesales, o cuando insiste en llevar la ejecución sobre el inmueble donde habitan la esposa e hijos del deudor -en trance de divorcio-, no obstante que aquélla haya denunciado otros bienes a tal efecto, o se niega a admitir la sustitución de las sumas de dinero embargadas por cosas muebles de valor suficiente para cubrir el crédito, o cuando el acreedor hipotecario, luego de adjudicarse el inmueble por un precio inferior al que él mismo lo había vendido al deudor, *traba embargo sobre la jubilación de ésta para asegurar el cobro del saldo impago*.

Abusa igualmente de su derecho quien con *ánimo de venganza* formuló una denuncia policial contra un ciudadano que *en ejercicio de su libertad de pensamiento criticó la conducta de un gobernante, sabiendo que por las circunstancias políticas imperantes, en ese momento, provocaría la detención y procesamiento del denunciado*, lo mismo que si se lo hace con el propósito de obtener una indemnización desproporcionada con el perjuicio sufrido por el denunciante o se la efectúa de manera irreflexiva.

El derecho de defensa también puede ser objeto de abuso; y así se ha declarado que lo comete el arrendatario que hace ejercicio irrazonable de los recursos legales para postergar la restitución de la cosa locada.

5. Otros casos

Configura un abuso del derecho la actitud de una empresa telefónica que negó a un abonado el suministro de conmutadores para un servicio que se proponía prestar aduciendo que para ello se requerían instalaciones especiales, y poco después lo otorgó a otro.

Se ha resuelto también que abusa de su derecho de no proporcionar local para una escuela el locador que si bien está exento de hacerlo en razón de la distancia a que se halla ubicada la más próxima al centro de la colonia (ley 13.246, art.

18, inc. f), impone a los niños alejados la necesidad de recorrer una mucho mayor.

6. Efectos del abuso del derecho

El abuso del derecho comprende la responsabilidad de su titular obligándolo a *resarcir los daños* que cause, determina la invalidez de los actos jurídicos ejecutados con ese vicio y hace *inadmisibile la demanda judicial* que lo entraña.

7. Actos administrativos

Incurrir en abuso del derecho la Municipalidad que no permite la apertura de calles al propietario de un inmueble, si el propósito que la guiaba era el de mantenerlo indiviso para proceder después a su expropiación.

8. Breve Comentario

8.1. Es indudable que el foro argentino ha promovido intensa y hondamente el tema en estudio a través de cientos o miles de conflictos que los abogados en sus demandas, han buscado resolver a través del *ejercicio abusivo del derecho*, a veces, a lo mejor, a despecho de hacer valer otros fundamentos y otros recursos técnicos de menor riqueza doctrinaria, o pertenecientes a la rutina judicial, todo lo cual habría hecho más fácil su labor en esos casos.

8.2. Se desprende, además, que el abogado argentino se esmera por afinar al infinito sus raciocinios, mediante esfuerzo, lecturas, citas, etc., revelando, en todo caso, dinamismo y espíritu de lucha en un ambiente de dura competitividad. ¿Acaso aquí no estaría la explicación de por qué allí se escribe bastante y allí se requiere leer, leer mucho?

8.3. Todo lo dicho hasta el momento en este breve comentario de nada valdría -ni se explicaría-, si el Poder Judicial ante el cual se actúa en este caso no tuviere la debida receptividad ante materias hondas, difíciles, complejas, controvertidas, que, naturalmente, obligan al juez a reflexiones renovadas y a soportar buena dosis de responsabilidad.

8.4. De modo alguno comparto las múltiples tesis que contienen las referencias a sentencias que antes se han reproducido, y que, además, están expuestas de modo tan minúsculo y evidentemente incompleto, como antes se insinuó. Además, de modo alguno podría aceptar simultáneamente dos,

tres o más soluciones diferentes y aún contradictorias entre sí, como en realidad ocurre.

8.5. De cualquier manera, es un acervo importante de material para el estudio extendido y razonado del tema de nuestros afanes, como en pocos textos o autores pudiera encontrarse, en país alguno.

CONCLUSIONES GENERALES SOBRE EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

1. Sobre el abuso o exceso frente al derecho no podría decirse que es algo vinculado sólo a los derechos subjetivos y el modo de ejercerlos. El abuso es un género y por lo mismo es más amplio; buena demostración la he dado al empezar, citando el cuadro de aplicaciones extensivas de la voz abuso tomadas de mi *Catálogo de Conceptos de Derecho Privado* y que se reprodujeron al empezar. El *ejercicio abusivo del Derecho* constituye, pues, una forma o especie de género mayor.

2. El ejercicio abusivo del derecho es un verdadero *pluri-tema*, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él: el fraude a la ley, la teoría de la causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración de la ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno. Además, buena parte de ellos constituyen conceptos o valores indeterminados, o conceptos flexibles, o "estándares jurídicos", o como quiera hacerse la denominación. Por último, constituyen verdaderos órdenes jurídicos mayores que sobrepasan el Derecho Civil propiamente tal, aunque, por otro lado, no podrían dejar de ser una buena introducción al mismo.

3. Debe insistirse en que el principio del ejercicio abusivo de los derechos es de *vastísima aplicación*, abarcando desde el Derecho Público hasta el Derecho Privado, y, tratándose de este último, comprende prácticamente todas las ramas. Clara demostración de lo aseverado se encuentra en el completísimo cuadro que se refiere a la jurisprudencia de varias naciones, según citas que se hicieron.

4. La normatividad en los Códigos Civiles más recientes, o los decimonónicos con reformas de hace poco, sobre todo de la segunda mitad del siglo XX, confieren al tema *plena autonomía e incontestable jerarquía*. Simultáneamente, terminan por destruir la oposición a su consagración doctrinaria y legislativa, en lo cual destacaron los franceses y los portugueses, si no hoy al menos en otro tiempo.

5. Las consagraciones legislativas de este verdadero orden jurídico mayor estuvieron siempre precedidas de doctrina y jurisprudencia muy anterior que lo acogía.

6. El espaldarazo legislativo en más de quince Códigos nuevos o reformados, con regulación expresa y variada, proporcionan abundante material tanto para estudiar doctrinariamente el ejercicio abusivo de los derechos como para proyectar Legislación sobre la materia. Las vacilantes especulaciones filosóficas sobre el alcance del poder del hombre ejerciendo su derecho legítimamente, parece haber quedado atrás o haber perdido su preeminencia. Al menos, quedó en claro qué podía y qué no podía hacer el hombre al usar de su derecho legítimamente.

7. Es posible hacer una clara, objetiva y decisiva distinción en torno a la materia en examen. Existen naciones con normas positivas y generales en el Código Civil, y aun en leyes especiales, y, por otra parte, naciones que aún no consagran el ejercicio abusivo de los derechos en alguna forma general en el Código Civil. En este último caso, sin embargo, se ha logrado desde antiguo descubrir con esfuerzo y buena voluntad su contenido esencial en alguna o algunas disposiciones particulares, a veces de trascendencia minúscula o insignificante. Con base en esto último, la jurisprudencia respectiva ha usado sabiamente esos esbozos tenues para declarar en casos concretos el ejercicio abusivo de los derechos. Es de advertir que la tendencia, en general, se dirige hoy hacia la consagración de disposiciones expresas en los Códigos que aún no lo han logrado. Su sitio de explicitación estaría, con sobrada razón, en el Título Preliminar o Introducción, del Código Civil.

8. A priori, la teoría del ejercicio abusivo del derecho deberá tener aplicación respecto de cuantas prerrogativas definidas existan; en consecuencia, el ejercicio de todos los derechos debería poder ser objeto de un control legal. Con todo, se puede constatar que existen algunos casos de *derechos que no son susceptibles de este control limitativo*. Se observan, en tal virtud, derechos *absolutos*, también llamados *discrecionales*, en los cuales su ejercicio jamás podrá ser abusivo. El *Código Civil del Paraguay*, en la parte final de su art. 372, luego de haber consagrado el ejercicio abusivo de los derechos recoge esta circunstancia y agrega lo siguiente: "*La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente*".

Entre tales derechos absolutos o discrecionales se suelen citar los siguientes. Ejercer el derecho a testar dentro de los límites de las asignaciones forzosas, y el derecho correlativo de revocar el testamento en todo o en parte. Desheredar por las causas legales a ciertas y determinadas personas. Alegar la nulidad. Alegar la

prescripción. Defender el derecho de propiedad contra el ataque a terceros. El ejercicio de la "actio communis dividundo", siempre que no lo impida un plazo contractual de indivisión. El rehusar la cosa en el contrato celebrado con cláusula de ensayo o a su gusto. Adquirir la medianería de una pared. El de oponerse al uso de una marca registrada. Por supuesto que la enumeración podría extenderse a otros casos, debiendo entenderse que la nómina anterior es sólo por vía ejemplar.

9. Es elemental -y a la vez obligado- advertir que en *Chile* este tema ha tenido escasas y pobres expresiones en lo doctrinario, jurisprudencial y legislativo. Diríase que el tema sólo se divide en lontananza. Es cierto que todos hablan de él; pero el tratamiento y aplicaciones son escasas. Se impone, pues, un cambio en el más breve tiempo. La cátedra tiene a este respecto una responsabilidad fundamental. También los abogados y los jueces en sus respectivas áreas de actuación.

10. Es consubstancial de una norma positiva sobre el tema, que contenga *conceptos o valores indeterminados*. Así se demuestra palmariamente en los textos de los Códigos tenidos a la vista en el presente trabajo y que se dieron a conocer. Sin embargo, tampoco es aconsejable recargar la proyectada disposición con demasiados o muy complejos conceptos o valores indeterminados, pues la disposición resultante se convertiría en excesivamente abstracta o etérea y en el juez su tarea sería extremadamente difícil y compleja. Con mucha mayor razón si tales conceptos escapan del orden jurídico propiamente tal y descansan más bien en lo sociológico o en lo económico o en lo ético, áreas excesivamente vastas.

Recurriendo a ejemplos no convendría, a mi juicio, incluir "*la moral*", como lo hace el Código argentino, o bien "*el ejercicio antisocial del derecho*", como está dispuesto en el Código español, o "*el fin económico o social*" del Código portugués. Podrían agregarse otros ejemplos a los recién dados.

11. En definitiva, el tema en examen fija el contenido del derecho que se ejercita.

12. Resulta extremadamente difícil dar con un buen diseño y redacción de la disposición que pudiese consagrar en Chile por primera vez el ejercicio abusivo de los derechos. Con todo, peor sería olvidar el desafío, con mayor razón en una exposición como la presente.

La disposición *debería* insertarse en algún lugar del *Título Preliminar del Código Civil*, seguramente entre sus disposiciones más generales con que empieza.

El texto podría ser el siguiente.

Los derechos subjetivos, públicos y privados, no podrán ejercitarse abusivamente sino conforme a las exigencias de la buena fe, el orden público y las buenas costumbres imperantes.

Todo acto u omisión que por la intención de su autor, o por su culpa o negligencia, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites del ejercicio de un derecho según queda establecido en el inciso primero, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y, según las circunstancias del caso a la adopción de prontas medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso o bien a contrarrestar las amenazas evidenciadas. Siendo posible, se preferirá la reposición al estado de hecho anterior.

La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente.