

CRITERIOS PARA DETERMINAR EL ABUSO DEL DERECHO

Dr. Francisco de P. Restrepo Gutiérrez.

S U M A R I O :

a).-Criterio intencional. — b).-Criterio técnico. — c).-Falta de interés serio y legítimo. — d).-Criterio económico. — e).-Fórmula del balance de intereses. — f).-Criterio funcional complementado por la noción de móvil y criterio exclusivamente funcional.

a) CRITERIO INTENCIONAL

Son varias las opiniones de los autores para determinar cuándo existe o no abuso del derecho; al respecto las tesis ideadas están bastante contrapuestas.

Entre los criterios que se han sugerido sobre este punto encontramos en primer lugar el denominado "Criterio Intencional", que ha sido tradicionalmente el primero en esta teoría y que encuentra su apoyo en los viejos aforismos "malitis non est indulgendum" y "fraus omnia corrumpit". Esta tesis ha tenido en Francia apoyo en muchas jurisprudencias, tanto en el campo del derecho privado como en el derecho administrativo, en donde encontramos como caso simpático el hecho de haberse declarado como "abuso del poder" el uso que de sus facultades ha hecho un "maire" prohibiendo la utilización de campanas en la iglesia, única y exclusivamente con la intención de perjudicar y molestar al párroco. Es de notar que en el derecho público la noción de abuso también existe, aunque estructurada de diferente manera dada la distinta fisonomía del derecho público en relación con el derecho privado.

Ripert, apoyado en la fuerza jurídica de la regla moral, adhiere al criterio intencional. Esta concepción es demasiado limitada para es-

tructurar la teoría del abuso, pero por comprender el abuso del derecho en su forma más antisocial la jurisprudencia le ha dado acogida en infinidad de veces.

Josserand, sistematizando el criterio intencional de la Jurisprudencia Francesa, nos habla de la intención de dañar no abusiva, al referirse en este caso a lo que él llama derechos abstractos, que pueden ejercitarse con cualquier pensamiento, en vista de cualquier fin, sin comprometer nunca la responsabilidad de sus titulares. La concepción de derechos abstractos tendremos oportunidad de analizarla en otra parte de este estudio. Nos habla también el jurista Francés de la intención de doble sentido y de las maniobras caracterizadas. Dentro del criterio en referencia el dolo juega papel importante como concepto subjetivo que es. El dolo lo define el artículo 63 de nuestro Código Civil como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

El dolo y la mala fé no se confunden, Josserand los distingue, afirmando que en el primero, el agente no sólo sabe que perjudica, sino que además tiene el ánimo de perjudicar. En cambio, en la mala fé, la idea de causar el mal está en la conciencia del agente, pero no tiene la voluntad de causarlo.

Ennecerus define el dolo como: "El querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse el derecho o un deber".

En nuestro Código Civil sólo por excepción se presume la mala fé. El artículo 769 del Código Civil Colombiano afirma que: "La buena fé se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fé deberá probarse". El artículo 2531, presume en uno de sus incisos la mala fé. Igual consagración contiene el artículo 768, al decirnos en su último inciso: "El error en materia de derecho constituye una presunción de mala fé, que no admite prueba en contrario"; se trata en este caso de una presunción de derecho.

Analizando particularmente el elemento constitutivo del abuso dentro del criterio intencional, o sea la intención de dañar, conviene que tomemos una posición frente a tan interesante opinión, según la cual el propósito de perjudicar es el fundamento, la piedra angular del abuso del derecho.

No compartimos este criterio, respetabilísimo de antemano por emanar de juristas eminentes en el campo del derecho; pero nos apartamos de su punto de vista, no como lo hacen muchos autores, que radican su oposición por ver en el factor intencional un elemento ajeno y nocivo al derecho privado. Tal es por ejemplo la posición de Demolombe cuando afirma "en derecho a nadie puede pedirse cuenta de los motivos con que obra". En resumen, para este autor el criterio intencional no debe jugar

papel alguno en la vida del derecho. No compartimos esta idea, y no armonizamos con ella por la razón de que el mismo derecho a cada paso está consagrando el criterio en mención en las páginas de los códigos y en los más altos tribunales de justicia. Para nadie es una cosa nueva la influencia del motivo en la teoría del derecho, a nadie se le escapa la observación sobre el progreso que esta noción ha tenido en los códigos más modernos. Y la falta no radica tampoco en un criterio intencional? No consagran acaso la mayoría de los códigos modernos los anteriores principios? Indudablemente todo esto es cierto, y por eso no hay que tratar de ver en el factor de voluntariedad algo aberrante e injurídico; por el contrario, nos parece que en este campo es donde se han logrado las más grandes adquisiciones del derecho en su lucha por lograr la justicia.

Nos parece, pues, que el criterio en alusión es un hecho evidente, que impregna el derecho moderno lo mismo que el antiguo, pero creemos que no es el fundamento y pilar exclusivo de la teoría del abuso.

En la intención de perjudicar no encontramos los elementos constitutivos del abuso, porque para que éste exista es necesario un daño por una parte, y por otra se presenta muchas veces el abuso aún sin intención de perjudicar. Será esto una cuestión utópica? Creemos que no. Hagamos algunas consideraciones y veremos cómo la cuestión no es tan intrincada como parece. **El abuso del derecho supone el ejercicio de un derecho con un fin contrario al que les es propio.** Supongamos un caso extremo, aún hoy no reconocido por muchos de los más célebres juristas del momento, pero al cual adherimos particularmente: - Un individuo tiene una propiedad, no la cultiva por cualquier causa, pero no está en su ánimo el causar un perjuicio social, a causa de esto la propiedad permanece improductiva y no cumple su misión social, traduciéndose esto en un perjuicio para la sociedad económica y jurídicamente hablando. Tenemos que en el caso relacionado se ha actuado un derecho que no ha violado otro derecho concreto y determinado sino el "interés social", no ha existido ánimo de perjudicar y se ha causado un perjuicio a la sociedad. Encontramos en este ejemplo un caso típico del abuso de un derecho, porque los elementos que integran la doctrina del abuso, y que analizaremos más detalladamente, se hallan todos presentes. Que no se diga que en el ejemplo visto no se está actuando un derecho; en otra parte sostendemos que la actuación de un derecho puede hacerse de una manera positiva o negativa.

No hay en el caso visto intención de perjudicar; una de las suposiciones del ejemplo era que ella no existía. Hé aquí, entonces, por qué no compartimos el criterio intencional como determinante y fundamento del abuso. Para los sostenedores de él, la intención de perjudicar hace aparecer el abuso del derecho; para nosotros no es conditio sine qua non la

intención dañina, y se requiere, aparte de otros elementos, un daño cierto y efectivo.

La tendencia intencionalista dificultaría por otra parte la prueba del abuso del derecho. En efecto, es muy difícil probar que el *ánimus nocendi* fué la única razón para obrar, si tenemos presente que las razones que determinan las acciones humanas son generalmente múltiples y variables, ya sea que el *ánimus nocendi* se tome como único factor, ya como elemento principal.

Saleilles critica el criterio en referencia al sostener que "colocar la esencia del abuso del derecho en la intención de perjudicar es apelar a un recurso ineficaz, porque el sujeto de derecho podrá alegar siempre un supuesto interés individual como impulso de su acto". Creemos que esta objeción carece de fundamento, ya que el hecho de alegar un interés individual, aunque se demuestre, no es razón para sostener que en semejante caso no pueda aparecer el abuso del derecho. El ejercicio de un derecho aunque sea armónico con el interés individual, pero en contra del espíritu del derecho actuado, da origen al abuso del derecho. Precisamente ese criterio del interés individual por encima del social es el que pretende destruir la teoría que analizamos.

b) CRITERIO TECNICO

De acuerdo con este criterio no se trata ya de saber si el que ejerce un derecho lo hace con ánimo de dañar, con intención maligna, sino que lo que hay que ver es si el derecho se actúa conforme a la técnica jurídica, o sea como dice Josserand "según las reglas del arte". El derecho en su ejercicio debe cumplir todos los dictados de la previsibilidad. Esta concepción fue formulada hace un siglo por Larombiére cuando sostenía que: "El derecho se debe ejercitar prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar de él". Se trata entonces de una culpa en la ejecución. La culpa grave, de acuerdo con nuestro sistema positivo en materia civil, equivale al dolo. La jurisprudencia ha reconocido también la misma similitud. En tratándose de esta culpa el problema vendría a reducirse a lo sostenido por los partidarios del criterio intencional, se vendría a identificar con la concepción primeramente analizada en este título. La culpa grave la define nuestro Código Civil en su Art. 63 como: "La que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo".

En relación con las otras especies de culpa, sí adquiere este segundo criterio un campo más autónomo y delimitado. Se incurriría en culpa

en la ejecución, cuando pudiendo actuarse un derecho de diferente manera, se opta, sin ningún beneficio personal, por la que más perjuicio cause a terceros, según sostiene Josserand, quien pone como ejemplo el caso de un propietario que ejecuta en su predio obras inoperantes para él, pero de la manera más perjudicial a sus vecinos.

A este criterio le falta más precisión y quizás no dé un concepto exacto del abuso del derecho. Para nosotros, el que se haya incurrido en una culpa cualquiera es lo de menos, lo importante es averiguar si el derecho se ejerció de acuerdo con su espíritu, si no hubo desviación en su ejercicio. Que la mayoría de las veces en que se obra con culpa puede originarse un abuso, no lo negamos; pero es que existe también el abuso sin que la culpa se presente, aunque siempre ligado a su concepción subjetiva del espíritu y finalidad social del derecho. Nos parece, pues, más certero y preciso determinar el abuso con base en la desviación del espíritu del derecho actuado, que hacerlo con fundamento en una culpa.

Pero quizás podría decirse que siempre que falte la técnica jurídica, cuando existe falta de delicadeza o culpa en la ejecución, se ejerce un derecho en desarmonía con su espíritu, llegándose a la identificación de los conceptos de culpa y abuso del derecho. Entonces para qué poner en juego el intrincado problema de la culpa, si la sola actuación del derecho en desarmonía con su espíritu hace aparecer el abuso del derecho? No vemos la razón. **Para nosotros el abuso del derecho nace cuando el derecho se ha desviado al ejercitarse de su verdadero fin.** Que siempre que esto ocurra haya culpa, no importa; ello vendría a significar que la noción de culpa queda absorbida por la del abuso, entonces aparece una falta de independencia y autonomía en la noción de la culpa y en ese caso sobraría. Esto sin entrar a analizar la ilicitud objetiva que representa la culpa, concepto que analizamos en otro lugar de estos comentarios.

Es de advertir que el criterio técnico ha sido acogido en muchas oportunidades por la Jurisprudencia Francesa.

c) FALTA DE INTERES SERIO Y LEGITIMO

Saleilles criticando el criterio intencional propone la falta de interés serio y legítimo como fundamento más sólido para determinar los casos en que se representa el abuso del derecho. En efecto, sostiene el citado autor, que: "Un acto cuyo efecto sólo puede ser el perjuicio a otro, sin interés serio y legítimo para quien lo ejecuta, jamás constituirá un uso lícito del derecho". Falta de interés serio y legítimo es una expresión un tanto vaga, pero ante la multitud de casos que se presentan en el abuso sería muy difícil una mayor concreción. Por otra parte, nos parece más

razonable esta concepción que la del criterio intencional. Habíamos dicho que aceptando éste se quedarían por fuera de la teoría del abuso muchos casos que ella debería cobijar como serían aquellos en que sin haber intención de perjudicar se actúa un derecho sin consideración a su espíritu; esta dificultad se obviaría en parte con la fórmula del interés serio y legítimo. Analizar si hubo o no el referido interés, sería una cuestión que el Juez a la luz de la ciencia jurídica y con cierto arbitrio resolvería. Dentro de esta concepción también habría cierta pesquisa psicológica, pero, como antes afirmamos, esto no representa un asunto ajeno al derecho.

Un individuo levanta dentro de su fondo una enorme pared sin beneficio particular alguno, y con esta obra perjudica a su vecino, pero sin ánimo maligno. Indudablemente faltaría aquí un interés serio y legítimo. Se está actuando un derecho dentro de los límites de la ley positiva, no se ha invadido el derecho ajeno, pero se ha perjudicado un interés. El vecino no tiene derecho a que el autor de la obra no construya dentro de su predio tal pared, pero si al hacerlo le perjudica debe repararlo desde que aparezca que el derecho, como en el presente caso, se actuó sin consideración a su espíritu social.

Con el ejemplo propuesto vemos cómo es más amplio el criterio que analizamos que el intencional. En ese supuesto el autor de la obra levanta la pared porque le provocó, sin que ello le reporte utilidad alguna, pero al así obrar perjudicó a su vecino.

Para los sostenedores del criterio intencional no habría abuso porque faltaría el *ánimus nocendi*; para Saleilles sí, porque se ha obrado sin fin serio y legítimo. Este criterio ha sido también aplicado por la Jurisprudencia Francesa en varios fallos.

El criterio del interés serio y legítimo nos parece el más acertado, entre los hasta aquí examinados, para determinar si ha existido o no abuso del derecho, pero hay que criticarle que la palabra interés, y así la usan muchos autores, da a entender una idea de interés o utilidad personal exclusivamente, es decir, de beneficio personal y en este caso se tomarían en consideración sólamente los intereses personales. El interés del que actúa el derecho justificaría su ejercicio sin consideración al espíritu del derecho ni a su propia desviación. Esto no lo podemos aceptar nosotros, porque sería llegar hasta negar la teoría del abuso del derecho. Claro que, dando a la expresión "interés serio y legítimo" el sentido de finalidad o espíritu del derecho, esta objeción desaparecería, pero la mayoría de los autores toman la expresión "contrario sensu".

Que no se nos critique que en otra parte afirmamos la presencia de

un interés lesionado en los casos de abuso del derecho, porque para nosotros, ese interés puede ser de terceros, de la sociedad y aún personal.

Algunos autores exigen para que haya abuso la reunión del criterio intencional y la carencia de fin serio, tomando así una posición ecléctica.

d) CRITERIO ECONOMICO

Para otros, y entre los cuales también encontramos a Saleilles quien toma así en la cuestión debatida una doble posición, el criterio para definir el abuso es el "Económico". Gény lo comparte cuando afirma: "La medida justa y verdadera de los derechos individuales no se descubrirá sino escrutando su fin económico y social". Igual posición adopta Bartin. De acuerdo con este criterio hay abuso del derecho cuando el derecho se actúa de una manera contraria a su destinación económica y social.

Esta concepción nos parece un poco vaga e imprecisa; lo que se llama "actuación contraria a la destinación económica y social del derecho", además de ser una noción un tanto confusa nos parece tautológica, porque la destinación social conlleva en sí misma la económica; más concretamente, si el interés económico es un interés social, como en realidad lo es, sería redundante decir destinación económica y social. Dijimos que es el espíritu del derecho ejercitado, espíritu social por excelencia el elemento que nos guía para saber si ha existido el abuso, y si ha existido por haberse actuado un derecho con un fin antieconómico, quiere ello decir que este fin es contrario al espíritu social del derecho actuado. Así debe entenderse la concepción que analizamos; de lo contrario, el fin económico individual y egoísta justificaría el ejercicio del derecho desquiciándose así la verdadera teoría del abuso del derecho.

Es de notar que la mayoría de los tratadistas sobre el abuso del derecho, entre ellos Josserand, agrupan en un criterio el económico y la falta de interés serio y legítimo. Nosotros los tratamos aparte por considerarlos distintos. Puede ejercitarse un derecho con interés serio y legítimo (tomando esta expresión como atrás quedó referido) y en desacuerdo con el interés económico y social, ya que esta locución vendría a significar más que una simple utilidad personal, un concepto eminentemente social.

El criterio económico tiene su fondo de verdad, puesto que el comercio jurídico está condicionado por motivos económicos, pero no encaja dentro de todos los derechos, como sucede en los denominados derechos altruistas donde el referido criterio se relega a un segundo plano. Hay derechos que no se determinan por fines económicos tal como la pa-

tria potestad, que está concedida al padre en favor del hijo, sin que en tal caso, para determinar si ha existido un abuso, el juzgador tenga que indagar si el padre derivó o no provecho económico, y en los cuales tal consideración sobraría; porque el sólo ejercicio de esta facultad con un criterio económico podría hacer aparecer un acto abusivo por actuarse una facultad legal en desarmonía con su espíritu.

e) FORMULA DEL BALANCE DE INTERESES

Esta fórmula la concibe Campion afirmando la necesidad de mantener el equilibrio de los intereses sociales y los individuales. En caso de conflicto entre ellos, nace la ruptura de la balanza, apareciendo una desarmonía que es necesario destruir para que la balanza vuelva a su posición de equilibrio.

Esta fórmula en realidad no es más que una afirmación de la armonía de los intereses individuales y sociales, que en el fondo es semejante al criterio funcional de la desviación del espíritu del derecho de su misión social y que, por otra parte, encuentra nuestra adhesión.

f) CRITERIO FUNCIONAL COMPLEMENTADO POR EL MOVIL

Josserand, al tratar sobre el abuso del derecho expone una concepción finalista, y complementa su posición con lo que él llama motivo legítimo. Sin llegar a dar el maestro francés la última palabra sobre este tema, aún hoy no delimitado estrictamente, sí trae uno de los planteamientos más acertados sobre la materia. En su libro "El espíritu de los Derechos y Su Relatividad" se expresa así: "Esta disciplina no es sino la de la finalidad de los derechos, de su relatividad, en consideración y en función de su fin... El acto abusivo es el acto contrario al fin de la institución, a su espíritu y finalidad... Adoptamos el mismo criterio consagrado por el Código Soviético, el cual es social y teleológico a la vez; y que admite en suma, la jurisprudencia francesa... El concepto finalista del abuso penetra, pues, profundamente tanto en la literatura jurídica francesa como en el pretorio de los tribunales, sólo ella es capaz de explicar las decisiones de la jurisprudencia, y de bastar a las aspiraciones de nuestra sociedad hacia un acondicionamiento más equitativo y social de la vida jurídica".

Después de afirmar Josserand su criterio finalista, que según él no es tan abstracto como parece, entra luégo a analizar el motivo legítimo que viene a ser así la piedra angular de la teoría del abuso del derecho según su opinión. Habrá abuso dentro de esta concepción si el acto no obedece

a un motivo legítimo, que viene a ser la exteriorización del criterio abstracto de destinación social de acuerdo con cada prerrogativa legal. De acuerdo con este criterio las expresiones motivo legítimo, interés legítimo, causa legítima, justo motivo o móvil legítimo, son expresiones que, aunque usadas por la jurisprudencia indistintamente, dan una idea semejante: La del motivo legítimo. Entre los motivos ilegítimos en orden descendente por su gravedad tendríamos: La colusión, el concierto fraudulento, el fraude a la ley, el dolo, la intención de dañar y la mala fe.

Josserand explica el motivo legítimo contraponiéndolo a los motivos ilegítimos: Colusión, etc.; la contraposición ofrece un interés probatorio práctico, al actor le es más fácil dar la prueba positiva del motivo ilegítimo que la de ausencia de un motivo legítimo.

Tocaría al juez en cada caso analizar una cuestión de hecho y otra de derecho. De hecho en lo que se refiere a investigar las razones del acto mismo; y de derecho, en cuanto se debe resolver si esas razones originan o no un abuso del derecho.

En cuanto a la concepción finalista complementada por los motivos legítimos, nuestra posición es un tanto favorable, sin dejar de reconocer cierta imprecisión en su contenido. No muestra Josserand en este caso la genialidad y precisión manifiestas cuando expone su teoría sobre los móviles en los actos jurídicos.

Según la concepción de Josserand, móvil legítimo sería en último caso el que estuviera de acuerdo con el espíritu del derecho. Más claramente, podríamos decir: ante un caso determinado para saber si hay abuso habría que ver por una parte el espíritu o finalidad del derecho actuado, y por otra el móvil; si finalidad y móvil son armónicos, si el móvil no contradice la finalidad, es legítimo; de lo contrario el móvil es ilegítimo. Hay que analizar la cuestión jurídica de la finalidad del derecho que se ejercita, y la cuestión de hecho del móvil. Tal es en nuestro concepto lo que quiere expresar Josserand, al afirmar que existe en el abuso del derecho un problema de hecho y otro de derecho.

Ante el tema debatido nuestra posición es diferente a la sostenida por el maestro francés. Para qué estudiar los móviles del acto, una vez comprobado que el derecho se desvió en su ejercicio de su propia finalidad si por este mismo hecho el móvil es ilegítimo? Por el contrario; para qué tratar de encontrar un móvil ilegítimo si el derecho se ejercitó de acuerdo con su fin y por ende el móvil es legítimo?

Pero se dirá que la opinión de Josserand es distinta, que sostiene en síntesis que hay móviles que por sí solos y una vez probados necesariamente hacen originar el abuso, porque su presencia misma en el ejerci-

cio de un derecho hace que se actúe la facultad necesariamente con un fin distinto al que le corresponde. Entonces nos parece que se debería más bien entrar a demostrar el espíritu del derecho actuado que el móvil mismo, por ser ésta una prueba más fácil y menos subjetiva y así nos evitaríamos introducirnos a la cueva íntima de la conciencia misma.

Pero es necesario observar que esos motivos son ilegítimos sencillamente porque desconocen la finalidad del derecho, si estuvieran armónicos con ésta serían legítimos; de manera que la idea misma de la finalidad del derecho absorbe la noción del móvil, sobrando en este caso el análisis del motivo.

Ahora, si lo que piensa Josserand, cosa imposible, es que puede darse el caso de un motivo legítimo en contradicción con el espíritu del derecho que se ejercita, en desarmonía con su fin, y tampoco compartimos semejante conclusión. Porque para nosotros el motivo que se aparte del espíritu del derecho actuado, de su finalidad, necesariamente tiene que ser ilegítimo; sostener lo contrario sería negar la verdadera doctrina del abuso del derecho porque se arribaría entonces a afirmar que un motivo cualquiera, así fuera egoísta o antisocial, justificaría el ejercicio de un derecho; se llegaría por este camino a negar la relatividad de los derechos, porque los simples móviles individuales y egoístas serían escudo para sacrificar el interés social en aras del particular.

En síntesis, para nosotros es suficiente que aparezca la desviación del derecho, la violación de su espíritu, para que el motivo que esté de acuerdo con esta desviación sea ilegítimo, o que el motivo armonice con el espíritu del derecho ejercitado para que sea legítimo. Motivo legítimo vendría a ser el que está presente cuando ejercitamos un derecho de acuerdo con su espíritu. Entonces, para qué entrar en el análisis de los motivos, cuando el abuso se origina por el sólo hecho de la desviación del derecho de su fin, sea con o sin intención de dañar?

Examinando, por otra parte, la enumeración de motivos ilegítimos traída por Josserand, vemos cómo la idea del abuso se liga a un concepto de intención o culpa, el criterio intencional juega papel importante, desechándose así de la teoría un cúmulo de actos que por no tener aquéllas condiciones quedarían al margen de la teoría del abuso de los derechos.

Hemos llegado tácitamente a una afirmación interesantísima en nuestro estudio: La teoría del abuso del derecho es una teoría objetiva porque sencillamente se trata de averiguar el espíritu mismo de cada derecho. Tomamos aquí la palabra objetiva en contraposición a los que creen indispensable, además, entrar en el estudio mismo de los móviles, para quienes la teoría vendría a ser subjetiva y objetiva. Tal es por ejemplo la

posición de Josserand. Para nosotros, el desvío del derecho de su función es la piedra angular de la teoría; los motivos confluyen al fin, pero éste les da su matiz de legítimos o ilegítimos.

No es que neguemos los motivos legítimos o ilegítimos; por el contrario, en lo que hasta ahora hemos expuesto no encontramos concepto alguno que los niegue; lo que afirmamos es que el motivo no juega papel decisivo en este caso, porque su calificativo de legítimo o ilegítimo depende de que el derecho se haya actuado de acuerdo con su fin o no.

Por eso, para nosotros, el abuso del derecho es una teoría objetiva en cuanto inadmite los móviles como elemento integrante y autónomo en la concepción del abuso, tan sólo los admitimos supeditados al fin. La teoría si es subjetiva, no por el elemento móvil, sino en cuanto que en este caso se ha violado, no la esfera objetiva del derecho, es decir, la letra misma de la ley, sino lo que en otra parte llamamos la esfera subjetiva, el espíritu del derecho; en síntesis, porque se ha violado el derecho subjetivo y no el objetivo. En este sentido, sí es para nosotros el abuso del derecho una teoría subjetiva.