

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

26

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

"DELIA DE CASTILLO, D.A. TINOCO"

**S C I B**  
00019919

Tesis presentada por la  
señora DELIA No. TINOCO  
DE CASTILLO, para optar  
el título de DOCTORA EN  
DERECHO Y CIENCIAS POLI-  
TICAS.-

22613

340  
T45

2

"LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESA-  
PRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS  
EN ESTA TESIS, TALES OPINIONES  
SON CONSIDERADAS PROPIAS DE SU  
AUTOR". (Art. 83 del Reglamento).

DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

♦♦♦♦♦♦♦♦

INDICATORIA

A los padres que me han dejado la única herencia positiva: un título profesional.-

A mis Abuelos.

A mi esposa: quien influyó en la culminación de esta obra.

A mis Profesores; por su gran ayuda.-



UNIVERSIDAD DE CORDOBA

ESCUELA DE INGENIERIA EN ELECTRICIDAD

SECCION DE ELECTRICIDAD:

DR. JUAN O. ARANGO.

SECCION DE MECANICA:

DR. JOSE VILLALBA SUAREZ.

SECCION DE MATEMATICA:

DR. CARLOS BACIGALLO.

SECCION DE FISICA:

DR. JOSE M. BARRERA.

SECCION DE QUIMICA:

DR. ANIBAL ESCOBAR CAJAL.

SECCION DE LABORATORIO:

DR. ESTEBAN ALONSO SANCHEZ.

EXAMINADOS:

DR. GUILLERMO GONZALEZ FLORES.

DR. ALVARO SUAREZ DE ALV.

DR. *Alvaro Acosta*

.....

"Las transformaciones del Derecho no son más que el efecto de la acción social para el Derecho, y a cada pueblo, cada época, a cada grado de cultura, corresponden Instituciones jurídicas correlativas" (Juan Antonio Jribarren, Historia del Derecho)

La historia del Derecho Romano no las demuestra.

El Derecho Romano dice Spengler, es el ejemplo máximo de un sistema que ha sufrido transformaciones completas en culturas diferentes: La Romana, la Mágica y la Occidental y cada vez con un sentido nuevo, aunque en apariencia se ha transmitido inalterado en sus rasgos fundamentales a través de dos mil (2.000.00) años. El Derecho Romano fué elaborado en la mentalidad de unos hombres que carecieron del sentido histórico. El Derecho Romano es un derecho del momento. Es

creado en su idea para cada caso. Resuelto este deja de ser Derecho. La Jurisprudencia de este Derecho es ciencia empírica de casos particulares.

En Occidente, por el contrario continúa Spengler, se manifiesta la tendencia a reducir desde luego todo el material jurídico viviente a una obra de conjunto exhaustiva y sistematizada, a una obra definitiva en donde cada caso pensable del futuro queda decidido de antemano. El Derecho Occidental se orienta hacia el futuro. Los hombres de occidente tomaron el derecho romano, las fórmulas, los moldes, las palabras, el idioma por medio del cual dieron salida a sus necesidades jurídicas. Dice Spengler, que estas tres historias están enlazadas entre sí sólo por los elementos de la forma idiomática y sin táctica que una tomó o tuvo que tomar de la otra; pero sin que, al usarlo;

vislumbrara siquiera distinta existencia que allí se encerrarara (Spengler, La Decadencia de Occ.).

En este orden de ideas, el movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII en Francia que dió con el absolutismo de los reyes omnipotentes, no fué sino el empuje reaccionario de un pueblo encadenado contra el despotismo de los soberanos inmisericordiosos. Así también las inquietudes sociales que her día hacen temblar la tierra, encarnan la reacción de las clases desheredadas contra los excesos del capitalismo egoísta.

El cuadro que ofrecía la sociedad francesa al morir Luis XV, era triste. En las esferas elevadas, un grupo elegante se divertía sin escrúpulos, en torno del palacio. En las esferas bajas (tercer estado, menestrales, hombres de artes liberales, labradores), el pueblo soportaba su suerte con resignación (Federico Camp, el



reinado de Luis XV y la revolución francesa.

Sujetos al poder despótico de gobernantes que eran dueños de vidas y haciendas, los hombres vivían en completo estado de sejuzgoniento; el individuo no era protegido por las leyes sino víctima de ellas; los actos de los hombres en sociedad se juzgan no por la ley, sino por la voluntad caprichosa de los soberanos.

Era la sombra tenebrosa de Luis XV, que se soñaba sobre la Francia del siglo XIX. Es Estado, soy yo, decía ese monarca en su época.

Agobiados por éste sistema inhumano y exacerbados sus recuerdos por la filosofía enciclopedista, consecuencia directa del libre examen del protestantismo, los hombres se levantaron, y en un movimiento apocalípticos de los más tremendos y desesperados que halla presenciada la humanidad en el presente de la historia universal proclamaron la igualdad, la libertad y la fro-

ternidad entre los hombres, principios sobre los cuales había de levantarse el sistema jurídico que galvanizado por Napoleón y survisado por las ideas cristianas ha servido de base a las legislaciones presentes en Europa y en el Nuevo Mundo.<sup>1</sup>

Recordaren los

hombres que la ignorancia, el olvido ó el menosprecio de los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas de los gobiernos.<sup>1</sup>

A la fuerza aplastante del despotismo (acción) se contrapuso la fuerza arreoyadora del individualismo desenfrenado (reacción). El hombre, se dijo por el hecho de ser hombre, posee un cúmulo de prerrogativas, de derechos subjetivos, que vienen a ser los derechos individuales naturales e imprescrip-

tibles. Así nació el liberalismo o doctrina del Derecho individual.

### DOCTRINA DEL DERECHO INDIVIDUAL.

Sintetizando esta doctrina es la siguiente: El hombre es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos individuales, inalienables de derechos llamados naturales indisolublemente unidos a su cualidad de hombre. Las sociedades se han formado por la aproximación voluntaria y consciente de los individuos que se han reunido con el fin de asegurar la protección de sus derechos individuales naturales.

Sin duda por efecto de esta asociación, se han impuesto restricciones a los derechos de cada uno, pero solo en la medida en que este es necesario para asegurar el libre ejercicio de los derechos de todos. La colectividad organizada, El Estado, no tiene otro fin -

que el de proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno. La regla de derecho o el derecho objetivo tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo. Impone al estado la obligación de proteger y garantizar los derechos del individuo; le prohíbe hacer leyes o realizar actos que atentan contra ellos. Impone a cada cual la obligación de respetar los derechos de los demás. El límite de actividad de cada cual tiene por fundamento y por medida la protección de los derechos de todos (León Duguit, Manual de Derecho Constitucional).-

En esta forma se erige la libertad individual en piedra fundamental de la doctrina y se considera al individuo como principio y fin del derecho, como dueño y señor de sus prerrogativas, como el entronque en que se vacía todo el manantial jurídico: a él convergen todas las prerrogativas del derecho y todos los códigos se fijan primordialmente en él y tiene por primera preocupación defender, garantizar y asegurar el derecho de cada

uno.<sup>1</sup> Este era ranatural.<sup>1</sup>

La revolución Francesa, llamada suprema de la doctrina individualista, como dice Calvo Sotelo, consagra un culto idolátrico al ser humano exaltando de modo desmedido la figura abstracta de hominem jurídico que se llama hombre.<sup>1</sup>

Al igual que el derecho, se hace derivar la ciencia del arte y la religión, de la razón y de la libertad humana.<sup>1</sup> Dios desapareció de las leyes y de los corones y una mujer pública con el nombre de Diosa -Razón, recibió culto idolátrico y sacrilego en el altar de nuestra señora de París.- (Rafael H Carrasquilla, Exomena sobre la doctrina liberal).<sup>1</sup>

El hombre era rey de la ciencia, creador del arte, dueño de la religión, escrutador invicto de los arcanos de la naturaleza y progenitor del estado según la tesis de Rousseau,

que decía que el estado es "fruto de las concesiones que de su libertad hacen los individuos."

Esta separación entre la moral y el derecho, aunque constituya una etapa bocherosa en la historia de la humanidad, consideramos que fué sana y justa en sus orígenes por entrañar una sincera reacción contra el absolutismo político que absorbía las conciencias.'

La doctrina individualista como se sabe, encontró su evangelio en la famosa "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, dada por la asamblea constituyente, documentos impregnados del naturalismo derivado de la doctrina de Rousseau y que implica una reacción vengativa contra el "Ancien Régime, contra el poder absoluto del monarca, contra las clases privilegiadas, cuya vida de lujos y placeres, era nostálgica por el sudor del pueblo.'

Los principios consagrados en dicha declaración son muy conocidos: Los hombres nacen y permanecen li bres e iguales en derecho; el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; la libertad consiste en poder hacer lo que no dañe a otros; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites no se pueden determinar sino por la ley.

Los códigos, leyes y obras de los juristas del período posterior y mediate a la declaración de los derechos del hombre están inspirados en esta doctrina así, el código de Napoleón, acto solemne que marca un momento histórico en la vida jurídica de la humanidad se dedica a proteger especialmente la propiedad privada en todos sus aspectos, como derecho inviolable y sagrado. Lo mis

no puede decirse de la mayoría de los códigos de Europa y América, que son trasuntos del código de Napoleón.-

Los legisladores del siglo pasado, es necesario decirlo, al consignar en los estatutos y leyes, los principios de la doctrina individualista no hicieron sino cumplir a cabalidad la función que les imponía el momento - jurídico que atravezaba la sociedad en su devenir histórico. La función del legislador es una función interpretativa de la necesidad jurídica de un pueblo y la ley el trasunto de la conciencia jurídica general.' (Juan Antonio Iribarren, op SIT). El legislador debe satisfacer necesidades de las colectividades para la cual legisla, necesidades la mayoría de las veces, casi siempre podemos decir, temporales y transitorias, que vienen determinadas por el espíritu de las razas y la cultura de cada pueblo.

#### DOCTRINA DEL DERECHO SOCIAL.

Pero la civilización y cultura



en su perenne avance, las transformaciones económicas (la creación y expansión de la gran industria, el desarrollo de los medios de transporte, la aparición de las nuevas formas de riquezas, los nuevos inventos); las nuevas concepciones del Estado, la influencia del factor político (En su célebre obra *Le Régime Démocratique et Droit civile Moderne*, Ripert, hace resaltar la importancia del factor político en la elaboración del derecho civil contemporáneo. El Derecho nuevo que se impone dice el mismo tratadista, no solo es productor de la influencia económica sino también de la democracia triunfante). Han crecido de necesidades nuevas que los juristas del pasado siglo, no prevenieron ni podían prever.

Bajo la presión de estas necesidades, bajo el peso de nuevas condiciones de vida, se forma en los tiempos modernos un derecho nuevo, un derecho siglo XX, un derecho presente actual, capaz de proteger los intereses que se derivan de esas necesidades y que se encontrarían sin amparo jurídico bajo el antiguo régimen de derecho. Muy al contrario de lo que pensaban los

legisladores de 1.804, quienes veían en el código de Napoleón, un todo que se bastaba así mismo, una obra definitiva en que todas las situaciones jurídicas del futuro quedaban de antemano decididas, el sistema jurídico que se elabora en los tiempos actuales, obedeciendo la ley inexorable de la vida, más fuerte que los principios y los hombres, constituye precisamente una abierta, reacción contra los principios individualista consagrados en dicho código. Como dice Rodin en frase magistral, los hechos se han revolado contra el código civil (Cit per Ripert). -

La admiración del Código Civil Francés, que "marcó la supremacía intelectual y de la Francia en el mundo", cumplió su época. Un grupo de juristas nuevos sacrificó lo que para la anterior generación constituían artículo de fe. Albert Tissier denuncia el código como antidemocrático y convida a los juristas a hacer desaparecer una leyenda. Edmundo Picard juzga sin indulgen-

cia este código como de burgueses que no respeta la igualdad civil, que para asegurar desigualdad este código de propietario se ocupa de la riqueza adquirida y no del trabajo que la crea.' Duguit muestra el extranjero en 1.9-12 que el sistema jurídico civilista de metafísico debe ceder el puesto a un sistema nuevo de orden realista. No se trata en lo sucesivo más que de evolución, de transformación, de progreso del derecho.' (V. Report la Regime Democratique et le Droit Civile Moderne).

En dos proposiciones resume Duguit los caracteres generales de esta transformación profunda de las concepciones jurídicas.

1o) La Declaración de los derechos del Hombre y todos los códigos Modernos que producen más o menos de esos actos, descansan en una concepción individualista del derecho. Hoy día se elabora un sistema jurídico fundado sobre una concepción esencialmente socialista. El primero es un sistema jurídico sobre la idea del derecho subjetivo del individuo y el segundo fundado sobre la idea regla es

cial que se impone al individuo.'

2o) El sistema jurídico de la "Declaración de los Derechos del Hombre" descansa en la concepción metafísica del derecho subjetivo. El sistema de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos. El sistema jurídico civilista era de pre-orden metafísico, el nuevo sistema que se elabora es de orden realista.'

Inspirados en estos principios la doctrina y la jurisprudencia de estos últimos años, alejándose constantemente del individualismo de la Revolución fabrican un derecho más humano, más práctico y más realista y se esfuerza por atenuar los rigores del derecho individual, adaptándolo a las exigencias de la vida social y económica del momento.

#### INTERPRETACION DE LA LEY

Geny en Francia y Von Ihering en Alemania, condenan el criterio tradicional de la inter-

pretación y fuentes en Derecho Privado Positivo", propone Geny cinco (5) pñtes sobre los cuales debe descansar la interpretación de los negocios jurídicos, a saber:

1.ª - Reacción contra el fetichismo de la Ley escrita u el culto sustituido al culto del derecho.ª-

Centra el prurite

de ver en la ley todas las soluciones jurídicas deseables, contra el sistema antiguo que consideraba el Código como un "Evangelio jurídico que se basta asimismo, como un Estatuto que contiene todo el derecho capaz de hacerle frente a todas las situaciones y de resolver todos los problemas", Geny proclama: que aún bajo su forma positiva el derecho se nos presenta como un conjunto de reglas, surgidas de la naturaleza de las cosas que deben ser deducidas, por medio de una interpretación más o menos libre, de los elementos sociales que el derecho tiene por objeto ordenar en vista del bien común. Las relaciones humanas son demasiado numerosas, demasiado complejas, demasiado cambiantes para encontrar una reglamentación suficiente en algunas fórmulas verbales, dictadas en un determinado momento, y en presencia de una situación que es imposible abarcar de una ojeada. Es necesario

(22)

por lo tanto, multiplicar los medios de investigación de las reglas jurídicas, y ante todo reconocer que muy por encima de los procedimientos variados - por los cuales ellas se elaboran, se impone una apreciación discrecional del interprete, única verdaderamente susceptible de "adaptar, en concreto, el derecho al hecho".-

Este sistema de interpretación, según el mismo Gony, lo resume el Código Civil Suizo en sus artículos 1º y 4º. que dicen:

Art. 1º.- "A falta de una disposición legal aplicable al juez, sentencia conforme el derecho consuetudinario y a falta de una costumbre, según las reglas que él mismo dicta si tuviera que hacer obra de legislador".-

Art. 4º.- "El juez aplica las reglas del derecho y de la equidad cuando la ley le reserva poder de apreciación e lo encarga de sentencia teniendo en cuen -

ta las circunstancias o los justos motivos".

2o.- Reacción contra el abuso de la lógica.

Contra el a-

buso de la lógica, se levanta Geny y dice que todo el aparato de construcciones y concepciones formadas a priori carece de valor absoluto y permanente para la aplicación del derecho, único objetivo de actividad para el jurista positivo. Preconiza que el derecho no es la ciencia exacta sino una ciencia social y que, por consiguiente, los textos legales no pueden considerarse como teoremas de los cuales sea lícito sacar ilimitadamente consecuencias en un criterio matemático.-

4o.- Cambio de criterio sobre el modo de apreciar la intención del legislador. La doctrina moderna se separa de los métodos tradicionales en esta materia en dos puntos de vista a saber: 1o. Se averigua la intención del legislador pero sabiendo que, como éste le-

gialé para el porvenir, debió necesariamente tener en cuenta aquellas modificaciones que se producirían en el medio social y que tendrían su representación en el campo de aplicación a la ley.- El legislador debió saber que la ley no puede conservar sus fuerzas sino en cuanto se pliegan a esos cambios. Per la voluntad misma del legislador, la disposición que formula es susceptible de deblegarse, para adaptar a los hechos que rige.- En consecuencia el intérprete debe tomar en consideración las condiciones nuevas del comercio jurídico, siempre respetando la voluntad del legislador.- 2o.- Se averigua la intención del legislador, pero sobre la base de que la ley siempre tiene un alcance limitado y no previo, ni pudo preveer todos los conflictos.-

3o.- Reacción contra las construcciones abstractas y categorías legales.- En su análisis sobre estos métodos tradicionales Geny afirma que en síntesis esos métodos implicaban la idea de que el empleo de los reglamentos de decisión suministrados por los textos y su fecun-



dación no podían ser adquiridos sino por medio de una lógica cerrada, principalmente deductiva, y que suponia, en la base misma de la ley un número limitado de concepciones abstractas consideradas como imponiéndose a priori, al intérprete y aún al legislador mismo. Aconseja razonable use de los métodos deductivos y aún encarece su utilidad.- No se debe perder de vista el carácter esencialmente ideal y subjetivo de estos procedimientos, dice Geny.- No se deben sacar sino simples hipótesis siempre dominadas por los hechos, aceptables en la medida solamente en que ellas facilitan la obra teleológica de la jurisprudencia, prontas a doblegarse y a transformarse, ante las exigencias de la vida, bajo la necesidad misma de ceder sin resistencia la evidencia del fin práctico que que la contradice.-

50.1- La equidad en la interpretación de la ley: Según la -

doctrina de Geny, en la interpretación de la ley se admite la equidad como criterio de solución y siempre que este parezca necesario para satisfacer la justicia o para responder a las exigencias de la naturaleza de las cosas positivas. El intérprete del siglo pasado se valía de la -

(6)

equidad en cuanto el legislador la hubiera podido tener en mente al momento de expedir la ley, y unicamente como medio para llegar a conocer la intencion del legislador.

Hay, según Geny, el juzgador e interprete de la ley, a-cude e debe acudir a la nocion de la equidad una vez abandonado el campo de las fuentes formales del Derecho Positivo [Ley, costumbre, jurisprudencia) y para marcar un derrotero a la libre investigacion científica.¹

En esta forma como

ce Saleille al prolongar la obra de Geny, el Derecho pierde su caracter de ciencia meramente dialéctica, para convertirse en lo que en realidad es, una ciencia puramente social, que toma de las leyes de la Sociología sus elementos y los adapta a los principios de justicia.¹

MORALIZACION DEL DERECHO

Al transformarse el derecho privado se ha penetrado también de un profundo sentido cristiano y por ende moral. Cada vez más los principios morales se infiltran en las relaciones jurídicas.¹ La antítesis entre la moral y el derecho, que como vimos fué una reacción

(27)

centra el absolutismo político, está en plena decadencia. Se convierten en jurídicas relaciones que antes eran de carácter moral. "y cuando la regla moral no llega a tomar una fisonomía jurídica, la vemos vagar en las fronteras del derecho, pedir que se le considere al menos bajo la forma de una obligación natural".

Continuando la obra de los canonistas de la edad media que vaciando en el armazón jurídico que el occidente heredó de Roma los principios vivificadores de la moral cristiana, y adaptando el derecho antiguo a las necesidades espirituales infundidas por el cristianismo, y que los romanos ignoraron- los juristas de esta época- los más eminentes, al menos- se han percatado que dentro de una civilización cristiana, el derecho debe tender al perfeccionamiento ético de la humanidad.

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

En este campo, se han operado cambios que constituyen uno de los fenómenos más trascendentales del movimiento jurídico moderno. La aparición del maquinig

con su cortejo de accidentes (accidentes del obrero que trabaja en una fábrica, del que trabaja en una mina de los que prestan el servicio de transporte: ferrocarriles, automóviles aviones etc); la aplicación de las maravillosos inventos modernos, el desarrollo creciente que cada día toman los llamados seguros de responsabilidad, todo estos factores decimos, han dado al problema de la responsabilidad civil un puesto de primer plano.

El tema de la responsabilidad civil ha invadido todos los campos hasta el punto que podemos decir con Jesnerand que esta parte del derecho privado "tiene a ocupar el centro del derecho civil, por lo tanto del derecho entero; en cada materia, en todas las direcciones se viene a parar en la responsabilidad en el derecho público como en el derecho privado, en el terreno de las personas o de la familia como en el de los bienes; es de todos los instantes y de todas las situaciones; se convierte en el punto neurálgico común a todas nuestras instituciones". Todo perjuicio que la víctima no se haya causado ella misma, dicen los Hermanos Masséaud, presenta -

29

un problema de responsabilidad civil.

Aunque en su tenor actual, la noción de responsabilidad civil, vive dentro de los marcos trazados por el código civil y aparece dominada por la regla general de que no hay responsabilidad sin culpa, la jurisprudencia considera como culposos hechos que antes no tenían la categoría de tales y vicerversa y se esfuerza por acudir en auxilio de la víctima para que su acción de indemnización no resulte illusoria en sus efectos, todo mediante una interpretación amplia y científica de los preceptos, aún yendo muchas veces en contradicción la intención del legislador.

Según los tratadistas cinco facetas pueden contemplarse en esta materia de las transformaciones de ha sido objeto el concepto de la responsabilidad civil; le. Creación del artículo 1384 del código civil francés que establece "una regla independiente, un principio general de responsabilidad por el hecho de cosas

DEPARTAMENTO DE  
DICCIONARIO  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

innimadas, que exime a la víctima de la obligación de probar la culpa cometida por el guardián de la cosa que ha causado el daño", y que en opinión de los hermanos Mascaud constituye la ilustración más sorprendente y la más importante desde el punto de vista práctico de esta evolución.

2o.- Reparación del perjuicio moral y el perjuicio de afeción, cuando esta resulta del parentesco o de la afinidad. En varias ocasiones los tribunales han fallado teniendo en consideración la afeción proveniente del concubinato, pero como dice el Doctor E.<sup>d</sup> Zuloaga Angel, estas sentencias no dan base para presumir una generalización de esa regla.

3o.- Extensión de la responsabilidad contractual, en virtud de lo cual, se destacan, al lado de las obligaciones accesorias, cuya ejecución compromete la responsabilidad contractual con la gran ventaja, para la víctima del daño, de no tener que entrar a probar la culpa del otro contratante. Por ejemplo la obligación accesorias

de responsabilidad en el contrato de transporte de persona.-

4a.- Acumulación u opción de responsabilidad, medio que la jurisprudencia brinda a la víctima de la inexecución de una obligación contractual, para aprovecharse de las reglas de la responsabilidad delictual en vez de la responsabilidad contractual.- Ejemplo, los casos en que el contrato contiene una cláusula de responsabilidad limitada o de no responsabilidad. Como es natural la víctima o perjudicado con la violación del contrato, le interesa situar el asunto en el plano de la responsabilidad delictual y no la contractual donde encontraría el obstáculo de la cláusula de no responsabilidad limitada.-

5a.- LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO, que es una cuestión de responsabilidad en el ejercicio de las prerrogativas jurídicas.

**CAPITULO PRIMERO**

**IDEA PANORAMICA DEL ABUSO DEL DERECHO**

Calerarie de la doctrina individual que hace gravitar todo el derecho en la libertad humana, es la tesis de la irresponsabilidad en el ejercicio de las prerrogativas jurídicas.

Dentre de este sistema, el individuo como sujeto activo de derechos, es verdadero "Estado", un "microcosmos". Significa esto que el titular puede usar a su talento de las prerrogativas que que el derecho le reconoce, aunque ese uso se traduzca en perjuicios para los intereses generales de terceros e de la sociedad; aunque utilice su derecho con el propósito malévolo de dañar e en contradicción las condiciones morales de su medio y de su época; aunque



ese ejercicio anormal destruya "el equilibrio natural que resulta de la concurrencia de las actividades humanas". Se consagra así el principio de la ilimitación, del absolutismo en el ejercicio de los derechos, respetándose tan solo lo que se ha llamado el límite Kantiano, este es, dice Duguit, algunas restricciones impuestas a los derechos de cada uno, pero solo en la medida en que este es necesario para asegurar el libre ejercicio de los derechos de todos. (Según Kant, el derecho no debe ocuparse sino del aspecto exterior, físi- co del acto, esto es, debe considerar si el acto se ha cumplido o no sin ocuparse de los motivos que han originado la acción o la abstención).

He se piensa en un derecho social. Se olvida el aspecto positivo, histórico del derecho. He se advierte que el derecho es un producto social, que el se vivifica en la sociedad y de ella toma su espíritu y finalidad.

Detrás de sus prerrogativas el título

lar puede decir: *Fecit Sed Jure Facit*; he causado un daño pero lo he causado ejercitándo un derecho; quien obra en ejercicio de un derecho no perjudica a nadie. Aquí se sintetiza la concepción individualizado del ejercicio de los derechos.-

Muchos juristas, rechazan aún -  
tir en la hora actual el absolutismo de los derechos -  
natural, de la filosofía del siglo XVIII, del libera -  
lismo inglés, de los principios de la Revolución, del  
autoritarismo del primer cónsul, de la filosofía de Kant.  
Ena era moderna se inicia donde se pide cuenta a estos -  
pretendidos derechos soberanos. (Ripert, *Le Régime De -  
mocratique et le Droit Civile Moderne*).

Duguit sostiene la  
idea que es necesario expulsar la noción de derecho in-  
dividual tanto del derecho privado como del derecho pú -  
blico y que la solidaridad social es el fundamento del  
derecho. Para dicho autor la idea del derecho subjeti -

vo es una noción metafísica todavía por desterrar de la ciencia, es la íntima hipótesis del alma humana, - digo él que la noción es absurda porque ella implica una jerarquía de las voluntades que no puede existir!

Ella es inmoral anagnica porque suprime la solidaridad social. No hay derechos subjetivos sino solamente situaciones jurídicas subjetivas, que son respetables, sino cuando ellas son conforme con el derecho objetivo. La noción del derecho, hay que reemplazarla por aquella de situación jurídica. La evolución del derecho dice Duguit, tiende a la eliminación completa del derecho subjetivo. Autores seguidores de Duguit, como los demócratas cristianos, sustituyen la noción de los derechos del hombre por la noción de los deberes. Entre ellos se encuentra Renard, en cuyas obras, según Ripert, se encuentra una imitación cristiana de las doctrinas de Duguit. Otros ven en la negación del derecho subjetivo el procedimiento técnico que permitirá reconstruir la sociedad con una organización nueva. Ellos sueñan con el código de las Repúblicas Soviéticas: A los derechos individuales y per-

pétuos se sustituyen los derechos colectivos y temporales.

En contraposición a esta concepción fariseica la doctrina moderna proclama el principio de la relatividad de los derechos, principio que constituye una de las piezas matrices de los sistemas jurídicos de todos los países civilizados e nó, más exactamente la atmósfera el elemento mismo en que se desarrollan y realizan estos sistemas. (Jesserand, Ensayo de Teoría jurídica). Harion, afirma que el principio de la relatividad de los derechos es el principio constitucional del comercio jurídico.

Los derechos se dice no son absolutos. Deben ser relativos. Solo pueden ser ejercidos en la medida en que no contraríen el interés colectivo. Los derechos son medios que el legislador otorga al individuo para que cumpla con el deber de realizar la función que la sociedad le impone en determinado momento histórico de su existencia. Hoy día se le pide cuentas al titular de estos pretendidos derechos

absolutos para que diga por qué usó de su prerrogativa.

Si al ejercicio de un derecho que se alega no obedece a un motivo legítimo— sea porque se ejerza con intención de dañar o sin cuidado y diligencia o desviándolo de su función social— este ejercicio no debe merecer la protección legal. En virtud de la gran regla de conducta que prohíbe dañar culpablemente a otro, al que ejerce su ejercicio en esta forma y causa perjuicio, compromete su responsabilidad por consiguiente debe reparación. En el caso del deudor que realiza un acto en fraude de los derechos de sus acreedores; del litigante que obra con espíritu de perseguir a su adversario; del escritor u orador que se propone, no servir los intereses del público, de las buenas costumbres, sino desacreditar malamente a un individuo o individuos. (Ejemplos tomados de Jasserand, — *Essays de Teleología jurídica*). Estos actos han sido cumplidos en ejercicio de derechos específicos, pero que han sido utilizados para causar daño. Surge así la figura jurídica

dica del abuso del derecho.-

El abuso del derecho, en su aspecto general, formal, adjetive por así decir, se nos presenta entonces, como una de las múltiples tendencias de la ciencia jurídica actual, a ampliar el arbitrio del juez en su magnífica obra de adaptación del derecho al hecho, del caso general al caso particular, de los principios abstractos a las necesidades económicas, morales y culturales del momento.-

#### EL ABUSO DEL DERECHO DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En su aspecto sustantivo, esencial, particular la doctrina del abuso gira y se desenvuelve en torno al gran eje de la responsabilidad.- Tiene que ser así.

El acto abusivo es un acto del hombre en sociedad, y como todo acto del hombre en sociedad, cae bajo la regularización de los principios generales de la responsabilidad civil. Jessorndá, el autor más autorizado

en esta materia catalogado el acto abusivo dentro de los casos generales de la responsabilidad civil. Así, dice este autor: Todo derecho tiene una función de la cual su titular no puede evadirse sine cometiendo un delito que tiene nombre: "Abuso del Derecho".

En efecto, la teoría constituye una de las más brillantes directivas del derecho moderno en su esfuerzo por darle mayor amplitud a la materia de la responsabilidad civil extracontractual, en lo relativo al concepto de culpa. No es más que los principios de la responsabilidad civil "Regularizando el ejercicio de los derechos individuales."

Bajo la influencia de los cambios que se han operado en la noción de responsabilidad civil, de que hemos hablado al historiar la evolución general del derecho privado en los últimos años, "hoy día se hace de la responsabilidad civil la sanción general de todas las reglas de derecho". Mejor dicho: no se vacila en recu-

rrir a los principios de la responsabilidad civil, ya sea para temperar la aplicación de disposiciones demasiado estrictas,<sup>1</sup> o para aumentar las reparaciones legales que se estiman insuficientes; se le dá así, además de su función<sup>2</sup> sancionadora normal, una doble función que justamente se ha llamado "función reguladora" y una doble función que justamente se ha llamado "función reguladora y función complementaria". Es debido a la teoría del abuso del derecho como principios de la responsabilidad civil han permitido "regularizar" el ejercicio de los derechos, de ponerles un freno.<sup>1</sup>

El que abusa de un derecho —  
compromete su responsabilidad.

Se aprecia el instrumento de control que constituyen la regla de la responsabilidad civil. (Henry et Léon Mascamand, Traité théorique et Pratique de la responsabilité civile, Delictuelle e Contractuelle, tome première).



En virtud de la facultad "complementarias" que se ha dado a las reglas de la responsabilidad civil, se condena el pago de los servicios que el legislador no había establecido en la ley. En numerosos casos, dicen los hermanos Hazeaud, la ley ha tomado cuidado de organizar de manera especial la sanción de las obligaciones que impone. Las reglas de la responsabilidad civil, dicen ellos, permiten ir más allá de esa sanción, de completarla, de añadirle una condena de perjuicios que el legislador no había expresamente previsto. Es así como la jurisprudencia admite hoy día la posibilidad de agregar una condena en perjuicios a la obligación del esposo culpable de pagar a su conyuge divorciado o separados de cuerpos una pensión alimenticia.

#### TENDENCIAS GENERALES RELATIVAS A LA TEORIA DEL ABUSO

Des tendencias se presentan, dicen los hermanos Hazeaud. Los unos descendientes directos de los revolucionarios de 1789, imbuidos de los principios constatados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, se es -

(42)

fuerzan por asegurar la libertad del individuo; la ley es expedida para reconocer los derechos de la persona; el hombre debe ejercer libremente todos los derechos que le son conferidos; por esto no se puede comprometer la responsabilidad e al menos es necesario limitar lo más posible los casos en los cuales hay responsabilidad por abuso del derecho.

Los otros sitúan el interés general debajo de los intereses individuales; ellos tratan, no como se les ha reprehendido con alguna injusticia de sacrificar al individuo a la sociedad, sino de limitar los derechos del individuo por sus deberes; leyes de ser absolutas, y los derechos son relativos; hay en cada uno de ellos al lado de un elemento individual, un elemento social; la ley no tiene tanto por objeto asegurar la libertad individual como permitir la vida en sociedad.

DISTINCION ENTRE EL ABUSO DEL DERECHO, LA FALTA DEL DERECHO Y EL ACTO EXCESIVO.— La falta de derecho no

diferencia del abuso en los siguientes aspectos: la falta de derecho en el acto ejecutado traspasando los límites objetivos materiales del derecho; compromiso por sí mismo la responsabilidad de la "gente independiente de todo perjuicio determinado, preciso, resultante para otro". El acto es intrínsecamente ilegal. Está manchado de impureza objetiva. Ejemplos el cultivador que irrumpe con su arado en el campo vecino ó el dueño de un terreno que planta un árbol en el predio ajeno ó levanta construcciones. En dichos casos la responsabilidad es clara, evidente, precisa, indiscutible, el autor, saliéndose de la órbita legal de su derecho, ha violado el derecho ajeno, ha irrumpido en el predio jurídico de otro. El abuso del derecho por el contrario es un acto cumplido con derecho, es objetivamente puro; el titular permanece dentro de los marcos de su prerrogativa. Es un acto intrínsecamente legal, que solo es productivo de responsabilidad en cuanto ha causado daño ó molestia a otro. No se viola la ley, el derecho ajeno. Se viola la segunda categoría de principios que según

nesetres rige la actividad de los hombres como sujetos de derechos. El agente puede bien sostener que ha obrado en ejercicio de un derecho definido, pero no por eso dejará de comprometer su responsabilidad por los daños que halla causado. Esta razón por el contrario, no existe dicen los Hermanos Mazeaud, cuando hay falta de derecho, el autor del daño no puede en este caso prevalecerse del ejercicio del derecho definido alguno. Ejemplos: el propietario que elevando en su predio cercas desmesuradas ensombrea el predio vecino ó el del litigante que, con el sólo objeto de denegar el resultado del proceso, agota todas las medias o vías del procedimiento. Se compromete aquí la responsabilidad del agente, no objetivamente como en el caso del acto ilegal, sino subjetivamente, abusivamente, como dice Jossarand. Como se ha ejecutado ilegalmente un acto, el demandante se desprende de la carga probatoria, estableciendo la realidad del acto y la de su derecho, tarea extremadamente fácil; mientras que la víctima de un abuso debe, para satisfacer la máxima ACTORI INCUMBIT PROBA

(45)

TIO, producir, además, la doble prueba suplementaria del perjuicio sufrido y del desplazamiento de derecho cometido por su adversario, doble prueba bastante delicada de suministrar, al menos en su segundo elemento. (Josserand).-

La sanción del acto ilegal se verifica en especie y aún se extiende a terceros de buena fe. En el acto abusivo la reparación en especie por lo general, se excluye y no debe afectar a terceros. Este por lo que hace relación al acto ilegal y al abusivo.-

El acto excesivo no es ni ilegal ni ilícito. Es intrínsecamente irreparable, tanto en su origen como en su finalidad. El autor de un acto de esta índole compromete su responsabilidad, solo cuando su acto es "destructor del equilibrio social por la enormidad e anormalidad del perjuicio causado".

Es esta la característica de dicho acto. Se distingue del abuso por su efectos, por su marcada peligrosidad para dañar. Ejemplos: cuando los vaye-

res perfitentes de una fábrica perjudican las cosechas vecinas • cuando los humos de una locomotora causa perjuicios en una lavandería establecida en las proximidades de una estación de ferrocarril, • cuando las chispas de una locomotora incendian la cosecha • forestas vecinas. (Jossierand), en todos estos casos hay responsabilidad para el agente de un acto, pero a diferencia del acto abusivo, es una responsabilidad sin culpa, objetiva a base de riesgos, riesgos que debe sufrir, como es natural quien lo crea.

Sintetizando diremos con Jossierand, que la falta de derecho es una teoría complementada y formada y en cierta forma preconstituida cuando con los límites objetivos de un derecho, no se desmayan fácilmente, al menos sin intervención legislativa; en cambio, el abuso del derecho, constituye una teoría viviente y actuante, un instrumento de progreso, un procedimiento de adaptación del derecho a las necesidades sociales; los casos de necesitar la intervención legislativa permite diferenciarla; imprime a los derechos a medida que las costumbres

se transforman, una orientación nueva, es tanto más elástica como rígida - la noción opuesta su horizonte ilimitado a diferencia del de la teoría con - la cual se le quiere indentificar que está completa- mente limitado.

## CAPITULO SEGUNDO

### LA RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO

Quando una persona en el ejercicio de un derecho causa daño, debe reparación. Ejemplo: el asalariado que ejerce el derecho de huelga. Es la llamada cuestión del "abuso de los derechos": cuando una persona abusa de uno de sus derechos es responsable?

Dicha respuesta debe buscar en la simple aplicación de la noción de culpa: toda persona que no se conduce como lo habría hecho un individuo cuidadoso, incurre en culpa y compromete su responsabilidad, ya se haya causado el daño en el ejercicio no se encuentra acogida universalmente.

Tiene sus adversarios; unos sostienen que la persona que ejerce un derecho no puede incurrir jamás en culpa: niegan la posibilidad de un abuso del -



derecho; otros que tan solo la culpa lata puede com-  
poner la responsabilidad en caso de daño causado -  
en ejercicio de un derecho; eligen la culpa lata como  
criterio del abuso de los derechos.'

La primera opinión

se refiere averiguando cual es el valor de dicha teoría  
del abuso de los derechos; la segunda puntualizando el  
criterio del abuso de los Derechos.'

Por último, se indicará

cual es su sanción, conviene de antemano delinear la his-  
toria del Abuso del Derecho.'

HISTORIA: Los adversarios de la Teoría del Abuso del De-  
recho, e sea, los juristas que consideran im-  
posible incurrir en una culpa cuando se ejerce un derecho,  
pretenden que el derecho Romano negaba toda reparación de  
un daño infligido en el ejercicio del Derecho.

Apelan varios textos: uno de GAYO: "Quien -

(50)

de su derecho usa, se presume que a nadie causa - mal"; otro de Paulo: "ninguna causa daña el que - hace lo que no tiene derecho de hacer", y un ter- cero Ulpiano: "Quien usa su derecho a nadie lesio- na a ninguna causa daña". El derecho romano no per- mitía ejercer abusivamente un derecho al menos con la finalidad de perjudicar a otro: no debemos, pues usar mal de nuestro derecho" no ha de tenerse indul- gencia con la malicia".

En el derecho francés, los par- lamentos no dudaban en reprimir todo abuso malicioso así fué condenado por el parlamento de Aix, el lo. - de Febrero de 1.577 un cargador de lana que contaba con el único objeto de importunar a un abogado, ve- cino suyo. Demás admitía que el ejercicio de un dere- cho compromete la responsabilidad cuando es Malicioso e no se halla justificado por ningún interés.

Aún cuando los redactores del Có- digo Civil francés no hallan considerado la cuestión,

la jurisprudencia no ha vacilado en admitir la responsabilidad en el abuso del derecho.

A principios del siglo XX ciertos autores como Jesserand y Saleilles hicieron estudios de dicha jurisprudencia, la sistematizaron y construyeron una teoría del abuso de los derechos. A partir de este momento el abuso de los derechos adquirió una amplitud considerable. El mismo legislador al tocó recurrir al abuso de los derechos consagró la jurisprudencia.

ROMA FRANCIA. -

La doctrina del abuso de los derechos sostiene Charront; no es nueva, se halla en todas partes y en todas las legislaciones, su origen es antiquísimo y Jesserand en armonía con la tesis de Charront, dice que esta doctrina es tan antigua como la coexistencia y la oposición del derecho estricto con la equidad, de la legalidad con la moral jurídica (que nuestro sentir no es más que la moral cristiana injertada al derecho); de la

regla formal con su realización práctica.

Hay que ser humanos antes de ser justos dijo Confucio hace siglos.

ROMA: En las legislaciones de Filosofía del Derecho de Georges del Vecchio el derecho romano se inspiraba en los siguientes principios:

1o.- El magistrado Romano tenía un poder mucho más amplio que el magistrado moderno; si bien que al entrar a ejercer su magistratura el pretor romano publicaba las reglas en las cuales se inspiraba en administración judicial, EDICTUM.

2o.- Los juristas romanos aunque no fueron grandes ni en las abstracciones teóricas ni en las ideas puramente filosóficas; en la transición, en la práctica del derecho positivo, se adaptaban siempre con genial penetración a las exigencias lógicas a las necesidades cambiantes de la realidad. Teniendo el más grande respeto por las formas trascendentales e históricas de las instituciones, y sin romper jamás bruscamente la conti-

nidad de su desarrollo, los juristas romanos no perdían de vista la vida concreta y la naturaleza de las cosas y supieron hacer progresar constantemente el derecho en armonía con las exigencias nuevas pero con una técnica formal perfecta.-

Las soluciones dadas en la época romana no consagraron la teoría del abuso de los derechos propiamente dicha en la forma sistematizada y definida como nos la presentan la doctrina y jurisprudencia actuales; pero si encarnan los primeros trazos de la lucha entre la moral jurídica y el espíritu formalista del derecho estricto, lucha que habría de prolongarse a través del tiempo y del espacio.-

FRANCIA: La concepción del derecho como el arte de lo

bueno y de lo justo revive en las obras de los jurisconsultos de los franceses del siglo XVI. Con el renacimiento del derecho romano, la idea del abuso pasó al derecho francés. A pesar del absolutismo reinante, los -

clásicos franceses comprendieron que el derecho no debía ser sino el medio de poner en función los principios de la moral y la equidad al servicio de los hombres. Joussef afirma, la tradición en Francia es constante y que como los prudentes de la Roma antigua los antiguos autores franceses vieron en el derecho la ciencia del bien y de los justos; estimaron que esta ciencia debía tender al triunfo de la equidad no de la injusticia, y que las prerrogativas sociales no pueden ejercerse sino socialmente, por un motivo correcto, con fines legítimos; y, como ellos, tomaron y afirmaron esta misma posición entre la legalidad estricta y la justicia. Debense observar que los textos del derecho francés aunque implica limitaciones y restricciones al derecho subjetivo, no conlleva la consagración expresa y palmaria de la teoría del abuso. Dice el profesor Calvo Sotelo constituyen una reglamentación fragmentaria, sin que alcance beligerancia científica y

y menos aún doctrinal o legislativa.-

EL VALOR DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO.-

PLANCHOL, op

ci que ha llevado el ataque contra los partidarios de esta teoría. El argumento indicado por él es lógico: 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 un mismo acto no puede ser a la vez conforme a derecho y contrario a derecho".

Jasserand ha observado que un acto puede ser contrario a derecho en general, o sea comprometer la responsabilidad, y ser conforme a un derecho subjetivo (derecho de propiedad) sino es que exista abuso del derecho (objetivo) puede existir abuso de un derecho (subjetivo) o abuso de los derechos.-

El propietario que ejerce un acto de dueño sobre su fundo, obra conforme al derecho de propiedad; sin embargo, es posible que obre contrariamente al derecho objetivo, a la regla de derecho; por ejemplo: cuando su acto tiene el solo objeto de perjudicar a su vecino.

FLANJOL no negaba, por otro lado, que en semejante caso, el propietario debiera estar obligado a reparación; desde luego afirmaba, el abuso de un derecho no es más que un acto cumplido sin derecho.

Hay que distinguir entre los actos contrario a la regla de Derecho, es decir entre los actos que comprometen la responsabilidad de su autor:

- 1o) Los actos dañosos cumplidos sin ejercer un derecho subjetivo: existe falta de derecho; tales actos obligan necesariamente a reparación por su autor. Es el caso del labrador que penetra con su arado en el campo del vecino; obra fuera de los límites de su derecho de propiedad, con violación del Derecho de pre



piudad, con violación del Derecho de propiedad de su colindante.

2o) Los actos dañosos cumplidos en el ejercicio de un derecho subjetivo tales actos no comprometen la responsabilidad más que si concurren ciertos requisitos; - cuando se den origen abuso de un derecho. En el caso del propietario que aún ejerciendo su derecho de propiedad, por ejemplo al levantar una pared, obra para perjudicar al vecino.-

El nombre dado a esa teoría no ha sido el único de su triunfo; el espíritu que la inspiraba debía asegurar su éxito: llegar que podamos comprometer su responsabilidad al ejercer uno de nuestros derechos, sería probar un individualismo excesivo. No se nos ha conferido derechos para ejercitarlos con un fin egoísta. El interés social debe tener un sitio junto al interés individual del titular del derecho ejercido. Al menos eso es lo que la jurisprudencia tenía que admitir necesariamente. Para ella los derechos son relativos o sea que los tribunales pueden ejercer un "control" sobre

DEPARTAMENTO DE

BIBLIOTECA

su ejercicio y condonar a reparación a los titulares que abusan de los mismos. Pero los tribunales no han querido plantear el problema desde un ángulo político, ni siquiera social, han querido referirse a los principios generales de la culpa, rechazando los demás criterios que se le habían propuesto sobre el abuso.-

#### AMBITO DEL ABUSO DE LOS DERECHOS/-

En principios, todos los derechos son susceptibles de abuso: son relativos (se les llama también; limitados). Pero existen algunas excepciones al principio: ciertos derechos son absolutos (se les llama discrecionales, exentos de causa) su ejercicio no puede comprender nunca la responsabilidad de su titular. El legislador o la jurisprudencia les han reconocido ese carácter, a fin de que sean ejercidos con la más completa libertad, sin que su titular tenga el menor temor de ser declarado responsable. Cabe citar, a título de ejemplos, el derecho de los ascendientes para oponerse al matrimo-

nie de sus hijos menores de edad.

En una palabra la jurisprudencia aplicada por la teoría del Abuso del Derecho en todos los ámbitos.

Las aplicaciones más conocidas se refirieron al derecho de propiedad.

En materia de ruptura unilateral del contrato de trabajo de duración indeterminada los fallos que hoy pueden apoyarse sobre un texto legal, con lesión. Cada una las partes tiene derecho a rescindir unilateralmente el contrato pero si abusa de ello, e sea, como existe serio motivo para la ruptura, debe reparar el daño sufrido por la otra.

Hay que comparar esa jurisprudencia con la del abuso del derecho de huelga; el asalariado tiene el derecho de declararse en huelga; pero si abusa, por ejemplo, si lo hace antes de haber presentado sus reivindicaciones, o con una finalidad política puede ser condenado a reparar el perjuicio padecido por el patrono.

Por último, hay que citar las numerosas resoluciones que condenan a los litigantes por abuso de las vías de derecho. Se ha indicado que existe sobre el criterio del abuso, en esta esfera particular, una divergencia entre las cámaras de la Corte de Casación.

No se trata con esto sino de algunos ejemplos. Los tribunales han acudido sin cesar a la teoría del Abuso de los Derechos que constituyen uno de los factores más importantes de la moralización del derecho.

#### SANCION EN EL ABUSO DE UN DERECHO.-

El abuso de un Derecho por su naturaleza no es diferente de la culpa. Y no lo es tampoco por su sanción: el autor de un abuso debe reparar el daño causado. Reparación en especie o reparación en el equivalente (daños y perjuicios). Pero, así como suele ser raro que se conceda a la víctima una reparación en especie, semejante modo de indemnización podrá ordenarse frecuentemente cuando se trate del abuso de un

derecho. Al menos en el ámbito del Abuso del Derecho de Propiedad, por ejemplo, el propietario que halla levantado una construcción para perjudicar su vecino será condenado a demolirla.-

#### EL ABUSO DEL DERECHO EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA COMPARADAS.

La jurisprudencia Francesa es muy cautelosa - al referirse al criterio de la culpa (delictual y cuasidelictual) para definir el abuso de un derecho.-

Los redactores del Proyecto del Código Francotaliano de las obligaciones se han mostrado menos prudentes, al adoptar el criterio finalista del abuso, deducido de la averiguación del "fin en vista del cual se halla conferido el derecho" a su titular (art. 74, inc 2o).

El Código Soviético, desde de su primer art., establece el principio de la limitación de los derechos - por su finalidad social: "Los derechos civiles están protegidos por la ley, salvo en el caso de que sean ejerci-

dos en un sentido contrario a su destino económico y social". Dicho texto revela con exactitud el espíritu de esta legislación donde el interés individual está subordinado al interés social. Opuesto a este sistema hay que citar el código civil alemán en su art. 226, que exige para que exista abuso de un derecho, la intención de perjudicar. Entre dichos dos extremos, la jurisprudencia francesa ha sabido encontrar el justo término medio.

.....

**CAPITULO TERCERO.****CRITERIOS SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO**

Estos criterios son:

- 1) Criterio intencional (intención de perjudicar) o criterio clásico de Ripert.
- 2) Criterio (la culpa en la ejecución) o criterio de los hermanos Hascasocud.
- 3) Criterio económico (la falta de interés legítimo)
- 4) Criterio social o finalista de Josserrand (El desplazamiento o desviación del derecho de su función,-

CRITERIO INTENCIONAL. Como sabemos, la noción del Abuso del Derecho en sus orígenes se presenta limitada por el elemento subjetivo de la intención. La intención de perjudicar, escribe Josserrand representa la forma típica del abuso del derecho. En el lenguaje de

nuestros tribunales conocen la doctrina de nuestros autores la intención de perjudicar constituye la piedra matriz del sistema y constituye su alimento normal.

Por entrañar la forma más impura del ejercicio de las prerrogativas jurídicas, el abuso intencional del derecho es condenado por todos los sistemas legislativos y jurisprudenciales del mundo: el ejercicio de los derechos prerrogativos sociales no puede ponerse al servicio de la milicia de la maldad, de la malvolencia: --  
*Fraus omnia Corruptit.*--

Los derechos no se nos confieren, ni se nos asegura su ejercicio para defenemos a otro. Toda intención malévola es necesariamente antisocial y contraria al espíritu de la institución y por consecuencia constituye un abuso.

Esta noción estrecha, nequísima del abuso, dicen los hermanos Mazeaud, es admitida aún en nuestros días por autores que, preocupados por asegurar el respeto absoluto de los "Derechos del hombre", no admiten --



sino con peser comprometer la responsabilidad del que usa las prerrogativas que la ley le ha conferido. La necesidad de no poner en conflicto la regla jurídica con la regla moral los obliga a aceptar que halla abaso cuando se ejerce un derecho con el fin de dañar a otro; por lo mismo no consienten ir más lejos.

Entre los más brillantes sostenedores de esta fórmula se encuentra George Ripert, quien la presenta en sus obras "La regla Moral dans les obligations civiles" (nos. 89 a 103) y "La Regime Democratique et le Droit Civil Moderne" (nos. 117 a 126), obra en que estudia la influencia del factor político en la evolución del derecho civil contemporáneo, especialmente en el curso de los últimos cincuenta años (50). También la defiende Bonnocasse en su tratado sobre Derecho Civil Francés.

En su obra "La regla moral" Ripert escribe que existe una regla moral debajo de las leyes positivas. Después de centenares de años, dice, una regla moral precisa ha creado la civilización occidental; esta civilización se expresa en su derecho. Defendiendo las reglas fun-

fundamentales de este derecho, impeditos que esta concepción moral del mundo perezca.

La moral nos enseña que es necesario procurar de los sentimientos que hacen obrar a los sujetos de derecho, proteger aquellos que son de buena fé, castigar aquella que surge por malicia ó por dolo, perseguir el fraude y aún el pensamiento fraudulento.

Continúa Ripert, la regla moral penetra en el mundo jurídico: es cuando procura encarnarse en una regla obligatoria de conducta y pide el socorro de brazos seculares. Cuando la regla moral no llega a tomar la figura jurídica, la vemos vagar por las fronteras del derecho, pedir que se le considere al menos como forma descolorida de una obligación natural.-

Termina así Ripert los principales aspectos bajo los cuales queremos tratar de entender las relaciones del derecho y la moral (Ripert - Regla moral No. 5).

CRITERIO TÉCNICO: LA CULPA EN LA EJECUCION.-

Este criterio

es sostenido por los hermanos Hazcaud, en el "Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle" obra magistral que expone con lujo de detalles la evolución hasta nuestros días de la teoría de responsabilidad, bajo la influencia de la Doctrina y Jurisprudencia, "enormes los más instructivos de nuestros derecho moderno".

Para los hermanos Hazcaud, la cuestión de saber cuando hay abuso de un derecho debe ser situada dentro del terreno de la culpa (delictual y cuasi-delictual) aplicando esta concepción tanto en el campo extracontractual como en el de los contratos. Dicho problema debe ser resuelto aplicando la noción clásica de la culpa. Para ellos (hermanos Hazcaud), la culpa es una condición sinequanon de responsabilidad por el hecho personal, y consideran que en concepto general se incurren en culpa cuando se obran como no se debió de obrar, cuando se comete un "error de conducta".

Acceptan las dos categorías de culpas: delictual y cuasidelictual. Se comete la primera, cada vez que obra con la intención dolosa de causar daño; aquí el error de conducta se caracte-

rina por el deseo de perjudicar.

La segunda o sea la culpa propiamente dicha, es un error de conducta tal como no lo habría cometido una persona avisada en las mismas circunstancias "externas del autor del daño". Siendo, circunstancias externas aquellas que no son personas aquellas que no se refieren a la individualidad propia, ni a particularidades físicas o morales. Ejemplos: circunstancia de tiempo y de lugar.

#### CRITERIO ECONOMICO.

Se inspira en la doctrina que la noción del derecho es la noción de interés, doctrina cuyo principal proponente es Jhering.

Esta doctrina en síntesis es la siguiente: El derecho en su aspecto subjetivo es la condagración de la voluntad individual, en cuanto tiende a un fin u objeto determinado. El objeto de la voluntad constituye un bien, un interés. No basta querer, sino que se debe querer siempre alguna cosa; este contenido de la voluntad es el

elemento esencial del derecho. Motivo por el cual Jhering definió el derecho subjetivo: un interés protegido por la ley. La misma concepción se aplica al derecho subjetivo.-

La palabra interés tiene para Jhering un significado muy amplio. Se puede aplicar a una cosa cualquiera, aun no estimable pecuniariamente, siempre que sea un bien para un sujeto.

Según este criterio, hay abuso del derecho cuando las prerrogativas jurídicas se ejercen sin tener el titular un "interés" serio y legítimo, y causando perjuicios a terceros con su acto: "el interés legítimo es el fundamento y la medida del ejercicio de los derechos y de la protección que les otorgan los poderes públicos; así sin interés no hay acción, luego sin interés no hay protección legal. El interés serio y legítimo según esta fórmula, debe ser un interés económico y personal del agente: el titular al ejercer su derecho debe perseguir un provecho personal, un beneficio propio.-"

En esta forma el abuso se nos presenta como un acto económicamente malo" como un despropósito, económico.

Este criterio se ha consagrado en el derecho de pro -

piudad, en el derecho de actuar en juicio, en el derecho contractual, en el derecho hipotecario, retención en la libertad de comercio.-

CRITERIO FUNCIONAL O FINALISTA.-

Josserand en su obra LEÇONS DE PHILOLOGIE JURIDIQUE. Consagra este criterio y lo completa con la noción de motivo legítimo.

Sostiene el citado autor que solamente con el último y su rto criterio llegamos a la verdad integral y poseemos al fin un instrumento adecuado al fenómeno jurídico; los criterios anteriores muestran un faso a ciertas facetas de la teoría del abuso: pero este criterio funcional, se nos apropiará toda la teoría en su armoniosa unidad y los casos particulares que van a plerarse por sí mismo a la disciplina soberana. Esta disciplina, escribe el decano de la facultad de Lyon, es la facultad de los derechos, la relatividad en consideración y función de su fin.-

Dice Josserand, este criterio es un criterio a la vez social y teleológico. Está consagrado en los códigos Soviéticos, polacos Franceses, ya sea en forma implícita o en términos generales. Implícitamente porque este criterio engloba en su generalidad, todos los criterios precedentes, extraídos de la intención de perjudicar, de la culpa o de la falta de interés: es evidente que la intención de perjudicar por ejemplo, no concuerda con el espíritu de todo derecho que no pretende el mal socialmente los actos que ejecutamos al ejercer nuestros

derechos, es por sí misma intrínsecamente antisocial antifuncional, esto es abusivo.-

Los derechos que le son conferidos a sus titulares para que los ejerzan con un fin determinado, que es, un fin social. El que los desvía de ese fin abusivo, como el funcionario que de su poder con un fin distinto de aquel en vista del cual le ha sido conferido este poder. Hay en este segundo caso, continua diciendo Jossorad "desviación de poder" así como hay en el segundo "abuso del derecho". Esta desviación del derecho de su espíritu se encuentra evidentemente cuando hay en el agente la intención de abusar -- los derechos no se nos conceden para dárselos a otro. Para ella existe también igualmente fuera de esta situación, basta no ejercer un derecho conforme al fin social que le es asignado para comprometer la responsabilidad.

EL MOTIVO LEGÍTIMO. -- H. Jossorad, comprendiendo la incomprensión del criterio de la finalidad social, admitiendo el carácter abstracto y fugitivo y reconociendo la necesidad de "concretarla" para evitar dificultades de aplicación, completa su fórmula primitiva con el "Motivo Legítimo".--

"El criterio finalista derivado del fin, del espíritu de los derechos, presenta un carácter abstracto y estivo que podría suscitar serias dificultades de aplicación, si no estuviera felizmente concretado gracias a la utilización del motivo legítimo -- que constituye su expresión sensible, o como dicen ellos, su figuración. Es preciso ver que en este concepto el criterio personal o individualizado del criterio universal y abstracto que aministra la situación social del respectivo derecho.--

Debe considerarse como la realización de ese criterio abstracto, como la forma que se revela cada prerrogativa con ocasión del acto realizado por el titular: el acto será normal o abusivo si puede explicarse o no el Motivo Legítimo que constituye la verdadera piedra angular de toda la teoría del Abuso de los Derechos y su precipitado visible. Todos estamos obligados a colocar, todas nuestras facultades jurídicas al servicio de un motivo adecuado a la espíritu y misión, de lo contrario para ser justos ya no lo ejerceamos, sino que abusamos de ellos. -

Apoya Jorssen á su tesis, en las decisiones judiciales que invocan la falta de interés y legítimo, -- de motivos legítimos, del justo motivo. El autor explica los motivos legítimos por medio del proceso de eliminación, dando una lista de motivos ilegítimos -- para el los motivos ilegítimos varían con las principales categorías de motivos ilegítimos incluye expresivamente: el Consejo Fraudis, dolo, intención de perjudicar, y el fraude a la ley. -



CRITICAS DE ORDEN LOGICO.

CRITICAS DE ORDEN LOGICO A LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO:

CRITICAS DE ORDEN LOGICO: de orden lógico y técnico, es toda crítica que se dirige a la afirmación de que los conceptos pretendidamente atribuidos a la teoría del abuso son más bien tributarios de una teoría más general que constituye el derecho común de la responsabilidad.

Entre los más vigorosos críticos de forma se encuentran al menos, por quien el acto abusivo no constituye un acto jurídico especial. Defiende en general la idea de un acto no puede ser a la vez legal y abusivo. La doctrina que se sobre un límite lo incógnito, que formalmente "un acto abusivo de los derechos" es una locución, porque si yo uso de mi derecho mi acto es lícito, cuando es ilícito es cuando uso de mi derecho, cuando uso sin derecho, es a injuria como dice la Ley Aulic. Negar en uso abusivo no es intentar permitir los actos ilícitos muy virtudes reproducidos por la jurisprudencia, es solo hacer esta observación de que todo el acto abusivo no es el ejercicio de un derecho y por tanto el abuso del derecho no constituye una infracción ilícita del acto ilícito. Se manifiesta en 1975 con la ley de 1975: el derecho obrando el abuso comienza y no puede existir "un acto abusivo de un derecho" por lo que a la vez el acto no es un acto y mismo hecho no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho.

Como se dice en un artículo y mismo acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho como es a los principios del derecho cuando in parte, esbozando, en cierta forma, plantea el problema de la distinción entre los conceptos jurídicos cuando se confunde entre los conceptos jurídicos del término derecho, que es objeto y el conjunto de las reglas que los, la justicia, y un acto negativo de dar lugar a la infracción.

el servilismo, la potestad y terna). Mientras no se olvide esta doble acepción de la palabra derecho, la teoría del abuso está colocada en su verdadero -- margen y su inexactitud y desaparición, porque no hay contradicción en que un acto sea a la vez conforme a un derecho determinado o contrario al derecho mirado en su generalidad y en su objetividad. Podemos perfectamente tener para sí tal derecho determinado y sin embargo, tener contra sí el derecho entero, y esta situación en ninguna forma es contradictoria o perfectamente lógica: es la traducción del famoso adagio: *SUB ALI JUS SUB ALI IN JURIA*.

#### CRITICA DE FONDO:

Protestan contra las conclusiones concretas a que llega la teoría del abuso: no es solamente la manera el aspecto técnico de la teoría lo que ellos ponen en tela de juicio, sino el espíritu mismo en que ella está concebida, la tendencia subjetiva y moralizadora de donde procede. Le reprochan el poder, su virtualidad, en lo cual ven un peligro social al mismo tiempo que un heroísmo jurídico (Josephson).--

En cuanto a las críticas de fondo hay de que...

sidear dos grupos: los que declaran que la teoria del abuso conduce a una confuccion entre el derecho y la moral y los que opinan que la teoria confiere a los jueces un poder peligroso sobre los actos del individuo.-

En cuanto al primer grupo, en nuestro concepto el tratadista Eucken, se olvidó este autor que tanto el derecho como la moral son categorías éticas especie fundamental de la apreciación del obrar humano, que derivan de un principio ético general, según el cual debe ser regulada la conducta de los hombres que entre el derecho y la moral existe una coherencia necesaria. relaciones constantes hasta el punto de que podemos decir que la dualidad entre la moral y el derecho preconizada por Thomasia y después por Kant está despreciando del paisaje jurídico mundial. Mientras los técnicos se encaminan a convertir la obligación en una relación objetiva entre patrimonios, una intención de recepción estrecha los ordenamientos jurídicos estatales. El derecho se preocupa de situaciones antes resguardadas (Alsin Atienza, op. cit) como dice Ripert en palabras ya citadas cuando la regla moral no llega a tomar una fisonomía jurídica, la vemos vagar en las fronteras del derecho, pedir que se le considere al menos en una forma descolorida de una obligación natural. En realidad como afirma Josterd, todo el derecho está impregnado de moral y alegramonos de que así sea, porque si de otra

(76)

manera suculenta, el derecho de convertirse en una cosa simplemente objeto y víctima de uso, que el tema toda su vitalidad y lo mejor de su alimento del sentimiento colectivo, de la Moral social de la cual no podría separarsele sin reducirlo al estado de abstracción.

#### APLICACION DE LA TEORIA A CIERTOS DERECHOS DE HECHOS

EL DERECHO DE PROPIEDAD.- Históricamente, el derecho de propiedad se ha caracterizado por el absolutismo y vigor. Al correr de los tiempos, ha sido considerado como el "Dominium" por excelencia, como el poder jurídico soberano, intangible perpetuo e ilimitado, como la prolongación de la personalidad humana en el campo patrimonial. Al contacto con la realidad bajo la presión de una evolución social y económica el dogma del absolutismo del derecho de propiedad ha sido sometido a una dura prueba; su intensidad, su exclusividad han sido objeto de un serio examen. El derecho de propiedad se ha suavizado, se ha humanizado. Es evidente, no siendo de esencia distinta de los otros derechos del hombre, como ellos, ser concebidos, dispuestos o arreglados y ejercidos, en vista de fines sociales, no de fines egoístas.

(Josselin, cours de Droit Civile positif Français),  
uno de estos errores es el abuso del derecho, no el

(77)

el cual el derecho de propiedad debe ser ejercido socialmente "civileter" conforme a los principios constitucionales de comercio jurídico, en la medida en que su ejercicio no perjudica a la sociedad o a terceros. Hoy por hoy el propietario puede decir: "Esto es mío y yo hago con lo mío, lo que venga en ganas".-

En todos los casos de abuso de derecho de propiedad el propietario ejerce una prerrogativa que le pertenece, no ha sobrepasado los límites señalados por el legislador, el acto es intrínsecamente irreprochable, pero ha sido ejecutado en forma antisocial, esta mancha de ilicitud subjetiva.

En esta forma, el concepto individualista y absoluto de la propiedad ha sido sustituido por uno más amplio y más humano, capaz de armonizar el interés social con el particular: la propiedad tiene una función social que cumplir que implica deberes y obligaciones en beneficio de terceros y de la sociedad.

#### DERECHO DE ACTUAR EN JUICIO O DE RECURRIR A LAS VIAS

LEGALES.- Jossierand dice: se da el nombre de vías legales, a los diferentes medios que la ley pone a disposición de los particulares o de las personas morales a efecto de asegurar, de imponer la realización y el triunfo de sus derechos; hay aquí un todo, un arsenal rico de

78

ana s jurídicas: acción en justicia, defensa, re-  
plicas, incidencias, vías de recursos, demandas, -  
vías de ejecución todos estos medios constituyen  
conjuntamente la parte realizadora sancionadora del  
derecho.

Cuando ejerzamos las acciones judiciales, en for-  
ma irregular en voluntad, maliciosa, con espíritu de  
maldad, persecución o rencor cuando obramos imuden-  
tamente y sin ningún interés personal, serio y legi-  
timo incurrimos en el delito: abuso del derecho.

Ejemplo: El demandante que pudiendo elegir entre  
varios tribunales escoge el mas lejano del domicilio  
del demandado con el fin unico de vejarse. Jossorand  
da el ejemplo de una compañía de seguros que pretende  
escapar al pago de la indemnización de que es respons-  
ble como consecuencia de un siniestro amenazando a su  
cliente con una demanda que puede acarrear para su pa-  
dre consecuencias extremadamente graves, de orden cri-  
minal.

En materias de embargo tiene gran aplicación la no-  
ción del abuso. Abusan de un derecho el acreedor que mul-  
tiplica los embargos con un fin vejatorio, a fin de au-  
mentar gastos al embargado y comprometer su crédito, o  
que quiere ejercer una presión decisiva sobre su vic-  
tima a fin de arrancarle gangas a que no tiene derecho.

o que obra ligarumto, temerariamente".

El abuso de las vías de derecho es muy frecuente entre nosotros. Muchos son los demandantes y demandados que se valen de la prerrogativa de presentar incidentes, recurso - por ejemplo, con el solo objeto de obstruir el libre ejercicio de la justicia, con el solo propósito de retardar la solución de los litigios, eternizando los debates. Contra ese uso anormal del "arsenal jurídico", se hace necesario iniciar una campaña de parte de nuestros tribunales a fin de que los medios que la ley otorga para la realización y reconocimiento de nuestros derechos sería intolerable los medios puestos a nuestra disposición para permitirnos obtener justicia, padecemos ser víctimas a (nuestra) al servicio de la violencia, de la repulsa y del dolo y que, de esta manera el derecho fuera violado por sus propios armas, utilizados con fines de fructuosa.

DERECHO DE CONTRATO. - Como dijimos al principio de nuestro trabajo, la doctrina y la jurisprudencia de hoy se alzan contra el dogma individualista de la libertad contractual y doctrina de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual "todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes". (Art 6 y 1134 de C.C. Frances y 1602 del C.C. patrio).

Las escuelas opuestas del liberalismo individualista, la escuela católica social, la escuela socialista, la escuela objetivista o solidaria han proclamado que la iniciativa y el egoísmo de los individuos comprometen de modo grave, en el orden moral, político o económico los intereses esenciales de la colectividad cuando estos se abandonan a la arbitrariedad contractual.

En este movimiento de reacción contra la intangibilidad del contrato, contra la "mística del contrato" la teoría del abuso del derecho juega un brillante papel. Enseña que los contratos, instrumentos de cambio de riquezas y servicios, no deben servir de medios de explotación de los débiles; "no es en una atmósfera libre y no viciada, donde deben prepararse, concluirse ejecutarse y desatarse y que lo mismo que los derechos de dominio y potestad, no están llamados a convertirse en los instrumentos de fraude o de injusticia". El ejercicio del derecho contractual puede revestir un carácter abusivo en las cinco etapas o periodos de que se compone el momento contractual, a saber: periodo contractual (derecho de no contratar), periodo de conclusión, de ejecución, de la disolución y el periodo postcontractual, que llama Jolse ad



PRIMERA PERIODO.- El abuso del Derecho de no contratar tiene especial interés en el campo de los derechos de industria y comercio socialmente en el derecho sindical. La negativa de no contratar, describe Josselyn, el "procedido del lecho" de boicotear a un comerciante o a un industrial haciéndole paralizar la acción y privar la actividad de un sindicato profesional, de obreros o de empleados desorganizado sistemáticamente a sus afiliados.-

SEGUNDO PERIODO:

Pueden cometer abusos los contratantes entre sí, en sus relaciones con los acreedores en perjuicios de terceros determinados y en contra del orden público y de las buenas costumbres.-

TERCER PERIODO:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe. En virtud de este principio, los derechos que nacen de las convenciones, sean prerrogativas relativas, deben ejercerse en forma equilibrada y conforme a las normas de la equidad.-

CUARTO PERIODO:

El abuso se presenta en relación con los contratos de mandato de sociedad civil de arrendamiento

de servicios de duración indeterminada, en los casos de resciliación unilateral ejercida en virtud del texto legal de una cláusula contractual.-

#### QUINTO PERIODO.

El abuso en esta etapa tiene lugar, cuando se trata de un arrendamiento de servicio o de un arrendamiento de cosas, que han llegado al término de su curso, en forma normal y correctamente. Ejemplo: El arrendador que sin motivo legítimo se niega a prorrogar el término del arriendo comercial.

#### LA FALTA DE CIONES E VARIABLES A LA TEORIA DEL ABUSO.-

Incluimos aquellos países, que aunque no han consagrado la teoría en un precepto general escrito, se encuentran influenciado por ella en virtud de la jurisprudencia y la doctrina de los autores, como Francia, Bélgica, España, Italia, los países Escandinavos, el derecho Alemán y Colombia.

FRANCIA.- Es en Francia donde se sistematizó la teoría del abuso a raíz de la labor de la doctrina y la jurisprudencia, tanto en el campo civil como en lo administrativo, primordialmente en este último, pues es-

como afirman los tratadistas la teoría de la desviación del poder en lo Administrativo sirvió de alimento a la teoría de la desviación del derecho o teoría del abuso del derecho.

ESPAÑA.- Encontramos en la Partida de Alfonso el Sabio ciertas disposiciones que pueden considerarse como aplicaciones concretas a la teoría del abuso: la ley 19 título 32 de la partida tercera, la ley 16. título 38 partida 3ª.-

En relación con el estado actual de la teoría del abuso, en la legislación española moderna podemos decir con Calvo Sotelo:

1ª.- Atendiendo el espíritu clásico informador de la legislación positiva civil española no se puede hablar del abuso del derecho en ella, porque desde toda vía como principio el axioma romano "qui jure suo utitur non nocet laedit".

2ª.- La jurisprudencia en algunos casos se ha visto solicitada y adherida a corrientes innovadoras del derecho privado, reconociendo en su doctrina la necesidad de limitar el ejercicio de algunos derechos cuando solo pudiesen tener por objeto el fomento de un interés, material o moral, de tercera persona.

BRASIL.- El código de este país es ponderado en la materia

ria del abuso. No formula principios generales al respecto. Se inspira en las ideas de Planiol. Todo acto abusivo es acto ilícito y según la teoría de la responsabilidad sin culpa produce la obligación de indemnizar el daño independiente de la intención o propósito de la gente.

El criterio para calificar la ilicitud de un acto es el de ejercicio regular de un derecho reconocido.-

.....

## CAPITULO QUINTO

~~El abuso del derecho en la legislación colombiana.~~~~EL ABUSO DEL DERECHO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.~~~~El abuso del derecho.~~

En Colombia, como se dijo de Francia y todos los países cuyas legislaciones han nacido y se han desarrollado bajo la influencia del código de Napoleón, en su tenor actual y en sus relaciones con la tesis del abuso del derecho, el sistema jurídico es ante todo de formación y de contextura jurisprudencial, no obstante se revela en el aspecto legislativo, un cierto número de disposiciones que pertenecen, las unas claramente, las otras dubitativamente, al concepto del abuso.

El Profesor Julliot de la Morandiere, opina que la teoría del abuso del derecho abarca todo el código civil. Se aplica, tanto en el derecho de propiedad, como en el derecho de familia y en el contractual.

DERECHO DE PROPIEDAD.- Art. 1002, cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aun de de ello resulta menor perjuicio se el agua de que se alimenta otro pozo, pero si de ello no reportare utilidad alguna, o si tanto que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cerrarlo". -

En este caso se cambia el criterio económico del balance de intereses. La ley de 1932 art. 21 inspirada en el concepto de la propiedad, que dice: los jueces de tierra, fallaran sobre lo que resulta de la inspección ocular, y demás elementos de convicción producido por las partes y allegados de oficio el informativo y según la paralización nacional. Aplicarán el derecho teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisprudencia es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no debe protegerse el unipersonalismo sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley.

La constitución nacional en su art. 28 inc. 2o. "La propiedad es una función social no implica obligaciones".

DERECHO P. FAMILIAR. El Código civil trae como ejemplo en art. 252 del abuso de derechos: el padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare podrá el padre de detención hasta por un mes, en un establecimiento correccional.

La ley 45 de 1936 sobre reformas civiles (filial) en su art. 13 dice: la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes, de su capacidad le impone.

87

DERECHO CONTRACTUAL.- Segun el art. 1603, los contratos deben ejercitarse de buen fé y por consiguiente obligan no solo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.- Esta disposición además de consagrar la teoría del abuso del derecho en el campo de contratos, entraña a la vez un elemento al principio de la libertad contractual.-

Artículo 2136 "No vale la renuncia que se hace de mala fé o intencionalmente".

Artículo 2341 "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" Este art. entraña el código de la sociabilidad humana.-

JURISPRUDENCIA DEL HONORABLE CORTE SUPLENTE DEL JUZGADO: EL ABUSO DEL DERECHO.-

Abuso del derecho: se comete al recurrir en el ejercicio descuidado o imprudente de un derecho, aun sin intención de producirlo.

El cargo planteado es por violación indirecta de ley sustancial, a causa de errores de derecho en la apreciación de hechos, esto se deduce del

desarrollo de la censura.

La doctrina y la jurisprudencia aceptan que el ejercicio abusivo de un derecho es fuente de responsabilidad, pues la responsabilidad civil extracontractual no proviene, únicamente, de los actos materiales, sino cuando éstos con el dolo o culpa, causan daño a un tercero.

La teoría del abuso del derecho tiene de a moralizarlo, a hacerlo más humano, y se explica por eso que el ejercicio de un derecho puede ser fuente de responsabilidad para su titular.-

Entre nosotros se citan disposiciones en las cuales se consagra, por situaciones particulares, el abuso del derecho, como los artículos 1002 y 2136 del C.C. el primero referente al hipótesis de quien cava un pozo en suelo propio, y el segundo relativo a renuncia hecha de mala fé o intencionalmente por uno de los socios.

En determinados casos la sociedad puede eximirse por la renuncia de uno de los socios (art. 2134 C.C.), pero ese derecho no se puede ejercer en forma abusiva: la ley permite y reconoce la renuncia si es de buena fé o intencionalmente.

b) Varias tesis se han expuesto para explicar cuando el ejercicio de un derecho, reconocido por la ley puede ser para su titular fuente de responsabilidad civil.



Frente a las diversas teorías que se han ideado por los tratadistas para dar una explicación, entre nosotros - la jurisprudencia ha aceptado que el abuso del derecho no es sino una aplicación de los principios generales que rigen la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.-

La corte ha acogido este criterio fundándose en los arts. 80. de la ley 133 de 1887 y 2341 del C.C. El primero expresa que cuando no halla ley expresa e aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan caso o materiales de derecho; el segundo alienta de manera general, el principio de que todo aquel que "incometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley impone por el culpa o el delito cometido".

El derecho es una facultad que debe ejercitarse en orden al cumplimiento del fin social que persigue, sin traspasar los límites de la justicia ni de la ley. Por consiguiente, cuando se ejerce negligentemente o con la intención de causar daño a otro, y como consecuencia de ese ejercicio se ocasiona un perjuicio, tal como el caso en cuestión debe indemnizarse, porque el abuso de un derecho, constituye un acto ilícito.

Es pues en Colombia, el abuso del derecho una aplicación de la responsabilidad extracon-

(90)

trata a una determinada. En consecuencia, hay abuso del derecho de confesión con esta última concepción de la figura, cuando se ejerce el poder o calificación, se actúa con intención positiva de infringir injuria o daño a otro, con negligencia, imprudencia, o falta de diligencia y cuidado. El problema se ubica así en el ámbito de la culpa y se refiere al carácter del dolo hallado a la intención de hacerlo, si no simplemente se halla ejerciendo un derecho de tener una idea o imputante.

.....

MEMORANDUM

TO : [Illegible] ( [Illegible] )

FROM : [Illegible] ( [Illegible] )

SUBJECT : [Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )

[Illegible] ( [Illegible] )





Por que el lector no tiene un evidente perjuicio cuando  
al leer, que no solamente tiene que leer, sino que  
ley para registrarlo.

Y como no basta con leer, sino que  
tar con tener que tener el valor por el cual se  
orden en que ciertos valores incurran al ser  
ordenado en el orden, no sea por tal, sino  
sino, hasta el punto de crear una o más  
juntas.