

EL ABUSO DEL DERECHO

Dr. J. Emilio López

Todo derecho tiene una función social y debe ser ejercido con fines lícitos y morales, limitados por los derechos ajenos y dentro de los marcos precisos de justicia y equidad. Estos conceptos llevan a la teoría del "abuso del derecho", cuya historia y evolución es hondo capítulo del derecho universal.

Desde el derecho romano se conoció la noción, aunque allí sólo se configuraba con el *animus nocendi*, intención de causar daño, criterio subjetivo muy rigorista. Aunque todavía existen subjetivistas, el criterio moderno es más objetivo pues se da el abuso al ejercitar el derecho fuera de los fines que le son propios o sin finalidad benéfica para el titular. También existen los expositores mixtos que combinan lo subjetivo, ánimo de perjudicar, con lo objetivo, inutilidad en el ejercicio del derecho puesto en movimiento.

Naturales o civiles, los derechos carecerían de significación práctica, si no fuera posible ejercerlos. El problema aparece si se buscan los límites de ese ejercicio. Tales límites se relacionan con épocas y concepciones filosófico-jurídicas de la humanidad. En Roma se habló del *Summum jus, summa injuria*, lo que indica repudio al abuso del derecho.

"Ya en los tiempos del primitivo derecho romano se castigaba fuertemente al litigante temerario. El demandante o el demandado que entablaba la acción o sostenía la oposición a sabiendas de que carecía de fundamento, estaba sujeto a diversas acciones que en su con-

tra podía incoar el perjudicado. La acción de calumnia, el *contrarium iudicium*, la de juramento o la de *restipulatio* eran las vías que brindaba el derecho romano a aquellas personas que hubieran sido víctimas de la temeridad de un litigante. Claro está que tales acciones diferían en su naturaleza y en sus efectos. Así la acción de calumnia, cuya cuantía equivalía a la décima parte del valor del litigio, sólo perjudicaba a aquel que a sabiendas de que no tenía el derecho demandaba con intención de perjudicar al demandado fundando sus esperanzas de triunfo, más en el error o en la falta de equidad del Juez que en la causa de la verdad" (V. Derecho Romano por A. Cock, T. II Pág. 323). El *Contrarium Iudicium* prosperaba contra el actor que perdiera el proceso, hubiera obrado de buena o mala fe. La acción de *Restipulatio* estaba circunscrita a casos especiales. Todas estas acciones cayeron en desuso. Pero advinieron las famosas instituciones de Justiniano cuyo capítulo XVI del Libro IV, *DE POENA TEMERE LITIGANTIUM*, rompe así: "Conviene ahora advertir, que quienes aplicaban el derecho antiguamente, ponían gran cuidado de que los hombres no procedieran con facilidad a los litigios, lo que también es nuestro anhelo. Esto se consigue mucho mejor: es decir, impedir la temeridad, tanto en el demandante como en aquel a quien se demanda, ya por medio de una pena pecuniaria, ya por el juramento, ya por el temor a la infamia" (Obra citada. Apéndice. pág. CVI, II). Se obligó a demandante y demandado, antes de proseguir un juicio, que juraran, el primero, no proceder calumniosamente, y el segundo, "Que juzga tener fundamento para contradecir la demanda". E igual juramento debían prestar los respectivos abogados. Como sanción se establecía la de que el litigante sin derecho pagara a su adversario los perjuicios y gastos del pleito. En otros casos el condenado se hacía infame.

Se ve, pues, como los romanos no admitían el ejercicio amplio e irrestricto del derecho de litigar".

La revolución francesa rechazó la teoría, pues afirmaba que todos los derechos eran absolutos. El contenido social moderno de derecho que restringe las románticas libertades absolutas en beneficio colectivo, tiene un concepto más relativo de muchos derechos y así aparece el abuso del derecho en varias legislaciones como fuente especial de las obligaciones. (Códigos Alemán, Suizo, Chino, Austriaco, Soviético, Libanés, Polaco, Turco, Brasileño y Peruano, entre otros).

Dicen Alessandri y Somarriva que en general se abusa del derecho cuando se ejerce con dolo o con culpa. Cuando se ocasionan daños en forma inmoral y antisocial dice Calvo Sotelo. Actos contrarios al fin

para el cual fué dada la norma jurídica respectiva, expone Saleilles. Muchos otros criterios para precisar la noción existen, relacionados con los conceptos de culpa, error grave, dolo, etc., como la estudian profundamente Planiol y Ripert y los hermanos Mazeaud.

La moderna concepción del fenómeno en estudio, preconizada por Jossierand, Colin y Capitant y seguidas muy de cerca por nuestra H. Corte, sitúa el fenómeno dentro del marco de la culpa sin exigir, para que el abuso del derecho se configure, la intención en el autor del daño, sino la imprudencia y descuido en el ejercicio del derecho, sin tomar las precauciones que se esperan de un hombre diligente y atento en sus negocios.

La H. Corte acoge el criterio anterior y se apoya en el artículo 2341 del C. C. que dice: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga o por la culpa o el delito cometido".

Copiosa y profunda es ya la Jurisprudencia de la H. Corte sobre el fenómeno del abuso del derecho, especialmente a partir de la sentencia de la Sala de Negocios Generales de septiembre 6/35. (G. J. Tomo XLIII pág. 602), cuando afirmó: "Sería 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" y el 5 de agosto de 1.937 fue más precisa en la tesis (G. J. T. XLV, pág. 420) y dijo: "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 culpa 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 revelan como constitutivos de un desvío del derecho que choca con su espíritu". En sentencia de agosto 30/60 se precisan conceptos especialmente relacionados con el derecho —deber que consagra el art. 12 del C. de P. P., relativo al denuncia criminal y la responsabilidad civil en caso de abuso del derecho (G. J. T. XCIII Nos. 2228 y 2229).

El H. Tribunal Superior de Santa Marta en el N^o 21 de la "Revista Judicial", año 1.964 pág. 120 trae una síntesis del pensamiento de la H. Corte sobre el problema y que es el siguiente: "La teoría del abuso de los derechos tan admirablemente sintetizada por Jossierand en su obra "de l' esprit des droits, de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits" (1927), da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad. A la antigua concepción rígida de los de-

rechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aún de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir, cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben, pues, ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. Vanamente alegarase que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho, es decir, el acto cumplido, como enseña Jossierand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho general o derecho objetivo, con lo que él y otros autores llaman juridicidad, o conjunto de la regla social.

“De esta manera el antiguo adagio latino: *Neminem laedit qui jure suo utitur*, que tomado en un sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que esto: “El que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro”. “Comprendida de este modo, la vieja regla romana —agrega Colin y Capitant— lejos de tener el contenido antisocial que se le ha atribuído, aparece, por el contrario, como útil y beneficiosa. Garantiza al hombre la esfera de independencia, de irresponsabilidad de que necesita. En efecto, el ejercicio concurrente de sus derechos que los hombres hacen al mismo tiempo, no deja de causarles algunas molestias, algunas veces hasta cierto daño. Es el precio que se paga por la vida en sociedad. De este daño no será el hombre responsable desde el momento en que haya tomado todas las precauciones dictadas por la prudencia, en que haya dado pruebas de la diligencia normal que se puede y se debe exigir de él”.

“Comprendido así, el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende, en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada. Estará en el primer caso, por ejemplo, el propietario que ejecuta excavaciones en su predio con la mira exclusiva de secar una fuente o manantial de su vecino; o al acreedor que por su espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un em-

bargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobre, para empujarlo así aún hasta la ruina; 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, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso que le diese a la contraparte la victoria judicial. Y encontrarse en el segundo caso el que pone un denuncia criminal contra otra persona, formulándole a la ligera o imputándole perentoriamente, sin la base seria, la comisión de un hecho criminal. (G. J. num. 1927 págs. 419 a 422).

“Para que haya abuso del derecho, dicen los citados —Colin y Capitant— no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, el animus nocendi. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado”. Y ponen como ejemplo, entre otros, el empleo de procedimientos ejecutivos especialmente rigurosos por un acreedor contra su deudor, cuando estas medidas estén en manifiesta desproporción con el fin que se busca. Aquí ya no habría la intención perversa de arruinar al deudor, sino la falta de precauciones en no causar más daño que el indispensable dentro de los justos límites del cobro coactivo del crédito. “Para que una perfecta irresponsabilidad, escribía mucho tiempo antes Larombiere, garantice el ejercicio de un derecho, hay que ejercitarlo prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar y sin exceder los justos límites”.

Josserand en una admirable conferencia dictada el año pasado decía: “Para los Romanos el acto abusivo era únicamente aquel que había sido cumplido con intención de daño. El derecho moderno, y especialmente, el derecho actual, hace del abuso una idea mucho más comprensiva: es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio; el criterio puramente intencional tiende a sustituir un criterio funcional, deducido del espíritu del derecho, de la función que le ha sido asignada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad, quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad”. (Cas. febrero 1.938 XLVI 62).

Entonces, al ser el abuso del derecho una especie de acto ilícito, que compromete la responsabilidad civil del individuo, deben llenarse, para que ésta surja los restantes presupuestos que la integran; El daño y la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño.

Define la Doctrina la culpa como: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar". Sin embargo al estudio de los criterios subjetivo y objetivo o abstracto de moderna aceptación, se recuerda la definición luminosa de los hermanos Maseaud para quienes "es un error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño" (Traité Theorique et pratique de la Responsabilite civile, París, 1947 T. I. N^o 439) Tesis que nuestra H. Corte acepta cuando dice: "Dedúcese, pues, que en derecho civil la culpa aquiliana se aprecia con un criterio objetivo o social y no meramente con un criterio subjetivo. La prudencia con que los hombres deben obrar no depende de sus particulares puntos de vista, o de sus costumbres, o del retraso de sus facultades mentales, sino de aquella prudencia que se exige a un hombre diligente". (Casación civil. junio 2/58., N^o 2198). 138, 1^o y 2^o y 139, 1^o y 2^o).

Febrero de 1.966.