

EL ABUSO DEL DERECHO COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD

Dr. Francisco de P. Restrepo Gutiérrez.

I - UBICACION DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD.

Es necesario separar el concepto del abuso del derecho de otras nociones que pudieran confundirse con él en el campo de la responsabilidad, para ver cómo el abuso aparece como una noción autónoma e independiente.

1) - DIFERENCIA CON EL DELITO CIVIL

El delito civil lo define Planiol como: "Violación de una obligación preexistente con daño para tercero". Según este autor son tres los elementos del delito civil, a saber: el dolo, la ilicitud objetiva y el daño. Demolombe lo define como: "el hecho ilícito y dañoso, cometido voluntaria y maliciosamente, con la intención de perjudicar a otro". Se identifica este autor con Planiol en este caso. Para algunos el daño, y así es en realidad, no es elemento esencial del delito civil sino sólo para resarcir responsabilidad. Sea que se adopte sobre el particular cualquiera de las dos opiniones, la diferencia entre el delito civil y el abuso del derecho es manifiesta como pasamos a demostrarlo. En el delito civil se viola una norma jurídica, hay ilicitud objetiva, en el abuso del derecho esto no ocurre puesto que desde el momento mismo en que se viole el derecho objetivo no puede existir el **abuso del derecho**, que tan sólo **nace cuando se obra dentro de la licitud objetiva pero violándose la esfera subjetiva.**

El dolo es elemento indispensable en el delito civil, no así en el abuso del derecho donde puede originarse responsabilidad sin dolo, y muchas veces de buena fé si ésta se contraponen a la finalidad del derecho actuado. Creemos que estas diferencias fundamentales pueden darnos un concepto claro de cuándo existe el delito civil y cuándo el abuso del derecho.

Por otra parte, el daño existe en el abuso del derecho como elemento indispensable, en el delito civil es discutible, aunque creemos que sólo es necesario para resarcir responsabilidad; pero aún adoptándose una posición contraria las diferencias primeramente relacionadas son suficientes para delimitar con nitidez los conceptos expuestos.

El Código Civil colombiano reza en su artículo 2302 derogado por el Art. 45 de la Ley 57 de 1887: "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasi contrato. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito". Son elementos del delito civil según nuestro sistema positivo, la intención de dañar y la ilicitud objetiva; en cuanto al daño no es necesario para la existencia del delito, pero sí para definir la obligación de indemnizar.

2) - DIFERENCIA CON EL CUASIDELITO

El cuasi-delito es de acuerdo con el profesor Eudoro González G.: "El hecho ilícito que ha causado perjuicio o daño a otro pero que se ha ejecutado sin intención, en forma involuntaria. Del daño o perjuicio causado por el hecho culposo surge para el autor la obligación de reparar". Supone el cuasidelito tres elementos: ilicitud objetiva, daño y ausencia de dolo. El cuasidelito se diferencia del delito por su aspecto intencional, ya que éste supone el dolo y el cuasidelito nó, pero coinciden por la ilicitud objetiva que se presenta en ambas figuras jurídicas.

El cuasidelito se diferencia del abuso del derecho por varios aspectos. En el cuasidelito existe ilicitud objetiva, en el abuso tal cosa no sucede. En el primero no puede existir el dolo, en el segundo sí. En éste, como su nombre lo dice, se ejercita un derecho, en el cuasidelito se obra sin derecho, igual cosa ocurre con el delito civil.

Es de advertir que hay delito civil y penal, y culpa civil y penal. Estas nociones en algunos códigos modernos como el Alemán y el Suizo se encuentran homogenizadas, siendo esta la tendencia moderna basada en la consideración de que ambas figuras conducen o dan lugar a res-

ponsabilidad, pero científicamente sí hay diferencia entre estos conceptos.

En los delitos y cuasidelitos se obra sin derecho y se ataca un derecho protegido por una norma, por lo cual no hay abuso; mal se podría abusar de un derecho que no existe. En cambio, en el abuso se ejercita un derecho dentro del orden objetivo, pero se actúa impropriamente causándose un daño y atacándose no un derecho sino un mero interés.

3) - DIFERENCIA CON EL RIESGO

Con el riesgo también se diferencia el abuso del derecho.

El riesgo es algo así como inherente al derecho mismo y la responsabilidad surge a consecuencia del peligro que reporta el derecho en sí mismo considerado. El abuso no es inherente al derecho, es ajeno a él, el derecho no lo conlleva de suyo. El riesgo es susceptible de una reglamentación legal detallada y minuciosa, en el abuso ello sería imposible puesto que al legislador escaparía una reglamentación en tal sentido; jamás sería dable consagrar en textos positivos todos los posibles casos que podrían presentarse del abuso del derecho. La intención en el riesgo no juega papel alguno; en el abuso, para algunos, el elemento intencional es la piedra angular, condición determinante y primordial.

En el riesgo (es de notar que este concepto no es unánimemente admitido en la teoría, pero en la práctica es aplicado constantemente) se pone en peligro un derecho ajeno, en el abuso se viola un interés; en un caso la responsabilidad tiene como fundamento el hecho de haberse ejercitado un derecho en desarmonía con su espíritu, en el otro la facultad se actúa de acuerdo con su fin, no hay desarmonía entre la prerrogativa y su misión.

En el riesgo, como el derecho se ha ejercitado de acuerdo con su fin, no podrá pretenderse la no repetición del acto, habrá una indemnización pecuniaria mas no en especie; por el contrario, el acto abusivo no debe repetirse. El acto creador de riesgo es irreprochable en sí mismo, pero destructor, por la anormalidad del perjuicio que puede causar, en este caso la responsabilidad surge del riesgo particular del derecho y el titular debe responder entonces por los daños: "Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet".

La teoría del riesgo ha sido vivamente atacada por unos y ardorosamente defendida por otros, mas no es el momento de entrar en un aná-

lisis profundo de ella. Concluiremos diciendo que esta teoría supone una relación de causalidad que une al hecho dañoso con el agente, sin que el concepto de culpa entre en juego y sin penetrar en un análisis del proceso psíquico; se reduce, como dice Leonardo A. Colombo, a la fórmula: Hecho - daño - responsabilidad.

4) - DIFERENCIA CON EL ACTO LICITO

El acto abusivo se diferencia del acto lícito objetiva y subjetivamente considerado, por cuanto en éste el derecho actuado no sólo está dentro de la órbita objetiva sino también dentro de la subjetiva; el acto es lícito en el sentido antes referido, cuando se ha ejercitado el derecho dentro de la ley, sin violarla, y de acuerdo con la finalidad de la prerrogativa.

5) - DIFERENCIA CON LOS ACTOS DE EMULACION

Los actos de emulación que son los que se han verificado de la manera que más perjudicialmente pueda resultar para un tercero, se diferencian del abuso por cuanto suponen intención maligna, cosa que puede no ocurrir en el acto abusivo; por otra parte, con los actos de emulación, es factible lesionar un derecho ajeno, en el abuso se lesiona un interés. Pueden sí, muchos actos de emulación encuadrar en la teoría del abuso si reúnen las condiciones necesarias para que aparezca el acto abusivo. El criterio técnico para precisar el elemento determinante del abuso adopta un fundamento similar al que tienen los actos de emulación.

6) - DIFERENCIA CON LA COLISION DE DERECHOS

Tampoco es dable confundir la colisión de derechos con el abuso, como lo hace Desserteaux al equiparar ambos conceptos.

Hay colisión de derechos, cuando estos concurren de manera tal que el ejercicio de uno de ellos hace imposible o perjudica el del otro. En la colisión de derechos un derecho se enfrenta a otro derecho; esta noción ya la había conocido el derecho romano cuando hablaba de la colisión de derechos excluyentes y derechos no excluyentes. Se había aceptado entre los romanos conceptos como éste: "Prior tempore petior jure; melior est causa possidentis".

En el abuso del derecho no se enfrentan dos derechos sino que un derecho lesiona un interés que aún no se ha erigido como derecho. No es el caso del propietario que usando de su derecho perjudica el derecho del

vecino al invadir su propiedad, sino el del que al edificar dentro de su predio una enorme pared sin utilidad alguna perjudica el interés del vecino, quien no tiene un derecho definido y sancionado por el ordenamiento jurídico.

El conflicto de derechos, es técnica y jurídicamente hablando inconcebible. El derecho entraña la idea de orden, noción excluyente a la de conflicto. Lo que pasa es que en la práctica esto sí ocurre, debido más que todo a las imperfecciones legislativas. Si los derechos son de igual valor deben marchar paralelos; si no, habrá subordinación; claro que esto ocurriría teóricamente porque en la práctica no suceden así las cosas.

7) - DIFERENCIA CON EL CONFLICTO DE INTERESES

Si no se trata entonces de un conflicto de derechos, podrá sostenerse acaso que la cuestión se reduce a un conflicto de intereses? Esta solución tampoco la aceptamos, porque aunque lo que se lesione en el caso del abuso sea un interés, ello se debe a que estamos actuando un derecho. Entonces, lo que en realidad sucede es un choque o conflicto entre un derecho y un interés. Es esta la posición precisa en el abuso del derecho; de lo contrario nos confundiríamos con los que mezclan la teoría con la colisión de derechos, o con los que la niegan. Hay en este supuesto, un conflicto entre un derecho y un interés que merece protección a pesar de no ser aún un derecho perfecto y definido.

8) - DIFERENCIA CON EL FRAUDE A LA LEY

El abuso del derecho y el fraude a la ley son nociones también diferentes. No hay similitud entre el que ejecuta un acto abusivo y la actitud de las partes que disimulan una porción del precio para eludir en parte los derechos de registro, o que de cualquiera otra manera traten de eludir la ley. Los que así obran, queriendo eludir por variados procedimientos las disposiciones imperativas se presentan como rebeldes ante la ley, se van contra ella directamente, la violan, es decir, desobedecen sus mandatos. En el abuso, vimos, se actúa dentro de los límites de la ley, no se desconoce abiertamente su letra, sólo que el derecho ejercitado ha violado su esfera subjetiva.

El daño es elemento constitutivo del abuso del derecho; en el fraude a la ley puede no existir.

Por último, para terminar este título, diremos que todas las nociones analizadas pueden originar responsabilidad.

II - FACTORES QUE ESTRUCTURAN LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

En el abuso del derecho se podrá obrar dentro del derecho objetivo, dentro de su esfera, pero a pesar de ello se puede incurrir en responsabilidad. Este es el verdadero meollo del problema.

1) - CONCEPTOS PREVIOS

Para quienes el derecho no tiene más que un fundamento y finalidad individuales, lógicamente el individuo que actúa un derecho sin violar la letra de la ley, así sea con un fin no armónico con el social o con *ánimus nocendi*, y a pesar de causar daño, no es responsable. Dentro de esta concepción la conclusión es lógica, ya que los derechos dentro de la órbita objetiva, su única limitación, son absolutos. Solamente se originaría responsabilidad desde el momento en que se violara la ley; de lo contrario el ejercicio de un derecho es absoluto e ilimitado.

Pero para los que pensamos que la idea social no puede permanecer al margen del derecho la cuestión se plantea de muy distinta manera. Siendo el derecho un producto social elaborado y ejercitado a diario dentro de la colectividad pudiera concebirse que un derecho cualquiera se ejercitara haciendo prevalecer el interés particular del titular de la prerrogativa al interés colectivo? En manera alguna; un elemental axioma jurídico, conquista del derecho moderno, nos enseña que el interés particular debe ceder al social, porque éste es superior y de un valor mayor.

Quien dentro de la órbita objetiva actúa un derecho con un fin incompatible a su justa concepción es responsable, por cuanto los derechos le son conferidos al individuo no de una manera absoluta sino relativa. El derecho en cuanto representa para el titular atribuciones omnímodas es un mito del pasado y un monstruo del presente.

La actuación de un derecho puede ser positiva o negativa. Existe, por otra parte, un orden jurídico objetivo y otro subjetivo. Cuando se viola el orden primeramente relacionado hay un acto ilícito objetivamente considerado porque se desconoce la ley, *ilicitud objetiva*; si el segundo, hay una situación anormal subjetivamente. El orden jurídico objetivo se viola quebrantando la norma positiva, el subjetivo, cuando se ejercita positiva o negativamente un derecho en desarmonía con su finalidad pero dentro de la órbita objetiva; el acto en este caso no lesiona la norma en sí sino su espíritu tal como debería de ser. Este es el supuesto preciso del abuso del derecho. Por eso dice Jossierand: "El fin perseguido es lo que constituye y denuncia el abuso del derecho", y Castejón nos dice:

"abusar del derecho no es atacar al derecho ajeno, es ejercitar arbitrariamente el derecho propio".

El abuso del derecho como doctrina con contenido propio nació de la Jurisprudencia Francesa, en el campo del derecho público y luego extendida al derecho privado. Fue tal jurisprudencia la que, apoyada en una idea social del derecho, hizo una de las conquistas más grandes en el campo jurídico. Nada menos podría esperarse de quienes han marchado siempre a la vanguardia en las reivindicaciones del derecho.

En el verdadero abuso no se ataca un derecho sino un interés. Decimos que no se ataca un derecho en cuanto el abuso no viola un derecho garantizado singularmente por el ordenamiento jurídico. Afirmamos que se lesiona un interés, ahora que ese interés pueda ser expresión de un derecho natural no lo negamos; lo que sostenemos es que el ordenamiento jurídico no lo ha protegido, puesto que de ser así al atacarse un derecho ya no se usa un derecho. No hay derecho a atacar otro derecho, surgiría en este caso un acto ilícito objetivamente considerado, ya que se quebrantaría la esfera jurídica objetiva.

La doctrina del abuso del derecho aparece como una verdadera evolución jurídica, y aunque todavía no está perfectamente estructurada, sus progresos sí son visibles. Trata de fortalecer los vínculos existentes entre la moral y el derecho, de eliminar el concepto absoluto del derecho subjetivo socializando este concepto, es decir, de dar a cada uno lo que merece. En síntesis: Es una teoría reivindicadora del verdadero concepto de interés social.

2) - ELEMENTOS DE LA TEORIA

Entremos ahora a ver cuáles son los verdaderos elementos estructurales de la teoría, los que le dan vida propia y autonomía, los que la distinguen de cualquiera otra noción. Ellos son, a nuestro juicio:

a) - **Actuación de un derecho.** Esta actuación puede ser positiva o negativa.

b) - **Lesión de un interés.** Este interés puede ser individual, como sería el caso de la prodigalidad; social como en el caso de dejarse la tierra improductiva; o bien, puede ser interés de un tercero, como cuando se levanta dentro de la propiedad una enorme pared sin ninguna utilidad y con perjuicio del vecino. Si se lesiona un derecho el caso es distinto.

c) - **Daño.** Este proviene como consecuencia de haberse lesionado un interés. El daño es indispensable para surgir el abuso del derecho y la correspondiente responsabilidad.

d) - **El derecho debe actuarse en desacuerdo con su espíritu.** Analicemos cada uno de estos elementos.

Actuar un derecho es ejercitarlo en sentido positivo o negativo; de allí que el hecho de no hacer producir la tierra pueda originar un abuso del derecho. Supone éste primer elemento que se actúe un derecho, es decir, que haya derecho a su ejercicio; si se viola la ley, ilicitud objetiva, se está obrando sin o contra derecho.

Lesionar un interés significa que no se puede violar un derecho, porque entonces se presentaría otra figura que bien pudiera ser un conflicto de derechos u otra hipótesis diferente. Supone este segundo elemento que al ejercitarse un derecho no se viole otro derecho, que no se hiera la ley misma, sino una esfera aún no revestida de la coactividad jurídica del derecho objetivo.

El daño significa sencillamente que el ejercicio de un derecho ha causado un perjuicio; sin daño no hay abuso, así como sin dolo no hay delito.

El derecho debe ejercitarse, además, en armonía con su espíritu, es decir, de acuerdo con su finalidad; sin entrar a considerar si hubo o no *animus nocendi*. De allí que hayamos desechado la concepción intencionalista para determinar la teoría, ya que este criterio vendría a dejar por fuera de la teoría verdaderos actos abusivos, como cuando se deja la propiedad inculta. Igual cosa ocurriría con la prodigalidad, puesto que en ésta puede no presentarse el elemento intencional, y de hecho así ocurre, porque el que como pródigo obra padece una anomalía psíquica. De acuerdo con el criterio exclusivamente finalista en tales casos podría presentarse el abuso del derecho, ya que la respectiva facultad funciona en desarmonía con su espíritu. Es bueno repetir que el derecho se actúa de acuerdo con su misión cuando no sólo se tiene en cuenta la voluntad del titular, sino también el fin social del mismo derecho.

DEFINICION. - El abuso del derecho es: El daño causado a un interés como consecuencia del ejercicio de un derecho de acuerdo con la legalidad objetiva, pero en desarmonía con su espíritu o finalidad. Creemos que esta definición comprende todos los elementos estructura-

les de la teoría, aunque como dice un célebre filósofo, definir es arte de dioses.

Sostenemos que en el abuso es necesario que el derecho se actúe con un fin contrario al suyo, al interés social de la institución, pero esta afirmación no conlleva una identificación al pensamiento de Duguit, para quien el derecho tiene sólo un fundamento social. Nosotros no desechamos al individuo que actúa la facultad, al tratar de los derechos subjetivos afirmamos su existencia como fundamento del derecho. Para nosotros lo que se debe buscar y conseguir es una armonización entre el interés individual del titular de la facultad y el interés social de la colectividad. Si en un momento dado resulta un conflicto entre los referidos intereses es claro que prima el social por ser primero en categoría. Rechazamos, en fin, la concepción individual del derecho que tan sólo mira y beneficia el interés egoísta.

No es posible consentir el abuso del derecho favorable a una persona y en detrimento de la colectividad. Propendemos por el imperio de la equidad sobre la letra misma de la ley, del ideal justicia sobre la rigidez del texto escrito. Para los que así no piensan la teoría del abuso carece de importancia. Pero quizás no se dan cuenta los impugnadores de la teoría de que están renegando del fin mismo del derecho, que no es otro que el imperio de la justicia.