

## DEL ABUSO DE LOS DERECHOS<sup>1</sup>

### 1.- Planteamiento del problema

La responsabilidad extracontractual no sólo puede originarse en la comisión de un delito o de un cuasidelito. También puede derivar del ejercicio de un derecho, cuando este ejercicio es abusivo y causa daño.

El abuso de un derecho, es decir, cuando su ejercicio perjudica a otro, es, de esta forma, fuente de responsabilidad extracontractual.

¿Cómo se suele definir el “*abuso de un derecho*”? En un diccionario jurídico, encontramos dos conceptos: “*acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter de absoluto*”; “*es el hecho de una persona de ejercitar, con el fin de perjudicar a otra, y por lo tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular*”<sup>2</sup>.

En las dos definiciones transcritas, se vislumbran las dos grandes corrientes que han intentado explicar este fenómeno jurídico: en un caso, el ejercicio de un derecho más allá de los límites del mismo. En el segundo caso, el ejercicio de un derecho con el propósito de dañar a otro. Nótese que en la primera definición, no interesan factores subjetivos, sino que se plantea la cuestión en términos objetivos; en cambio, en la segunda definición, el ánimo de dañar a otro es el factor decisivo, y por ende, hay que indagar si el sujeto que ejerció el derecho, tuvo dicho propósito.

En estas ideas preliminares, surge también la constatación de otro hecho: la teoría del abuso del derecho, supone confrontar, por un lado, el derecho subjetivo que el ordenamiento jurídico nos reconoce, con las consecuencias que para otro tenga dicho ejercicio. De esta tensión, puede resultar un efecto dañoso para ese tercero. Entonces, será necesario discernir si corresponde o no al titular del derecho que se puso en acción, resarcir al tercero.

Durante todo el Siglo XIX, a partir de las ideas individualistas emanadas de la Revolución Francesa, se excluía la posibilidad de admitir responsabilidad para el titular de un derecho, por el hecho de ejercerlo, aunque en dicho ejercicio, dañase a un tercero. Conforme a las ideas del Siglo XIX, los derechos son facultades que la ley reconoce a los individuos para que las ejerciten libremente, a su arbitrio, como mejor les plazca. Quien ejerce un derecho, no puede, por lo mismo, incurrir en responsabilidad, aunque este ejercicio dañe a otro. Si su acto está expresamente autorizado por la ley, no puede ser

---

<sup>1</sup> Fecha de la última modificación: 27 de febrero de 2013.

<sup>2</sup> Valetta, María Laura, “*Diccionario Jurídico*”, Buenos Aires, Valetta Ediciones, quinta edición, año 2007, p. 16.

ilícito: un acto no puede ser lícito e ilícito a la vez. Así, por ejemplo, no son indemnizables los daños que se producen al deudor por la traba de embargo de sus bienes, ni tampoco los que sufre el comerciante por efectos de la instalación de un competidor. Rige aquí el principio ya consagrado en el Digesto: quien ejerce su derecho a nadie ofende.

## 2.- Relatividad de los derechos y evolución histórica de las ideas en torno al “abuso del derecho”.

Este absolutismo jurídico del Siglo XIX, que sacrifica el interés social al individual en nombre de una libertad mal entendida, resulta hoy en día jurídicamente inaceptable.

Es cierto que los derechos son facultades que la ley otorga al individuo, pero no para que los utilice a su antojo, sino para realizar determinados fines. Ello, porque la ley tiene por objeto, antes de asegurar la libertad humana, asegurar el orden social, es decir, permitir la convivencia social.

Los derechos, entonces, además de su aspecto individual, tienen una finalidad social que llenar, de la que su titular no puede prescindir. Deben ejercerse de acuerdo a los fines para los que han sido otorgados.

Quien prescinde de estos fines y ejerce sus derechos para obtener otros objetivos, distintos de aquellos que legitimaron la existencia de tales facultades, abusa de sus derechos, y si causa un daño, debe indemnizarlo.

Ello implica que los derechos que la ley nos confiere, los debemos ejercer racionalmente, bajo nuestra propia responsabilidad y no bajo la del Estado.

Este planteamiento, de comienzos del Siglo XX, se abrió paso en la doctrina y jurisprudencia francesa, planteándose, por ejemplo, los siguientes casos constitutivos de abuso de un derecho:

- El propietario que, sin ninguna utilidad para él, construye sobre el techo de su casa una enorme chimenea simulada, a fin de privar de luz y aire a su vecino (sentencia del Tribunal de Colmar, de 2 de mayo de 1855);
- El que, con el propósito de obligar a una sociedad constructora de dirigibles a comprarle su predio contiguo a una cancha de aterrizaje, construye en él un cerco de madera de 16 metros de altura, coronado con picas de fierro, que importa un peligro evidente para aquéllos; y
- El que, para privar al propietario colindante del agua que extrae de un pozo, abre en su heredad otro, cuya agua no utiliza o desperdicia.

Todos los anteriores, son casos en los cuales los titulares abusan de su derecho de propiedad. Este no se ejercita de acuerdo a su finalidad, cual es proporcionar a su titular el uso, goce y disposición de la cosa como un medio de satisfacer sus necesidades y desarrollar sus actividades, sino con el objeto de perjudicar a otro.

En esto consiste la relatividad de los derechos, que sirve de fundamento a la teoría del abuso del derecho.

No debe creerse, sin embargo, que la noción del ejercicio abusivo de un derecho sea una formulación reciente. En efecto, ya en Roma el pretor fue creando un derecho impregnado de equidad, que permitió resolver casos concretos que podrían asimilarse modernamente al abuso de un derecho. Esta función del pretor, como señala un autor, “*atemperó la estricta, absoluta e ilimitada actuación del derecho subjetivo de parte del sujeto facultado. Esta actitud de los pretores se traduce en algunas máximas que, a menudo, son puestas de manifiesto por quienes han estudiado con algún detenimiento la figura del abuso del derecho.*”<sup>3</sup> Pero como señala Carlos Fernández Sessarego, más que la existencia de una teoría general del abuso del derecho, los prudentes juristas romanos abordaron y resolvieron, dentro del principio de la equidad, cuestiones muy concretas en las cuales percibieron ciertos matices de un uso anormal del derecho. Su actitud fue resolver problemas determinados, sin preocuparse de agrupar y sistematizar los elementos dispersos con el propósito deliberado de elaborar una teoría del abuso del derecho.<sup>4</sup>

Posteriormente, en la Edad Media, surgirán dos doctrinas: la doctrina de los “*actos de emulación*” y la doctrina de las “*inmisiones*”.

La “*aemulatio*” se plantea como el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a otra persona o a un bien ajeno. Lo preponderante, en este caso, es la intención de perjudicar. Esta doctrina incide particularmente en el ejercicio del derecho de propiedad y, de modo especial, en las relaciones de vecindad<sup>5</sup>. Como dice José Manuel Martín Bernal, “*por acto de emulación se entiende entonces el ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad de su dueño y sólo con la intención de dañar a otro*”.<sup>6</sup>

¿Qué requisitos deben concurrir para dar por establecido un acto emulativo? Se mencionan tres por la doctrina:

1. Debe existir *animus nocendi*, esto es, el ánimo o intención de dañar, al momento de realizar el acto;
2. Debe realizarse un ejercicio extraordinario del derecho, es decir, fuera de la esfera de normalidad; y
3. El acto debe carecer de utilidad para quien ejerce el derecho.<sup>7</sup>

Sin duda, parece ser lo más difícil, determinar cuando se ejerce un derecho extraordinariamente, “*fuera de la esfera de la normalidad*”.

Para la teoría de las inmisiones, y a diferencia del componente subjetivo implícito en el acto de emulación (la intención de dañar), interesa un resultado puramente objetivo. En efecto, el acto de inmisión (del latín *inmissio*) deriva del ejercicio de la propiedad

---

<sup>3</sup> Fernández Sessarego, Carlos, citado por Rodríguez Grez, Pablo, “*El abuso del derecho y el abuso circunstanciado*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, reimpresión de la primera impresión del año 1998, p. 122.

<sup>4</sup> Fernández Sessarego, Carlos, citado por Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 123.

<sup>5</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p.p. 123 y 124.

<sup>6</sup> Martín Bernal, José Manuel, *El Abuso del derecho*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., año 1982, p. 29, citado por Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 124.

<sup>7</sup> Romero Jauvín, Emilio, *El abuso del derecho*, Guayaquil, Ediciones Edino, año 1993, pp. 11 y 12, citado por Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 125.

causando perjuicio al vecino. Se ha fundado esta teoría en el Digesto, en el que se afirma que una persona puede gozar libremente de su fundo, siempre que con ello no se verifique una inmisión en el fundo vecino. Se advierte que esta doctrina ha cobrado importancia en nuestros días, atendido el hecho que la sociedad industrial y la contaminación, subproducto de la primera, materializan actos de inmisión. Piénsese, por ejemplo, en todo lo concerniente a la eliminación de desperdicios químicos, radioactivos, etc.<sup>8</sup>; o en la explotación de industrias o talleres que impactan negativamente en las propiedades vecinas, por las emisiones de ruido, olores, enrarecimiento del aire y otros efectos igualmente desagradables.

Se afirma que el artículo 844 del Código Civil italiano, respondería a esta teoría, complementándola con la noción de *“tolerancia normal”*. Dispone este precepto que: *“el propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los humores, las sacudidas y similares propagaciones derivadas del fundo vecino, que no superen la normal tolerancia, teniendo también en cuenta las condiciones de los lugares.”*<sup>9</sup>

De esta manera, si intentáramos una síntesis histórica de la evolución de las ideas en torno al *“abuso del derecho”*, aparecerían tres nociones:

1. La equidad;
2. Los actos de emulación; y
3. Los actos de inmisión.

Como señala Rodríguez Grez, *“Como quiera que se consideren estos antecedentes, lo indiscutible es que desde muy antiguo se advirtió que el ejercicio del derecho subjetivo presentaba facetas irregulares que permitían la consumación de iniquidades que repugnaban la conciencia jurídica.”*<sup>10</sup>

### 3.- Críticas a la expresión “abuso del derecho”

Importantes autores, como Planiol, Baudry-Lacantinerie, Duguit, etc., combaten duramente la expresión *“abuso del derecho”*.

En concepto de Planiol, no es posible hablar de tal abuso sin incurrir en una contradicción: o el acto es abusivo, y entonces no puede ser el ejercicio de un derecho, o está de acuerdo con éste, y en tal caso no puede haber abuso. Dice Planiol: *“El derecho cesa, donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho por la razón irrefutable de que un mismo acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho. Puede haber abuso en la conducta de los hombres, pero ello no ocurre cuando ejercen sus derechos, sino cuando los exceden.”*

Josserand contesta, diciendo que tal contradicción no existe, agregando que es posible que un mismo acto sea a la vez conforme y contrario a derecho, porque esta expresión tiene dos acepciones muy diferentes. Según una, es el conjunto de reglas

---

<sup>8</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p.p. 126 y 127.

<sup>9</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 127.

<sup>10</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 128.

jurídicas –derecho objetivo-, y según otra, una facultad concedida al hombre para ejecutar actos determinados –derecho subjetivo. El acto abusivo es el realizado en virtud de un derecho subjetivo, el de propiedad por ejemplo, pero en desacuerdo con el derecho objetivo, es decir, con el conjunto de las reglas jurídicas. Así, el propietario que dentro de su heredad ejecuta un acto que daña al vecino, podría obrar en conformidad a su derecho de dominio, pero en pugna con el Derecho en general.

#### 4.- Justificación de la teoría del abuso del derecho.

Aunque las críticas tengan fundamento, la expresión “*abuso del derecho*” es generalmente admitida por la doctrina. El éxito de la teoría se explica, si consideramos que ella tiende a moralizar o humanizar el Derecho, poniéndolo en armonía con la realidad. Rechazar la teoría, sería equivalente a permitir que se dañe al prójimo al amparo de la ley y a pretexto de que el acto realizado se encuadra aparentemente en las facultades que ella confiere. Lo anterior, porque muchas veces, detrás de un acto en apariencia conforme a la ley, se oculta un fraude a la misma, un propósito doloso. Cerrar los ojos a esta evidencia en nombre de su conformidad supuesta con el texto escueto de la ley, no es hacer justicia, sino, por el contrario, amparar la inmoralidad y la mala fe.

No admitir el abuso del derecho como fuente de responsabilidad, importaría, además, restringir ésta en forma considerable. Como dicen Colin y Capitant, todo acto del hombre que la ley no prohíbe de un modo expreso, constituye el ejercicio de un derecho y es precisamente al utilizar sus facultades cuando aquél suele dañar a otro. Negar entonces la reparación sería reducir la responsabilidad civil sólo a los casos en que el acto está prohibido por la ley, y tales casos son excepcionales.

Otro importante autor francés que adhirió en su momento a la doctrina del abuso del derecho, fue Saleilles. A raíz de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Colmar, el 2 de mayo de 1855, propuso incorporar en el Código francés el siguiente precepto: “*Todo acto cuyo efecto sea causar un daño sin interés legítimo y apreciable para el que lo ejecuta, nunca puede ser el legítimo ejercicio de un derecho.*” Este proyecto es criticado positivamente por Rodríguez Grez, para quien los casos de abuso de derecho en realidad deben encuadrarse en un ejercicio que va más allá del derecho. En efecto, sostiene, el derecho subjetivo sólo permite satisfacer los intereses protegidos en la norma que lo instituye. Más allá de ese “*interés*” no hay derecho, y por lo mismo, se actúa al margen de la legalidad, no hay derecho<sup>11</sup>. Para este autor, nos hallamos frente al abuso del derecho, siempre que la pretensión que se hace valer no tiene por objeto satisfacer el “*interés jurídicamente protegido*” por la norma. Esto sucederá porque se reclama un beneficio que no corresponde o porque se excede el beneficio que tolera y ampara el respectivo derecho subjetivo. En este caso, el agente ha puesto en movimiento su derecho de manera irregular, puesto que el incentivo del mismo es diverso de aquel resguardado y querido por la norma jurídica positiva. El titular del derecho subjetivo procura una meta distinta de aquella establecida en la norma. De esta forma, sea porque no se busca satisfacer un interés previamente definido, sea porque la pretensión abarca un terreno que queda fuera del

---

<sup>11</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 129.

interés protegido, falta al derecho su elemento sustancial.<sup>12</sup> Más allá del referido interés, se actúa al margen del derecho, de hecho, infringiendo el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, no se abusa del derecho, porque estamos ya en una zona donde no hay derecho.<sup>13</sup>

##### 5.- El abuso del derecho en la legislación chilena.

Nuestro Derecho, si bien no de modo expreso pero al menos implícitamente, también sanciona el ejercicio abusivo de un derecho. Varios preceptos así lo demostrarían:

- El artículo 2110 del Código Civil, dispone que no vale la renuncia del socio que se hace de mala fe o intempestivamente. Salvo en los casos del inciso 2° del artículo 2108, los socios pueden renunciar a la sociedad en cualquier momento: el socio que renuncia, no hace sino ejercitar un derecho. Pero este ejercicio no puede ser abusivo y lo es cuando el socio renuncia de mala fe o intempestivamente;
- En el caso de la excepción de subrogación, contemplada en la fianza. Recordemos que consiste en la facultad del fiador, para exigir que se rebaje de la demanda del acreedor todo lo que el fiador podría haber obtenido del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal o que se declare extinguida la fianza en todo o en parte, cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o los otros fiadores, o cuando el acreedor por hecho o culpa suya, ha perdido las acciones en que el fiador tenía derecho de subrogarse (artículos 2355 y 2381 número 2). A juicio de una parte de la doctrina, se trataría de una aplicación de la teoría del abuso del derecho, en el que incurriría el acreedor que no conservó sus acciones contra el deudor principal.
- Por su parte, el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, establece la responsabilidad del que solicitó una medida prejudicial precautoria: si no se deduce la demanda en el término legal o sin formular en dicha demanda solicitud para que la medida decretada, se mantenga, el actor ha abusado de su derecho, y su actitud está demostrando o que tal derecho era infundado, o que ha obrado precipitadamente o con descuido (recordemos que en este caso, la ley presume el dolo);
- El artículo 56 del Código de Aguas, que dispone en su inciso 1°: *“Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para la bebida y uso domésticos, aunque ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos.”*
- El artículo 100 del Código de Comercio, en relación al derecho que tiene el oferente, de retractarse de su oferta antes de que ésta sea aceptada: Ripert y Josserand, planteaban que el fundamento de la responsabilidad precontractual debía entenderse desligado de la idea de culpa y que debía encontrarse en un acto arbitrario que configura *“un abuso del derecho de no contratar”*.<sup>14</sup> Como señala

---

<sup>12</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 85.

<sup>13</sup> Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 138.

<sup>14</sup> SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo, artículo *“La responsabilidad durante los tratos negociales previos”*, en Revista *“LEX ET VERITAS”*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK (Santiago, Editora Metropolitana, año 2004), Vol. 2, pág. 96.

Picasso, que adhiere al abuso del derecho como factor de atribución de responsabilidad, *“La culpa como factor de atribución no resulta en principio aplicable a quien ejerce un derecho suyo. La culpa presupone ilicitud en la conducta, y resulta por lo tanto incompatible con el ejercicio de una facultad conferida por la ley al dañador. El abuso del derecho, por el contrario, presupone el ejercicio de un derecho por parte del responsable, aún cuando, por ejercerse en contra de los fines tenidos en cuenta por la ley, o exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres, dé lugar de todos modos a la reparación del daño. En otras palabras, los derechos no se ejercen culpable o inculpablemente, sino en forma regular o antifuncional. No cabe duda de que cualquiera de las partes, en uso de su libertad de contratación tiene, en principio, un verdadero derecho de apartarse de las tratativas en cualquier momento. Siendo ello así, cuando esta facultad es ejercida ‘injustamente’, cabe responsabilizar al agente con base en el abuso del derecho como factor de atribución.”*<sup>15</sup> Ahora bien, agrega Picasso que el exceso de los límites impuestos por la buena fe es precisamente una de las pautas que sirven para evaluar la existencia del abuso del derecho, cuestión objetiva y no subjetiva, desde el momento que puede haber abuso del derecho sin culpa. Ahora bien, como en principio las partes tienen plena libertad para contratar o no, la regla será que ellas puedan apartarse en cualquier momento de las tratativas, y quien invoque la mala fe o el abuso del derecho, deberá demostrarlo<sup>16</sup>. La doctrina del abuso del derecho como fundamento de la responsabilidad precontractual ha sido cuestionada, sin embargo, señalándose que ella *“...no explica adecuadamente el juego de la responsabilidad en las tratativas, donde las partes no tienen una sobre la otra ningún derecho, sino que pesa sobre ambas la obligación de guardar una conducta diligente, ni tampoco durante la etapa posterior, en los casos de muerte e incapacidad sobreviviente del solicitante.”*<sup>17</sup>

#### 6.- Distinción entre el abuso del derecho y la carencia de un derecho.

Sólo cabe hablar de abuso de un derecho, cuando la responsabilidad a que puede dar origen se genera en el ejercicio de un derecho, es decir, cuando su titular obra dentro de las facultades que éste le confiere. Si se extralimita en el ejercicio de tales atribuciones, sobrepasando los límites materiales de su derecho, no hay abuso, sino ausencia o carencia de derecho, y si a consecuencia de ello causa un daño, su responsabilidad será evidente y quedará regida por los principios generales. Tal sería el caso, por ejemplo, de una acción de reclamación de filiación completamente infundada (hecho de que estaba en conocimiento el demandante), o el caso del propietario que con su edificio invade terreno ajeno. En tales casos, no se abusa de un derecho, sino que lisa y llanamente se actúa sin él. En cambio, el que dentro de su heredad, cava un pozo para secar el de su vecino o construye una chimenea simulada para privar a su vecino de luz y aire, abusa de su derecho de dominio,

---

<sup>15</sup> PICASSO Sebastián, ob. cit.

<sup>16</sup> PICASSO Sebastián, ídem.

<sup>17</sup> BREBBIA, Roberto, *“Culpa precontractual”*, artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Ameba, Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V, pág. 284.

porque obrando dentro de su predio y en ejercicio de las facultades que ese derecho le confiere, ha ejecutado un acto dañoso para otro.

#### 7.- Concepto del abuso del derecho: teorías.

¿Cuándo se puede decir que el ejercicio de un derecho es abusivo y compromete la responsabilidad de su titular? Todos concuerdan en que este abuso existe si el derecho se ejercita maliciosamente, con el propósito de dañar a otro, o sin que dicho ejercicio reporte utilidad alguna para su titular.

El desacuerdo en la doctrina, comienza cuando ese ejercicio, no obstante reportar utilidad a su titular o no ser malicioso, daña a otro.

Según algunos, hay abuso del derecho cuando el derecho se ejerce contrariando su finalidad social o económica. Todo derecho, dicen, tiene una misión que cumplir, un fin que realizar. Desviarse de él, es abusar del derecho. Es el concepto finalista sustentado por Saleilles y Gény.

Según otros –Josserand entre ellos-, para determinar si hay abuso, es necesario atender a los móviles o motivos que han inducido a actuar a su titular, al fin que se ha propuesto alcanzar. Si ese móvil o fin concuerda con el espíritu del derecho, con la finalidad que éste persigue, es legítimo y el ejercicio del derecho, correcto y normal. En caso contrario, el ejercicio es abusivo. Afirmaba Josserand: *“los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario, seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya no usado sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada.”*<sup>18</sup> De esta forma, señala Enrique Barros, comentando el planteamiento de Josserand, se incurriría en abuso del derecho subjetivo si los motivos concretos del titular no están conformes al fin o a la función que el derecho subjetivo posee según el ordenamiento que lo establece. El abuso del derecho, según esta doctrina, radicaría en el ejercicio concreto de un derecho que resulta extraño al fin socialmente valioso para el cual ha sido atribuido.

En realidad, ambas opiniones son convergentes, pues las dos tienden a averiguar cuál es la finalidad social del derecho, el objeto con que ha sido creado, para establecer enseguida si su titular, al ejercerlo, ha obrado o no de acuerdo con él.

Alessandri critica el criterio que se desprende de las anteriores opiniones, señalando que aparte de ser vago e impreciso, pues no siempre es posible apreciar exactamente el espíritu o finalidad de cada derecho, tiene el inconveniente de dar ancho campo a la arbitrariedad jurídica y de llevar la política a los estrados de la justicia, toda vez que

---

<sup>18</sup> Josserand, citado por Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2006, p. 623.

incumbirá el juez determinar en cada caso la finalidad social o económica de los derechos. Esta misión, además de ser difícil, es peligrosa, ya que cada uno apreciará esa finalidad según sus ideas políticas y económicas. Así, por ejemplo, el fin que un socialista atribuye al derecho de propiedad, distará mucho, ciertamente, del que le asigne un liberal manchesteriano.

En concepto de Alessandri, el abuso del derecho es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil: ese abuso no es sino una especie de acto ilícito. Debe, por tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito: habrá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culpablemente, es decir, con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios. Así como el hombre debe hacer un uso juicioso y prudente de las cosas y comete delito o cuasidelito si las utiliza con la mira de perjudicar a otro o sin la prudencia necesaria y con ello causa un daño, del mismo modo los derechos que la ley le otorga debe ejercerlos sin malicia y con la diligencia y el cuidado debidos. Al no hacerlo, incurre en dolo o culpa. Ahora bien, los conceptos de dolo y culpa son amplios, aplicables a todos los actos humanos, sean materiales o jurídicos. No se ve entonces por qué unos y otros actos no han de regirse por idénticos principios. Este criterio, que también sustentan los hermanos Mazeaud, Colin, Capitant, Demogue y otros, elimina en gran parte la arbitrariedad judicial, pues hace innecesario determinar la finalidad social o económica de su derecho.

El criterio anterior, tiene además la ventaja de responder a la realidad de las cosas, porque en el hecho, cualquiera que sea la teoría que se adopte, sólo hay abuso de derecho cuando éste se ejerce dolosa o culpablemente, comoquiera que ejercerlo contrariando su finalidad social o económica sin un motivo legítimo es precisamente obrar con culpa: un hombre prudente, no ejerce sus derechos en esa forma. Tal parece ser el criterio que inspira a nuestro legislador, en el caso, por ejemplo, del artículo 2110 del Código Civil, que según vimos, invalida la renuncia que hace el socio, de mala fe o intempestivamente, esto es, actuando con dolo o en forma imprudente. Lo mismo ocurre en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, al presumir el dolo. Es asimismo el que aplica nuestra jurisprudencia. Cuando los tribunales se hallan en presencia de una demanda de indemnización de perjuicios fundada en el ejercicio abusivo de un derecho, no entran a revisar si éste se ha ejercido o no de acuerdo con su finalidad económica o social, si el móvil del agente concuerda o no con tal finalidad, sino que revisan única y exclusivamente, cuál fue la conducta, si obró o no la persona con dolo o culpa. Si estiman que hubo dolo o culpa, ordenan su reparación y en caso contrario, la deniegan. Y en ambos casos, fundan su decisión en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

#### 8.- Ejercicio de un derecho con intención de dañar.

Hay abuso de derecho, dice Alessandri, cuando su titular lo ejerce dolosamente, esto es, con el propósito deliberado de causar daño, aunque este propósito no haya sido el único que persiguió. Basta que un derecho se ejercite con la intención positiva de inferir daño a otro, para que ese ejercicio sea abusivo y su titular quede obligado a reparar el daño causado, por lícitos que hayan sido los demás fines que lo indujeron a obrar. En este caso, el ejercicio abusivo de un derecho constituye un delito civil (artículo 2284 del Código

Civil). Es el caso, antes citado, de quien solicita una medida prejudicial precautoria, siendo responsable de los perjuicios causados, cuando no deduce su demanda oportunamente o al hacerlo, no solicita que se mantenga la aludida medida, considerándose doloso su proceder.

#### 9.- Prueba de la intención de dañar.

La intención de dañar, a menos que la ley la presuma, debe ser acreditada por quien la alega. Esta prueba no será difícil si el ejercicio del derecho no reporta a su titular utilidad alguna o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno.

Acreditado que el ejercicio del derecho no reporta a su titular ninguna utilidad o que si lo reporta es ínfimo o en todo caso muy inferior al perjuicio ajeno, quedará con ello establecida la responsabilidad en los términos del derecho común.

#### 10.- Ejercicio de un derecho con culpa o negligencia.

Cuando el titular de un derecho lo ejerce con culpa, esto es, sin aquella diligencia o cuidado con que lo haría un hombre prudente, hay abuso del derecho y constituye entonces un caso de cuasidelito civil (artículo 2284 del Código Civil). Habrá especialmente culpa, si existiendo diversos medios de ejercer el derecho con el mismo resultado o utilidad, no se elige el menos perjudicial.

#### 11.- Ejercicio legítimo de un derecho.

Fuera de los casos anteriormente señalados, el ejercicio de un derecho no comporta ninguna responsabilidad para su titular, aunque se dañe a otro: el ejercicio legítimo de un derecho, o sea, sin dolo o culpa, no es ni puede ser fuente de responsabilidad. La máxima "*nemo damnum facit qui suo jure utitur*" (a nadie daña quien su derecho ejerce), recibe entonces plena aplicación. Es el caso de quien entabla una demanda, creyendo tener la razón y pierde el juicio; o del Banco o agencia de informaciones (Dicom, por ejemplo) que de buena fe da informes desfavorables sobre el crédito de un comerciante; del empresario de un teatro o dueño de un establecimiento abierto al público que impide el acceso a él de una persona cuya presencia es inconveniente; del que publica un aviso limitándose a hacer saber al comercio que una persona ha dejado de ser su empleado desde tal fecha, etc.

#### 12.- Ambito del abuso del derecho.

Se ha concluido que todos los derechos, cualquiera que sean sus fuentes, reales o personales, patrimoniales o de familia, y aún las garantías constitucionales, son susceptibles de un ejercicio abusivo.

#### 13.- El abuso del derecho en materia contractual.

También tiene cabida el ejercicio abusivo de un derecho en materia contractual: los contratos deben ejecutarse de buena fe (artículo 1546 del Código Civil). El abuso puede incidir en la formación del contrato (período precontractual, tal como se desprende de las reglas del Código de Comercio relativas a la formación del consentimiento), en su

ejecución o cumplimiento (recuérdese que los partidarios de la teoría de la imprevisión han fundado la misma en un abuso del derecho en que incurre aquél de los contratantes que se aferra a la ley del contrato –artículo 1545- de manera inflexible, a pesar del cambio sustancial de las circunstancias generales de la economía), en el momento en que el contrato concluye y aún en el período post-contractual.

#### 14.- Naturaleza de la responsabilidad derivada del abuso del derecho.

Sea que el abuso se presente en materia contractual o fuera de ella, la responsabilidad a que da origen es siempre delictual o cuasidelictual. La responsabilidad contractual es la que proviene del incumplimiento de un contrato; el abuso del derecho, supone su cumplimiento. Es el caso del arrendador que rechaza sistemáticamente los diversos subarrendatarios que su arrendatario le propone en virtud de la cláusula que le permitía subarrendar con la aceptación de aquél. En este caso, el arrendador, al ejercer su derecho, si bien no infringe el contrato, lo cumple en forma abusiva.

#### 15.- Los derechos absolutos.

Son aquellos que su titular puede ejercer arbitrariamente, con cualquier propósito. Dada la naturaleza o carácter de tales derechos, el legislador ha permitido que se ejerzan con plena libertad. Su ejercicio, por tanto, no es susceptible de abuso, ni engendra responsabilidad para su titular, cualquiera que sea la intención con que proceda y aunque ese ejercicio sea doloso o culpable.

Entre tales derechos, pueden citarse a vía de ejemplo:

- El derecho de los ascendientes para negar su consentimiento al matrimonio de un descendiente mayor de 16 y menor de 18 años. Según el artículo 112 del Código Civil, aquellos pueden negar su asenso o consentimiento, sin expresión de causa alguna y sin que su disenso (o sea, negativa), pueda ser calificado de irracional por la justicia. Si el menor no obtiene esta autorización, simplemente no podrá contraer matrimonio hasta cumplir 18 años (en cambio, a falta de ascendientes del menor, la negativa al matrimonio del curador general o del oficial civil, ha de ser fundada en alguna de las causales previstas en el propio Código, y por ende, aquí sí podría haber un ejercicio abusivo del derecho);
- El derecho de adquirir la medianería de una cerca o pared divisoria (artículo 854 del Código Civil);
- El derecho del dueño de una heredad para pedir que se corten las ramas y para cortar él mismo las raíces del árbol ajeno que penetran en ella (artículo 942 del Código Civil);
- El derecho a disponer de los bienes por testamento en la parte de libre disposición legal: esta disposición de bienes será válida y oponible, cualquiera que sea el móvil que haya guiado al testador, aún el de perjudicar a los asignatarios forzosos o a los herederos abintestato. Según el artículo 1184 del Código Civil, el causante puede disponer de la parte de libre disposición, a su arbitrio (corresponderá a una cuarta parte, si hay legitimarios, y a toda la herencia, de no haberlos);

- El derecho del comunero para pedir la división de la cosa común. No habiéndose estipulado lo contrario, ello podrá pedirse siempre (artículo 1317 del Código Civil);
- El derecho del cónyuge sobreviviente, en la partición, para solicitar que se le adjudiquen, con preferencia a los otros comuneros, los bienes indicados en el artículo 1137, regla décima, o para solicitar que le sean entregados en calidad de usuario o habitador, en forma gratuita y vitalicia (el ejercicio de este derecho, constituye una excepción al caso anterior, pues en la práctica, puede paralizar la partición de bienes hasta la muerte del viudo o viuda);
- El derecho del hijo no matrimonial, para repudiar el reconocimiento de la paternidad o maternidad que haya operado en su favor (artículo 191).
- El derecho del legitimario a quien se le hicieron donaciones o legados que exceden su legítima, de optar, a su arbitrio, entre restituir al resto de la sucesión algunas de las especies que recibió del causante o el valor de las mismas. En tal caso, previsto en el artículo 1206 del Código Civil, nos encontramos, a juicio de Somarriva, ante un derecho absoluto en su ejercicio y por ende no cabe aplicarle la doctrina del abuso del derecho.<sup>19</sup>
- El derecho del asignatario por causa de muerte para repudiar la herencia o legado que se le ha deferido (artículo 1225, inciso 1°).
- El derecho de la mujer o de sus herederos a renunciar a los gananciales, una vez disuelta la sociedad conyugal (artículos 1781 y siguientes).

#### 16.- Sanción del abuso del derecho.

La sanción del abuso del derecho, es por lo general, como en todo delito o cuasidelito, la indemnización pecuniaria del daño causado. Pero esto no obsta para que sin perjuicio de ella, puedan decretarse otras sanciones que se estimen más adecuadas para hacerlo cesar, como por ejemplo, la adopción de medidas que atenúen o aminoren el daño, si éste no puede evitarse del todo; la ineficacia del acto abusivo, tratándose de la renuncia hecha por un socio de mala fe o intempestivamente, etc.

---

<sup>19</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.