

HACIA UNA DELIMITACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO A PARTIR DE SUS FUNDAMENTOS

DIEGO MIRANDA REYES
Abogado*

Hacia una delimitación del abuso del Derecho a partir de sus fundamentos

El objeto de este trabajo es proponer que la noción de derecho objetivo condiciona nuestro entendimiento del abuso del derecho. Para lo anterior, es importante la distinción entre uso y abuso en el ejercicio de un derecho y el carácter relativo de este último. Al desarrollo de estos puntos nos abocaremos en primer término. Seguido a ello, se mencionarán algunas de las principales visiones sobre el derecho objetivo, identificando las maneras como ellas impactan en las doctrinas del abuso del derecho. Finalmente, destacaremos su origen en el derecho privado y las consecuencias prácticas y operativas que de esto se derivarían.

PALABRAS CLAVE

Abuso del derecho, Derechos subjetivos, Derecho objetivo.

Defining abuse of law based on its fundamental principles

The purpose of this paper is to propose that the notion of objective rights conditions how we understand the concept of an abusive exercise of rights. In order to do achieve this goal, it is important to keep in mind the distinction between an exercise and an abusive exercise of a right and the relative nature of the latter. We will devote the first part of our analysis to this initial topic. Afterwards, we review the main visions on objective rights, identifying how they, in turn, have an impact on the different doctrines on abusive exercise of a right. Finally, we will address its origin in private law and the practical and operative consequences which derived from this fact.

KEY WORDS

Abusive exercise of a right, Subjective rights, Objective law.

Fecha de recepción: 15-9-2016

Fecha de aceptación: 30-10-2016

INTRODUCCIÓN

«Nada en exceso» reza el oráculo de Delfos, y legítimo fue considerado el proceder de Odiseo frente al actuar de los pretendientes de Penélope, quienes abusando de las reglas de hospitalidad de la época permanecieron en las dependencias del reino de Ítaca durante años.

Con base en ideas como las señaladas podemos defender que existe una proscripción casi intuitiva al abuso, una suerte de común denominador en la consciencia colectiva que nos permite repudiar con propiedad un actuar que estimamos como abusivo.

Sin embargo, en estas líneas no nos referiremos a cualquier abuso, sino a una particular expresión suya, a aquella que se manifiesta en el ejercicio de un derecho subjetivo y cuya nota distintiva sería su apariencia de juridicidad y legitimidad.

Para lo anterior, dedicaremos un primer apartado a efectuar algunos comentarios en torno a esta figura, que, sin pretender definirla, ofrezca precisiones delimitadoras y nos permita avanzar en una mejor comprensión de ella. En segundo lugar, se dirá que

la noción que tengamos de la figura del abuso del derecho viene necesariamente determinada por nuestra concepción de Derecho, entendido este último en su faz objetiva. Finalmente, se expondrán un par de conclusiones.

1 · DELIMITACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO

En términos generales, cuando nos referimos a la figura del abuso del derecho hacemos alusión a situaciones en que observamos el ejercicio de un derecho subjetivo que, en una primera lectura, aparece como formalmente legítimo, sin embargo, existe en dicho ejercicio alguna modalidad que nos conduce a sostener su ilicitud. Los caminos que nos permiten arribar a esta conclusión son diversos.

Como se entenderá, lo anterior no pretende constituir una definición de la figura del abuso del derecho, lo que, por lo demás, no constituye el objeto de este trabajo, sino solo servir de noción a partir de la cual se expondrán algunos de los caracteres principales de la doctrina. Además, somos de aquellos que estiman que, tratándose del abuso del derecho, como ocurre en general con los conceptos jurídicos indeterminados, más útil que su conceptualización resulta precisar cuáles son las condiciones que determinan su aplicación.

* Asociado del equipo de Derecho Público de Philippi, Prieto-Carrizosa, Ferrero, DU & Uría, oficina de Santiago de Chile.

En virtud de lo recién dicho, compartimos lo expresado por Atienza y Manero cuando, tomando como base la definición que el Código Civil de España confiere al abuso del derecho¹ (1), nos dicen que «cuando preguntamos por las condiciones bajo las cuales el ejercicio de un derecho resulta abusivo no estamos preguntando por el significado de la palabra “abusivo”, sino por algo distinto»², para señalar más adelante que «(...): decir que calificar una acción de ejercicio de un derecho subjetivo como “abusiva” significa que con dicha acción “se han sobrepasado manifiestamente los límites normales del ejercicio de ese derecho” es correcto, pero escasamente útil. Y ello es así porque la pregunta interesante no es la referente al significado de palabras como “abuso” o “abusivo”, sino a sus criterios de aplicación»³.

1.1 · Carácter relativo del abuso del derecho

Lo que determinemos hoy como constitutivo de una hipótesis de ejercicio abusivo de un derecho subjetivo no ameritará, necesariamente, calificarlo de igual manera en un tiempo futuro, como quizás tampoco lo fue en uno pasado.

Con merito en estas premisas, nos atrevemos a formular dos aseveraciones. La primera es que el abuso es, a falta de un mejor término, un fenómeno social, o dicho de otro modo, que se presenta como consecuencia del carácter social del ser humano, y siendo lo último una realidad constituyente del hombre será siempre un peligro latente incurrir en él. En segundo lugar, que precisar los contornos con los cuales se combate su intromisión es competencia de la sociedad en la que tenga lugar.

Vinculado con esto, parece haber bastante consenso en que la construcción del abuso del derecho como una figura de aplicación general se debe a la doctrina francesa del siglo XIX, y, por lo demás, se observa que ello «no es casual, pues el Código de Napoleón vino a suponer la consagración históricamente más radical de dos rasgos jurídico-culturales que la

figura del abuso del derecho estará destinada a corregir. El primero de estos rasgos es el llamado formalismo legal: la concepción según la cual la ley (el Código) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles (que se den en el ámbito de las relaciones privadas) sin que para la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez. (...). El segundo rasgo es lo que podríamos llamar el absolutismo de los derechos y singularmente del derecho de propiedad (...). Sin más limitaciones que las muy escasas contenidas en reglas legislativas o reglamentarias, el propietario puede, en relación con las cosas de su propiedad, llevar a cabo cualquiera acciones, sin necesidad de ponderar en ningún caso de que manera dichas acciones pueden afectar a intereses de otros».⁴

Agregamos a lo anterior que el mencionado carácter absoluto de los derechos, y en especial del derecho de propiedad, no se da respecto de cualquier manera de entenderlos, sino en relación a una particular, cual es la propia del liberalismo clásico. Así, la ideología detrás de esta corriente de pensamiento, y fundamentalmente la crítica a ella, explica en buena medida los intentos posteriores de definir el derecho subjetivo con algo más que *voluntad del titular* como base de su configuración.

En este sentido, especialmente importante y difundida entre nosotros es la concepción que de derecho subjetivo sustenta von Ihering, quien, como sabemos, la concibe como un interés jurídicamente protegido. La intromisión del interés como elemento integrante del derecho subjetivo supone un giro en la manera de entenderlo. Algunos autores postulan que, por intermedio de este concepto, von Ihering persigue superar y ayudar, respectivamente, a dos de sus principales preocupaciones: «Desde el punto de vista filosófico, quería buscar una alternativa al formalismo en el que habían incurrido sus predecesores; desde el punto de vista ideológico, estaba movilizado por la marcha de Alemania hacia el Estado unitario».⁵

Desde ya se puede apreciar que la idea que defendamos de derecho subjetivo condiciona cualquier discusión que se plantee sobre una institución que la contemple como elemento fundante, tal es el caso del abuso del derecho. Así, por ejemplo, quien vea en él básicamente una expresión de la voluntad

1 El artículo 7.2 del Código Civil de España señala: «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».

2 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Ilícitos atípicos*, Madrid: Editorial Trota, 2000, pág. 35.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*, págs. 34-35.

5 Lloredo Alix, L.M.: *Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Ihering*, Madrid: Universidad Carlos III, 2010, pág. 467.

de su titular, difícilmente no le conferirá un importante rol a la intencionalidad del titular del derecho subjetivo; por su parte, quien se asile en la idea de interés, y entienda por éste el consagrado en la norma positiva, menos le importará el móvil del titular que la satisfacción del mencionado interés.

En definitiva, el carácter relativo que se le asigna al derecho subjetivo particular, llámesele propiedad o cualquier otro, como también al derecho subjetivo en tanto institución, supone un ejercicio constante por precisar los elementos que lo componen y la manera de entenderlos, pues ellos no se encuentran exentos al tránsito del tiempo y a las necesidades del lugar.

En la actualidad, quizás la mayor fuerza que desafía la forma de entender el derecho subjetivo en su concepción actual sea la fuerte irrupción del derecho constitucional y el efecto horizontal de sus disposiciones, en donde nociones como, por ejemplo, la función social de la propiedad ofrecen argumentos que invitan a reconducir su entendimiento. Lo que se comenta es una realidad, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano, desde que el artículo 95 de su Constitución Política establece con un carácter general el deber de todas las personas de «Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios».

1.2 · Uso y abuso del derecho subjetivo

Bajo este título queremos dar cuenta de una premisa sobre la cual trabajamos, cual es que el uso y abuso en el ejercicio de un derecho subjetivo son ideas opuestas e irreconciliables. Quien diga propiamente estar haciendo uso de un derecho será por concepto, incompatible con sustentar un ejercicio abusivo de él. Se podrá haber actuado en apariencia de un derecho, no en su ejercicio.

Lo anterior, por supuesto, no supone desconocer que una misma actuación, atendido el caso, podrá corresponder a un ejercicio legítimo de derecho y en otro, a una hipótesis de lo que llamamos abuso del mismo.

En este sentido, podrá entenderse que uso y abuso operan sobre una *misma línea conceptual* y en donde la tarea será precisar dónde ubicar el punto que determina el final del uso y, por consiguiente, el inicio del abuso. Ahora, definir cuál es este límite es algo que se discute. Así, algunos dirán que viene conferido por precisar cuál es el interés jurídicamente protegido; otros podrán decir que la frontera

viene demarcada por la buena fe; otros por la contravención al principio fundante de la regla, entre otras diversas opciones que pueden encontrarse.

Por lo pronto, nos parece razonable sostener que la calificación que, en concreto, deba dársele a un ejercicio de derecho subjetivo resulta ser un problema de *contexto*. Será este quien nos otorgará luces definitorias al respecto.

Por su parte, aunque parezca evidente, resulta conveniente aclarar que no estamos hablando de cualquier abuso. Nos referimos a la doctrina del abuso del derecho, la que demanda, entre otras cosas, que la situación analizada lo sea en relación con el ejercicio de un *derecho subjetivo*, lo que desde ya excluiría situaciones de poder en donde lo que se cuestiona sea, por ejemplo, el ejercicio de una potestad. Lo anterior no supone rendirse frente a situaciones de abuso en este escenario, las que se podrán subsanar acudiendo a otras instituciones del Derecho, como podrá ser la desviación de poder, el control de los elementos reglados del acto discrecional, entre otras. Pero resulta cierto que no sería jurídicamente procedente aplicar a su respecto la doctrina del abuso del derecho. Así, también corresponderán a otro análisis las figuras de abuso de posición dominante, la fuerza moral, y tantas otras manifestaciones que puede asumir el abuso.

La nota característica del abuso a que nos referimos es que aquel toma la vestimenta de un proceder legítimo, que encuentra amparo en un derecho subjetivo, sin embargo, esa legitimidad es sólo aparente, desde que una aproximación más detenida nos permite apreciar la ilicitud en su obrar.

Podemos advertir que una de las razones que tornan difícil encontrar y ofrecer claridad en torno a la noción de abuso del derecho se encuentra en lo difuso, evolutivo y fundamental de las propias nociones que lo componen. Lo que digamos es derecho subjetivo supondrá una definición de lo que entendemos en última instancia por el Derecho mismo. Lo propio ocurrirá con la noción de abuso.

Estimamos que las jurisdicciones que han optado por contemplar en sus textos positivos la figura del abuso del derecho⁶ (2) no escapan de lo comentado,

⁶ Tal el caso de España, según se señaló. Este mismo camino siguió, por ejemplo, el Perú, que en el artículo II del Título Preliminar de su Código Civil señala que «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

pues necesariamente deberán acudir a nociones indeterminadas, o lo menos generales, para dar estructura a lo que entienden por abuso del derecho. Aún es preciso a su respecto un proceso de *determinación*.

Tal como dijimos al inicio de este epígrafe, concordamos con aquellos que postulan que lo decisivo al tiempo de preguntarnos sobre el abuso del derecho pasa por intentar precisar cuáles son sus condiciones de aplicación. Dentro de ellas, estimamos que la básica y fundamental se encuentra en precisar cuál es la noción que del Derecho, considerado en su conjunto, concibe quien va a aplicar la doctrina a un caso concreto.

2 · NOCIÓN DE DERECHO. FUNDAMENTO PRIMERO DEL ABUSO DEL DERECHO

Al inicio de este trabajo afirmamos que existe un rechazo, que calificamos de instintivo, al abuso, el que adopta una particular expresión cuando dice relación con el ejercicio de un derecho subjetivo.

Detrás de esta afirmación general, que entendemos mayoritariamente compartida, se comienza a crear y desarrollar sistemas, doctrinas y concepciones que buscan *justificar* y dar *coherencia* a la herramienta que permitirá de manera legítima sustraer-

nos de este efecto negativo. En este caso, persiguiendo que de una manera legítima podamos dejar sin aplicación los efectos propios de un derecho subjetivo.

Así, en la legislación, en la doctrina o en la jurisprudencia podemos encontrar diversos esfuerzos que se encomiendan a la labor de dar explicación al abuso del derecho. Esta particular expresión del abuso se entiende por los elementos que dan forma a un derecho subjetivo y que le confieren una fisonomía propia, como también, según se dijo, por las características que tradicionalmente se le han atribuido (absolutismo de los derechos).

Es en razón de lo recién dicho por lo que tradicionalmente el punto de partida que se adopta para estudiar la figura del abuso del derecho es la institución del derecho subjetivo. Frente a esta opción, no podemos sino compartir la importancia que presenta detenerse en la materia; sin embargo, también estimamos que ello puede resultar insuficiente para entender el fenómeno en su integridad.

Decimos lo anterior porque, además de saber cuáles son los poderes que se me reconocen en virtud de la titularidad de un derecho subjetivo, debo conocer el medio donde podré hacerlo valer, esto es, en el Derecho considerado en su conjunto, pues este último, estimamos, también determina el contenido del primero. Dicho de otro modo, y si se me permite la analogía, pensemos que en lugar de un derecho subjetivo estuviésemos hablando de un partido de fútbol, tengo que saber cuáles son las reglas del deporte. Si las desconozco, podré afirmar jugar al fútbol cuando en realidad lo que se está realizando es un partido de balonmano o cualquier otra cosa, que en todo caso no es fútbol.

Debo conocer el sistema en el cual me desenvuelvo, debo saber cuáles son *las reglas del juego*, pues en conformidad con ellas, en definitiva, voy a poder calificar con mayor precisión cuándo una conducta puede calificarse, en este caso, de abusiva.

En este contexto, el ropaje que adquiera la configuración del abuso del derecho en un ordenamiento jurídico determinado no resulta indiferente, pues, no obstante, poder presentar una idea fundante similar, la manera de enfrentar las hipótesis de abuso del derecho (o la posibilidad de calificar a un ejercicio determinado como tal) condiciona necesariamente nuestro entendimiento de la institución, lo que, más allá de las disquisiciones teóricas que se puedan formular, conlleva importantes consecuencias prácticas, según se dirá.

Por su parte, en Colombia, la doctrina del abuso del derecho puede contar con consagración constitucional, desde que en el artículo 95 de su Carta Fundamental, se señala que «La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios».

Por último, en Chile no existe norma positiva que consagre el abuso del derecho con alcance general a los derechos subjetivos. Sin perjuicio de ello, podemos encontrar dos referencias directas a la figura:

a) Artículo 430 del Código del Trabajo, que en su inciso primero señala: «Los actos procesales deberán ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias».

b) Artículo 4.º ter del Código Tributario: «Los hechos impositivos contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso».

Según dijimos, vemos cómo un estudio del abuso del derecho nos conduce al análisis del derecho subjetivo, y este, a su vez, a preguntarnos por el Derecho entendido en su conjunto, calificándolo para estos efectos como objetivo. Ello, por lo demás, está lejos de ser algo novedoso, y tal como se destaca en doctrina, «*el propio Ihering nos ha dicho, el concepto de interés le obligó a tener en cuenta el de fin y el derecho en sentido subjetivo lo impulsó a tratar del Derecho en sentido objetivo*»⁷.

Por supuesto que en estas líneas no se busca pasar revista de todas las visiones que sobre el Derecho existen (4), ni siquiera de una en profundidad, sino que simplemente pretendemos mencionar algunas ideas a este respecto que pueden resultar ilustrativas de lo que venimos diciendo.

Hecha la advertencia, en un primer acercamiento podremos apreciar que quienes ven en el Derecho esencialmente un ejercicio por reconocer el comportamiento permitido, reglado o prohibido en una norma determinada, serán más proclives a centrar su análisis en precisar si el referido actuar se encuentra presente en los intereses que la norma positiva pretende resguardar. Por su parte, quienes lo entienden como un conjunto de reglas y principios darán mayor importancia a las valoraciones que puedan subyacer en el contexto dado, sin que resulte decisivo el tenor de la norma. Por su parte, quienes sean más cercanos a entender el derecho como una aproximación casuística a los hechos, en donde sin prescindir de la norma, su configuración definitiva viene necesariamente determinada por un acercamiento a la cosa jurídica.

En este sentido, por ejemplo, entre quienes conciben el Derecho como integrado tanto por reglas como por principios, defenderán que es este el escenario en el cual se debe enfrentar la figura del abuso del derecho. Así, dos de los principales exponentes de esta visión del Derecho son los autores Atienza y Ruiz Manero, quienes son categóricos al señalar que «*solo una concepción del Derecho que en su reconstrucción de las instituciones jurídicas integre principios en sentido estricto, directrices y reglas constituye el marco adecuado para una explicación y justificación satisfactorias del abuso del derecho y de las condiciones de aplicación de esta calificación establecidas por la jurisprudencia*»⁸.

Con base en esta premisa, ellos postulan que «*constituye el núcleo central de la problemática del abuso: a saber, que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho (y singularmente del derecho de propiedad) implica, puede, en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones*»⁹ (Lo destacado es nuestro).

Como apreciamos, estos autores fundan la aplicación del abuso del derecho, en términos generales, en situaciones en donde el ejercicio del titular no encuentra amparo en el principio que funda la regla que consagra el derecho subjetivo. De esta manera, esta solo puede entenderse bajo una noción de Derecho que comprenda, al menos, estos entes normativos.

Sin embargo, la circunstancia de admitir los principios como normas integrantes de nuestro ordenamiento jurídico no permite agrupar a todos los autores que así lo consideren bajo una misma noción de Derecho y, mucho menos, de lo que debemos entender por abuso del derecho. En este sentido, el autor chileno Enrique Barros Bourie funda la aceptación de esta figura en una infracción al principio de la buena fe, al que concibe como un límite interno al ejercicio de un derecho¹⁰, y que «*En materia de abuso de derecho tiene la ventaja de evocar aquello que resulta intolerable en la relación entre el titular del derecho y el tercero, de modo que circunscribe el abuso de derecho a casos límites y excepcionales*»¹¹.

Precisemos que para este autor la buena fe se manifiesta como un principio. Pero uno muy distinto, no obstante el alcance de términos, a aquellos que proponen un ordenamiento jurídico conformado, básicamente, por principios y reglas. La buena fe se concibe aquí como un principio general del derecho, propio del derecho privado y con fundamento en nociones de justicia conmutativa. Esto es, con un enfoque muy distinto al de aquellos que los proponen como razones para la acción, empleando la nomenclatura de Atienza y Ruiz Manero.

Lo anterior, va configurando el entendimiento que tengamos del abuso del derecho, y del Derecho en general. Toda la fundamentación de la doctrina de este autor se funda en un principio, el de respeto a

7 RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: «Rudolf von Ihering», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 4, 1987, pág. 264.

8 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Ilícitos atípicos*, op. cit., pág. 43.

9 Idem, pág. 35.

10 BARROS BOURIE, E.: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, págs. 628 y ss.

11 Idem, pág. 629.

la buena fe, lo que, por una parte, supone una restricción al alcance de la figura, y por el otro, se muestra más obediente de su origen histórico, según de detallará. Lo que se quiere plasmar de momento es que la fundamentación en este principio busca precisamente hacer primar la idea que él promueve, sin perjuicio de la transversalidad que pueda tener. Se agota en sí mismo. La otra manera de entender los principios antes mencionada cumple un rol diverso, ya que no busca el triunfo de una idea determinada y preconcebida, sino más bien la coherencia del sistema en su conjunto. El principio puede adoptar muchos contenidos particulares según la razón en que descansa la regla.

Por su parte, este autor reconoce en el principio de la buena fe un concepto normativo, esto es, integrante del ordenamiento jurídico (de carácter no positivo), cuyas condiciones de aplicación son imprecisas e indeterminadas (atributos también aplicables al abuso del derecho), todo lo cual lo conduce a afirmar con un énfasis negativo que «*En verdad, estos conceptos normativos amenazan el principio de supremacía de la ley y del contrato, favoreciendo una especie de control pretoriano de las relaciones privadas sobre la base de ideas morales que se resisten a la articulación sistemática*»¹².

Esta opinión resulta interesante, pues al igual que Atienza y Ruiz Manero, es de la idea de que los conflictos a que dé lugar la aplicación de esta figura deben resolverse *dentro del Derecho*, intentando que por su intermedio se logre una visión sistémica del Derecho, sin acudir a nociones que no sean de carácter jurídico, pero, por otro lado, es bastante distinta la manera de concebir la intervención del juez; pues Barros ve en ella un peligro de *vulgarización* del Derecho con sustento en estas nociones, mientras que los autores españoles mencionados, sin emitir mayor juicio al respecto, simplemente reconocen que «*Determinar dichas condiciones de aplicación es, así, asunto que el legislador encomienda al aplicador del Derecho*»¹³.

Así, por una parte, el abuso del derecho se encuentra condicionado por la noción de Derecho que sustentemos, pero a su vez, va reconduciendo nuestra forma de entender este último.

Para los autores antes mencionados, dijimos, el conflicto suscitado con el abuso del derecho es uno que

se resuelve *en el Derecho* (como ellos lo entienden), sin recurrir a nociones «extrajurídicas», y opera cuando:

- No resulta aplicable la justificación subyacente de la regla (Atienza y Ruiz Manero);
- Si la justificación se ve desplazada por algún otro principio que, en relación con el caso, tiene un mayor peso (Atienza y Ruiz Manero); y
- Por infracción al límite interno del derecho subjetivo constituido por la buena fe (Barros Bourie).

Por su parte, otra doctrina que también concibe a los principios como integrantes del ordenamiento jurídico postula que el abuso al derecho viene a ensalzar la victoria de consideraciones de otro orden, básicamente moral, sobre las jurídicas. Por ejemplo, el autor Lino Rodríguez-Arias Bustamante, y su doctrina de los *actos antinormativos*, que se sustentaría en la falta de adecuación entre la finalidad subjetiva, que es aquella que impulsa a obrar al individuo y la finalidad objetiva, encuentra como elemento externo al *daño*, mientras que el interno estaría constituido por la falta de un *motivo legítimo*, «*siendo principios susceptibles de vulnerarse: la norma abstracta, la moral, las buenas costumbres, en fin, el Orden Público*», configurándose, de esta manera, el abuso del derecho como una forma de subsanar una vulneración, entre otras, de la ley moral.

Sobre esta opción doctrinaria, Atienza y Ruiz Manero opinan que «*Para estos autores, por tanto, la figura del abuso del derecho no constituiría, como hemos defendido nosotros, un mecanismo de autocorrección del Derecho —de corrección, repetimos, del alcance de ciertas reglas jurídicas a la luz de los principios jurídicos que determinan su alcance justificado— sino un mecanismo de heterocorrección del Derecho desde la moralidad. El abuso del derecho entraría en juego si se da un contraste entre la permisión jurídica de ciertas acciones en ciertas circunstancias y la convicción moral colectiva de que tales acciones, en tales circunstancias, deberían encontrarse jurídicamente prohibidas. El razonamiento judicial no se encontraría, en tales supuestos, limitado a razones proporcionadas por el propio Derecho, sino que se abriría a todo aquello que puede ser alegado en una controversia moral ordinaria. El juez se encontraría en la posición de un legislador no limitado*»¹⁴.

¹² Ibidem.

¹³ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Ilícitos atípicos*, op. cit., pág. 41.

¹⁴ Idem, pág. 60.

Dejando de lado a los autores que confieren a los principios un rol importante en la configuración del abuso del derecho, encontramos a quienes entienden que «*el derecho, en última instancia, termina siendo una lucha sostenida entre diversos intereses que entran en colisión y que deben seleccionarse y preferirse*»¹⁵. En virtud de este entendimiento del Derecho, desarrollan su doctrina sobre el abuso del derecho.

En este orden de ideas, Pablo Rodríguez Grez sostiene que «*el “abuso del derecho” no conforma un principio general de derecho, sino una forma de reprimir la invocación de un derecho aparente con el fin de obtener la satisfacción de un interés no tutelado, sea por desvío o por exceso*»¹⁶.

En este sentido y de forma coherente con su forma de entender el Derecho, señala que un acto abusivo es «*aquel que consiste en ejercer un derecho subjetivo al margen de los intereses jurídicamente protegidos por el derecho objetivo, u obteniendo un provecho que sobrepasa este interés, sea o no intencionalmente, como consecuencia de romper el equilibrio original que prevalecía entre el sujeto activo y el sujeto pasivo al momento de gestarse la relación jurídica subjetiva y en la cual se fundan los derechos y obligaciones en que ella se resuelve*»¹⁷.

Así, entendiendo el derecho subjetivo en los términos de von Ihering, toda la estructura que este autor confiere al abuso del derecho pasa por el concepto de *interés* jurídicamente protegido, configurado cuando el ejercicio del titular de derecho subjetivo se desvía o lo excede. En esta tarea, dicho interés debe precisarse como resultado de dos elementos, a saber, la meta o destino último a que conduce el ejercicio del derecho (decisión de la voluntad de ponerlo en movimiento) y los intereses contrapuestos que deben armonizarse con aquella.

Como se puede observar, conforme a esta doctrina, el abuso del derecho se muestra como «*confrontación de dos meros intereses, ninguno de los cuales ha recibido consagración jurídica*»¹⁸.

Una noción como la expuesta le permite a Rodríguez Grez postular, sin caer en incoherencias, que «*puede ejercerse legítimamente un derecho de mala fe, con el propósito de perjudicar, siempre que con ello se*

persiga la satisfacción de un interés protegido por el ordenamiento normativo»¹⁹.

Evidentemente, esta idea será repudiada por quien entienda como fundamento del abuso del derecho el principio de buena fe. En este sentido, Barros Bourie, quien al referirse, en general, a las situaciones típicas de ejercicio abusivo de un derecho, y en particular al *ejercicio de un derecho adquirido de mala fe*, señala que la reglas legales (antes mencionadas por él) responden «*a un principio más general: quien actúa de mala fe no puede aprovecharse de su propio ilícito*»²⁰.

Por lo demás, para este autor el derecho subjetivo es absoluto, lo que es relativo es el interés. Así, señala que «*El interés protegido por la norma positiva es esencialmente dinámico, lo cual significa que evoluciona con ella y su interpretación. No puede ser de otra manera si se considera que el interés está establecido en función de un valor, el cual, como tantas veces lo hemos dicho, determina el verdadero sentido y voluntad de la norma, tarea que corresponde al intérprete*»²¹.

En la tarea de determinar cuál es el interés jurídicamente protegido, admite que puedan considerarse factores extrajurídicos, lo que, a su juicio, no condiciona el derecho mismo, sino solo uno de sus elementos, el interés. Sin compartir lo afirmado por este autor, reconocemos que su opinión puede encontrar base en la manera como von Ihering defendía su idea de interés, en la cual puede rescatarse una dimensión moral. Así, cuando señala que «*el primer momento [del concepto de derecho], al que dirigimos la atención en primer lugar, está reflejado en la siguiente lista de ideas: provecho, bien, valor, goce, interés. El baremo con el que el Derecho pondera estos conceptos no es, ni mucho menos, tan sólo el económico (dinero y valor pecuniario); el patrimonio no es lo único que las personas necesitan asegurar, sino que hay otros bienes de tipo ético por encima de éste: la personalidad, la libertad, el honor, las relaciones familiares... Bienes sin los cuales los bienes exteriores y visibles no tendrían ni el más mínimo valor*»²².

Por último, en esta parte, quisiésemos hacer mención a quienes sustentan una visión «*genuina*» del

15 RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 138.

16 Idem, pág. 173.

17 Idem, pág. 78.

18 Idem, pág. 187.

19 Idem, pág. 141.

20 BARROS BOURIE, E.: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit., pág. 629.

21 RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, op. cit., págs. 195-196.

22 IHERING, R. von: *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pág. 339. Citado en Lloredo Alix, L.M.: *Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Ihering*, op. cit., pág. 469.

Derecho, calificativo que quiere significar a aquellos que defienden la definición que tuvo la palabra derecho en el derecho romano clásico.

Ellos destacan que «*los romanos no se calificaban a sí mismo de científicos en el sentido moderno de la palabra, aun habiendo construido un monumento que ha desafiado los siglos, ni pretendieron descubrir verdades universales y eternas, solo quisieron determinar, expresar, formular la justicia, hacerla actuar (...)*»²³.

Aquí adscriben quienes ven en el Derecho un problema más de fineza que de geometría, por utilizar la célebre distinción de Blas Pascal. No bastará con determinar un elenco cerrado de condicionantes y requisitos, que, pasados en lista, determinen la concurrencia o no de un actuar conforme a derecho. Lo que constituiría la esencia del ejercicio de nuestro oficio es una aproximación directa a la cosa jurídica.

Determinar si una conducta se erige como trasgresora y abusiva del derecho es una labor propiamente jurídica, pues tiene lugar en el marco de un juicio, aspecto esencial de esta rama del conocimiento, y no encuentra razón de ser en la simple ley, que pertenecería a lo político. Fue cuando la ley, en tanto norma general y abstracta, resultó insuficiente para dar eficacia y razón al actuar del sujeto que fue preciso adentrarse en el ámbito que resulta propiamente jurídico, esto es, en el juicio. Ello denota que «*lo sustancial de ser juez está en su experiencia de conocer, y por ende poder decir lo que es justo en la causa singular descrita por los hechos que se le demuestran y por las peticiones de los litigantes*»²⁴.

A diferencia de las formas de entender el Derecho antes comentadas, aquí no se entiende desde una óptica normativa (sea que por normas comprendamos o no los principios jurídicos), sino que el acento se ubica en el juez, el juicio y la sentencia, únicos elementos propiamente jurídicos.

Así, no se necesitará una compleja construcción dogmática del abuso del derecho, que previamente nos proporcione los conceptos, requisitos y categorías que nos permitan acreditar la concurrencia de un actuar abusivo en el contexto del ejercicio de un derecho subjetivo. Lo primordial será que, expuesto el caso al conocimiento del aplicador del Dere-

cho, se le muestre y manifieste la cosa como injusta, y la injusticia provenga de un actuar abusivo. Se podrá decir que esta constituye una aplicación de la máxima jurídica conforme a la cual *el abuso no es uso, es corruptela*, dando luces de la ilicitud fundante que existe en un proceder de estas características, pero no como una exigencia del sistema normativo imperante.

2.1 - Origen de derecho privado del abuso del derecho. Justicia conmutativa

La forma como entendamos el Derecho va a condicionar el ámbito de aplicación que queramos entregarle a la doctrina del abuso del derecho. Por lo pronto, no debe olvidarse que esta es una figura con un claro origen en el derecho privado (lo que no, necesariamente, obsta a su aplicación a situaciones de carácter público). Ello evoca algo más que una simple distinción dogmática, pues en sus límites existen ciertos principios y valores respecto de los cuales cualquier institución que pretenda ingresar en ella deberá dar razón de su *compatibilidad* o *parentesco*.

Una de estas ideas estructurales del derecho privado es la de responder a exigencias de justicia conmutativa o correctiva, la que conforme a Aristóteles «*regula las relaciones entre los individuos, y se rige por una igualdad aritmética. Con ello, se persigue que los tratos voluntarios o involuntarios no introduzcan nuevas desigualdades*»²⁵. Por su parte, «*El supuesto básico de la justicia correctiva es la preexistencia de una situación de igualdad entre las partes involucradas*»²⁶.

De esta manera, el abuso del derecho parece encontrar una recepción más cómoda sobre la base de los principios en que descansa el derecho privado. Fundamentalmente, en aquellas relaciones que operan sobre una lógica de justicia conmutativa, pues es en ella en donde un argumento de reciprocidad y equilibrio, o más bien en donde la falta de ellos, aparece como razonable fundamento para intervenir por intermedio del juicio.

Decimos lo anterior porque en el sustrato mismo de la justicia distributiva se tolera un desequilibrio fundante, pensemos, por ejemplo, en las potestades

23 VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo* [Discurso leído el día 16 de noviembre de 1198, en la sesión inaugural del curso académico 1998-1999], Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 1988, págs. 183-184.

24 STREETER, J.: «La ciencia del derecho», *Revista de Estudios Públicos*, n.º 86, 2002, pág. 291.

25 PINO EMHERT, A.: «Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios», *Revista Chilena de Derecho*, n.º 21, 2013, pág. 94.

26 Idem, pág. 94.

exorbitantes que posee la Administración pública al tiempo de contratar, las que si se quiere podemos denominar, de abusiva, prescindiendo, de momento, de consideraciones de intencionalidad para arribar a tal calificativo.

Las anteriores son atribuciones que si estuviesen presentes en el ámbito privado serían tildadas, sin más, de abusivas y proscritas del ordenamiento jurídico. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho del consumidor, en donde el legislador pretende corregir y castigar estas desigualdades, mientras que en el plano público son defendidas en atención a su función y finalidad.

Si restringimos el ámbito de aplicación a las relaciones de carácter privado, será en este escenario donde deberemos encontrar el fundamento a aquella cuestión. Una concepción positivista que acepte esta institución deberá fundarse en vulneración del interés jurídicamente protegido en la norma positiva. Por su parte, quien conciba los principios como normas integrantes del ordenamiento jurídico, deberá buscar uno propio del hemisferio del derecho privado, y defenderá, por ejemplo, que «*La buena fe es esencialmente derecho no positivado, que se muestra en las recíprocas expectativas normativas que tienen fundamento en la relación más profunda del derecho privado con las ideas de justicia correctiva o conmutativa*»²⁷.

Por su parte, resulta fácil encontrar en la jurisprudencia decisiones que amplían, la mayor parte de las veces sin un mayor análisis, el ámbito sobre el cual aplicar la doctrina del abuso del derecho. Por ejemplo, cuando se señala «*que todos los derechos subjetivos son susceptibles de ser desviados de su uso regular, y cuando ello acontece se produce un mal uso o abuso de los mismos. Por eso, el abuso del derecho se ha inscrito dentro de la teoría general jurídica, de manera que su influjo se extiende a todas las ramas de dicho ordenamiento*»²⁸.

Lo propio ocurre en la doctrina. Así, cuando se afirma que «*los ejemplos de abuso del derecho son infinitos, ya que es dado investigarlos en todas las ramas del derecho en las que dicha figura no tenga una reglamentación y una específica sanción de la ley (abuso de la imagen ajena, de la patria potestad y de la tutela, de los medios de ejecución manifiestamente excesivos)*»²⁹. La

opinión de este autor es coherente con su manera de entender esta doctrina, pues en un trabajo posterior nos señala que el ejercicio abusivo se aprecia «*porque el derecho se actúa en disconformidad con el destino económico y social para que nos ha sido otorgado por el ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto se ejercita desvirtuando el espíritu de la institución de que nos dimana dicha facultad subjetiva*»³⁰.

En sentido contrario, esto es, restringiendo su campo de aplicación y con una vocación de justicia contributiva y de orientación liberal, encontramos autores que excluyen la aplicación de esta doctrina a aquellos casos en que las partes hayan acordado o la ley dispuesto un equilibrio determinado, por lo que «*Resta, entonces, un solo campo al acto abusivo (cuando se reclama sobre la extensión o restricción de la “prestación” en que deviene el ejercicio del derecho) y este se reduce a los casos en que ni las partes ni la norma (la ley) han dispuesto el equilibrio básico original. Y esto ocurrirá en la menor parte de los casos*»³¹.

Finalmente, otros, advirtiendo el origen de esta institución y las consecuencias que ello importa, dan cuenta que su manera de entender el Derecho permite una relectura de la doctrina del abuso del derecho y, por esta vía, ampliar el ámbito sobre el cual pueda actuar sin caer en inconsistencias. Así, cuando se advierte que «*(...) la figura del abuso del derecho se ha desarrollado históricamente en el ámbito del Derecho privado, en relación con el derecho de propiedad y, en general, con los derechos de contenido patrimonial, y ha tenido en este campo su área central de aplicación. Pero, como hemos visto, una reconstrucción racional de la figura —tal como la que se expresa en nuestra definición— posibilita su generalización más allá de los derechos de contenido patrimonial*»³².

Esta discusión estará más abierta en aquellos ordenamientos jurídicos, como es el caso de Chile, en donde no exista una consagración genérica de la institución, y también en aquellos contemplados en las codificaciones civiles, como es el caso de España y Perú, sin embargo, en aquellos lugares, como es el caso de Colombia, en donde el abuso del derecho tiene fuente constitucional, parece difícil sustentar una restricción de su ámbito de aplicación a relaciones de naturaleza estrictamente privadas.

27 BARROS BOURIE, E.: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, op. cit., pág. 629.

28 Considerando 7.º, sentencia de 11 de septiembre de 2014, rol n.º 22.267, Corte Suprema de Chile.

29 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: «El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos», *Revista de la Facultad*

de Derecho de México, n.º 16, 1954, pág. 29. Disponible en www.juridicas.unam.mx.

30 Idem, pág. 35.

31 RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, op. cit., pág. 77.

32 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Ilícitos atípicos*, op. cit., pág. 64.

2.2 · Consideraciones finales

Toda doctrina que con recta intención busque servir a la consecución de los altos valores que dan razón y sentido al Derecho, cualquiera que sea dentro de la diversa gama que se ofrece en la doctrina, tiene como destinatario final al *ser humano*. Luego, esta deberá *reconocer* sus caracteres y manifestaciones. En esta tarea, el derecho subjetivo ha cumplido un importante rol al destacar la dignidad del ser humano en tanto *individuo*, constituyéndose en importante garante de su libertad.

Por su parte, y volviendo al sabio adagio que nos advierte que nada en exceso resulta finalmente provechoso, es a estas alturas evidente que la función que cumple el derecho subjetivo no puede terminar por desconocer otra de las variantes que expresa la naturaleza humana, igual de importante, cuál es nuestro carácter social.

Siguiendo esta línea de razonamiento, la doctrina del abuso del derecho se presenta como un mecanismo que permite fundar una oposición frente a una constatación. No inventa nada, solo da cuenta de algo a lo cual no está autorizado el titular a realizar, atendidas las circunstancias que lo rodean. Y el fundamento a esta oposición se encuentra en el Derecho mismo. Lo anterior también supone que el derecho es más que la fuente formal que lo crea. Sea que a esta conclusión se llegue por la técnica de los *principios* o por un acercamiento a la *cosa jurídica* propiamente tal.

Tal vez, no es problema del abuso del derecho (y por ello nos referimos de momento a la idea fundante de esta institución) si constituye o no fuente de responsabilidad. Podrá o no serlo según se cum-

plan, en el caso, los presupuestos que un ordenamiento jurídico determinado haya establecido para darla por concurrente.

Distinto será defender si el abuso del derecho constituye una hipótesis de *ilícito*, entendido este último en términos amplios, como *aquello que no es permitido o que es contrario a Derecho*, pues aquí somos de la opinión de que si un ejercicio determinado de derecho subjetivo es constitutivo de abuso del derecho, necesariamente deberemos calificar dicha conducta como *ilícita*.

CONCLUSIÓN

La noción que se sustente del Derecho, entendido en términos de conjunto, determinará de manera necesaria nuestro entendimiento de la figura del abuso del derecho. Lo hará porque condiciona nuestro acercamiento al problema.

Nuestra postura a este respecto determinará que veamos en la figura del abuso del derecho un conflicto entre principios y reglas, un conflicto entre intereses contrapuestos, una infracción al principio de la buena fe, un conflicto entre la norma jurídica y la moral o una necesidad de aproximación a la cosa jurídica por exigencias de justicia, por nombrar las posturas mencionadas.

Lo anterior conlleva importantes consecuencias en la configuración de la figura del abuso del derecho, que se manifiestan en aspectos tales como la naturaleza jurídica que le atribuyamos, el rol que se le asigna a la intencionalidad, los efectos tras la constatación de un ejercicio abusivo, el ámbito de aplicación de la institución, entre otros.