



## **EL ABUSO DEL DERECHO.**

***DR. ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ: –Profesor de Derecho Comercial UPB y conocido tratadista.***

1o. Controversia sobre la justificación de la teoría.

Sin desconocer la bondad de sus propósitos, algunos juristas han manifestado su criterio adverso a la elaboración técnica de la doctrina; Planiol, por ejemplo, decía a este propósito lo siguiente:

“El derecho cesa donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho por la razón irrefutable de que un mismo acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho. Puede haber abuso en la conducta de los hombres, pero ello no ocurre cuando ejercen sus derechos sino cuando los exceden; el hombre abusa de las cosas pero no abusa de los derechos”.

La objeción convence porque si respecto de alguien se dice que abusa de su derecho, en realidad ya no lo tiene, pues su derecho terminó exactamente donde el abuso comenzó; las personas no abusan de sus derechos, simplemente actúan sin ellos; la expresión abuso del derecho es una contradicción en los términos, porque ningún derecho es susceptible de uso abusivo, puesto que quien así obre ya lo perdió.

Sin embargo, la objeción sólo es admisible desde un punto de vista formal, porque, aun cuando la expresión “abuso del derecho” no sea rigurosamente correcta, nadie puede desconocer que, bajo su denominación, se ha elaborado una sabia teoría que ha demostrado de manera irrefutable la necesidad de impedir y reprimir, no sólo las conductas abiertamente ilegales, sino también aquellas que pretendan escudarse en el texto de una norma legal y que en el fondo son verdaderas infracciones de la misma, no por indirectas menos evidentes.

Era, pues, necesario enfrentar a quienes decían estar ejerciendo sus derechos, según la letra de la ley, cuando realmente no hacían otra cosa que excederlos en forma velada o encubierta.

Así que, aún cuando su título no tenga toda la exactitud gramatical que Planiol y sus partidarios exigen, la concepción del abuso de los derechos ha sido de todas maneras una respuesta afortunada contra quienes pretenden tener todavía el derecho que la norma concede, cuando en realidad ya lo han perdido por virtud de su conducta abusiva, que respeta su texto pero viola su espíritu.

## 2o. Evolución

Por razones históricas y sociales evidentes, la teoría del abuso de los derechos llegó a su punto más bajo de eficacia en el siglo XIX, durante las épocas de máximo desarrollo del capitalismo y el liberalismo manchesteriano.

Esta impopularidad queda demostrada por la dificultad en que se hallaron los expositores para citar ejemplos reales de abusos del derecho, debiendo acudir, con tal fin, a la descripción de casos tan forzados e inusitados como los siguientes:

- a. "Abusa de su derecho el que, con el propósito de obligar a una sociedad constructora de dirigibles a comprarle su predio contiguo a una cancha de aterrizaje, construye en él un cerco de madera de diez y siete metros de altura, coronado por picas de fierro". (Alessandri).
- b. "Abusa igualmente de su derecho el que hace funcionar una bocina Ruhmkorff para impedir que su vecino, que es comerciante en aparatos de radio, pueda presentarlos a los clientes". (Alessandri)

El carácter infantil y exótico de estas situaciones anecdóticas, propias de una época individualista carente de ejemplos de mayor normalidad e importancia, contrasta con la situación social actual, en la que el énfasis se aplica a la naturaleza relativa de los derechos subjetivos y a su subordinación a los intereses generales de la sociedad, multiplicándose así los casos de ejercicio abusivo, especialmente a propósito del derecho de propiedad, el cual no puede justificar ya ni la posesión de riqueza excesiva, ni la falta de explotación de los bienes, ni su inadecuada utilización ni, en general, su divorcio de la función social que deben cumplir.

## 3o. Las dos concepciones del abuso de los derechos.

Dos corrientes diversas, de fundamentos filosóficos antagónicos, se disputan el dominio de la doctrina del abuso del derecho.

La primera de ellas, de concepción clásica y de tendencia individualista, afirma que sólo existe abuso de los derechos cuando éstos son ejercidos en forma dolosa o culpable.

Dice Alessandri, en este sentido, "que los derechos que la ley otorga al hombre debe ejercerlos sin malicia y con la diligencia y el cuidado debidos".

Como puede verse, este primer criterio elimina o cuando menos reduce

notablemente la existencia autónoma y diferenciada de la doctrina del abuso del derecho, pues concibe éste como un simple caso más de responsabilidad delictual o cuasidelictual, propiciando así su absorción por las categorías genéricas del dolo y la culpa.

De este modo, solamente se puede abusar de un derecho cuando en su ejercicio el titular procede de manera dolosa, imprudente o negligente.

Por el contrario, la concepción moderna, de tendencia socialista, sostiene que existe abuso del derecho cuando éste es ejercido en forma opuesta a su finalidad económica y social, como lo dispone el artículo 1o. del Código Civil soviético.

Surge así, con este nuevo criterio, una fuente de responsabilidad distinta del dolo y la culpa, ya que la conducta del titular del derecho se considera ilegal por el solo hecho de ser contraria al propósito social y económico que le sirve de fundamento, aun cuando no sea ni mal intencionada ni negligente ni imprudente.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad objetiva, que desiste de analizar las interioridades de la conducta humana y acepta como único factor para configurar su existencia la discordancia entre el acto del sujeto del derecho y la finalidad social y económica de éste.

#### 4o. Crítica de la tesis socialista.

Alessandri Rodríguez la impugna con las siguientes palabras:

“Semejante criterio, aparte de ser vago e impreciso, pues no siempre es posible apreciar exactamente el espíritu o finalidad de cada derecho, tiene el inconveniente de dar campo a la arbitrariedad judicial y de llevar la política a los estrados de la justicia, toda vez que incumbirá al juez determinar en cada caso la finalidad social o económica de los derechos. Esta misión, a más de ser difícil, es peligrosa, ya que cada uno apreciará esa finalidad según sus ideas políticas y económicas. El fin que un socialista atribuye al derecho de propiedad, por ejemplo, dista mucho, ciertamente, del que le asigna un liberal manchesteriano”.

#### 5o. Crítica de la tesis individualista.

Valencia Zea ha dicho de ella lo siguiente:

“La responsabilidad que se desprende del abuso de los derechos, no puede fundamentarse en el dolo o en la culpa, es decir, en casos de responsabili-

dad subjetiva, ya que hay abuso del derecho siempre que se acredite que el derecho se ha desviado de su contenido, éste es, de sus fines individuales y sociales. Tan solo es necesaria la desviación del derecho de ese contenido, aunque no pueda imputársele culpa al titular. Por consiguiente, la responsabilidad que se deriva del abuso es responsabilidad objetiva, o sea responsabilidad que se basa en los riesgos o peligros que resultan de ser titular de derechos que no se ejercen o del ejercicio de ellos”.

6o. Selección de la tesis correcta.

La concepción correcta, a mi juicio, es la que ve en el abuso del derecho una fuente de responsabilidad distinta y autónoma, no asimilable al dolo y la culpa, por las siguientes razones:

- a. Quien afirma que sólo abusa de su derecho la persona que lo ejerce en forma dolosa o culposa, no hace otra cosa que negarle validez y eficacia a la teoría, reduciéndola a un simple caso de responsabilidad delictual o cuasidelictual; tal criterio carece de novedad y utilidad y para quienes lo defienden mejor sería propiciar la eliminación completa de la doctrina del abuso que presentarla como un fenómeno sin configuración propia.
- b. Hay, por otra parte, situaciones reales en las que es posible apreciar sin dificultad la existencia de una conducta abusiva, aun cuando no pueda imputársele al titular del derecho una acción u omisión dolosa o culposa.

El propietario de grandes extensiones de terreno urbano o semiurbano sin edificar, que sistemáticamente se niega a vender o a urbanizar y construir, pues sólo desea lucrarse con la valorización acelerada de su predio, sin necesidad de esfuerzos, gastos e inversiones, no procede ni dolosa ni culposamente; su conducta será seguramente egoísta y contraria a los intereses generales de la comunidad, pero nada podría reprochársele con arreglo a los patrones tradicionales de la responsabilidad delictual o cuasidelictual; él no actúa de mala fe y tampoco lo hace con negligencia o imprudencia; sólo aspira al máximo lucro posible, con el mínimo de esfuerzos; y sin embargo, nadie podría negar que abusa de su derecho de dominio, porque la forma como lo ejerce es ostensiblemente contraria a la finalidad social y económica del mismo; por tanto, no podría el derecho positivo luchar contra ésta y muchas otras situaciones reales del ejercicio egoísta de un derecho, si no concibiera el abuso como fuente de responsabilidad autónoma, que no requiere para su configuración la existencia del dolo o de la culpa.

En el área del derecho familiar podrían citarse casos similares de egoísmo abusivo no culpable; los padres que, apoyadas en una falsa concepción de la patria potestad, obligan al hijo menor a seguir determinados estudios, contrarios a su vocación y carácter, procederán seguramente con la mayor buena fe y no podría imputárseles negligencia sino, por el contrario, exceso de celo; pero nadie se atrevería a justificar su conducta; ella es abusiva y, por ende, ilegal aun cuando no tenga ni el más mínimo asomo de dolo o culpa; su incorrección no se origina en estas categorías tradicionales sino en el ejercicio de la autoridad paterna de un modo contrario a la finalidad que es la justicia.

- c. No es difícil, como lo pretende Alessandri, indagar el espíritu o finalidad de cada derecho subjetivo; muchas veces, los propios preceptos legales se encargan de precisar esa finalidad y de fijar la conducta que el titular debe seguir so pena de incurrir en abuso; la copiosa legislación agraria del país por ejemplo, delimita con precisión los deberes del propietario rural, así como las limitaciones impuestas al ejercicio de su derecho de dominio y los eventos en los cuales se expone a perderlo; lo mismo podría afirmarse del derecho a la explotación del subsuelo minero, a la utilización de las aguas de uso público y a la tala de bosques, para citar sólo algunos ejemplos.

Debido al desarrollo de las ideas políticas que propician la intervención del Estado y la sujeción de las garantías individuales al interés general de la comunidad, la gran mayoría de los derechos subjetivos han sido objeto de tal cúmulo de regulaciones y restricciones, que no es difícil hallar en las normas la finalidad que justifica su ejercicio y la forma como éste debe ser cumplido so pena del castigo previsto para los casos de abuso.

Tal vez hoy en día el fenómeno sea precisamente el contrario del que tenía Alessandri; no sólo no existen, en la gran mayoría de los casos, dificultades para encontrar escrito y preciso el pensamiento del legislador, sino que la profusión de normas trae como consecuencia que casi nunca sea necesario acudir al abuso del derecho, como teoría pura no escrita, para dar solución justa a un determinado caso concreto.

Podría decirse, en este orden de ideas, que la doctrina del abuso del derecho ya cumplió su función histórica y que su recepción legislativa ha sido tan completa, que hoy ya carece de vigencia como principio general no escrito, no porque sea erróneo, sino porque su enunciado es tan evidente que resulta innecesario.

- d. Finalmente, la pretensión de Alessandri de desvincular el derecho

de la política, es equivocada; si por política se entiende el conjunto de ideas generales y principios básicos que constituyen el fundamento y la inspiración del derecho positivo de un país, en una época determinada, es obvio que las normas objetivas deberán interpretarse y aplicarse siempre con sujeción a tales fundamentos, que normalmente estarán incorporados a la Constitución del Estado.

El jurista no debe pretender el mantenimiento aislado e intocable del derecho privado y ha de aceptar, por tanto, que su interpretación y alcance evolucione al mismo ritmo del cambio de las ideas generales.

En consecuencia, si la concreción de éstas en preceptos constitucionales exige concebir los derechos como facultades relativas, de las cuales no es legítimo abusar, a pesar de que se proceda sin dolo o culpa, así habrá de aceptarlo el jurista, aun cuando ello suponga el abandono de tesis históricamente superadas.