

ENSAYO JURÍDICO, "BUFETE DE LA GARZA"

ABUSO DEL DERECHO

ALICIA MAGALY GONZÁLEZ GUZMÁN

Sumario: 1. Introducción. 2. Breves antecedentes históricos de la figura del abuso del derecho. 3. Diferentes teorías sobre el abuso del derecho. 3.1. Concepción subjetiva. 3.2. Concepción objetiva. 3.3. Concepción Mixta. 4. Relatividad del ejercicio de los derechos. 5. Presupuestos para la configuración del ejercicio abusivo de un derecho. 6. Conclusiones

1. Introducción

El Derecho, como sabemos, sirve de instrumento para la organización social, y para ello, se crean normas que regulan las conductas admitidas o se limitan otras. El ejercicio sin control de los derechos en esta organización social se constituye en una amenaza para la justicia, que es precisamente el fin esencial de todo sistema jurídico. Se trata de un principio general del derecho, el cual es bastante simple y complejo a la vez: nadie puede ejercer un derecho o abstenerse de hacerlo, si con ello causa perjuicio a otro. La noción de abuso del derecho se conoce a principios del siglo XX, con pretensión de instituto jurídico, pero su reconocimiento no ha sido pacífico, porque un sector de la Doctrina la ha negado mientras que otro sector la ha aceptado. Los derechos pueden ser utilizados, no en atención a un objeto cualquiera sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; no pueden ser ejercitados sin más, sino para un fin legítimo y por razón de motivo legítimo; que en ningún caso pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la mala fe, o de la voluntad de perjudicar injustificadamente a un prójimo

2. Breves antecedentes históricos de la figura del abuso del derecho¹

Los derechos absolutos e irrestrictos, proclamados en la revolución francesa, que perduraron como tales por más de un siglo, comenzaron a debilitarse en el siglo pasado. Fue la jurisprudencia francesa la que tuvo la responsabilidad de abrir camino hacia un criterio más social en el ejercicio de los derechos subjetivos. Correspondió a JOSSERAND y a SALEILLES elaborar una doctrina que constituyó una justa reacción contra el individualismo y absolutismo jurídico, propendiendo a una concepción más social del Derecho. Se dice (Moisset, 2010)¹ que fue el siglo XX donde toma auge la teoría del abuso del derecho gracias a Josserand y Saleilles, éstos provocaron una total renovación al pensamiento jurídico contemporáneo y un florecimiento de la teoría, no obstante existir muchos juristas que se resistían a admitir su existencia. Acepta que el germen de la “moderna” teoría se encuentra en la sentencia de Paulo de que “no todo lo lícito es honrado, reproducida entre las regula juris del digesto. En fin la postura tradicional y prevalente (Rengifo, 2010)² es que el derecho romano desconoció la figura del abuso del derecho ya que la noción de derecho en la época antigua era objetiva, porque daba a cada quien lo suyo y no se concedían facultades al individuo. Y si el derecho no era facultad, no era poder ni ventaja, no se podía abusar de él. La teoría de los actos de emulación (ejercicio de un derecho con la intención de dañar) sería el antecedente de la noción de abuso del derecho (Moisset 2010 y Rengifo 2010). Esta teoría surgió con ocasión de las relaciones de vecindad, que tuvo un fuerte desarrollo en el derecho con el fin de prohibir el ejercicio del derecho de propiedad sin utilidad para el dueño y sólo con la intención de dañar a otro. La teoría de las inmisiones, que surgió junto con la teoría de los actos de emulación, se refiere a las invasiones en la esfera jurídica ajena, pero sin intención de dañar. La teoría de inmisión determina, a su vez, un nuevo criterio que es el de la normalidad. Se consideran lícitas ciertas afectaciones que provienen de las necesidades cotidianas normales. Sólo lo extraordinario o anormal es cuestionado y posible de ser calificado como abusivo. Estos cambios en el pensamiento jurídico hicieron que con posterioridad al Código de Napoleón de 1804 se comenzara a regular el abuso del derecho. México no se quedó atrás,

¹ Ordoqui Castilla, Gustavo. (2010). Abuso de Derecho. 2e.

² Rengifo García, Ernesto. (2010) El abuso del derecho. Artículo. Recuperado el 31 de Octubre de 2010

añadiendo en su artículo 1912 del Código Civil del Distrito Federal el abuso del derecho de la siguiente manera: Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

3. Diferentes teorías sobre el abuso del derecho.

Son principalmente dos (2) concepciones las que se han expuesto para desarrollar la figura del abuso del derecho: la subjetiva, que parte de que el acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto y, la objetiva que atiende a los fines de la norma jurídica, y se estima que el acto es abusivo cuando se exceden o se violan esos fines. Dentro de estas dos (2) corrientes se identifica el criterio mixto.

3.1. Concepción subjetiva.

El sector más importante de esta concepción subjetivista, entiende que el ejercicio de un derecho es abusivo cuando se actúa con la intención de perjudicar al prójimo. Se parte por tanto de una actitud dolosa de quien ejercita las prerrogativas o facultades que surgen de la norma con el propósito de causar daño a un tercero. Esta teoría coincide con la de los "actos de emulación", elaborada por los glosadores en la edad media. El principal exponente de esta concepción es Georges Ripert quien acepta la existencia de esta figura, solo cuando el titular de un derecho, ejerciendo un acto en principio irreprochable, lo hace con la única y exclusiva intención de causarle daño a un tercero. Parte de la intencionalidad como fundamento del abuso del derecho. Se le reprocha a esta concepción en la dificultad para probar la intención de perjudicar, además de asimilar el acto abusivo a ilícito, por lo que los detractores de la teoría del abuso del derecho tendrían argumentos para indicar que no se requiere de la institución del abuso del derecho, pues resultaría suficiente resolver el caso con las normas de responsabilidad. Otro sector ya no se refiere a la intencionalidad como fundamento del abuso del derecho, sino que solamente requiere que el actuar del sujeto sea culposo. Es un criterio técnico soportado en los principios tradicionales. La culpa entendida como error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente. Basta haber ejercitado un derecho de manera perjudicial para un tercero sin interés para sí mismo. Los hermanos Mazeaud formularon este criterio. También en este sistema de la culpa la asimila acto ilícito. Otro sector dentro de los subjetivistas habla de la falta de interés serio y

legítimo, o también denominada fórmula económica. "Los derechos afirman los sostenedores de este criterio: se conceden a los individuos para la consecución de determinados fines económicos. Cuando en el ejercicio de un derecho se desprende un perjuicio para un tercero, sin que aparezca del lado del titular un interés serio y legítimo es forzosa la reparación.

3.2. Concepción objetiva.

El enfoque objetivo se aleja de consideraciones personales, debiéndose marcar los límites que marcan el exceso en el ejercicio del derecho y propone pautas de definición de los límites, que son los que finalmente definen el abuso. Está fundada en el desvío de la finalidad social de los derechos. Según Josserand, los derechos subjetivos no siempre son absolutos y la mayoría de las veces deben cumplir una función social. Cuando se carece de un interés legítimo y se desvía la finalidad social del derecho, causando con ello daño a un tercero, entonces según este autor, hay abuso del derecho.

3.3. Concepción Mixta.

Propuesta por Josserand, al considerarse que no existe oposición entre los subjetivistas y los objetivistas, sino que son enfoques que se pueden complementar. Se indica este criterio como el que en la actualidad tiene mayor acogida por la doctrina para identificar una conducta como abusiva, pues si falta interés o es ilegítimo, se está empleando el derecho en forma irregular o abusiva. Como lo indica Moisset (2010) en unos casos, con criterio amplio se establece la alternativa y el acto se considera abusivo cuando se comprueba la presencia del elemento subjetivo (dolo o culpa), o en su defecto, la del elemento objetivo (ejercicio irregular), considerándose que cualquiera de ellos es suficiente. Para TAMAYO (2007)³ en la teoría del abuso del derecho debe existir al mismo tiempo intención dañina y la falta de interés serio, pues si falta alguno de estos elementos no habría abuso del derecho, y debiera buscarse otra clase la responsabilidad.

4. Relatividad del ejercicio de los derechos

³ Tamayo Jaramillo, Javier. (2007). Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I

El concepto absolutista del derecho es propio de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Este enfoque hoy ha sido prácticamente abandonado porque el derecho no se realiza o ejercita en el vacío sino en un medio social, en una comunidad organizada donde se debe proteger que cada derecho sea usado para el fin o función para el que fue creado. Se pasa a asumir que el derecho es algo más que forma y responde a un fin que se debe acatar en su ejercicio. La problemática del abuso del derecho en la modernidad se ha centrado en la necesaria ponderación de los intereses en juego y en conflicto, debiéndose priorizar, en muchas ocasiones lo uno sobre lo otro. Como lo dice Moisset (2010) para poder entender el tema de un posible exceso o irregularidad en el ejercicio de un derecho, debe encararse la situación no sólo desde el punto de vista del que ejerce el derecho sino también del que debe soportar las consecuencias de tal ejercicio. Se concluye que hay abuso del derecho cuando no se respetan las exigencias de equilibrio y razonabilidad entre las ventajas de una parte y los intereses sacrificados de otro derecho, siendo preponderante la concepción de la buena fe como instrumento de control de la conducta debida, llegándose a la aplicación de principios como el de la solidaridad y la cooperación como orientadores en el ejercicio de los derechos. Y es aquí donde encontramos concepto de la relatividad del ejercicio de los derechos. La teoría de la relatividad del ejercicio de los derechos tiene por fin no solo lo social sino flexibilizar la norma en su encuentro con la realidad, lubricando posibles roces entre la ley y la coexistencia social. La conciencia de la dimensión social de la persona y la necesidad de proteger a otras en el momento en que se ejercen los derechos determinó que se planteara la conveniencia de marcar límites dentro de los cuales el ejercicio del derecho es lícito y cuándo no lo es. Estos límites indican la relatividad de los derechos, los cuales pueden ser internos y externos. Los internos o naturales parten de considerar el fin o la función del derecho en su propia estructura y razón de ser; en cambio los externos, pero dentro de lo jurídico, están marcados por la vigencia plena de la buena fe, la equidad, el orden público, las buenas costumbres, los criterios de lo razonable y lógico en consideración de las circunstancias del caso. Así las cosas, los derechos subjetivos confieren a su titular una situación de poder, que no es absoluto sino que está limitado por los fines o valores para los que fue conferido el derecho.

5. Presupuestos para la configuración del ejercicio abusivo de un derecho

Se requiere:

- a) La existencia de un derecho subjetivo, que en principio se ejerce en el marco de licitud, pero que puede volver ilícito y afectar intereses ajenos. No se lesiona un derecho subjetivo de tercero sino que se lesiona un interés que carece de protección normativa concreta. Este interés está protegido con principios generales como la buena fe y otros.
- b) Ejercicio del derecho subjetivo y conflicto con el derecho ajeno. Se trasgrede es un deber genérico implícito en todo derecho subjetivo, consistente en el respeto debido a principios generales del derecho que marcan la conducta debida al ejercer el derecho.
- c) Ejercicio del derecho subjetivo en forma irregular, antisocial o inmoral, pues se aparta de la buena fe, lo moral o lo socialmente admisible.
- d) Afectación de un interés ajeno no tutelado por una norma específica, que supone un daño relevante. Ese daño debe tener entidad.
- e) Existencia de relación causal entre el ejercicio del derecho y la afectación del interés ajeno.
- f) Daño imputable al que ejerce el derecho por proceder dolosa o culposamente, por haber usado el derecho en forma anormal, irracional o irregular, porque procedió sin interés o interés legítimo, o sin necesidad o utilidad, porque se apartó de las buenas costumbres, porque se actuó con desvío del fin que es propio del derecho que se ejerce, o porque se lesionó sin justa causa un derecho de un tercero.
- g) En su autonomía estructural, el abuso del derecho no exige necesariamente la calificación de la conducta como culposa o dolosa, exige es la contradicción del ejercicio de un derecho con sus fines.

6. Conclusiones

Por lo expuesto, manifiesto la importancia de la adhesión a la corriente que entiende que el abuso del derecho es un principio general del derecho, resaltando la trascendencia que tiene, para un sistema jurídico determinado, adoptar un principio general del derecho de la importancia del que nos convoca como defensores de la justicia. Todo esto por cuanto define cuál es la respuesta de la comunidad frente a la crucial interrogante de si los derechos pueden ser limitados en su ejercicio y, como consecuencia de ello, permite interpretar las normas, para luego evaluar las conductas más allá de su tenor literal. Bajo la denominación de Abuso del Derecho se ha elaborado una teoría que ha demostrado una trascendencia incuestionable. La necesidad de un control para impedir las

conductas ilegales o aparentemente conformes a la norma, pero excediéndola indirectamente, es irrefutable, pues no de otra manera se puede garantizar el uso pacífico y útil de los derechos, frente al exceso producido por su ejercicio incontrolado. La institución del abuso del derecho surgió como una respuesta al marcado individualismo de otras épocas, herencia de la Revolución Francesa, que causaba daño injusto bajo el presupuesto de legitimación del ejercicio de un derecho individual. Se ha convertido en un instrumento de flexibilización y adaptación dentro de la legalidad del derecho a las nuevas realidades sociales, económicas, tecnológicas que hoy vivimos y que se vivirán en el futuro, pues el derecho no es solo para individuos aislados sino para personas que viven en sociedad y que requieren de poner en vigencia valores solidarios que tiendan al bien común. Además de la necesidad que requerimos como sociedad de crear y mantener un sistema de información accesible a las personas, de tal manera que sientan y tengan la certeza de que la justicia existe para todos, ya que se puede exigir responsabilidad no sólo al que actúa al margen de todo derecho, sino también al que causa daño con ocasión del ejercicio de un derecho de que es titular o también con ocasión de su no uso o de su no ejercicio (la abstención, no uso u omisión, es una modalidad de abuso del derecho). Finalizo mi trabajo con una última idea, el derecho y su ejercicio son distinguibles: el primero en cuanto atribución o facultad que corresponde a su titular, y el segundo en cuanto a la forma o modo de hacer uso de esa facultad. Esta distinción permite concebir lo que se ha llamado "abuso del derecho". El derecho no es absoluto, no puede ejercitarse de una manera que lastime los imperativos humanos de solidaridad social y de consideración intersubjetiva, Si cada derecho tiene una finalidad, pensamos, le corresponde al intérprete descubrirla y determinar si el ejercicio o no de un derecho resultó abusivo con base en los principios y valores axiológicos extraídos de la Constitución. El abuso del derecho, en tanto principio general, es un instrumento del cual se vale el operador jurídico para lograr una correcta y justa administración de justicia. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que, debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, enfrentando audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar.