

## EL ABUSO DEL DERECHO

Lino Rodríguez-Arias Bustamante - EJEА, Buenos Aires 1971.

Es muy respetable ya el aporte hecho por el profesor doctor Lino Rodríguez-Arias Bustamante a las disciplinas jurídicas en las áreas concretas del derecho privado, del derecho político y de la filosofía del derecho. Basta recordar aquí lo que podríamos llamar sus obras mayores: *Ciencia y filosofía del derecho* (1961), *La democracia y la revolución en la sociedad comunitaria* (1966) y *Derecho de obligaciones* (1965), fruto genuino de la investigación y del ejercicio de la cátedra universitaria.

*El abuso del derecho*, libro editado por EJEА en 1971, fue primero un artículo publicado por la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (1954-1955). En la edición de EJEА la parte relacionada con el *Derecho iberoamericano*, según palabras de su autor, aparece "planteada con un nuevo estilo y totalmente remozada". La actualidad del tema y problema, el tratamiento adecuado y completo que recibe este asunto en manos de Rodríguez-Arias Bustamante, junto a la necesidad apremiante de literatura de esta clase, justificaban plenamente la re-edición de EL ABUSO DEL DERECHO.

En el estudio de los precedentes históricos de la teoría del abuso del derecho, Rodríguez-Arias Bustamante recoge en apretada síntesis lo que al respecto aparece en el derecho romano, en la Edad Media y en los derechos canónico y musulmán. Luego pasa revista en un capítulo que titula *derecho comparado* a las legislaciones más importantes de la actualidad, a saber: Derecho francés, derecho alemán, derecho suizo, derecho italiano, derecho ruso, derecho polaco y la jurisprudencia anglosajona. La revista anterior continúa en el capítulo sobre el derecho iberoamericano en el que cabe la distinción entre las legislaciones que no consagran expresamente el abuso del derecho y las que lo consagran expresamente.

La legislación colombiana no consagra expresamente el abuso del derecho. Transcribo a continuación lo que a propósito de la misma recoge Rodríguez-Arias Bustamante. "Por lo que respecta al *Código Civil Colombiano* (1873), Arturo Valencia Zea considera que tanto el Código Civil como el de Procedimiento civil y la jurisprudencia nacional han hecho importantes aplicaciones de la doctrina del abuso. Entre otras tenemos las siguientes:

a) - Según el artículo 178 del C. C., el marido tiene derechos para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a dondequiera que trasla-

de su residencia; pero este derecho cesa cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer", lo cual indica que es susceptible de abuso.

b) - El artículo 262 del C. C. otorga al padre la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos; y el 315 le quita ese derecho cuando maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida o causarle grave daño, lo cual es otro caso de abuso.

c) - Cuando el padre administra los bienes del hijo en forma negligente, da motivo para que la ley le suprima tal administración (artículo 299 del C. C.) y de la misma manera la simple ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, es causal de extinción de la patria potestad (artículo 310 del C. C.). También abusan de su derecho el tutor o curador cuando descuidan la administración de los bienes del pupilo (artículo 628 del C. C.).

d) - El artículo 1002 del C. C., establece que cualquiera puede cavar en su finca un pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos.

e) - La renuncia intempestiva de un socio cuando tiene ese derecho puede constituir abuso, especialmente cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales; y por lo tanto, aun cuando el socio tenga interés en retirarse debe aguardar para ello un momento oportuno (artículo 2138 del C. C.).

f) - Los apoderados tienen el derecho de renunciar, pero la renuncia no pone término al poder si no queda sustituido en remplazo, o no se hace saber por notificación personal al poderdante sustituidor (artículo 265 del C. de P. C.).

g) - El acreedor puede secuestrar bienes del deudor para hacerse pagar judicialmente; pero si el demandado comprueba que hay exceso en el secuestro, debe reducirse éste a aquellos bienes cuyo valor se estime suficiente para garantizar los derechos del demandante (artículo 283 del C. de P. C.).

También la Corte Suprema ha ampliado estos casos de abuso, y así ha sostenido que abusa de su derecho, el acreedor que por espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, o el litigante que confiando su causa menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, y después de someter al adversario a larga, costo-

sa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso”.

Markovitch distingue en el desarrollo de la doctrina del abuso del derecho dos fases: 1ª, la que Campión llama la fase inconsciente y fragmentaria que se extiende hasta fines del siglo XIX; y 2ª la fase moderna que comienza con una nota de Esmein en Sirey de 1898. Estas fases, según Rodríguez-Arias Bustamante quedan reducidas a la adopción de dos criterios diferentes: a) La fase de la teoría estrecha: el criterio subjetivo o psicológico; y b) La fase de teoría amplia: el criterio objetivo, de orden económico y social. En la primera prevalece el principio de la intención de dañar; y en la segunda, la consideración de la utilidad del acto. Ambos criterios han sido ampliamente discutidos sobre todo por los juristas franceses.

La teoría del abuso del poder tiene relación por supuesto con otras instituciones jurídicas. Ha sido necesario deslindarla respecto de la moral, del fraude a la ley, de la desviación de poder y de los conflictos de derechos.

A qué categoría de actos pertenece el abuso del derecho? Jossierand distingue tres clases de actos: el ilegal, el ilícito y el excesivo. Los juristas se hallan divididos respecto a la categoría del acto abusivo del derecho. En opinión de Rodríguez-Arias Bustamante la teoría del abuso del derecho participa de las tres clases de actos.

La posición de Rodríguez-Arias Bustamante respecto de la teoría del abuso del derecho es innovadora y renovadora. Utiliza una metodología inversa a la usada hasta ahora: en vez de partir de los derechos subjetivos para arribar más adelante a los derechos sociales, va de lo objetivo a lo subjetivo, porque el orden social preexiste a todos los derechos individuales, que no son más que su proyección. Por este camino se llega a la conclusión de que en el abuso del derecho juegan tres conceptos fundamentales: a) el concepto del derecho en su relación funcional con los otros derechos de los asociados; b) el concepto del uso normal del derecho tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo; c) los criterios de la equidad y de la buena fe, que guían al titular del derecho en su uso y ejercicio, orientándole hacia una concepción civil y moderada de sus prerrogativas sociales.

En las páginas del libro que comentamos logra su autor imprimir una nueva orientación a la teoría del abuso del derecho. El fin principal perseguido por el autor es que se proyecten y acojan sus conclusiones en el Código Civil Español.

Benigno Mantilla Pineda.

Se encuentra en circulación el N° 6 de la revista *Estudios de Derecho Laboral* que dirige la Dra. Ruth Jaramillo de Ramírez. Esta importante publicación trimestral ha venido a llenar un vacío que desde hace tiempo era sensible entre los abogados colombianos, en particular entre quienes se dedican al Derecho del Trabajo.

Se trata de una bien planeada revista especializada en Derecho Del Trabajo, que permite a sus lectores mantenerse al día en materia de legislación y Jurisprudencia.

Todo el contenido del número seis es de gran importancia. Sin embargo, cabe destacar el especial interés de la sentencia mediante la cual la Corte Suprema de Justicia anula el Laudo proferido en el conflicto colectivo planteado a la empresa SAM por un Sindicato gremial, sentencia en la cual la Corte establece claros criterios de interpretación acerca de la capacidad de los Sindicatos gremiales para presentar y discutir su propio pliego de peticiones a la luz de lo establecido por la ley 48 de 1968, y las limitaciones existentes.

Es también de suma importancia otra sentencia que aparece en esta edición de Estudios De Derecho Laboral, por la cual la Corte, al resolver un recurso de homologación, define con claridad algunos aspectos sobre la incompetencia de los Tribunales de Arbitramento para efectuar la clasificación de los servidores del Estado entre Empleados públicos y trabajadores Oficiales, señalando que la facultad otorgada por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, es privativa de la respectiva entidad de Derecho Público.

Por otro lado, viene al caso llamar la atención sobre la importante doctrina que sobre la permanencia del fuero Sindical, cuando su pretendida desaparición se funda en actos inexistentes, doctrina esta que aparece sentada en Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, la cual aparece íntegramente transcrita en el número de *Estudios de Derecho Laboral* que se encuentra en circulación.

Los Nos. anteriores: 1 - 5 son igualmente de gran interés para los jueces y abogados.

Alberto León Gómez Zuluaga.