

30  
43+

1

DEL ABUSO DEL DERECHO

TESIS PRESENTADA POR EL SEÑOR HERATE HERNANDEZ AVANCO  
PARA OPTAR EL TITULO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS  
POLITICAS EN LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.

1.971

S C I B  
00018471

DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA 22612  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

La Facultad no aprueba ni desaprueba las  
opiniones emitidas en la Tesis; tales opi-  
niones deben considerarse propias de sus  
autores. (Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas, Reglamento, art. 83)°.-

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Rector:

" Dr. JUAN C. RANCO ALVAREZ "

Decano de la Facultad de Derecho:

" Dr. CARLOS FACIO LINCH BOSSA "

Secretario de la Facultad de Derecho:

" Dr. EDUARDO BOSSA BADEL "

Presidente Titular:

" DOCTOR RAFAEL H. DE LAVALLE GOMEZ "

Presidente Honorario:

" DOCTOR HECTOR HERNANDEZ AVAZO "

Consejo de Examinadores:

"Dr. ALVARO BARRIOS ANGULO"

"Dr. ARTURO MATSON FIGUEROA"

"Dr.

Cartagena, 7 de Junio de 1.971.

P R O L O G O

• Basta de aprender! Pensar!, escribía ALAN FOURNIER. Hoy día morimos de erudición. Ya no nos es posible proponer una idea sin citar veinte autores, ni estudiar un asunto sin antes reunir todo lo que se ha dicho sobre el tema....

"Es una vuelta al mandarinato. Lo que inspira respeto a la gente son los diplomas y la ostentación de una lectura sobrecabundante. Hace algunos años publiqué varios volúmenes de Lecons de droit naturel; lo extenso del índice de las obras citadas por mí fue quizá lo que mereció mayores y más frecuentes elogios por parte de la crítica.

"Y, sin embargo, ahora que tengo experiencia, declaro que nada hay más fácil que citar muchos autores. Eso no requiere inteligencia, cuando más un poco de tiempo. Y digo un poco, porque en nuestros días las bibliotecas están tan bien catalogadas, que uno pueda encontrar con toda facilidad cien obras sobre cualquier materia.

"Cuando conocemos bien una materia, se vuelve completamente inútil leer un montón de libros que se recopian unos a otros; en seguida encontramos las pocas páginas interesantes que hay en cada uno de ellos. Eso no es largo ni difícil.

5

"Pensar con justeza es mucho más largo y más difícil. Es más difícil, porque supone instrucción y formación de espíritu sobre una base de personalidad imposible de adquirir, cuando no se la tiene. Y es más largo, porque el pensamiento debe madurar por sí mismo, y no podemos forzarlo. No es posible elegir ni el día ni la hora...."

"La gente le teme a la idea personal. En resumidas cuentas, para qué sirve? Ahí están los manuales. El profesor que se hace cargo de una cátedra, el escritor a quien se le pide un estudio, consultan sus autores. Acaso tiene el obrero que fabricar sus instrumentos? La enseñanza se parece al tapicero que martilla sus clavos en la pared; honrado oficio al que solo se le exige la conciencia profesional de alinear bien los clavos y de dar martillazos bien centrados...."

"Pensar. Decir lo que uno piensa porque uno lo piensa, y porque es bueno que haya gente que piense y diga lo que piensa."

"Sin perseguir otro objeto. La verdad se basta a sí misma. Ver lo verdadero es una cumbre: intentamos alcanzarla para, una vez llegados a la cima, permanecer allí...."

6

"Al final de cuentas, en el filósofo hay más de poeta que de erudito. El filósofo grande es el que lanza sobre el mundo una mirada nueva, al igual que el gran artista."

"El gran filósofo es un gran artista".

(Jacques Leclercq, *Diálogo del Hombre y de Dios*, 4a. edición, páginas 9 y ss.).

C A P I T U L O I

DIFICULTAD PARA UNA DEFINICION DEL CONCEPTO DE DERECHO

Si definir es una de las más arduas y compleja operaciones del espíritu, dicha dificultad se acentúa aun más en las llamadas ciencias del espíritu, y especialmente en Materias Jurídicas, por cuanto la discutibilidad de éstas es evidente.

Por esto, las muchas definiciones de Derecho que se han dado incurran en diferentes defectos, pues frecuentemente son el reflejo de un punto de vista particular de su autor, y por lo tanto, poco comprensivas; o se limitan a describir lo que es el Derecho, es decir, indican como es, sin tratar de penetrar en la esencia intrínseca del concepto.

Así tenemos que los Juristas de la Roma Antigua, con la penetración Conceptual que fue su Característica, dieron definiciones de derecho notables para su tiempo, pero con todo, no satisfacen hoy a quien desee un concepto preciso y efectivo.

Se dijo que el derecho era HONEST VIVERE, ALTERUM NON LAEDERE, SUUM QUIQUE TRIBUERE, que literalmente traducido significa vivir honestamente, no perjudicar a otro y dar a cada cual lo suyo, definición que se ha criticado por constituir una serie de preceptos predominantemente Morales, y no estrictamente jurídicos.

Habo también la notable definición de CELSO, quien caracteriza  
ba el derecho como "EL ARTE DE LO BUENO Y DE LO EQUITATIVO" (ars bo  
ni et aequi), que fué censurado por cuanto el autor de ella no esta  
blece qué es lo bueno ni qué es lo equitativo.

Son innumerables los conceptos que sobre la idea de derecho se  
han expresado a través de los tiempos, mayor o menor exactitud en  
cuanto a lo central de la idea.

Hoy en día una de las definiciones mas acogidas es la del Pro  
fesor Giorgio Del Vecchio, para quien el Derecho "Es la coordinación  
objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un prin  
cipio ético que las determina excluyendo todo impedimento". A pesar  
de ser la presente definición rigurosamente lógica, consideramos que  
entre las más acertadas se encuentran las orientaciones filosófico -  
jurídicas trazadas por RODOLFO STAMBLER, quien al respecto propone,  
ante todo, tratar de desentrañar las notas o características lógicas  
de la idea de derecho; aquellas peculiaridades esenciales, fijas y  
permanentes, que logran que una norma sea jurídica, y no de otra cla  
se. Estas condiciones de lo jurídico se distinguan de cualquier otra  
regla de conducta colectiva, como son las que imponen la moral, la  
moda, la cortesía o la costumbre, y por lo tanto, como solo le per  
tenecen a lo jurídico, vienen a constituir las notas diferenciales  
que forman su esencia.



El mismo autor enuncia como notas lógicas formativas del concepto de Derecho las siguientes:

A) LA VOLUNTAD. - Por cuanto el derecho es algo exclusiva y específicamente humano, cuyo origen está en el hombre mismo, y cuya base de aplicación no es otra que los seres dotados de racionalidad y de voluntad.

B) LA VINCULATORIEDAD. - Con lo cual se alude a que el principal efecto de la norma de derecho es ANUAR los intereses y las tendencias de los individuos, por cuanto establece entre ellos relaciones especiales, al preestablecer las consecuencias de la conducta de un hombre frente a otro, o frente al Estado.

El derecho presupone y establece relaciones de tipo intersubjetivo, vínculos o nexos exclusivamente entre seres humanos.

C) LA AUTARQUÍA. - Término con el cual se hace referencia a que las previsiones del derecho se imponen por su propia virtud, puesto que provienen de la instancia Superior que es el Estado, por lo cual esas normas jurídicas no tienen necesidad, de otra norma u ordenamiento que las apoye o refuerce, y así, es el derecho mismo el que determina la autoridad que ha de obligar y los límites dentro los cuales se han de imponer aquellos. Si bien es cierto que en estricto sentido las previsiones del derecho no tienen como fin principal el de mandar, no es menos verdadero que ejercen constantemente una presión sobre todos y cada uno de los individuos sometidos a él.

D) LA INVIOLABILIDAD.- En este punto debe hacerse la advertencia sobre el significado en que se debe tomar el término, que en su acepción corriente se refiere a las cosas que no son susceptibles de Violación, como ciertas leyes físicas. En tanto que ahora tomamos la palabra en el sentido de lo que sirve para diferenciar lo jurídico de lo simplemente arbitrario.

Reside la inviolabilidad en la fuerza formal que al ordenamiento le es asignada por quien lo impone con carácter de permanente, tanto para la solución del caso previsto, como para todos los demás que en futuro ocurran, con caracteres similares, en la vida jurídica. Del anterior análisis, deduce, ESTAMLER que el derecho debe ser definido como coercivo entrelazante, autárquico e inviolable.

C A P I T U L O    I I

I LA DIVISION DEL DERECHO EN SUBJETIVO Y OBJETIVO.

En realidad el derecho es UNO, y si ésta división se hace es para que sea posible comprender mejor la Actuación dinámica de las normas en el Conglomerado Social.

Si el derecho en sentido objetivo o simplemente el derecho objetivo equivale al conjunto de normas jurídicas o sea al ordenamiento, el cual por si solo no tendría finalidad si no actuara sobre los individuos a los cuales está destinado a regir, concretamente sobre cada individuo, conviene estudiar ahora con más detenimiento e interés

lo correspondiente al derecho Subjetivo ya que el abuso del derecho, tema de nuestra tesis, toca con el derecho Subjetivo.

Nada mejor para el presente estudio que iniciarlo con la Definición que al respecto nos presenta CARMELUCCI, que el derecho Subjetivo "Es un interés protegido mediante la atribución de un poder a la voluntad del titular".

Respecto al fundamento u origen de los derechos Subjetivos hay varias concepciones o Escuelas que resumimos así:

TEORIA DE LA VOLUNTAD.

Concibe el derecho subjetivo como poder de voluntad, como se forjó de querer, y fue propuesto entre otras por SAVIGNY, célebre jurista alemán como "El poder que corresponde a una persona en virtud del ordenamiento jurídico para obrar en una esfera en la cual reina la voluntad de la misma".

Esta teoría parte de la base de que existe un ordenamiento jurídico, tal ordenamiento o prescribe una norma o exige una conducta.

El eminente tratadista Windscheid dice:

"La norma abstracta se concreta en una particular del sujeto, pero por determinación de su voluntad, que es decisiva para el nacimiento del derecho", tras fueron las concluyentes Críticas que se hicieron a este modo de explicar el derecho subjetivo, que hicieron calificar la teoría de insuficiente; a) Si se trata de señalar la voluntad individual como fundamento del derecho subjetivo, no puede explicarse entonces los casos que evidentemente se dan y no con poca frecuencia, en que el derecho existe sin la voluntad del titular y aun

sin que éste esté enterado de ello, tal es el caso de los derechos que surgen o se radican en cabeza de un incapaz, demente o de un infante; b) que fuera del elemento VOLITIVO, en el derecho subjetivo se pueden encontrar otros factores; c) que hay derechos que se conceden sin que la voluntad actúe, como el de la seguridad personal y aún más, como se explicaría los derechos de un hijo concebido y no nacido que se encuentre en el claustro materno y al cual mediante una ficción, que le anticipe personalidad, se le difiere en nuestra legislación positiva civil, derechos, pendientes de la condición de nacer.

Teoría del Interés

El jurista y profesor también alemán, VON IHERING, autor del "Espíritu del Derecho Romano", ideó la teoría que se conoce con el nombre del interés, y que consiste en hacer descansar la esencia del derecho subjetivo en el interés jurídicamente protegido, en el interés humano garantizado por la ley mediante la coacción y concretado en un fin.

Entre los reparos que se han hecho a la teoría de IHERING, se cuentan estos:

El interés no es la esencia del derecho sino uno de los fines del mismo. También se le ha calificado de Materialista, por

cuanto suprime el elemento espiritualista de la Voluntad.

Teoría Normativa

Para esta tesis, el fundamento del derecho subjetivo es la Voluntad Social.

"Es un poder jurídico - dice FERRARA, su principal sostenedor- que tiene por fuente el derecho objetivo y se dirige contra los otros hombres para obtener el cumplimiento de los deberes impuestos por las normas jurídicas, con el fin de alcanzar la satisfacción de los intereses humanos".

Teoría Ecléctica

Como conciliación de las teorías normativa y de interés, surgió una tercera posición sostenida por REGELBERGER, SALVILLES y RUGGIERO, que hace residir la esencia del derecho subjetivo precisamente en la unión de los dos elementos.

El primero de los autores citados define el derecho subjetivo como "El poder para la satisfacción de un interés reconocido" Salvilles lo concibe como "El poder al servicio de intereses de carácter social y ejercido por una voluntad autónoma", al paso que Ruggiero se expresa al respecto en estos términos: "Es el poder de la voluntad para satisfacer los intereses propios en conformidad con la norma jurídica.

Teoria Integral

Con la tendencia a englobar en una definici3n todos los elementos del derecho subjetivo se ide3 la llamada teoria integral, en estos t3rminos: "Es la facultad de obrar V3lidamente dentro de ciertos l3mites, y de exigir de los dem3s por un medio Coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente, otorgado por el ordenamiento jur3dico a un sujeto de Voluntad capaz o de Voluntad suplida por laa representaci3n, para la satisfacci3n de sus fines e intereses".

Esta definici3n puede tenerse como bastante comprensiva, y por lo tanto aceptable, ya que contiene los siguientes elementos:

- a) La voluntad, que es el substrato del derecho subjetivo,
- b) la posibilidad o facultad de obrar V3lidamente, lo cual constituye el elemento interno del derecho subjetivo;
- c) La posibilidad o facultad de exigir de una, de varias o de las dem3s personas el comportamiento o de ber correspondiente;
- d) el ordenamiento jur3dico (elemento instrumental);
- f) el inter3s o fin (elemento tel3ol3gico).

Vista las anteriores teorias, nos corresponde dar una mirada hacia las escuelas.

Escuela Cl3sica.

Para esta escuela la Creadora de los derechos es la voluntad de la persona, ellos definen el derecho como la facultad inviolable de hacer o no hacer algo.

Escuela Individualista.

Sostiene que es la persona la que ha creado el derecho; no concibe el derecho como una entidad propia, capaz de ser por si mismo, sin necesidad de los sujetos a los cuales debe ser aplicada.

Escuela Socialista.

Enseña que el origen de los derechos subjetivos está en la Voluntad general. Esta que fue definida por RUSSEAU diciendo: "Cuando varios hombres reunidos se consideran como un solo cuerpo y tienen una sola Voluntad -es la que da existencia a tales derechos y lo radica en cabeza de los asociados- Consideran esa Voluntad general como perfecta e indestructible y dicen que es la suprema rectora de la comunidad y la única que puede quitar u otorgar derechos, que el hombre por si mismo no posee derecho alguno fuera de los que tal Voluntad les conceda.

Antes de entrar al estudio de las doctrinas que niegan el derecho Subjetivo consideramos de suprema importancia transcribir la definición que al respecto nos propone el frances HENRY CAPITANT; "El derecho subjetivo es un interés de orden material o moral, protegido por el derecho objetivo, que da a qual efecto, y a quien esta investido de él, el poder de realizar los actos necesarios para obtener la satisfacción de ese interés".

II DOCTRINAS QUE NIEGAN EL DERECHO SUBJETIVO.

La doctrina de los derechos subjetivos comenzó a ponerse en duda hacia la mitad del siglo pasado, cuando se arguyó que dicha tesis no tenía realidad.

Fue LEON DUGUIT, jurista francés de gran renombre, quien influido por las ideas positivistas del filósofo y sociólogo AUGUSTO COMTE, quien dice: "El hombre no tiene más derecho que cumplir con su deber" el autor que con más insistencia combatió la idea de los derechos subjetivos, afirmando que no se trata sino de una mera concepción metafísica. Al definir el más caracterizado de los derechos subjetivos, DUGUIT confirma esa negativa, pues sostiene que la propiedad es para todo detentador de riqueza, el deber y la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee, en mantener y acrecentar la interdependencia social.

Para DUGUIT no hay más derecho que el objetivo; para él la noción de derecho subjetivo carece de sentido en todo aspecto, puesto que es el derecho objetivo al que deben someterse tanto gobernantes como gobernados.

Para fundamentar su tesis negativa del derecho subjetivo arguye que habría de imponerse la existencia de un poder superior de voluntad en el individuo titular de ese derecho, y por lo tanto, otras voluntades que estuviesen sometidas a ella en términos jerárquicos de superior a inferior, lo cual carece de realidad. Para dicho autor.



Argumenta además que mal se puede hablar de derechos subjetivos basados en la Voluntad humana, que ni siquiera sabemos en que consiste la Voluntad. Por otra parte, niega que exista al lado de la propiedad, considerada como institución un derecho Subjetivo a ella, y en cuanto a los ilícitos, tanto los civiles como los penales, sostiene que es absurdo que de Hechos Contrarios a la Ley pueda surgir de derecho subjetivo alguno.

Para reemplazar la noción aludida de derechos subjetivos propone la terminología de las situaciones jurídicas objetivas y de las situaciones "jurídicas subjetivas". Aquellas se caracterizarían por derivarse directamente de la norma jurídica y por ser generales y permanentes, tales como la del hijo legítimo, la del hijo natural etc. Las segundas tendrían los distintivos de ser particulares, especiales y temporales y el de que desaparecen como la situación correspondiente, es decir, con el uso de la vida jurídica que las sanciona. Su alcance está limitado por la manifestación de Voluntad que le da origen, como acontece en el contrato.

HANS KELSEN, ilustre filósofo del derecho de la época contemporánea, sostiene de acuerdo con su teoría del derecho puro, que pretende prescribir a priori del derecho todas las materias que con este se relacionan, que la cuestión del derecho subjetivo es metafísica, esto es, extraña a la ciencia del derecho.

El derecho subjetivo para Kelsen no es más que un aspecto del objetivo; el aspecto individual.

CAPITULO III

I EL ABUSO DEL DERECHO LIMITA EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.-

En el derecho moderno, la doctrina de la autonomía de la Voluntad, purgada de un vano formalismo y presidida por el principio de la buena fe, continúa jugando un papel que está sujeto a las siguientes limitaciones:

Las imputas por la jurisprudencia. Efectivamente la jurisprudencia ha librado la mayor batalla contra el principio de la libertad contractual. Valiéndose de las nociones de causa y objeto ilícitos, de las reglas de moral y de Equidad, de las teorías de la buena fé, de la improvisación, de los contratos de adhesión, de la lesión y del abuso del Derecho.

De ahí, que la autonomía de la Voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes, ya por motivo de interés social y aún de orden público, ya en un empeño de Tutela en Asparo de los individuos y en guarda de la equidad.

II EL EJERCICIO DEL DERECHO POR LA PERSONA, O POR EL TITULAR DE EL DENTRO DE LOS LIMITES OBJETIVOS, EJERCITADO CON INTENCION LICITA

O ELICITA ES LICITO ?

Antes de analizar el interrogante planteado se nos hace imprescindible el estudio de los dos ilícitos, que existen en nuestro Código Civil y que dan lugar al pago de una indemnización al perjudicado.

Según el artículo 2341 de nuestro Estatuto Civil tenemos:

"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 por la culpa o el delito cometido".

Texto inspirado en la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones que acogió nuestro legislador civil en el artículo 1.494. Hoy en día se encuentra superada la presente clasificación por una que agrupa al delito y al cuasidelito en forma más general bajo el nombre de "EL HECHO ILICITO".

Los delitos civiles son ciertas acciones ilícitas que causan daño, y que imponen al autor la obligación de reparar el perjuicio causado a otro.

Una distinción análoga a la que existe entre el contrato y el cuasicontrato, la hay también entre el delito y el cuasidelito. El primero se diferencia del segundo en que este último se comete sin intención de dañar.

Al primero lo reguta el código como hecho ilícito, al segundo lo llama hecho culpable.

No hay pues, en realidad, en nuestro estatuto civil más hechos ilícitos. Ahora si, regresemos a responder nuestro interrogante inicial:

La escuela individualista, que se encaminó primordialmente a defender la libertad humana y que hizo como finalidad del derecho la defensa de esa libertad, inspirada en la Revolución Francesa, tajo como consecuencia que el código de NAPOLEON y por ende los que se inspiraron en él, establecieran un derecho puramente individual, hasta llegar a considerar que el derecho del Estado, no era si no la concesión que el individuo había otorgado a éste.

Se enseñaba que el titular del derecho era soberano en su ejercicio, sin más limitaciones que aquellas que expresamente contemplara la Ley. De hay, que al ejercitarse el derecho dentro de esa limitación, legal, se considerara siempre lícito, cualquiera que fuese su intención, y el resultado que se derivara de su ejercicio.

Sin embargo la enunciación y consideración del principio antes escrito, trajo como consecuencia, poco a poco la socialización del derecho en múltiples campos.

En lo que de derecho civil atañe, y más concretamente en relación con el contrato de trabajo, en esa época regulada por la legislación civil, se dispuso que en adelante se socializara ese contrato, fijando las horas de trabajo, protegiendo con seguros de vejez y enfermedad al trabajador, dándole una indemnización por los accidentes sufridos con ocasión del trabajo, etc., es decir, protegiendo, al trabajador de manera completa, cosa que anteriormente no se hacía; el trabajador solo

estaba sujeto a su trabajo y el único derecho que tenía era el de exigir el pago del mismo, sin ninguna garantía social.

Estas garantías que enumeramos, no se encuentran consagradas en el código Civil Colombiano, por ser este esencialmente individualista.

Hoy en día cuando el mundo moderno tiende a la socialización, menor es la resistencia que se opera a la teoría del abuso del derecho y de ahí que los partidarios de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del Fin Social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque -como dicen los tratadistas de esta teoría- No se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no solo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo.

### III DIVERSAS TEORIAS SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO.

Parecen que fueron Saleilles y Josseland los primeros expositores modernos que investigaron este fenómeno, y acaso sus lucubraciones hayan contribuido a inspirar lo que al respecto se estatuyó en los códigos civiles expedidos en este siglo, como el Suizo de las obligaciones, el Austriaco (reforma de 1.916), el Alemán, el Polaco y el Sovietico.

Tomando en consideración solamente las opiniones de los expositores más destacados y dejando de lado soluciones mixtas y las discrepancias de matriz, tres son los criterios que se ha ideado para explicar el fenómeno:

- a) El de que se cause daño ejerciendo un derecho en contra de su función económico Social;
- b) El de que intencionalmente se infiera daño a otro mediante el ejercicio de un derecho;
- c) El de que se ejerza el derecho dolosa o culpablemente en perjuicio de tercero.

El primero de estos criterios pertenece al profesor Josserand y es ta comprendido dentro de las teorías subjetivas que tratan de explicar el abuso del derecho.

Dice al respecto el citado profesor:

El derecho subjetivo no es absoluto, sino relativo; tiene ante el derecho objetivo una misión, un fin social y económico; si el titular se pretexto de ejercer, se aparta de ese fin y con su conducta perjudica a otro, abusa de su derecho y queda obligado a indemnizar.

El segundo es el criterio de RIBERT: abusa del derecho el que abran do dentro de los límites de su contenido, causa intencionalmente daño a otro. En fin HENRI Y LEON MAKKAUD, expertos en responsabilidad civil, discrepan de estas dos concepciones y proponen esta solución: Abusa de su derecho el que lo ejerce causando perjuicio a otro.

Preteniéndolo ahora una Síntesis podemos decir:

El fin que persigue el Abuso Del Derecho, como Doctrina de aplicación, es darle a ciertos actos de ejercicio de los Derechos Subjetivos, un cierto cariz de equidad, y una socialización o función social del derecho subjetivo, quitandole una buena parte del absolutismo que antes se adjudicaba a dicho ejercicio: "Que Jure Suoutito Niminan Lae dit" (Quien usa su derecho a nadie perjudica).

IV ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ABUSO DEL DERECHO.-

- a) EL ACTO. Que constituye el uso o ejercicio de un derecho.
- b) EL DAÑO. Que se acto cause a un interés, sea este daño o no estrictamente jurídico, pero un daño, siempre Violatorio de las normas de moral y equidad sociales.
- c) LA INDOLE DE INMORALIDAD O ANTISOCIALIDAD DEL DAÑO. Que para algunos es de carácter subjetivo, intención de causar daño y para otros constituido por el atentado que se hace a los fines serios y económicos que debe tener el derecho o por el uso excesivo del mismo. Los elementos enunciados, en idéntica forma, fueron señalados como los constitutivos del abuso del derecho, en Sentencia del Tribunal Supremo de España, con fecha 14 de Febrero de 1.944. Allí predomina hoy el aspecto subjetivo.

Con base en lo dicho, una noción más o menos aceptada del Abuso del Derecho, sería la siguiente: "El uso de un derecho objetivamente legal, que ocasiona un daño en forma inmoral o antisocial".

Esta definición, se complementa con lo que se denomina el arbitrio judicial, que es aquel por medio del cual el Juez determina, con los elementos conocidos, si existe o no, el abuso del derecho en el caso subyacente concreto.

La noción del abuso del derecho anteriormente expuesta, no es aceptada unánimemente; por el contrario, la rechazan muchos juristas y autores, para los cuales el abuso del derecho se constituye con base en un acto ilícito, proveniente de dolo o de culpa, es decir, con base en la intención de quien realiza el acto.

Como en nuestro ordenamiento positivo Colombiano, no se haya expresamente consagrado el abuso del derecho, la jurisprudencia, al igual que en otros países, ha tenido que aplicar normas generales del Código Civil, primordialmente las atinentes al dolo y la culpa, para con base en dichas normas, resolver los casos en que se han puesto en su consideración.



C A P I T U L O   I V

EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS AUTORES

I COLIN Y CAPITANT.-

Los citados autores hablando de las limitaciones al derecho de dominio, se expresan así:

"Es del caso hacer intervenir aquí otra noción, que es la del Abuso del Derecho.

Explicamos: Es una regla consagrada, no por la Ley escrita sino por la costumbre, la cual, como lo hemos visto, regula con fuerza de la Ley la aplicación de los textos positivos, que los derechos pertenecientes a los particulares deben ser ejercitados sin exceso, según su destinación natural y de una forma normal, atendiendo a las reglas generales en materia de las costumbres y de las relaciones sociales. Cuando esta medida es sobrepasada, hay un Abuso del Derecho y la posible intervención de la Justicia para enmendar ese abuso".

Este planteamiento de los profesores franceses, esboza una concepción de tendencia social, una relatividad de los derechos, contraria a la teoría individualista o absoluta.

Concuerdan con la gran mayoria de los tratadistas, en la afirmación de que todo derecho os ha sido concedido para que lo ejercitemos según los fines que el legislador tenía en mente al momento de dictar el precepto.

Se abona a esta teoria que, al afirmar que los derechos se deben ejercitar "según su destinación natural", no dejan en el vicio la determinación de cual es esa destinación natural, sino que precisan el criterio para hallarla, colocándola en la costumbre, en lo que la sociedad en sus relaciones considera que es el uso natural de ese derecho que se ejercita y que para no se abusivo, para cumplir con su misión debe ejercitarse con el criterio anotado.

Continuan Colin y Capitant:

"Y he aquí las aplicaciones de nuestra formula: Si yo elevo una construcción sobre mi terreno, el vicio no a quien privo de una vista agradable, no podrá quejarse, porque es normal, natural, usar un terreno que se posee para hacer una construcción.

Pero supongamos (Hipótesis totalmente teorica), que yo elevo sobre mi campo un muro aislado, de quince metros de altura, únicamente con el fin de privar de la vista del mar a un propietario vecino que está separado de la playa por mi terreno, el propietario lesionado será admitido a reclamar, porque ha habido de mi parte exceso o abuso de mi derecho".

El ejemplo transcrito, es un caso clásico de abuso del derecho, igual al traído por todos los tratadistas, si bien se trata de la violación de un derecho de servidumbre y no de un derecho aislado que perjudique a otro como en el caso tan citado de la fábrica de aviones, en que no había servidumbre alguna pesando sobre el propietario de tierra no vecino.

II LOUIS JOSSEERAND.-

El distinguido profesor y tratadista de Derecho Civil francés, es considerado como el más representativo de los tratadistas franceses modernos, su sistematización del Abuso del Derecho, testimonia en forma inequívoca el desarrollo actual del concepto en cuestión.

En su obra "Curso de Derecho Civil Positivo Francés", en traducción del Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez, el autor se expresa así:

" 161 EL PRETENDIDO DOGMA TRADICIONAL DEL ABSOLUTISMO DE LOS DERECHOS

Si debiéramos creer en un propietario tenaz (sic) los derechos subjetivos podrían ser ejercidos por su titular discrecionalmente, en toda ocasión, con un fin cualquiera y con toda impunidad. Tanto peor para quien fuera vulnerado por la utilización de prerrogativas que se pretenden intangibles; el autor del daño, respondería a quien se quejara: "Faci

sed jure fecit"; es he causado un daño, pero tenía el derecho de causárselo, no es debe ninguna indemnización; dura lex, sed lex.

Es este el concepto del absolutismo de los derechos, que en Francia ha recibido un poderoso empuje, gracias a la declaración de los Derechos del Hombre; el derecho revolucionario, está lleno de individualismo desmedido, considera al hombre como un fin que se basta a si mismo, mas bien que como un elemento de la comunidad; en cuanto a individuo, más bien que como célula primera de la sociedad".

Hasta aquí se ha limitado el profesor Josserand, a enunciar la teoría del absolutismo en materia del ejercicio de los derechos, con el fin de refutarla en el numeral siguiente del libro que transcribimos:

"162 REFUTACION: RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS.-

Esta concepción que en nuestros días permanece en los países anglo-sajones; es a diario más abandonada; sus partidarios se olvidan que el derecho se realiza, no en el vacío absoluto, sino en un medio social, y que en una comunidad verdaderamente organizada, se encuentran los derechos iguales de los otros.

Concedidos por los Poderes Públicos, los derechos tienen una misión social que llenar, contra la cual no podrían sublevarse; ellos no se bastan en sí mismos, no llevan en sí su finalidad, la cual va más allá, al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no pueden separarse. No pueden ser utilizados con un fin cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a llenar; no pueden ejercitarse a tortas y a locas, sino conscientemente, por un fin legítimo."

El citado autor al afirmar como lo hace, que los derechos, al ser ejercitados en el marco de una sociedad, están sometidos a las limitaciones que este mismo hecho les marca obligatoriamente; y al sostener luego que cada derecho ha sido concedido por el legislador con determinados fines, que marcan una pauta al derecho, cual es la de realizar necesariamente esos fines para los que fueron creados, deberá concluir después, a fortiori, que al derecho que tales fines no llena, que sobrepasa los cauces en que se le ha encerrado, no ha sido usado correctamente, hecho este que hace al titular sujeto pasivo de

una sanción que, obviamente, debe ser la reparación de los perjuicios que cause con ese uso errático que hizo del derecho que se le concedió.

Y Jossierand va mucho mas allá de lo dicho, así, por el hecho de que el ejercicio de un derecho, se persiga un fin diferente a aquél con el cual lo concibió el legislador, así no se cause con ello daño a nadie, el propietario ha incumplido los fines del derecho, del cual es titular, porque su derecho, así ejercitado, repetimos, así sea inocuamente, no ha cumplido con los fines para lo cual fue creado por la legislación positiva respectiva.

Además, el motivo por el cual se ejercita el derecho, debe ser siempre un motivo legítimo. Interpretando el texto del autor, debemos concluir que el único motivo legítimo, es aquél coincidente con los motivos determinantes del legislador, al crear el derecho de que se trate. Ahora si, continuemos:

Por ejemplo, en ningún caso los derechos pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la mala fe, de la intención de dañar a otro; no pueden servir para la realización de la injusticia; no deben ser alejados de su vía regular; de lo contrario, sus titulares

no lo ejercerían, sino que abusarían de ellos, cometerían un abuso de derechos, del cual serían responsables hacia las víctimas posibles. El pabellón no basta para defender las mercancías, cualquiera que ella sea. Los derechos no son concedidos sin garantía por los Poderes Públicos; a nuestros riesgos y peligros los ejercemos y no podemos ponerlos al servicio de la injusticia. Ya decían los romanos: **SUMMIUS, SUBSIA INIURIA. BAJO OTRA FORMA: Los medios no justifican el fin.**

Llegamos así al punto en que el autor, por la vía de la forma en que deben ser ejercitados los derechos, llega al abuso de los mismos, sosteniendo que el uso con fines diferentes a los otorgados por el legislador, con fines dañinos, constitutivos de mala fe, o que envuelven, en fin, malicia, no es tal uso sino, al contrario, abuso de los derechos, que compromete la responsabilidad de quien en tal forma actúa.

De lo que dice después, deducimos, que toda vez que los derechos conllevan una garantía, respaldada por los mismos poderes que lo conceden, tal garantía tiene que ser la de que nadie nos va a violar tales derechos.

Ahora, cuando se viola un derecho? Cuando en el ejercicio de uno propio, se traspasa la esfera a que está circunscrito, invadiendo la de otro derecho, de otro titular.

Tal interferencia, no solo impide el normal ejercicio del otro derecho, sino que implica un daño para su titular, y es este el motivo de que la violación genera una indemnización de perjuicios.

Continuemos con los acertados razonamientos del autorizado civilista:

"Así se afirma la gran directriz de la relatividad de los derechos, la cual, para decir verdad, no constituye una novedad, pero que ha tomado en estos últimos años, bajo la impulsión de algunos autores y con la autoridad de la jurisprudencia, un desarrollo rápido y singularmente poderoso: Varias legislaciones, de las más recientes, han querido rendirle homenaje solemne, colocando la institución en el umbral mismo de su obra, y asegurándole así una completa hegemonía. (Código Civil Alemán, artículos 226 y 826. Código Civil Suizo, artículo 2o. Código Civil de la China, artículo 148. Código Civil de los Soviets, artículo 1o. Código Civil Libanés, artículo 124.) y otros".



Con lo anterior termina el numeral en que se refuta la teoría del absolutismo de los derechos, mediante la explicación de la contraria, vale decir, la de la relatividad de ellos.

A la enumeración de las legislaciones positivas vigentes que consagran expresamente el abuso del derecho, tenemos que agregar expresamente las siguientes:

Código Civil Filipino, en su artículo 19; Código Civil Mexicano, artículo 840; Código Civil Brasileño, artículo 160; y Código Civil Italiano, artículo 833.

Sigamos ahora con la transcripción y comentarios de Josseland:

**163 GENERALIDAD DEL CONCEPTO DE LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS.**

Este concepto domínó, en tesis general, todos los derechos privados o públicos.

La teoría administrativa del abuso de poder constituye una de sus aplicaciones. En el dominio del Derecho Civil, las prerrogativas, en apariencias más absolutas, deben plegarse a él, sin exceptuar el derecho de propiedad, que constituye el dominio, el poder tipo.

Un propietario no podría usar de los atributos de su derecho, para causar perjuicio a otro, bien sea cuando en su terreno, con el fin de

desecar la fuente de su vecino, hace excavaciones; bien sea levantando muros con el fin de oscurecer su casa; la malicia no puede constituir el resorte normal y regular de una actividad jurídica cualquiera que sea, aún el derecho litigar, de acudir a la justicia, bajo una forma u otra, a pesar de ser un derecho sagrado, está sometido como cualquiera otro a la Ley común. Quien entable un proceso por espíritu de alegato, por malevolencia o maldad, abusa de las vías de derecho compromete su responsabilidad, no solamente sucumbirá en sus pretensiones, no solamente será condenado a los gastos de la instancia, sino también a indemnizar los perjuicios en razón de la falta cometida y del abuso del derecho de que es culpable, la buena fe debe presidir la realización de los derechos".

En este aparte el comentarista nos habló de como se ha extendido el concepto de la relatividad de los derechos, abarcando incluso la rama administrativa, de la cual es ejemplo el abuso de poder, que él cita.

Este, recibe en Derecho Administrativo, el nombre de Desvío o Desviación de Poder y lo hay cuando se emplea por la administración, una facultad otorgada por la Ley, con un fin distinto del que la Ley querría otorgarle.

Al respecto, y aprovechando esta referencia de Jossierand, nos parece oportuno traer el comentario del Doctor Jaime Vidal Pernozo, extraído de su obra "Derecho Administrativo", y que reza así:

"Hay algunos fenómenos del derecho civil que se asemejan a la desviación de poder.

El abuso del Derecho, que consagra nuestro Código Civil, en su artículo 1002, tiene de común con aquel en que en ambos existe ejercicio de un poderío de un derecho con fin distinto del señalado por el legislador; la diferencia estriba en que el abuso del derecho repercute sobre la responsabilidad, mientras que en la desviación de poder le quita todo valor al acto jurídico.

Por otra parte, en el desvío de poder, como en la causa ilícita (artículo 1.524 del Código Civil), hay ejercicio de un derecho o de un poder, para un fin condenado por el derecho y que vicia de nulidad el acto, pero la causa ilícita aparece en los contratos, mientras que el desvío de poder se presenta en los actos unilaterales, etc".

Nos queda así aclarada la referencia citada, relativa a la ins-

titución, perteneciente al derecho público, del abuso de poder. Recordemos que ésta, se debe a que el autor está hablando de la relatividad de los derechos, y tras está aplicación de él.

A pesar de que nos asalta el temor de desviarnos algo del tema que tratamos, cual es el estudio de las palabras del profesor Josserand sobre el Abuso del Derecho; porque roza evidentemente con la materia de esta tesis, y porque no conviene que pasemos por alto la equivocación, en que incurre el Doctor Jaime Vidal Perdomo, autorizado expositor del Derecho Administrativo, al considerar el artículo 1002 de nuestro código civil, como consagratorio del Abuso del Derecho.

Nos basta con la simple transcripción del mencionado texto, para demostrar que sólo se trata de una aplicación, por otra parte intencional de Bello, de la doctrina del abuso, que en ningún momento puede considerarse como consagración de la misma; dice el artículo:

"Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegar".

Como se aprecia claramente, y como ya lo anotamos se trata de una aplicación de la doctrina, que no de su consagración. Y es que este vocablo, se ha reservado tradicionalmente, en derecho, para cuando en él se sientan principios generales, que van a regir todo el derecho civil, a manera de directriz, o por lo menos, toda una materia del mismo derecho civil.

Es más, el artículo 1002 de nuestro estatuto civil, se encuentra en el capítulo relativo a "CIERTAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES", es decir, está lejos de consagrar normas generales, para las cuales generalmente, se reservan los primeros capítulos de las compilaciones jurídicas civiles. Después de ésta breve desciación sigamos comentando a Jossarand,

Nos habla Jossarand luego del ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR, caso que es de frecuente ocurrencia y que constituye un caso típico de abuso del derecho.

En efecto, nada más abusivo que ocurrir a la Justicia, en demanda de protección a un derecho que no se tiene, o que no es digno de tal protección. El autor esboza las sanciones a que está sometido el que litiga temerariamente. Las cuales son obvias porque no solo entran el derecho de la contraparte, comprometida en una litis vacúa,

sino la misma buena marcha de la justicia, que al entender tal pretensión, pierde parte de su precioso tiempo, que podría haberse dedicado a la composición de otros conflictos de interes.

Analicemos un nuevo párrafo del profesor Jossierand:

"164 EXCEPCION. DERECHOS ABSOLUTOS.

Existen sin embargo, algunos derechos que escapan a la disciplina del abuse y que tienen un carácter absoluto; sus titulares pueden ejercerlos con todos los fines, aún maliciosos, sin comprometer su responsabilidad. Son estos derechos amoraes, no causados, que pueden ser puestos indiferentemente al servicio de los deseos más ilegítimos o más perniciosos, y que llevan en sí mismo su propia finalidad.

Encontraremos diversas especies en nuestro camino tales como el derecho de un ascendiente de oponerse al matrimonio de su descendiente, (artículo 179), o el derecho de una mujer de declinar la tutela a que ha sido llamada (artículo 428), o el derecho que pertenece a un padre de familia de desheredar a sus hijos, al menos dentro de los límites trazados por la Ley (artículo 913), o el derecho para un copropietario de pedir la partición de los bienes

indivisos (artículo 815)".

"165. Sucede a veces que la delimitación de los derechos relativos y de los derechos absolutos, sea la ocasión de discusiones y diferencias; la cuestión se ha abierto, entre asuntos, en materia de prensa, para el derecho de contestación, y en materia de derecho civil, para el derecho reconocido al propietario de inmuebles de adquirir la medianería de un muro.

La Corte de Casación ha resuelto estos problemas en el sentido absolutista; ha visto en las prerrogativas en cuestión derechos absolutos, no causados, que pueden ser ejercidos discrecionalmente y con cualquier fin. (11 de Mayo de 1.925 s 26 T 22, para la medianería y para el derecho de contestación 21 de Mayo de 1.924, 1, 97).

De todas maneras estos derechos absolutos, no causados, constituyen una categoría aparte; son especies de permisos de cobrar más bien que derechos verdaderos; en ellos domina el lado reglamentario y técnico, que oscurece, por derogación el derecho común, el origen y naturaleza social de todos los derechos subjetivos".

(L. JOSSERAND, CURSO DE DERECHO CIVIL POSITIVO FRANCÉS. TRADUCCION DE LUCRECIO JARAMILLO VELEZ).

Josserand, en una conferencia dictada en París en el año de 1.936

decía:

"Para los romanos el acto abusivo era únicamente el que había sido cumplido con intención de daño. El derecho moderno, y especialmente el derecho actual, hace de ese abuso una idea 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 cuasidelictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con ese motivo su responsabilidad".

(EVOLUTIONS ET ACTUALITES. CONFERENCES DE DROIT CIVIL, PARIS 1.936. TOMADO DE UNA SENTENCIA DE CASACION DE NUESTRA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DE FECHA 21 DE FEBRERO DE 1.938, PUBLICADA EN LAG. J.# 1.932, PAG. 60).



Estas palabras de Josserrand, son clara manifestación de su pensamiento en esta materia, compendiado en la llamada TEORIA FINALISTA, que se sintetiza diciendo:

"El fin perseguido es el que constituye el abuso del derecho".

Con lo anterior, dejamos visto, someramente, el criterio del profesor L. Josserrand, uno de los mejores sistematizadores de esta materia.

III JOAQUIN ESCRICHE.-

En su diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, da el siguiente significado a la palabra "ABUSO":

"Abuso. El mal uso que uno hace de una cosa suya o ajena que tiene en su poder, o el uso que uno hace de una cosa empleándola en un fin u objeto diferente de aquel a que por su naturaleza está destinada. *Abusus proesupnit, et abuti propria est ad alium usum re util, quam in quam ea comparata est.*

Como el derecho de propiedad envuelve la facultad de disponer de las cosas del modo más absoluto, sin otras limitaciones que las que por causa del interés general se marcan en las leyes o reglamentos, puede

el dueño de una cosa usar y abusar de ella como quisiere hasta deteriorarla y aún destruirla. *De minimis est ius utendi et abutendi quatenus ratio juris patitur.* Es cierto que el cuerpo social está interesado en que nadie abuse de sus cosas, porque así se disminuye la suma de las riquezas; pero la ley que prohibiese el abuso sería perjudicial, pues por impedir un mal que el interés general reprime suficientemente, causaría otro mal cierto y continuo, cual era el de embarazar a todo propietario en el libre uso de sus cosas dando lugar en muchos casos a calificaciones que serían indispensables para la aplicación de las penas que se estableciesen. Debe dejarse pues que propietario use o abuse de lo que es suyo como mejor le pareciere: y no ha de oponerse la ley a sus abusos sino cuando de ellos pueda resultar daños a terceros.

Así que, puede el dueño pegar fuego a su casa si se encuentra enteramente aislada; pero se le habrá de impedir el hacerlo, si formase grupo con otras, por el peligro que habría de que el incendio se propagase a las vecinas.

Podrá igualmente el pasajero inutilizar los víveres que lleve a precaución o por lujo; pero debe impedírsele que los inutilice cuando se ha consumido o se teme que se consuma la provisión de la nave antes de llegar a puerto; pues tiene que dar los para la subsistencia de todos por su justo precio, como está dispuesto en el Código de Comercio. También sería conveniente prohibir el abuso de los animales, a fin de evitar la depravación de algunos hombres que después de haberse divertido haciendo padecer tormentos inútiles a sus perros o a sus gatos, miran con gusto a los males de sus semejantes. La crueldad con los animales, dice Bentham, conduce a la crueldad para con los hombres. En la India encarga la ley al superintendente de policía el cuidado de que no falte el alimento necesario al búfalo, al caballo y al camello". (R. J. Escriche: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia).

IV ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ.-

MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA.-

Nos ha parecido por demás interesante, traer a estas páginas la autorizada opinión de estos dos ilustres civilistas chilenos, no sólo por la autoridad evidente y conocida entre nosotros de tales expositores, sino por las afinidades de la legislación chilena, a cuya luz ellos tratan este punto del abuso, con la nuestra.

"Ejercicio de los derechos y su relatividad.

Teoría del Abuso del Derecho.

469. Concepto sobre el ejercicio de los Derechos.

El ejercicio de los derechos consiste en la aplicación práctica del contenido del derecho mismo; es el hecho material que corresponde al contenido abstracto de un derecho".

De una vez nos parece conveniente comentar que, esta definición de lo que es el ejercicio de un derecho, tiene un fondo muy vasto, de mayores proporciones que el aparentado. Realmente, esta definición nos da a entender esa finalidad con la cual se concede un derecho y que debe realizarse al ejercitarlo, so pena de incurrir en uso abusivo del mismo, si es que nos vamos a atener a la teoría finalista, la de mayor influencia entre nosotros y en el mismo Chile. Sigamos:

"472. Cuando hay abuso del derecho? Cuando puede decirse que un individuo abusa de su derecho? Cuando el ejercicio de un derecho reconocido por la Ley puede ser para su titular fuente de responsabilidad civil?. Diversas Doctrinas tratan de responder este punto álgido. Pero fundamentalmente podemos señalar tres:

- 1) Doctrina Subjetiva: Afirma que hay abuso del derecho cuando en el ejercicio del propio hay intención de perjudicar a otro.
- 2) Doctrina Objetiva: Afirma que hay abuso del derecho cuando en ejercicio del propio se causa daño al derecho de un tercero. No atiende para nada al elemento psíquico intención.
- 3) Doctrina Ecléctica: Dice que hay abuso del derecho cuando una persona en el ejercicio del propio causa daño, con dolo o culpa, al derecho de un tercero; mide el abuso del derecho con los mismo principios que rigen los actos ilícitos".

Comienzan los tratadistas por el planteamiento de la cuestión, para exponer a continuación, en afortunada síntesis, las principales teo

ría que tratan de hallar una solución a la problemática jurídica del abuso del derecho.

Examinando las páginas posteriores de la obra de los profesores chilenos, encontramos un título que nos ha llamado poderosamente la atención, y del cual nos ocupamos ahora:

"Sanción de los actos cometidos con abuso de derecho.

Al igual que todo delito o cuasidelito, el abuso del derecho tiene como sanción la indemnización del daño causado; pero esto no obsta para que el juez pueda adoptar, además, las medidas adecuadas para hacer cesar el daño producido y el abuso.

Así, el artículo 945 del Código Civil, autoriza al Tribunal para que ordene la destrucción de la obra perjudicial, para que cegue el pozo. En otros casos el Tribunal puede ordenar las medidas necesarias para hacer disminuir el daño, como en los casos de relaciones de vecindad.

También puede aplicarse como sanción el abuso del derecho, la declaración de ineficaz del acto de que se trata. Así, por ejemplo, el artículo 1.110 del Código Civil, hablando de la renuncia de los socios, dice que "no vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente".

En ciertas ocasiones puede constituir sanción la publicación de la sentencia condenatoria, como cuando se trata de un pleito referente al abuso de la libertad de opinar.

Lo que hay que remarcar es que, sin perjuicio de la sanción que proceda, los jueces pueden acordar, además, otras medidas conducentes a hacer cesar el mal producido por el abuso".

La primera sanción de las vistas, que es la corriente, consiste en la indemnización de los perjuicios causados con el acto abusivo, indemnización de carácter económico, puesto que la de los perjuicios morales que también son susceptibles de ser causados por el ejercicio abusivo del derecho, en la práctica, nunca se indemnizan por la dificultad de probarlos y es bien sabido que nada se obtiene con ser titular de un derecho si éste no puede probarse.

Luego dicen los chilenos que lo anterior no obsta para que el juez discrecionalmente, pueda hacer condenaciones diversas a la indemnización, tales como las destinadas a hacer cesar el abuso; así, el acto abusivo demandado sigue aún causando su efecto nocivo al momento de producirse la condena; el juez puede ordenar que se tomen las medidas conducentes

a hacer cesar la violación del derecho. Para hacer efectivo esto, podrá valerse de multas sucesivas y demás, puesto que en el derecho moderno la ejecución física contra la persona, está prohibida y no es posible forzar físicamente al causante del daño a que deje de causarlo. En tratándose de la destrucción de una obra dañosa, me parece que sería perfectamente aplicables las medidas que pueden tomarse cuando se incumplen obligaciones de hacer, que no sean intuito personas, como serían hacer ejecutar la obra por un tercero a cargo del deudor, o ejecutarla, si le es posible, el mismo acreedor, también a costa del deudor moroso. Lo mismo, siendo obligaciones de no hacer, si es posible deshacer lo hecho, antes de que se convierta en cumplimiento indirecto, es decir, en indemnización, se podría obligar al que incumple a deshacer lo hecho y de no poderse o quererse por él, la podría deshacer un tercero a su costa y en último caso la indemnización de los daños.

El mismo ejemplo traído por Alessandri y Somarriva, nos sirve para ilustrar lo dicho: el artículo 945, del Código Civil Chileno, correspondiente a nuestro 1002, autoriza al Tribunal, dicen estos autores, para que ordene cesar el daño, la destrucción de la obra perjudicial, para que se cegue el pozo. El maestro dice: "..... pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo". Así, maestro Legislador, tácitamente, está otorgando a nuestros jueces la misma facultad de ordenar la destrucción de la obra dañosa, cumplido claro está el presupuesto de la falta de utilidad o utilidad inferior al perjuicio ajeno.



Una vez obtenida una sentencia en este sentido, las autoridades de policía tienen los medios legales para el cumplimiento coercitivo de la orden judicial, si ésta no se acata voluntariamente.

A continuación, traen los chilenos otros tipos de sanción al abuso, según los casos respectivos. De ellos nos parece interesante comentar su artículo 1.110, que también se halla en nuestro Código, bajo el número 2.136 y que dice:

"No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente". Son pues dos textos exactamente iguales.

La sanción, entonces, traída por nuestro ordenamiento positivo civil, es la misma, es decir, la ineficacia del acto respectivo, en este caso, de la renuncia del socio.

La diferencia que hallamos entre las dos legislaciones, estriba en que la chilena, como puede deducirse del dicho de los tratadistas, comentados, considera tal renuncia como un caso de aplicación de la teoría del abuso del derecho, lo que no sucede entre nosotros.

Vamos a concluir el estudio de estos tratadistas con el párrafo siguiente:

"477. La teoría del abuso del derecho en la legislación chilena.

Artículo 945, el ya conocido del poro; el 2.110, el

de la renuncia; los artículos 270 y 484, del Código Penal Chileno y otros, que demuestran la aceptación por parte de nuestro legislador de la teoría del abuso del derecho así, pues, podemos concluir que si bien es cierto que no existe en nuestro derecho un artículo expreso que acoja la teoría en examen, se halla consagrada en diversas disposiciones".

Tenemos entonces que en Chile sucede lo mismo que entre nosotros, poseemos varias normas positivas que son clara aceptación de la doctrina del abuso, pero esta no se halla consagrada expresamente, puesto que el Código de ellos, como el nuestro, carece de una parte preliminar y general que consagre este tipo de teoría.

V PLANIOL Y RIPPERT.

Nos limitaremos a examinar dos cortos apartes de la extensa obra de los civilistas franceses, no sólo para no extendernos demasiado en esta parte de la doctrina, sino porque dichos autores hacen un estudio muy similar al de otros tratadistas, vemos:

"141. REVOCACION DEL CONSENTIMIENTO.

Si bien la revocación del consentimiento se deja a la discreción del ascendiente, como también el derecho de oposición, el ascendiente incurre en responsabilidad cuando por medio de una revocación arbitraria de su consentimiento causa un daño al futuro cónyuge que ha

ya hecho gastos fiado en ese consentimiento. Por una Sentencia se ha condenado en caso tal al arrendiente al pago de una indemnización. (Lyon, 23 de Enero de 1.907).

Se ha pretendido erróneamente que había en ese caso una aplicación de la teoría del abuso del derecho; en efecto la revocación de un consentimiento discrecionalmente no puede dar lugar a una indemnización por si mismo, pero existe un caso de culpa por parte de los padres al incitar al hijo a hacer gastos que una revocación injustificada prive de objeto".

Si no es abuso del derecho la revocación de un consentimiento ya otorgado, mucho menos podrá serlo la negativa del consentimiento mismo. Se trata, como bien lo anotan ellos, de una facultad discrecional del todo, cuyo no ejercicio o cuya revocación en si mismo considerados, no tienen capacidad suficiente para generar obligaciones a cargo del ascendiente.

**\*382. DERECHO DEL MARIDO A CONTROLAR LA CORRESPONDENCIA DE SU MUJER Y SUS LIMITES.**

.....El marido no podrá impedir la correspondencia a su mujer, ni interceptar la de sus parientes, principalmente con su madre. Y es aquí donde se podría invocar la teoría del abuso del derecho, invocado sin razón por una sentencia, cuando se trataba solamente

de fijar los límites objetivos de ese derecho. Dentro de esos límites el marido puede "abusar de su derecho"; será el caso cuando la inspección de la correspondencia de su mujer está inspirada por la curiosidad, o por otras preocupaciones, que no sean "la salvaguardia de la moralidad del esposo y del honor y la seguridad del jefe de la familia".

Los Tribunales tienen, por su propia autoridad, un derecho de vigilancia muy serio sobre el uso hecho por el marido de su prerrogativa, para evitar que degenera en tiranía, o sencillamente en una inquisición indiscreta". (Planiol y Ripert, Derecho Civil Francés. Pagina 120 y 228).

Nos ha parecido importante traer este caso, citado por los autores citados, por ser desconocido, así por separado, en nuestra legislación y hacemos esa salvedad porque es natural que el derecho de revisar el marido la correspondencia de su mujer con el fin de salvaguardar la moralidad de la familia, hace parte de la potestad marital, de amplias facultades en nuestro Código.

Analizaremos ahora, un capítulo titulado: "Actos intencionalmente dañosos; abuso del derecho".

"El propietario es también responsable, de acuerdo con el derecho común, cuando, con el sólo propósito de perjudicar a otra persona realiza un acto que no excede los límites objetivos de su propio derecho. Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia considera al autor del acto intencionalmente dañoso; culpable y lo condena. Declara que "el derecho de propiedad ilegítimos" estigmatiza "el deseo de perjudicar, la maniobra vejaminosa y con esa intención manifiesta"; "la malicia y la intención usurpatriz"; "el acto realizado por odio y maldad, sin interés por parte del que lo lleva a cabo".

De un modo general siendo el derecho de propiedad, como todo derecho, una facultad concedida al hombre que vive en sociedad, por la fuerza ha de estar limitado, en el uso que pueda hacer su titular, por los deberes sociales de éste, obligado especialmente a no ejercitarlo con otra finalidad que aquella para que ha sido concedido por el legislador, especialmente la de causar un perjuicio a otra persona; en consecuencia, siempre que el propietario ejercite su de

recho, con el fin de dañar a un tercero y sin utilidad alguna para el mismo, comete un acto antisocial, que desde el punto de vista de los principios del Código Civil sobre la culpa, hace responsable a su autor. Es esta una solución tradicional; ya nuestros antiguos autores invocaban los textos romanos, declarando responsable al propietario cuando obraba solazante "para dañar a otra persona sin utilidad para él.... fuera una maldad que la equidad no podría sufrir". Apenas se discute hoy; la noción de abuso de derecho se admite por la doctrina así como por la jurisprudencia, habiendo sido consagrada por numerosas legislaciones extranjeras" (Pianol y Rippart. Derecho Civil Francés. Pag. 392).

Como se aprecia por la simple lectura del contexto, los tratadistas son partidarios de la teoría intencionalista, consideran que el acto abusivo es aquel que se realiza con la única intención de causar daño a otro, sin que el acto reporte provecho a quien lo ejecute.

VI HENRY Y LEON MAZEAUD.-

En su obra, "Estudio teórico y práctico de la responsabilidad civil", hacen un prolijo estudio del abuso del derecho, en capítulo que con el citado título tiene una extensión de más de cincuenta páginas, llenas de interesantes anotaciones marginales, consistentes en bibliografías y citas para el derecho comparado. A más de ser imposible aquí, no tiene objeto estudiarlo todo, puesto que gran parte de ese capítulo es un estudio de la teoría de la culpa, delictual y cuasidelictual, a más de estudio de la jurisprudencia francesa. Hemos extractado por las razones anotadas, los parates pertinentes, que a continuación transcribimos y comentamos:

547. Al ejercer alguno de los derechos de que sea titular, una persona causa un daño a otra; debe por ello reparación? Es la llamada cuestión del abuso del derecho; los que en este supuesto exigen la responsabilidad del autor del perjuicio de clarar, en efecto, que ha "abusado de su derecho" Por consiguiente, puede haber abuso de un derecho? Cabe comprometer la responsabilidad propia cuando se ejerce un derecho?.

Empiezan pues los eminentes tratadistas por plantear el problema del abuso, sin tomar todavía partido alguno al respecto.

Queremos anotar que los autores franceses usan la expresión "abuso de derecho", al contrario de nosotros que preferimos la forma singular. A lo largo de este estudio hemos acogido la última de estas fórmulas, por ser la corriente, considerando sin embargo que no es más correcta que la otra, puesto que la nuestra circunscribe, en apariencia, a un sólo derecho, en tanto que la francesa da la idea exacta para el caso, puesto que el abuso puede cometerse en el ejercicio de uno cualquiera de los derechos de que es titular, toda vez que ninguno tiene el carácter de absoluto.

"La cuestión debe resolverse sencillamente aplicando la definición de culpa: el que ejercita un derecho con el deseo de causar un daño incurre en una culpa delictual; el que sin intención maliciosa, se comporta, al ejercitar un derecho, de modo distinto a lo que habría hecho un individuo cuidadoso, con imprudencia o negligencia, incurre en una culpa cuasidelictual; en ambos casos, su responsabilidad es exigible. En pocas palabras, ya se cause el daño en el ejercicio de un derecho o fuera de ese ejercicio, la solución es la misma; procede averiguar siempre si hubo culpa y, en el instante en que la haya, condenar al autor del daño a responsabilidad. Tal es la concepción del abuso del derecho, admitida con mucha generalidad por la jurisprudencia



cia, que se contenta con acudir a los artículos 1.382 y 1.383 del Código Civil. Por el contrario, numerosos autores pretenden excluir en esta esfera los principios de la culpa, ya sea porque se niegan a exigir la responsabilidad cuando no hay intención de perjudicar, culpa delictual; ya sea por hacer del abuso del derecho una fuente de responsabilidad civil diferente de la culpa".

En síntesis, para estos tratadistas, el abuso del derecho no es una teoría independiente, no es "una fuente de responsabilidad civil diferente de la culpa", por el contrario, se confunde con la culpa misma, sea esta delictual o cuasidelictual, siendo la culpa y no el uso abusivo en si mismo el generador de la responsabilidad del causante de un daño.

Sigamos con los hermanos Mazeaud:

"550. Abuso del derecho y falta de derecho. Toda cuestión de responsabilidad surgida a propósito de un derecho definido depende de la esfera del abuso del derecho? Ciertamente no; es preciso que se incurra en responsabilidad en el ejercicio de un derecho; se quiere distinguir con ello el caso en que el autor del daño ha permanecido dentro de los límites de su de

recho y el caso en que ha salido de los límites de su derecho. En la primera situación puede haber abuso de derecho, y la cuestión de la responsabilidad no deja de ser delicada; en la segunda hay falta de derecho y la responsabilidad no puede ofrecer duda.

Existe falta de derecho cuando una persona rebasa los límites materiales de su derecho; es el caso del agricultor que penetra con su arado en el campo del vecino; su responsabilidad queda comprometida desde luego; todo individuo que rebasa su derecho y causa por ello un daño a otro le debe reparación del mismo. La culpa en que ha incurrido es cierta. La cuestión de determinar si hay abuso del derecho se plantea, por el contrario, cuando el titular del derecho permanece dentro de los límites de las prerrogativas que se le confieren; cuando se contenta con ejercer esas prerrogativas; tal es el caso del propietario que, al levantar sobre su terreno una cerca desmesurada, ensombrese la casa de su vecino.

Esta vez el problema de la responsabilidad aparece incierto, por el mismo hecho de que el autor del daño se ha encastillado dentro de los límites del derecho que se le ha reconocido por la Ley. Esta distinción tan simple entre el abuso de derecho y la falta de derecho, ha sido atacada violentamente.

Los adversarios de la teoría del abuso del derecho, han creído encontrar en su negación un argumento decisivo. Sobre este terreno el ataque se ha conducido con vigor por Planiol: "La fórmula uso abusivo de los derechos es una logomagia... el derecho termina donde el abuso comienza; y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la irrefutable razón de que un sólo y mismo acto no puede ser a la vez, conforme con el derecho y contrario al derecho".

Nos parece muy importante el aparte de los autores en comentario, acerca de la distinción entre los casos en que existe un abuso del derecho y los casos en que lo que sucede es que no existe ningún derecho.

DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

A este respecto encontramos acertada la teoría de los expositores, sus ejemplos son concluyentes y demuestran en forma clara la razón que los asiste. Sin embargo, el agricultor que penetra con su arado en la tierra vecina, si tenía un derecho que ejercitaba en ese momento, el derecho de dominio sobre su propio campo, el cual ejercía arando sobre él. Pero tratar de refutar a los Mazeaud con base en esta anotación sería incurrir en las mismas críticas que formulamos a Planiol. Los Mazeaudes tan acertados, no se puede evadir la distinción, son diferentes las esferas jurídicas invadidas y violadas en los dos casos.

Josserand, refuta así a Planiol:

"Los que sostienen que, al ejercitar un derecho no puede irse contra el derecho, o sea, comprometer su responsabilidad, incurrir en un simple chiste jurídico por crear una confusión entre las dos acepciones, tan bien conocidas de la palabra derecho: que se refiere unas veces al conjunto de sus reglas sociales y en otras ocasiones a una prerrogativa determinada."

Realmente, como ya lo afirmamos, la distinción se impone; cuando no se tiene un derecho no es posible hablar de ejercicio de este; se estará obrando arbitrariamente, lo cual compromete la responsabilidad del agente.

Para concluir este estudio de los hermanos Mareaud, anotamos que, en resumen, el abuso del derecho consiste, para ellos, en una culpa cometida en el ejercicio de un derecho, tal culpa pueda ser delictual, con intención de dañar, o cuasidelictual.

Al abuso del derecho se le deben aplicar las reglas de la responsabilidad civil extrac contractual, si no hubo convención y cabe a veces también cuando la hay, si ella no basta para resolver los litigios que con motivo del contrato se puedan suscitar.

Con el anterior resumen, damos por terminado el estudio de los hermanos Mareaud, con base en la obra que en colaboración con Andrés Tunc, escribieron sobre el derecho civil francés.

*Nuestra Corte*

61

-55-

## CAPITULO V

Después de consultar varios fallos, principalmente de la Corte Suprema de Justicia, hemos escogido los más ilustrativos, por su claridad de planteamientos, forma de exponer la teoría y tema tratado, es decir, los diversos casos en que ella ha aplicado la teoría del abuso.

Nos ha parecido conveniente iniciar este tema con el estudio de una Sentencia de la Corte, en que se habló de los fundamentos del abuso del derecho:

"Para ver si la citada teoría (del abuso del derecho) es aplicable de conformidad con nuestra legislación es conveniente analizar lo que se entiende por ella. Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social que sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque -como dicen los tratadistas de esta teoría- "no se conforme el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas no corresponden; exige que las mismas sean ejercidas, no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también sin la intención de dañar, con un fin lícito y moral simultáneamente". Sobre estos conceptos se ha planteado, teóricamente apenas, si el uso de un derecho, dentro de su nor

malidad objetiva, pero sin fin lícito o con fin malicioso, podrá y deberá ser protegida por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa demandante se ha pretendido fijar con dos criterios: el primero que la basa sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercerse el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio del derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño. El segundo criterio la hace fundar en la falta de intención seria y legítima, o sea apartamiento del fin económico y social en un ejercicio anormal del derecho. Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin intención, importante y genuino por parte del actuante y cuyo efecto solo puede perjudicar a otro.

Estas dos tendencias han sido conciliadas con otros autores, quienes reuniéndolas en una sola teoría consideran que para el abuso del derecho es preciso intención de dañar y falta de un fin útil". (Sentencia de la Sala de Negocios Generales, de 6 de septiembre de 1.935. G.J. No. 1.901, página 601).

La anterior Sentencia, que constituye una síntesis bastante clara y acertada de la teoría finalista y de la intencionalista, capitaneadas por Saleilles y Josserand, respectivamente.

La Sentencia comienza con el planteamiento del problema en los términos clásicos, con el fin, en ellas misma anotado, de ver si tal teoría es compatible o no con la legislación colombiana.

Vamos ahora, al estudio de otra Sentencia relacionada con el abuso del derecho de litigar, en embargos y otras formas, que es tal vez el caso de mayor frecuencia presentado a la consideración de nuestro más alto Tribunal, dice esta sentencia:

"La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las transgresiones del derecho entre los particulares, (art. 194 C.J.), significa que estos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza. El mismo código al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a defender o conseguir un derecho.

Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de límites útiles y conducentes, hace uso de su de



recho y a nadie daña. Pero el uso normal mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrece esas leyes rituarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil. En muchos casos, las mismas leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y los sanciona con multas dentro del mismo proceso, como se verá enseguida".

La Sentencia empieza refiriéndose a la obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la Ley. Para que el Juez pueda hacer actuar la Ley en un caso concreto, es necesario que los sujetos del conflicto y el mismo Juez realicen una serie de actos, que van a terminar con la decisión del funcionario y a ella se orientan, recibiendo, en conjunto, el nombre del proceso.

La Ley ha determinado la forma en que se realizan esos actos, el modo de efectuarlos y estos es lo que constituye el procedimiento; ese señalamiento que ha hecho el legislador, hace obligatorio para las partes y el Juez, el realizar esos actos en la precisa forma establecida por la Ley. Son normas imperativas de inexorable cumplimiento no susceptibles de omitirse o modificarse.

Como bien lo anota la Sentencia comentada, "el mismo Código al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que pueda hacerse de las acciones tendientes a defender o conseguir un derecho". De este principio, rigurosamente cierto, se obtiene el criterio de seguir para establecer cuando el ejercicio del derecho de litigar concedido por la Ley, se ajusta a derecho y cuando constituye un abuso del mismo.

La finalidad perseguida por la Ley al otorgar acciones a los particulares, es evitar que estos compongan sus litigios motu proprio, lo que lleva al predominio de la fuerza, y concederle una vía legal para la satisfacción de sus legítimos intereses. El particular tiene derecho a que se le resuelva su litigio, de la manera que tiene la obligación de llevarlo a los jueces. Nadie puede hacerse Justicia por sí mismo es lo que hemos querido decir. Quien ejerza ese derecho que le concede la Ley dentro de ese marco indicado por la finalidad con que se otorga la acción obra correctamente y no perjudica a nadie con el ejercicio de su derecho. Si se sale de ese marco, está haciendo un uso indebido del derecho que la Ley le otorgó e incurre en un abuso de ese derecho, que compromete su responsabilidad.

Donde más de relieve se ve el posible abuso, es en el uso de la función jurisdiccional para impetrar la protección de un derecho del cual se carece, a sabiendas.-

En efecto, nada más abusivo que presentarse ante un juez con la pretensión de que se le proteja u otorgue un derecho que no se tiene o no se puede adquirir. No sólo se entorpece con esto la buena marcha de la justicia, una de las funciones primordiales del Estado, sino que se causa un perjuicio a la persona frente a la cual se pretende que se reconozca y otorgue el derecho.

Tal conducta merece una sanción, que será la frustración de la pretensión ilegítima y la reparación de los perjuicios con ella causados. Continuamos ahora con la transcripción de la Sentencia:

"El Código Judicial al no autorizar el embargo y sequestro de bienes sino en la cantidad suficiente para asegurar el pago, al permitir la reducción del embargo en el exceso que se compruebe, al exigir fianza previa al acto del embargo, para asegurar al verdadero dueño de los bienes el reembolso de los posibles perjuicios, y no solamente de las costas, y al sancionar la temeridad del embargo y el sequestro con una multa de 10 a 1.000 pesos; en todos los casos el Código muestra claramente su intención de

castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él, lo cual no es otra cosa que la sanción del abuso del derecho de litigar, caracterizado, en aquellos concretos ejemplos, con el propósito de perjudicar a otro, privándolo por tiempo indeterminado del ejercicio y goce de sus derechos de administrar, gozar y enajenar sus bienes, siendo que no conseguirá recibirlos a dinero mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo, y excediendo evidentemente la cuantía de los bienes embargados a la proporción del crédito que se persigue, ese exceso, de cuya disponibilidad se priva al deudor, no es un medio necesario sino inútil para la satisfacción de los derechos del acreedor". (Casación de 30 de Octubre de 1.935. G.J. 1.907, Páginas 313).

Nos parece digno de mencionar el método seguido por la Sentencia anterior, la cual no nos habla del abuso del derecho y sus aplicaciones en la Ley procesal, sino que, por el contrario, enumera primero dichas aplicaciones, para concluir en que ellas constituyen sanciones al abuso del derecho de litigar.

Las normas a que se refiere la Sentencia comentada son las siguientes artículos del Código de Procedimiento Civil nuestro; Art. 274, Inc 1o;

Art. 274, Inc 3o. y art. 1021, en el mismo orden de la Sentencia.

Precederemos ahora a examinar otro de los fallos que sobre el abuso del derecho ha preferido nuestro más alto Tribunal, en que se estudian los criterios para aplicar la teoría; dice:

"La teoría del abuso del derecho tan admirablemente sistematizada por Josseran en su obra "De l' esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits 1.926", da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad. A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de la relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos aún de lo 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 dable desviarse a su titular. Los derechos son dados por 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 les 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 alegarse que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho tal falta es la que causa precisamente el abuso del derecho, es decir, el acto cumplido como enseña Jasserand, 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 la juricidad, o conjunto de las reglas sociales. De esta manera el antiguo adagio "ne minus laedit qui jure suo utitur", que tomado en el sentido absoluto aparentemente sea la expresión del buen sentido, no significa más que esto: "El que ejerce su derecho con prudencia y atención, no es responsable del daño que podía causar a otro".

Comprendida de este modo, la vieja regla romana-agregan Colin y Capitan- lejor de tener el contenido antisocial que se le ha atribuido, 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 alguna molestia, algunas veces hasta cierto daño.

Es el precio que se paga por la vida en sociedad. De este daño no sería 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 debe exigir a él. Comprendido así el abuso del derecho constituye una aplicación 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 el ánimo 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 ejecute excavaciones en su predio con el fin exclusivo de secar una fuente o manantial de un vecino; o el acreedor que por espíritu de persecución contra su deudor honrado, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de sus bienes en relación con el crédito que cobra, 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 el adversario a larga, costosa y refida lucha, inesperadamente desista 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 denunciación cri

minal contra otra persona, formulándose a la ligera e imputándole parentoriamente, sin base seria, la comisión de un hecho criminal. (Caso resuelto por esta misma Corte en Sentencia de fecha 5 de Agosto de 1.937).

Para que haya abuso del derecho -dicen los citados Collins y Capitan- "no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiere inspirado".

"Y ponen como ejemplo entre otros, el empleo de procedimientos ejecutivos especialmente rigurosos por un acreedor contra su deudor, cuando estas medidas están en evidente desproporción con el fin que se busca.

Aquí ya no habría la intención perversa de arruinar al deudor, sino la falta de precaución en no causar más daño que el indispensable dentro de los justos límites del cobro coercitivo del crédito.

Para que una perfecta irresponsabilidad -escribíamos cho tiempo antes Larcabiere- "garantice el ejercicio de un derecho, hay que ejercitarlo prudentemente, con



la precaución ordinaria, sin abusar ni exceder los justos límites".

De consiguiente el criterio rigidamente intencional, inspirador de la sentencia acusada, y que no es ni siquiera el preconizado científicamente por Rippert, para quien la intención dañada de perjudicar se manifiesta por la falta de una intención seria y legítima en el ejercicio por el titular de tal o cual de recho. Además, del criterio del móvil dañada, expuesto en la teoría de Rippert, la ciencia señala otros criterios, destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio de derecho); el económico (ausencia de interés legítimo); y el funcional o finalista (desviación del derecho en su función social). Ahora bien; el sentenciador, contra todos los principios expuestos, que son las que configuran la teoría del abuso del derecho, hace pesar sobre los demandantes la obligación de probar que el municipio, desistiendo del juicio de expropiación, obró maliciosamente, cual si se trata se de una persona natural, y cual si las entidades públicas y morales, al igual que las personas físicas,

no pudieran hacerse responsables de cuasidelitos o culpas no intencionales. Naturalmente el Tribunal guiándose por criterio tan estrecho, redujo el campo de la responsabilidad del municipio demandado a límites dentro de los cuales, por la misma naturaleza de los hechos apuntados como dañosos, érale imposible ver claro si había o no culpa, y por ende la procedencia o improcedencia de una reparación. Todas estas consideraciones lógicamente deberán conducir a infirmar la sentencia acusada, como violatoria del artículo 2.341 del Código Civil, si la Corte por otro camino no llegare a coincidir con el Tribunal en la absolución del municipio demandado". (Causa de 21 de Febrero de 1.938, G.J. 1.932, página 62).

Podemos deducir del contexto del fallo que la absolución del Tribunal se basó en que el municipio no procedió con la intención exclusiva de causar daño al vecino, por lo cual no se le pedía condenar; es decir, se aplicó la línea más rígida de la teoría intencionalista. Como bien le anota la Corte, se quería obligar al vecino, demandante a probar la malicia del municipio al adelantar la expropiación, lo cual es prácticamente imposible.

Y es que este criterio no pueda adoptarse por la razón de que la prueba es en extremo difícil, cuando no imposible, lo cual hace irrita la aplicación del principio; con tal criterio, tan individualista y de tan corta mira, se destruye la institución misma del abuso puesto que todos los demandados serán abusivos por deficiencias probatorias de su contraparte.

Estudiaremos ahora, otro fallo de la Corte, en que se sientan algunas nociones acerca de la doctrina del abuso:

"Sobre estos dos fenómenos jurídicos: abuso del derecho y fraude a la Ley, se ha alegado y razonado insistientemente a lo largo del litigio, del que puede decirse que constituyen el tema esencial.

Estos dos fenómenos tienen tantos puntos de contacto y tal afinidad, que autores hay que se preguntan si no son uno mismo, y diferencian sólo los puntos de vista desde los cuales se les considera, pues en todo abuso del derecho hay un fraude a la Ley que lo establece y lo garantiza y en toda violación indirecta de esta hay un abuso del derecho respectivo.

En cuanto al abuso, se niegan a aceptarlo los que sostienen que el derecho es absoluto: qui jure suo utitur neminem laedit.

El concepto contrario prevalece con más fuerza cada día. En el mismo derecho romano, por ejemplo, las potestades patris y marital, confinadas y absolutas originariamente, se vieron limitadas. Cada día se ha ido hallando más claramente que con dafada intencin y sin ella el titular de un derecho puede ejercitarlo innecesaria, o excesiva o ineportunamente, y sin decirle de su finalidad efectiva. En todos estos casos esta se repete para darle una vez de alto a ese estado en guarda de si mismo, y, por ende, del interde social, ya que el establecimiento de los derechos, los individuales inclusive, y su respaldo por el Estado, no pueden descuidar ni dejar de tener presente todo momento el bien de la sociedad a la que no puede ser indiferente el que el individuo la dae y la que no puede ejercer su propia misin de garantia en forma de emplear sus fuerzas en dcharse a si mismo, como lo haria si no se limitara o vedara el mal que en cualquier forma de las formas aludidas cause alguien tdn sde porque lo cause ejerciendo un derecho, sin que se pudiera, por esto sde, inquirir y discriminar si lo estd ejerciendo legitima y normalmente.

Algunos autores no admiten la noción de abuso, ri-  
giéndose no ya por el criterio subjetivo y la cali-  
dad de absoluto del derecho, sino porque atienden  
sobre todo a las limitaciones establecidas en razón  
de los derechos ajenos que también deben respetarse  
y que con aquel pueden ser cercenados o invadidos.  
De ahí que propongan como preferible la expresión  
conflictos de derechos. Aquella de abuso del dere-  
cho algunos la tachan de absurda y contradictoria y  
como es bien sabido, Planiol llegó a calificarla de  
leguamaquia.

Atendiendo al modo de producirse y sus consecuencias  
se impone reconocer que el abuso del derecho implica  
o significa culpa en su ejercicio y que en rigor de  
verdad en eso consiste.

Si se opta por el criterio objetivo, es la anormali-  
dad de ese ejercicio lo que lo determina. Autores  
hay como Beudant que, aún permaneciendo en un terre-  
no puramente subjetivo, encuentran sin embargo abuso  
no sólo cuando se ejercita un derecho únicamente con  
intención de dañar, sino también cuando en su ejerci-  
cio se causa un daño porque se incurre en negligencia

o imprudencia que un hombre diligente colocado en las mismas condiciones no habría cometido". (Causa de 24 de Mayo de 1.939. C.J. 1.945, página 743).

El fallo transcrito, se inicia haciéndonos la comparación o paralelo entre el abuso del derecho y el fraude a la Ley, fenómenos muy similares y correlativos, puesto que la existencia del uno tácitamente implica al otro. Se concreta enseguida a la noción del abuso, sobre la que expone las teorías principales a favor y en contra, en síntesis clara y afortunada. Expone la teoría absolutista sobre el ejercicio de los derechos, opuesta a la de la relatividad de los mismos, sacando a la última con argumentos de orden histórico y lógico. Nos narra el criterio con que deban ser ejercitados los derechos y nos dice como modernamente este hecho conlleva requisitos de los que antes no se le revestía.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

La Jurisprudencia y Doctrina colombianas han demostrado notable inseguridad en el análisis del abuso del derecho. Ambas se han mostrado reacias a la aplicación de la teoría, en particular los autores nacionales quienes no estudian en su gran mayoría el tema o solo lo tocan superficialmente refiriéndose a tratadistas extranjeros.

Las posibles causas de este fenómeno son, en nuestra opinión, las siguientes:

1o.) Ante todo la falta de una consagración positiva que preste mayor seguridad y sirva de pauta para fijar la interpretación de la doctrina.

Con ella, desaparecería el temor de acoger el abuso y se podría analizar sobre bases sólidas.

2o.) La relativa novedad del tema en nuestro medio jurídico. Realmente el acogimiento jurisprudencial del abuso del derecho no se extiende a más de treinta y cinco o cuarenta años, fecha de la cual datan los primeros fallos en que se aplicó.

3o.) A causa de lo anterior, realmente aún no se ha hecho un estudio cuidadoso del tema, que nos parece correspondería a una comisión de civilistas, puesto que las simples ponencias se prestan a la apreciación personal, no todas las veces acertadas y nunca acorde con la de otros.

4o.) La costumbre de los falladores de primera, y aún de segunda instancia con las correspondientes honrosas excepciones que no son pocas, de seguirse por las doctrinas e interpretaciones de la Corte, sin tratar de aportar ideas nuevas al respecto.

Falta pues una unidad de criterio, o por lo menos, una similitud en los mismos, ya que lo primero es imposible en temas como éste, que permita estudiar el abuso con claridad y estabilidad, con base en algo real y cierto.

Es de suma urgencia la consagración positiva de la teoría del abuso del derecho. La simple consagración jurisprudencial y doctrinaria no basta, por las razones ya anotadas. Mientras esto no suceda, la teoría no se desarrollará en debida forma, viéndose así privados de los beneficios que ésta conlleva, principalmente de carácter equitativo.

El abuso del derecho, debe consagrarse en la parte general del Código Civil, junto con los principios generales del derecho de los cuales forma parte.



OBRA CONSULTADA

Alessandri Rodríguez Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. "Curso de Derecho Civil".

Capitán Henry. "Introducción al Estudio del Derecho Civil".

Colin y Capitán. "Curso Elemental de Derecho Civil Francés".

Escriche Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia".

Jousserand L. "Curso de Derecho Civil Positivo Francés".

Marechal H. y L. André Tunc. "Estudio Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil".

Planiol y Ripert. "Derecho Civil Francés".

Vidal Pardo de Jauregui. "Derecho Administrativo General".

JURISPRUDENCIA DE LA HONORABLE CORTE

G. J. 1901 Pág. 601. S. N. G. 6 de Septiembre de 1.935.

G. J. 1907 Pág. 313. Cas. Civil. 30 de Octubre de 1.935.

G. J. 1932 Pág. 62. Cas. Civil. 21 de Febrero de 1.938.

G. J. 1945 Pág. 743. Cas. 24 de Mayo de 1.939.

"DEL ABUSO DEL DERECHO"

PROLOGO.

CAPITULO PRIMERO:

Dificultad para una definición del concepto de Derecho.

CAPITULO SEGUNDO:

I.) La división del derecho en subjetivo y objetivo.

TEORIAS:

- Teoría de la Voluntad.
- Teoría del Interés.
- Teoría Normativa.
- Teoría Eulética.
- Teoría Integral.

ESCUELAS:

- Escuela Clásica.
- Escuela Individualista.
- Escuela Socialista.

II.) Doctrinas que niegan el derecho subjetivo.

CAPITULO TERCERO:

I.) El abuso del derecho limita el principio de la autonomía de la voluntad.

II.) El ejercicio de un derecho por la persona, o por el titular de él dentro de los límites objetivos, ejercitado con intención lícita e ilícita es lícito? -

CAPITULO CUARTO:

EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS AUTORES:

- I.) Colin y Capitán.
- II.) Luis Joverand.

- III) Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Benavides Unzueta.
- IV.) Placiat y Riggert.
- VI.) Barry y León Masand.

**CAPITULO QUINTO.**

**EL USUO DEL DENUNCIO EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.**

Sentencia de la sala de negocios generales, del 6 de Septiembre de 1.935, G. J. 1.991, página 601.

Sentencia de Casación Civil de 30 de Octubre de 1.935, G. J. No. 1.907, página 313.

Sentencia de Casación Civil de 21 de Febrero de 1.938, G.J. No. 1.933, página 62.

Sentencia de Casación Civil de 24 de Mayo de 1.939, G. J. No. 1.945, página 743.

**CAPITULO SEXTO:**

**CONCLUSIONES.**