

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO



EL ABUSO DEL DERECHO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

ALUMNA: IVONNE ANDREA ANGULO CIFUENTES
PROFESOR PATROCINANTE: JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN

VALDIVIA, 15 DE DICIEMBRE DE 2006



Universidad Austral de Chile

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

EL ABUSO DEL DERECHO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL IVONNE ANDREA ANGULO CIFUENTES

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el Profesor que suscribe viene en informar la Memoria de que da cuenta el epígrafe.

El título que encabeza el trabajo de la Srta. Angulo informa sucinta y correctamente acerca del problema jurídico que enfrenta. En efecto, ella realiza un estudio comparado, doctrinal y jurisprudencial que, frente a la práctica ausencia legislativa, intenta elucidar cuál sea el régimen jurídico aplicable al fenómeno conocido – universal aunque controversialmente- como “abuso del derecho”, esto es, al fenómeno en virtud del cual un sujeto, al ejercer un derecho subjetivo o potestativo más allá de los límites previstos por su función social, causa daños a otros.

Con el propósito de explorar la resolución de su problema la tesista, luego de una breve introducción, destina un primer capítulo a exponer ciertas nociones generales sobre la materia en estudio, intentando en primer lugar una conceptualización del problema del ejercicio abusivo de los derechos, así como una muy parca (afortunadamente) referencia histórica, y una primera aproximación a los criterios con los cuales se ha intentado resolver el problema.

Enseguida, la tesista aborda, en el Capítulo Segundo, una revisión del tema en Chile, centrándose esencialmente en su recepción doctrinal, esto es, en cómo el punto ha sido tratado por los diversos autores que, desde la dogmática civil, se han ocupado de él; y en sus específicas muestras de recepción legal, en las escasas ocasiones en que el legislador nacional ha consagrado hipótesis de este clase. Luego, en un Capítulo Tercero, realiza una excursión por el Derecho Comparado. La tesista hace esta exploración considerando como metodológicamente relevantes –decisión ciertamente razonable- a los ordenamientos de derecho continental. A su turno, separa el recuento de la normativa europea más relevante, de aquella de origen latinoamericano. Finalmente, destina unos capítulos (cuarto y quinto) a lo que posiblemente sea el núcleo medular de la tesis: el análisis crítico de las decisiones judiciales que –en Chile- se han pronunciado por los Tribunales superiores empleando, implícita o explícitamente, la noción de abuso del derecho, sosteniendo sobre la base de ese análisis la necesidad de efectuar reformas sustantivas respecto del tema, de modo de no restringir indebidamente la razonable extensión de su utilización.

El tema abordado por la memorista es actual y de alto interés teórico y práctico, aunque su empleo no sea excesivamente frecuente en el foro. Asimismo, resulta ser de una razonable amplitud, para el tipo de trabajo que se pretende. Dentro de las limitaciones, el acervo bibliográfico resulta apropiado, y su uso en el régimen de fuentes bibliográficas y de cita legal, correcto. En cuanto a la forma, la redacción es suficientemente expedita, y muestra una sintaxis que permite la adecuada comprensión de las ideas. El vocabulario técnico, por su parte, se halla empleado con precisión, y sin abusar de él.



Universidad Austral de Chile

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

En síntesis, y para concluir, se trata de una Memoria que aborda un problema jurídico interesante y acotado, bastante bien planteada y desarrollada.

En mérito de las consideraciones antes expuestas, el profesor que suscribe es partidario de calificar la Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de doña Ivonne Andrea Angulo Cifuentes, con nota 6,5 (seis coma cinco), autorizando en consecuencia su empaste definitivo conforme a Reglamento.

JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN
PROF. DERECHO CIVIL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO: Abuso del derecho	2
I. Conceptualización.	2
II. Breve referencia histórica.	3
III. Criterios para la determinación del abuso del derecho.	5
CAPÍTULO SEGUNDO: El abuso del derecho en Chile	8
I. Recepción doctrinal del abuso del derecho.	8
II. Acogida del abuso del derecho en la legislación.	12
CAPÍTULO TERCERO: Aproximación al derecho comparado	15
I. Algunos ordenamientos europeos que consagran el abuso del derecho	15
1) Alemania	15
2) Suiza	16
3) España	17
4) Portugal	19
II. Ordenamientos latinoamericanos que consagran el abuso del derecho	20
1) Argentina	20
2) Perú	22
3) Venezuela	23
4) Brasil	24
5) Paraguay	24
6) Bolivia	25
7) Guatemala	26
CAPÍTULO CUARTO: Análisis jurisprudencial	27
I. El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual	27
II. El abuso del derecho y otras materias	34
CAPÍTULO QUINTO: Análisis crítico	41
CONCLUSIONES	44
ANEXO: Jurisprudencia recopilada	
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

En nuestro país el abuso del derecho no está regulado en términos generales dentro del ordenamiento positivo. Sin embargo existen normas específicas que tratan la materia. Esta ausencia de regulación ha llevado a la mayoría de la doctrina nacional a entender que al abuso del derecho deben aplicarse las reglas que rigen la responsabilidad civil extracontractual.

Nuestra investigación esta destinada a dilucidar si el criterio adoptado por la doctrina mayoritaria es suficiente, y, si sería conveniente en nuestro país regular el abuso del derecho. Esto para que los casos en que se presente la figura antes referida no queden impunes y, para que se logre la mejor solución para el caso concreto. Además para acercarnos un poco más al fin más importante del derecho que es la justicia.

Para adentrarnos en el tema comenzaremos con una breve referencia relativa a la conceptualización, historia y criterios para determinar la existencia del abuso. Luego revisaremos la doctrina nacional, y expondremos cuáles son las posturas que se sustentan en relación a la materia. Revisaremos también las normas específicas que tratan la materia en nuestro ordenamiento positivo.

Posteriormente realizaremos una aproximación al derecho comparado, en especial a los ordenamientos iberoamericanos que han consagrado expresamente el abuso del derecho en sus respectivas legislaciones. Esto nos servirá de orientación para afrontar el tema en nuestro país.

Continuaremos con un análisis jurisprudencial, en el cual revisaremos distintos fallos pronunciados por los tribunales chilenos que tratan el abuso del derecho, para que de esta forma podamos ver cuáles son las posturas adoptadas por los tribunales en relación a la figura en estudio. Incluiremos en nuestro análisis las sentencias que nos permitan ilustrar de mejor manera la posición que ha adoptado la jurisprudencia en relación al abuso del derecho.

Finalizaremos con un análisis crítico de lo expuesto en el transcurso de nuestra investigación.

Capítulo primero: Abuso del derecho

I. Conceptualización.

Cuando una persona con dolo o negligencia, perjudica a otra, haciendo lo que la ley le prohíbe, u omitiendo realizar lo que algún precepto legal le ordena, comete un acto ilícito, comprometiendo, en consecuencia, su responsabilidad. Esta era la doctrina consagrada por los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón, según las enseñanzas de sus grandes intérpretes, y seguida por las legislaciones que se inspiraron en dicho Código.

Pero se ha planteado otra hipótesis: Que un individuo ejercite una prerrogativa que la ley le acuerda, es decir *que haga uso de su derecho dentro de los límites y condiciones del mismo* y que de ese acto surja un daño para un tercero; ¿obligará en la misma forma su responsabilidad? Sí dicen hoy casi todos los autores, siempre que haya “abusado de su derecho”. Sin embargo esos mismos autores van a discrepar luego acerca del *criterio* que debe servir de base para determinar en cada caso si ha habido “abuso del derecho”.¹

La teoría del “abuso del derecho” surge como una sentida aspiración de orden ético y social. Con ella se intenta insertar el ejercicio del derecho subjetivo en un marco en el que coexistan múltiples sujetos y en que domina una concepción moral bien definida.²

Aparece, por otra parte, como una reacción al rigor del derecho asimilado a la literalidad de la norma y no más allá de ella, colocando al juez como un miserable aplicador aritmético de la ley, única forma de lograrse la seguridad jurídica según esa concepción.³

En relación a la expresión “abuso del derecho”, ésta ha sido largamente criticada, algunos señalan que la terminología es equivocada e inductiva a error. Afirmar que puede “abusarse” de un derecho encierra una contradicción grave, ya que el abuso, como se propone, sólo puede proyectarse en una zona en la cual el derecho no existe. No hay ni puede haber abuso alguno si el interés que se procura alcanzar y se realiza está dentro de los límites delineados por la norma. Más allá, simplemente, no estamos en el marco de lo jurídico.⁴

¹ Cfr. Fleitas, Abel M: *El abuso del derecho en la reforma del código civil argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1944, p. 5.

² Cfr. Rodríguez Grez, Pablo: *El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999, p. 134

³ Cfr. Fueyo Laneri, Fernando: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p 270.

⁴ Cfr. Rodríguez: *Op. cit.*, p. 138.

Otros señalan que no se trataría, real y efectivamente del abuso de un derecho subjetivo en sí mismo, sino en lo que se refiere a su actuación, a su ejercicio. De ahí que resultaría más preciso describir tal fenómeno, dentro de la óptica tradicional como “ejercicio abusivo de un derecho subjetivo”.⁵

II. Breve referencia histórica.⁶

La noción de “abuso de derecho” tiene discutibles antecedentes históricos en el derecho romano. Algunos autores afirman que la noción aparece en varias instituciones, por ejemplo en lo relativo a la protección de los esclavos frente a la conducta del amo, del hijo en relación a los padres, del pródigo, en la represión del fraude y en la introducción de la acción pauliana.⁷ Para otros esto no fue así, en este sentido Martín Bernal a partir de un trabajo de Rotondi acerca del tema, afirma que puede considerarse definitivamente demostrado que Roma no conoció una verdadera doctrina del abuso del derecho.⁸

La Edad Media ofrece nuevos antecedentes. La moral cristiana imprime en la vida comunitaria una concepción mucho más solidaria, surgiendo la llamada doctrina de los “actos de emulación”, sin duda, vinculada al “abuso del derecho”. La emulación proviene de la expresión latina “*aemulatio*” y consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a otra persona o un bien ajeno. Lo preponderante en este caso, es la intención de perjudicar (*animus nocendi*). Su alcance es eminentemente subjetivo, ya que supone la intención manifiesta y oculta de provocar perjuicio al ejercerse el derecho.

Cabe aún, en la Edad Media, citar otros dos antecedentes importantes. Por un lado, las Partidas de Alfonso Décimo el Sabio restringen el ejercicio del derecho de propiedad (Ley XIX del Título XXXII de la Partida III). En ellas se prohíbe cavar un pozo o una fuente si no resultare necesario y sólo se ejecutara esta obra con el fin de dañar al propietario de la heredad vecina. Por otro lado surge la teoría de las “inmisiones”. Según ella, y en oposición a la teoría de los actos de emulación de carácter eminentemente subjetivo, no interesa la intención de quien ejerce el derecho, sino un resultado puramente objetivo. El acto de inmisión deriva del ejercicio de la propiedad causando perjuicio al vecino.⁹

El primer ordenamiento jurídico que sentó expresamente el principio del abuso del derecho fue el Landrecht de Prusia de 1794, que en su artículo 34-39 señalaba: “no se debe indemnizar por un daño causado en el ejercicio de un derecho, a menos que entre las varias

⁵ Fernández Sessarego, Carlos: *Abuso del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 87

⁶ Para antecedentes históricos más extensos, Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, pp. 92-112

⁷ Cfr. Rodríguez Grez: *El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial*, p. 121.

⁸ Cfr. Martín Bernal, José Manuel: *El Abuso del Derecho*, Editorial Montecorvo S. A., Madrid, 1982, p. 25

⁹ Cfr. Rodríguez: *Op. cit.*, pp. 123-126.

maneras posibles de ejercerlo se haya elegido aquella más dañosa a otro con el fin de ocasionarle un perjuicio”. Y su artículo 26-28 establecía: “nadie puede abusar de su propiedad para lesionar a otro, con el fin de ocasionarle un perjuicio”, entendiéndose como abuso “todo uso de la propiedad que por su naturaleza no puede tener otro fin que perjudicar a terceros”.¹⁰

La jurisprudencia francesa contribuye como antecedente a la figura del abuso del derecho. Se citan a este respecto dos sentencias pronunciadas por los tribunales franceses, bajo la vigencia del Código Civil de 1804, que no trata la materia. La primera de ellas fue emitida por el tribunal de Colmar con fecha 2 de mayo de 1855. Esta sentencia estableció el germen de lo que sería la figura del abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX. En dicha decisión se declara que “si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y al abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”. La mencionada sentencia se refería al caso de un propietario que edificó sobre su casa una falsa, voluminosa e inútil chimenea, delante de la ventana de un vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole luz. Esta acción, si bien sustentada en un reconocido derecho subjetivo, carecía en su actuación de un interés serio y legítimo y, al mismo tiempo, no producía ningún beneficio al titular del derecho. El tribunal ordenó la demolición de lo construido y, al mismo tiempo, dejó a salvo el derecho del vecino al resarcimiento. La segunda sentencia, pronunciada por el tribunal de Lyon el año 1856, significa también un importante punto de partida para el desarrollo de una controvertida pero rica doctrina sobre el abuso del derecho. Con esta decisión se sancionó a un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole el acceso a la misma. El agua no era utilizada por dicho propietario sino que, más bien, se la dejaba perder en un río. La Corte de Lyon resolvió condenar al propietario en mención en tanto se había servido del “poder de abusar de su cosa,... inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar”. La Corte sostuvo el principio de que el derecho de propiedad encuentra un límite en la obligación de permitir al vecino disfrutar de su propiedad. Se sancionaba, en consecuencia, la conducta del propietario enderezada a causar daño sin obtener beneficio alguno.¹¹

Como hemos podido ver a través del examen sucinto de los diversos antecedentes históricos, se ha ido lentamente abriendo paso a la figura del abuso del derecho. Sin embargo, aún existe discrepancia en lo relativo al concepto de abuso del derecho, los criterios para su

¹⁰ Tavolari Goycolea, Pía: *El Abuso en el Proceso*, Editorial Jurídica Congreso Ltda., Santiago, 2004, p. 30.

¹¹ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 109-111.

determinación y la forma en que los distintos ordenamientos ha acogido la figura en sus respectivas legislaciones.

III. Criterios para la determinación del abuso del derecho.

Son diversos los criterios que ha esgrimido la doctrina para calificar un acto como abusivo, revisaremos en este apartado los principales.

a) Criterio subjetivo: El abuso del derecho, según esta posición, resulta ser el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o, en cualquier caso sin que su actuación origine un beneficio propio. De ello se desprende que el surgimiento del abuso del derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos de estos criterios: a) La intención de causar perjuicio (*animus nocendi*); b) acción culposa o negligente y, c) no existencia de un interés serio y legítimo para el agente.

Esta posición, a pesar de que inicialmente tuvo un cierto auge, fue motivo de críticas, aquellas se basan principalmente en la dificultad de probanza que conlleva. No es nada fácil determinar la real existencia de una intención, en la medida que ella radica en el mundo interior de una persona.¹²

Borda señala, en relación al criterio de falta de interés serio y legítimo, que es insuficiente. Esto porque los actos realizados sin interés alguno son muy excepcionales; aún en los más repudiables hay generalmente un interés que está impulsando al autor, pero no por ello el acto es más lícito. La insuficiencia de este criterio quedó demostrada en un caso resuelto por la Cámara de los Lores inglesa en 1895. Un vecino, por cuyo fundo atravesaba una corriente de agua que abastecía a la localidad de Bradford, desvió sus aguas para obligar a la municipalidad a que lo adquiriera a buen precio. Planteada la cuestión ante el aludido tribunal, este resolvió que puesto que el corte de corriente no había sido hecho sin interés alguno, sino con el de especular con la venta de su propiedad, no había abuso. La solución dada a este caso resulta repugnante al sentimiento jurídico moderno.¹³

b) Criterio objetivo: En una posición opuesta a la anterior se encuentran quienes postulan el criterio objetivo para tipificar el acto abusivo, acudiendo a una posición que se dice finalista o funcional. Lo que determinaría el abuso, para quienes sostienen esta postura, no es la intención del titular que pone en movimiento el derecho, sino el apartamiento de la finalidad social y económica que corresponde a cada uno de ellos. En otras palabras, se afirma

¹² Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 125.

¹³ Cfr. Borda, Guillermo: *El abuso del derecho*, en revista *Ius et praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Lima, Lima, N° 15. junio 1990, p. 15

que se abusa del derecho cuando éste se ejerce contra la función social y económica que es inherente a él.

Los autores no ponen acento en el interés privado tutelado en la norma, sino en la finalidad con que cada derecho ha sido instituido al surgir a la vida jurídica.¹⁴

Para Borda este criterio es más comprensivo y de técnica jurídica más depurada, ya que habría abuso del derecho, cuando se lo ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se los otorgó.¹⁵

Dos corrientes se advierten en esta tesis. Por una parte se desvía la función o finalidad del derecho hacia los principios generales (la buena fe, las buenas costumbres, la moral). Por la otra, se desconoce que el interés tutelado por la norma es el medio de que dispone el derecho para promover ciertas conductas, las cuales incentivan ofreciendo, por así decirlo, el poder del estado para obtener la satisfacción de dicho interés. De esta manera se promueve una conducta que encierra la realización de un valor o preferencia reconocido por el legislador.¹⁶

Borda apunta, en relación a la existencia de abuso cuando se ha ejercido el derecho en contra de la moral y la buena fe, que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de esta cuestión. Todos los argumentos de prestigiosos maestros del derecho se han estrellado con ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano, que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del derecho.¹⁷

c) Criterio mixto o ecléctico: De acuerdo a esta concepción, ambos criterios, el subjetivo y el objetivo, no se contraponen, sino más bien se complementan o combinan y la preponderante gravitación depende del punto de vista que se adopte en cada caso.

Uno de los representantes de esta postura es Jossierand. Para él todo se reduce a discernir de una parte el espíritu o función del derecho controvertido y, de la otra, el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Es así que combina, aunque en diferentes dosis, los elementos que, de modo reductivo, propugnaban los seguidores del criterio subjetivo como aquellos de la tesis objetiva del abuso del derecho.¹⁸

¹⁴ Cfr. Rodríguez Grez: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, pp. 170-171.

¹⁵ Cfr. Borda: *Op. cit.*, p. 15

¹⁶ Rodríguez: *Op. cit.*, p. 171

¹⁷ Cfr. Borda: *Op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁸ Jossierand, citado por Fernández Sessarego en: *Abuso del derecho*, pp. 133-134

Jorge Americano quien refiriéndose a este criterio sostiene que, recogiendo lo que hay de verdad en las teorías subjetivas y objetivas que tratan de fundamentar el abuso del derecho, es preferible adoptar un criterio mixto que analice, por así decir, objetivamente la intención; o en otros términos, que con los elementos que da el estudio del proceder normal de los hombres, concluya por la anormalidad del acto realizado por el agente, cuando no se conforme con ese término medio, imponiéndole la obligación de resarcir el daño causado¹⁹.

¹⁹ Jorge Americano citado por Fleitas: *El abuso del derecho en la reforma del código civil argentino*, p. 50.

Capítulo segundo: El abuso del derecho en Chile

I. Recepción doctrinal del abuso del derecho.

El abuso del derecho en nuestro país no se encuentra consagrado positivamente, sin embargo, se pueden encontrar algunas normas en la legislación que responden a su espíritu. De aquellas nos ocuparemos posteriormente.

En primer lugar veremos cómo el abuso del derecho ha sido recepcionado en la doctrina nacional. Comenzaremos con la posición que sustenta Arturo Alessandri Rodríguez, que es la que en general han seguido los autores que tratan de la materia.²⁰ Éste considera que “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”.²¹ De lo anteriormente transcrito podemos desprender que el autor no considera al abuso del derecho una figura autónoma, sino como una especie de acto ilícito. En este mismo sentido López Santa María apunta “el abuso del derecho no es una institución autónoma, sino una manifestación concreta de la responsabilidad civil extracontractual, la cual, en su caso permite demandar una indemnización de perjuicios por delito o por cuasidelito civil”.²²

Enrique Barros, al referirse al abuso del derecho como antecedente de la responsabilidad civil, señala los efectos generales de esta figura. Quien abusa de un derecho no puede invocarlo como justificación de su conducta. Aunque se cumplan formalmente las condiciones para su ejercicio, este no está amparado por la ley: el abuso de derecho es un ilícito civil. De esta calificación se siguen sus principales efectos jurídicos.

Entre estos efectos jurídicos distingue: 1) Si el abuso recae en el ejercicio de una acción civil, el titular queda privado de la pretensión respectiva. Así, por ejemplo, aunque el vendedor haya incurrido en el incumplimiento de alguna obligación conexa pactada en el contrato de compraventa, puede ocurrir que el comprador carezca de la acción resolutoria (que formalmente le corresponde según el artículo 1489), si atendidas las circunstancias del

²⁰ En el mismo sentido, Corral Talciani, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 125-127

²¹ Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 2ª edición. Editorial Ediar-Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1983, p. 261.

²² López Santa María, Jorge: *Los Contratos parte general tomo I*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, p. 305.

contrato, tal incumplimiento resulta proporcionalmente insignificante. En general, el abuso es precisamente el límite interno a las pretensiones que el derecho invocado confiere al titular. 2) Si el abuso ha recaído en el ejercicio de un derecho potestativo (esto es, de una competencia conferida para configurar o modificar relaciones jurídicas), el efecto será la ineficacia del acto jurídico. La ineficacia será de nulidad o inoponibilidad, según resulte de las reglas técnicas aplicables. Así, el acto realizado en fraude a terceros será inoponible, porque no está afectado por vicio alguno de nulidad (véanse ejemplarmente los artículos 2468 y 1753 II). Por el contrario, si el acto tiene por fin eludir la aplicación de una norma de orden público, la sanción será la nulidad, pues en tal caso estará normalmente afectado por los vicios de objeto o causa ilícitos. La superación del límite que las buenas costumbres y el orden público imponen al ejercicio del derecho potestativo tiene como sanción precisa ese efecto de nulidad (artículo 1461 y 1467 en relación con artículo 1682 I). 3) Si los efectos del acto abusivo se prolongan en el tiempo, corresponde interponer una acción civil orientada a evitar o terminar el daño provocado. La acción estará destinada a obtener que quien ejerce abusivamente el derecho (o amenaza hacerlo) omita la conducta y suprima los efectos dañinos ya producidos; su ejercicio es especialmente importante en materias de vecindad, en que se pretende la remoción de una causa actual de daño. El objeto de la acción es impedir un acto o provocar la restitución del estado de cosas afectado por el acto ya realizado. Si bien esta acción que cautela en naturaleza el derecho tiene fundamento en el Código Civil (artículos 932, 2328 II y 2333) y en la doctrina, tiende a ser ineficaz, porque en el derecho chileno no existen acciones civiles de urgencia consagradas por la ley o por la práctica judicial. Por eso, el medio idóneo para obtener la interrupción o prevención de los efectos dañinos es usualmente el recurso de protección, aunque ello suponga invocar en contra de quien actúa abusivamente una garantía constitucional de las enumeradas en el artículo 20 de la Constitución. En contraste con el expedito procedimiento de la protección, la acción civil para hacer cesar el daño está sujeta al procedimiento ordinario, de larga tramitación, o, a lo más, al procedimiento sumario. 4) Finalmente, el abuso del derecho puede dar lugar a responsabilidad civil extracontractual.

En relación a este último efecto, indica que en general, en el ordenamiento de la responsabilidad civil el ejercicio de un derecho opera como una causal de justificación que permite neutralizar el juicio de ilicitud de la conducta. Pero esta inmunidad cesa si el derecho no es ejercido de forma regular. Así, cuando el ejercicio del derecho resulta abusivo, usualmente será también culpable o doloso en los términos exigidos por la ley para que proceda la responsabilidad extracontractual por los daños causados a terceros. De este modo, por la sola aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual (artículos 2314 y siguientes) resulta obligado a indemnizar quien en ejercicio abusivo de su derecho

daña a otro, sea que haya actuado con dolo, sea que simplemente haya incurrido en notoria desconsideración de un deber implícito de cuidado (culpa)²³.

Fernando Fueyo señala que indudablemente en ocasiones nace la obligación de reparar daños por parte de aquel que ejerció su derecho abusivamente. Así también lo recalcan algunos códigos que consagraron este principio expresamente. Pero ni ese es el único efecto que se produce, ni menos podríamos tomar un efecto por la substancia. Él considera que el veto al ejercicio abusivo de los derechos constituye un principio general del derecho; ni siquiera una “teoría” o una simple forma de apreciar las cosas. Simplemente porque el ejercicio abusivo de los derechos puede darse respecto de cualquier derecho subjetivo, sin limitaciones, y, a la vez, porque fija los límites de contenido substancial del derecho al tiempo de su ejercicio por el titular respectivo.

Continúa Fueyo señalando que esta materia debería situarse en la Parte General, o Título Preliminar, o introducción, es decir el principio referido al ejercicio abusivo del derecho, debe iniciar la normativa del Código Civil. Concluye proponiendo un posible texto, aunque advierte que resulta extremadamente difícil dar con un buen diseño y redacción de la disposición que pudiere consagrar en Chile, por primera vez, el ejercicio abusivo de los derechos. El texto que propone es el siguiente:

“Los derechos subjetivos, públicos y privados, no podrán ejercitarse abusivamente, sino conforme a las exigencias de la buena fe, el orden público y las buenas costumbres imperantes.

Todo acto u omisión que por la intención del autor, o por su culpa o negligencia, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites del ejercicio de un derecho según queda establecido en el inciso primero, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y, según las circunstancias del caso, a la adopción de prontas medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso o que contrarresten las amenazas evidenciadas. Siendo posible, se perseguirá la reposición al estado de hecho anterior.

La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente.”²⁴

Pablo Rodríguez va más allá y discrepando frontalmente de la posición sustentada por Alessandri, señala que el abuso del derecho está mal conceptualizado, ya que si fuere susceptible de medirse conforme a las reglas de la responsabilidad delictual o cuasidelictual,

²³ Cfr. Barros Bourie, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006, pp. 646-648.

²⁴ Cfr. Fueyo Laneri: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, pp. 275- 298

ello implicaría dar a estas normas prioridad y supremacía en relación a las demás normas del ordenamiento jurídico. Ello porque el derecho subjetivo es una facultad conferida en el ordenamiento jurídico que permite a su titular obtener la satisfacción de un interés reconocido y amparado en dicho ordenamiento. Quien ejerce un derecho subjetivo sólo tiene una frontera que respetar, así obre de buena o mala fe y cuidadosa o negligentemente: el interés que el ordenamiento le permite alcanzar. Si el titular del derecho causa un daño, éste está previsto y es querido por el sistema jurídico que representa, junto al beneficio que se logra, la realización de un valor incorporado por el legislador en la norma que consagra el derecho.

Por lo tanto para él no puede abusarse del derecho, porque si se tiene, puede ejercerse, cualquiera sea el daño que se cause, y si no se tiene, no puede hablarse de abuso a su respecto.

Continúa diciendo que tras el abuso del derecho se esconde una figura completamente distinta, que corresponde a la desviación o extensión excesiva del interés jurídicamente protegido en el derecho subjetivo. Quien abusa del derecho lo que hace es otra cosa: extiende el interés más allá de sus límites o lo desvía en una dirección contraria a la ley. De allí que lo que se ha denominado abuso del derecho no sea más que el ejercicio de un espejismo o apariencia de derecho, porque éste sólo existe en la medida en que se logre con su ejercicio la satisfacción del interés protegido.

Concluye señalando que el abuso del derecho no tiene parentesco alguno con la comisión de un delito o cuasidelito, sino con el daño que se causa por efecto de poner en movimiento un falso derecho que no se tiene. Por lo mismo, es indiferente la intención con que actúa el agente, sólo interesa determinar que se trata de un daño que se causa pretextando el ejercicio de un derecho inexistente.

Agrega que la posición subjetivista en torno al abuso del derecho ha provocado que esta teoría deje en impunidad una infinidad de casos en que es imposible probar la culpa o el dolo de quien se atribuye el derecho. Muy diferente sería la realidad si se considerara que abusa aquel que manifestando ejercer un derecho, desvía o excede el interés consagrado en la norma.²⁵

²⁵ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo: *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999, pp. 79-80

II. Acogida del abuso del derecho en la legislación.

Adelantábamos que el abuso del derecho no se encuentra reconocido en forma general y expresa en nuestra legislación, sin embargo existen normas específicas que lo recepcionan.

Nuestro análisis incluirá aquellas normas citadas mayoritariamente por la doctrina como receptoras del abuso del derecho.

En primer lugar el artículo 945 del Código Civil (actualmente derogado y desplazado al artículo 56 del Código de Aguas). Según dicho artículo: “Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos 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 cegarlo.”

Fernando Fueyo considera que la hipótesis es muy restringida y que resulta aplicable a situaciones de muy rara ocurrencia, en el área rural y generalmente de mínima importancia.²⁶

Pablo Rodríguez distingue dos hipótesis en la norma. La primera consiste en que el titular del derecho no reporte beneficio alguno, caso en el cual es obligado a cegarlo. La segunda, en que el perjuicio que se cause sea mayor que el beneficio propio, debiendo en este evento prevalecer el derecho de quien obtiene mayor utilidad.

Él considera que sólo en la primera de las hipótesis anteriormente indicadas se está en presencia de un caso típico de abuso del derecho, ya que la figura descrita corresponde a una extensión indebida del interés que ampara la norma. En la segunda, él estima que se trata de un caso de colisión de derechos que se resuelve conforme a un criterio económico, prefiriendo el ejercicio de aquel derecho que va unido a una mayor utilidad.²⁷

En el Código Civil, encontramos el artículo 2110, que es señalado como una norma receptora del abuso del derecho. Dicha norma dispone: “No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente.”

El artículo anteriormente citado es complementado por los artículos 2111 y 2112, que establecen cuándo la renuncia es de mala fe o intempestiva respectivamente. El efecto para ambos casos lo establece el artículo 2111, que en su inciso primero, segunda parte, dispone: “podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar

²⁶ Cfr. Fernando Fueyo: *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 265

²⁷ Cfr. Pablo Rodríguez.: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, p. 206.

exclusivamente las pérdidas, si el negocio tuviere mal éxito”, y agrega en su inciso final, que “podrán asimismo excluirle de toda participación en los beneficios sociales y obligarle a soportar su cuota en las pérdidas”.

Fernando Fueyo indica que el efecto “no vale la renuncia” no es precisamente el de ineficacia del acto. El código desechó el camino de volver atrás, como si el acto no se hubiere producido y, en cambio reguló efectos imperativos y sancionatorios acordes con el contexto de la situación, tratando de evitar trastornos y perjuicios para la sociedad y el resto de los socios. A la vez contrarrestó los efectos del aprovechamiento abusivo por parte del socio que renuncia de mala fe o intempestivamente, y reguló efectos especiales más acordes con la idea de lo justo.

Agrega que aquí no se priva al socio de su libertad de renunciar. Lo que el socio no podrá hacer es abusar de su derecho a renunciar.²⁸

También se cita al artículo 51 inciso primero de la Ley N° 6.071 sobre propiedad horizontal, como receptora del abuso del derecho. Esta norma fue derogada por el artículo 48 de la Ley 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 16 de diciembre de 1997.

Sin embargo la ley 19.537, recoge en términos generales, lo que anteriormente regulaba el artículo 51. Dicha ley, en su artículo 32 inciso segundo, dispone “Las unidades se usarán en forma ordenada y tranquila y no podrán hacerse servir para otros objetos que los establecidos en el reglamento de copropiedad o, en el silencio de éste, a aquellos que el condominio esté destinado según los planos aprobados por la Dirección de Obras Municipales. Tampoco se podrá ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los copropietarios o comprometa la seguridad, salubridad y habitabilidad del condominio o de sus unidades, ni provocar ruidos en las horas que ordinariamente se destinan al descanso, ni almacenar en las unidades materias que puedan dañar las otras unidades del condominio o los bienes comunes”.

Para Fueyo, el artículo 51 inciso primero, actualmente recogido en el artículo 32 inciso segundo de la ley 19.537, es la aplicación más elocuente del ejercicio abusivo de los derechos en la legislación chilena hasta el momento. Agrega que estamos ante una hipótesis clara de aplicación de la teoría del abuso del derecho. Detento un derecho determinado, que puede ser el de dominio u otro, y debo ejercerlo racionalmente en forma de no causar daños o molestias

²⁸ Cfr. Fernando Fueyo: *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 266

a otros dentro de una relación de vecindad, como tampoco dañar de algún modo la propiedad raíz correspondiente.²⁹

Las normas analizadas son uniformemente aceptadas como receptoras del abuso del derecho. Existen otras respecto de las cuales no hay acuerdo. Alessandri agrega además de las anteriormente analizadas, el artículo 270 del Código de Procedimiento Civil (actualmente artículo 280) que considera doloso el procedimiento del que solicita una medida prejudicial precautoria concurriendo las demás circunstancias que señala y el artículo 39 de la ley de quiebras (actualmente artículo 45), que señala que el deudor sólo puede demandar perjuicios al acreedor que solicitó la quiebra si prueba que éste procedió con dolo o culpa.³⁰

Pablo Rodríguez indica que existen otras normas, especialmente contenidas en leyes modernas, que parecen estar inspiradas en la teoría del abuso del derecho. Él señala como normas que recepcionan esta teoría, los artículos 79 de la Ley de Sociedades Anónimas, 75 de la Ley General de Bancos, numerosas disposiciones de la ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, y los artículos 517, 532, 534 y 535 del Código de Comercio.³¹

Agregaremos un par de normas contenidas en el Código Civil, que también parecieran inspirarse en el abuso del derecho, ya que sancionan el ejercicio incorrecto del derecho otorgado y la utilización de éste para fines no previstos en la norma. En materia de filiación encontramos el artículo 197 (incorporado por la ley N° 19.585 de 1998) el cual en su inciso segundo establece que “la persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado”. En materia de alimentos encontramos el artículo 328 del Código Civil, que señala que “En caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo”.

Estimamos que la consagración legal de la materia en estudio existe, pero de un modo limitadísimo, y que tal como expresa Fueyo, nadie pondría en duda la pobreza científica de nuestro sistema legislativo en esta materia, como tampoco podría negarse la pobreza doctrinaria imperante en la materia en nuestros días.³²

²⁹ Cfr. Fernando Fueyo: *Instituciones de derecho civil moderno*, pp. 266-267

³⁰ Cfr. Alessandri Rodríguez: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, p. 262.

³¹ Cfr. Rodríguez Grez: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, pp. 212-217.

³² Cfr. Fueyo: *Op. cit.*, p. 267

Capítulo tercero: Aproximación al derecho comparado

I. Algunos ordenamientos europeos que consagran el abuso del derecho.

Comenzaremos este capítulo con una breve referencia normativa de ciertos ordenamientos europeos relevantes para nuestra investigación. Esto por cuanto consagran en forma expresa el abuso del derecho, y han servido de inspiración para algunas de las legislaciones que revisaremos posteriormente.

1) Alemania.

El Código Civil alemán de 1900 incorpora en su texto, hasta dos párrafos referidos a la condena, si bien limitada, del abuso del derecho. Éste código introduce el supuesto de abuso del derecho en su artículo 226. En este numeral se prescribe: “No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda causar perjuicio a otro”. La disposición es, como se aprecia sumamente restrictiva, ya que exige que tenga como única y exclusiva finalidad el causar un perjuicio a otro. Es decir que el acto abusivo no puede tener, simultáneamente, otro u otros propósitos. El requisito contenido en el texto del artículo 226 hace muy difícil cumplir, en la práctica, con el supuesto de la ley, ya que en la mayoría de los casos es muy probable que pueda demostrarse que, al lado del propósito de perjudicar a otro, se presentan otras finalidades diversas pretendidas también por el agente de manera conjunta.³³

Martin Bernal señala que el párrafo 226, no recoge ni acepta en realidad un criterio amplio de la teoría del abuso del derecho, y lo que hace es prohibir el acto emulativo aunque con un alcance menor que en la doctrina medieval ya que no es suficiente que exista la intención de dañar, sino que exige que la intención dolosa sea la única motivación del acto.³⁴

Fernández replica en relación al comentario realizado por Martin Bernal que pone en duda que este dispositivo constituya un verdadero y propio acto emulativo, en la medida que el supuesto de la ley no se limita, ni principal ni fundamentalmente, a un problema vinculado con el derecho de propiedad surgido entre vecinos.³⁵

Fueyo considera que la disposición 226 del Código Civil alemán, aparece como escasa o pobre en nuestros días y para la nación jurídica de primer plano de la cual procede.³⁶

³³ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 210- 211.

³⁴ Cfr. Martín Bernal: *El abuso del derecho*, p. 84.

³⁵ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 212

³⁶ Cfr. Fueyo Laneri: *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 277

El artículo 826 del Código Civil alemán en concordancia con el artículo 226, prescribe: “El que de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación”. El fundamento, en este caso, consiste en un atentado intencional pero a la vez, contrario a la moral, que es que es la interpretación más frecuente de lo que se pretende significar con la expresión buenas costumbres.³⁷

Para Martín Bernal, el artículo antes referido, proporciona mucho mayor juego, por cuanto obliga a la reparación, al que ejerciendo un derecho subjetivo o una simple facultad legal, causa un daño a otro de manera que supone atentado a las buenas costumbres, no representando el ejercicio del derecho un acto ilícito en sí mismo.³⁸

2) Suiza.

El Código Suizo al cual Fueyo califica de magnífico, en el título preliminar, artículo 2 ofrece una breve, profunda y temprana consagración del principio del abuso del derecho que, al propio tiempo lo presenta como una prolongación indebida del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones en cuanto contravienen a la buena fe. El artículo 2 dispone que: “Cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe”. Añade que “El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”.³⁹

Fernández Sessarego señala que en el Código Civil suizo de 1907 abre una nueva etapa en lo que a la normatividad del abuso del derecho se refiere al incluir en el artículo recién transcrito una fórmula muy general que ha sido recogida, de alguna manera, por muchos códigos civiles posteriores.

Continúa señalando que la prohibición del abuso en el referido código asume la forma de una cláusula general, cuya amplia redacción permite al juez apreciar en cada caso y cada circunstancia a fin de que con la ayuda de la doctrina, de los antecedentes jurisprudenciales y de su sensibilidad valorativa, determine si se encuentra o no frente a un evento que pueda considerarse, según el texto de la ley, como abuso manifiesto de un derecho.

Hace referencia además al artículo 1 del Código Civil suizo, esto por que el referido artículo concede al juez amplias facultades para integrar lagunas de la ley, cuando le otorga la facultad de actuar, en esta hipótesis, como si fuera legislador. Esta confianza depositada en el juez suizo permite que su código, en contraste con otros, adopte una fórmula flexible en lo que

³⁷ Cfr. Fernández: *Op. cit.*, pp. 212-213.

³⁸ Cfr. Martín Bernal: *El abuso del derecho*, p. 84

³⁹ Cfr. Fueyo: *Op. cit.*, p. 278.

atañe al abuso del derecho. Corresponderá al juez, por ello, precisar frente a cada caso, donde empieza el abuso de dicho derecho, es decir, la ilicitud que lo caracteriza. Esta apreciación judicial se sustenta, en gran medida, en el sentimiento de justicia propio de quien cumple la muy noble tarea de resolver conflictos de convivencia.⁴⁰

Martín Bernal en relación al párrafo 2º del artículo 2, señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen estar de acuerdo en que la expresión legal “abuso manifiesto” no exige intención manifiesta de perjudicar o de actuar contra la buena fe, sino que bastará con que el acto de abuso resulte manifiesto a toda persona que obre con espíritu de justicia y equidad. Con ello se pretende objetivar un tanto la fórmula del párrafo anterior que como eminentemente subjetiva ofrece riesgos de fijación en la vida práctica del derecho, a la vez que se da un cariz finalista a la corrección del abuso del derecho.⁴¹

3) España.

En el Código Civil español original de 1889 no existía una norma genérica de condena al abuso del derecho. Con anterioridad sólo existían algunas aisladas disposiciones referidas a materias muy concretas, como es el caso del arrendamiento.⁴²

Martín Bernal, en relación a la jurisprudencia española, apunta que ésta podría encuadrarse en una evolución que comprende las siguientes fases: La primera fase está caracterizada por la inadmisibilidad de la teoría del abuso del derecho aplicando estrictamente el principio romano “de quien ejercita un derecho no daña a nadie”. En una segunda fase, se produce la admisibilidad indirecta del abuso del derecho, a base de relativizar y reducir a sus justos límites la aplicación que venía haciéndose de la máxima romana antes indicada. En una tercera fase se plasma el reconocimiento y admisibilidad directa de los fundamentos y sistemática general del abuso del derecho. En la cuarta fase, se reiteran, complementan y actualizan los principios básicos del abuso del derecho⁴³. Finalmente la quinta fase, comprende todas las sentencias inmediatamente anteriores a la promulgación del nuevo texto articulado del Título preliminar y que Tomás Ogayar en su discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sintetiza en los siguientes términos: “1º. El abuso del Derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de intereses que todavía no alcanzan la protección jurisprudencial (sent. 1 de febrero de 1972), 2º. La finalidad de la doctrina del abuso del Derecho es la de impedir que el texto literal de la ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia, o, lo que es igual, que

⁴⁰ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 214-215.

⁴¹ Cfr. Martín Bernal: *El abuso del derecho*, p. 86

⁴² Cfr. Fernández: *Op. cit.*, pp. 224-225

⁴³ Cfr. Martín Bernal, *El abuso del derecho*, pp. 100-107

frente al contenido ético y al espíritu objetivo de la norma legal no prevalezcan las maniobras tendentes a lograr un resultado opuesto al perseguido por ella (sent. 12 de mayo de 1972). 3º. El abuso del derecho requiere para su viabilidad que la ejecución del derecho entrañe causar un daño, ejercicio abusivo del mismo, pero no cuando hay una colisión entre los derechos del dueño y los del arrendatario, en cuyo caso la propiedad, al usar de su derecho, no abusa del mismo (sent. 16 de febrero de 1974); 4º. Es reiteradísima la doctrina jurisprudencial que enseña que el ejercicio de una acción con base de un precepto legal a través del procedimiento señalado por la Ley para la efectividad de un derecho, cuando media un interés perfectamente lícito y se encamina al logro de una pretensión verdaderamente normal, dentro del orden jurídico-social establecido, no implica ni puede entenderse como abuso del Derecho (sent. de 23 de enero de 1971)⁴⁴.

A partir del año 1974 se incorpora una nueva disposición en el artículo 7, ubicado en el título preliminar del Código Civil español. Este artículo cumple la función jurídica de constituirse en una cláusula general, abierta, prohibitiva del acto antisocial denominado abuso del derecho. El referido precepto dispone:

“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.⁴⁵

En relación al valor del artículo 7 del Código Civil como regla, Ángel Carrasco señala, que este es el precepto nominalmente más aplicado en la jurisprudencia civil española. Sin embargo, apunta que si la regla genérica que establece estos mandatos carece de criterios más concretos de integración de estos conceptos indeterminados, serán los tribunales los que deban crear subreglas específicas en que se concrete el principio general.⁴⁶

⁴⁴ Ogayar citado por Martín Bernal en: *El abuso del derecho*, pp. 107.

⁴⁵ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 239-230.

⁴⁶ Cfr. Carrasco Perera, Ángel: *Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzandi, S.A. Navarra, 2001, p. 47

4) Portugal.

Dentro de las disposiciones generales del subtítulo denominado “Del ejercicio y tutela de los derechos”, todo comprendido en el Libro Primero del Código de Portugal de 1967, “Parte General”, se encuentra el artículo 334. Tiene por rótulo: “Abuso del derecho” y dispone: “Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por el fin social y econ mico de ese derecho”.⁴⁷

Fernández Sessarego señala que el texto resuelve la cuestión relativa a la naturaleza del abuso del derecho al calificarlo, sin titubeos como un acto ilícito. De este modo, a nivel legislativo, se zanja definitivamente toda duda que pudiere aún persistir al respecto. El Código Civil de Portugal es así el primer código que, de conformidad con un importante sector de la doctrina, establece explícitamente la ilegitimidad de un acto abusivo.

Agrega que el código portugués, consagra el criterio objetivo para la caracterización del abuso del derecho, al hacer referencia a la finalidad social o económica del derecho. Además apunta que a ese planteamiento adosa otro, de profunda raíz moral, como es el de la determinación de la buena fe y de las buenas costumbres como principios claves para la compresión del abuso del derecho.⁴⁸

Fueyo apunta que, incuestionablemente, silenció que con dicha conducta el ejercicio de un derecho derivaba en daño o molestia a otro.⁴⁹

⁴⁷ Cfr. Fueyo Laneri. *Instituciones de derecho civil moderno*. p. 278

⁴⁸ Cfr. Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p.244.

⁴⁹ Cfr. Fueyo: *Op .cit.*, p. 278.

II. Ordenamientos latinoamericanos que consagran el abuso del derecho.

Realizaremos un breve análisis normativo de los ordenamientos latinoamericanos que han acogido el abuso del derecho en sus respectivas legislaciones. Chile, como es sabido, no regula esta figura, por lo tanto, el análisis de la consagración del abuso del derecho en estos países, con una tradición y cultura cercanas, nos permitirá conocer las formas como se ha enfrentado la problemática en ellos, formas que pudieran servir de orientación a la hora de encausar el tema en nuestro país

1) Argentina.

Tres son las normas del Código Civil argentino de 1869⁵⁰ que se vinculan con el abuso del derecho, una ubicada en el título de los actos ilícitos (el artículo 1071) y dos en el dominio (artículos 2513 y 2514). La casi totalidad de la doctrina argentina interpretaba que esos dispositivos vedaban la aplicación de la teoría del abuso del derecho, en especial por lo categórico del artículo 1071, al afirmar que: “El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.⁵¹

Sin embargo, es importante anotar que, no faltaron algunos comentaristas del código de 1869 que han opinado de manera diferente. Según éstos el abuso del derecho no estuvo excluido de este cuerpo legal por lo que era viable recurrir a esta teoría para controlar los excesos cometidos en el ejercicio de los derechos subjetivos.⁵²

La Ley 17. 711 de 1968 modificó el artículo 1071 agregándole un inciso que condena el abuso del derecho. El nuevo artículo tiene el siguiente texto: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Esta innovadora concepción del derecho alcanzó también otros artículos que ostentaban en el Código de Vélez un texto de corte exageradamente individualista, como era el caso del 2513. Este último, en su texto antiguo, permitía al propietario de una cosa “desnaturalizarla, degradarla o destruirla”, de donde su voluntad era decisiva, sin tener en mínima consideración los perjuicios que dicho comportamiento pudiera ocasionar a intereses ajenos o a la colectividad en general. El nuevo texto, que acoge un renovado espíritu, establece en cambio que “es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer de o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un

⁵⁰ Su autor fue Dalmacio Vélez Sarfield

⁵¹ Cfr. Moisset de Espanés, Luis: *El abuso del derecho*, p.10, www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf

⁵² Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 256.

ejercicio regular”. Este artículo se halla en concordancia con el nuevo artículo 2514, según el cual “el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.”⁵³

Borda señala que la reforma de 1968, no sólo implicó un cambio de filosofía del código argentino, sino también su modernización, con la incorporación de numerosas instituciones.

Agrega, en relación al abuso del derecho, que el código reformado es prolijo, y además establece expresamente las pautas en base a las cuales debe considerarse que un derecho ha sido ejercido abusivamente.

Señala que la prolijidad se debe a que era necesario rebatir enérgicamente el repudio de la teoría del abuso del derecho hecho por Vélez Sarfield, en su código originario.⁵⁴

La reforma del artículo 1071 se inspira, aparte de los fundamentos doctrinarios en que se apoya, tanto en el texto del artículo 2 del Código Civil suizo de 1907 anteriormente citado, como en aquel del Proyecto franco-italiano del Código de las obligaciones de 1929. Del primero recoge el principio de que la ley no ampara el abuso del derecho y, del segundo, tanto la idea del exceso en el ejercicio del derecho y de la existencia de ciertos límites determinados por los criterios de la función o finalidad para la cual el derecho ha sido creado, como el vincular el principio de la buena fe con el abuso del derecho. Sin embargo, el artículo bajo comentario, con acierto, incluye también el criterio derivado de la moral y las buenas costumbres.⁵⁵

Luis Moisset señala que para caracterizar la conducta abusiva se ha adoptado un criterio finalista, con el agregado de pautas que hacen referencia a las nociones de buena fe, moral y buenas costumbres, directivas generales que servirán para interpretar la conducta del titular en todos los casos, incluso con relación al dominio, donde el artículo 2514 establece que el ejercicio de las facultades que emergen de ese derecho no puede ser restringido “en tanto no fuere abusivo”.

Apunta además, que si bien es cierto el acto abusivo suele ser ilícito, no se requiere indispensablemente que estén presentes en todos los casos el dolo y la culpa, si no que basta con que el acto exceda objetivamente los límites fijados por el artículo 1071. Si la figura se redujese a las hipótesis de actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud fue siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico; el aporte del nuevo texto, es el de brindar un

⁵³ *Ibidem.*, pp. 264-265.

⁵⁴ Cfr. Borda: *El abuso del derecho*, p. 16.

⁵⁵ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 265.

arma a la justicia para enmendar los efectos de una conducta dañosa, que sin caer en el campo de lo ilícito, vulnera los fines perseguidos por la ley.⁵⁶

2) Perú.

El Código Civil peruano consagra el abuso del derecho en el artículo II del Título Preliminar. Dicho artículo ha sido objeto de sucesivas reformas. Apunta Fernández Sessarego en relación al Código Civil peruano de 1936, cuyas fuentes inmediatas fueron los códigos civiles alemán de 1900, suizo de 1907 y brasileño de 1916, que tuvo el acierto de acoger en el artículo II de su título preliminar que precede a los diversos libros del código, el principio del abuso del derecho. Éste código tiene el mérito indiscutible de constituirse en el primer cuerpo legal latinoamericano que condenó directamente el abuso del derecho. Dicho artículo, actualmente derogado, establecía: “La ley no ampara el abuso del derecho”.

Agrega que el Código Civil peruano de 1984, mantuvo en cuanto al abuso del derecho, el mismo conciso enunciado del artículo II del código de 1936 “la ley no ampara el abuso del derecho”. Añade a esta categórica afirmación, sin embargo, lo que constituye una importante novedad, la misma que concuerda con la nueva concepción sobre la tutela de derechos. En este sentido, el numeral en cuestión permite adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar o suprimir el abuso y obviamente reparar el daño que se ocasione. La importancia de la novedad introducida en este artículo reside en que el intérprete encuentra en la propia norma, debidamente enunciadas, las consecuencias derivadas del abuso del derecho. Ello hace innecesario acudir a las reglas de la responsabilidad civil para determinar los efectos derivados del acto abusivo⁵⁷.

A partir de una ley del 4 de marzo de 1992, que establecía reformas al Código Procesal Civil, y que entró en vigencia el 1º de enero de 1993 se ha efectuado un ligero retoque al mencionado artículo II. El texto actualmente vigente dispone: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.⁵⁸

El Código Civil peruano es el primero que establece de modo directo la concreta posibilidad de que el juez adopte las necesarias medidas cautelares para anticiparse a la consumación de un acto abusivo. El artículo 7 párrafo 2º, del Título Preliminar del Código Civil español, anteriormente citado consigna una fórmula genérica en tanto se autoriza al juez a dictar “las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.

⁵⁶ Cfr. Moisset de Espanés: Luis, *El abuso del derecho*, pp. 14-15

⁵⁷ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 289-300.

⁵⁸ Cfr. Moisset De Espanés : Luis. *Abuso del derecho*, p. 8

Como fácilmente se puede apreciar, el artículo antes referido, sólo menciona la posibilidad de suprimir la “persistencia” del acto abusivo, sin aludir expresamente a la prevención del abuso como lo hace el codificador peruano. En el Código Civil de 1984, tal como se ha mencionado, se dispone que el juez dicte las medidas necesarias tendientes a “evitar” el abuso que no se ha concretado en daño alguno.⁵⁹

Fueyo realza, correctamente a juicio nuestro, la elección del mejor lugar para el tratamiento de la materia: la parte general o preliminar del código. Se observa con frecuencia que la materia se lleva al campo de la responsabilidad, contractual o extracontractual, más a menudo esto último y aún a otros lugares. Es tomar el asunto por sus consecuencias jurídicas y no por lo que representa en su esencia.⁶⁰

3) Venezuela.

El Código Civil venezolano de 1942, reformado en 1982, dentro de la sección denominada “De los hechos ilícitos”, consagra una disposición expresa como un apéndice de la formulación general de la reparación del daño que resulta de “intención, negligencia o imprudencia”. Establece el inciso 2º del artículo 1185: “Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual ha sido conferido ese derecho”.⁶¹

Según el texto citado del artículo 1185, se obliga a la reparación del daño causado cuando se presenta un exceso en el ejercicio de un derecho en relación con los límites fijados por la buena fe o por el objeto propio del derecho. Se ha discutido mucho en doctrina sobre los alcances del concepto exceso en función de la teoría del abuso del derecho. En todo caso debe interpretarse que la disposición del Código Civil venezolano establece que los derechos subjetivos están limitados, externamente, por el genérico principio de la buena fe e, internamente, por la finalidad o función que el legislador acordó a cada uno de los derechos subjetivos. Es evidente que quien actúa su derecho en contraste con aquellos límites está abusando de la facultad que, dentro de un contexto u horizonte social, le concede el ordenamiento positivo.⁶²

Fueyo señala que se advierte un tratamiento de la materia bajo el solo prisma del derecho de daños, que es solamente uno de los posibles efectos.⁶³

⁵⁹ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 303.

⁶⁰ Cfr. Fueyo Laneri: *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 280.

⁶¹ Fueyo Laneri: *Instituciones de derecho civil moderno*, p.277.

⁶² Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 276.

⁶³ Cfr. Fueyo: *Op. cit.*, p. 277.

4) Brasil.

El Código Civil de Brasil en su artículo 187 ubicado en la Parte General en el título que regula los actos ilícitos prescribe: “También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres”.⁶⁴

El texto se inspira en el contenido en el artículo 334 del Código Civil de Portugal de 1967, analizado anteriormente, con el cual, como se puede apreciar, guarda mucha semejanza.⁶⁵

Fernández señala que el referido artículo, de acuerdo con la nueva tendencia que se abre camino en la doctrina jurídica contemporánea, considera, sin más, que el acto abusivo participa de la naturaleza del acto ilícito. La declaración es tajante, por lo que supera definitivamente la corriente de pensamiento, de cuño individualista que, de acuerdo con la tradición, persiste en situarlo dentro del ámbito de la licitud.

Agrega en relación al artículo 187, que éste no recoge el criterio subjetivista, que aún continúa presente en los recientes Códigos Civiles de Bolivia de 1976 y de Paraguay de 1987. En efecto, no se alude dentro de su texto a la intención de dañar de parte del titular del derecho. Sólo se contemplan criterios objetivos, referidos a la conducta intersubjetiva del agente, como son los relacionados con la moral, bajo la expresión buenas costumbres, a la buena fe y al destino o finalidad socio- económica propia de cada derecho.⁶⁶

Relacionado con el artículo anterior, y en el mismo título encontramos el artículo 188 que excluye la ilicitud en ciertos casos. Dicho artículo dispone: “No constituyen actos ilícitos I- Los practicados en legítima defensa o en el ejercicio regular de un derecho reconocido”.⁶⁷

5) Paraguay.

En el Código Civil de Paraguay, de 1985, en una sección bajo el nombre “Del Ejercicio de los derechos”, que está dentro del Libro Segundo, “De los Hechos y Actos Jurídicos y de las Obligaciones”, se encuentra el artículo 372 que dispone: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al

⁶⁴ La traducción es nuestra. El texto original dispone: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

⁶⁵ Cfr. Fernández: *Op. cit.*, p. 274.

⁶⁶ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 274-275.

⁶⁷ La traducción es nuestra. El artículo original prescribe: Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido

reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente”.⁶⁸

El mencionado artículo 372, al declarar que la ley no ampara el abuso del derecho, establece dos criterios para su caracterización. El primero de ellos es subjetivo y se refiere a la intención del agente de causar daño sin provecho propio, y el segundo, de carácter objetivo, señala que los derechos deben ejercerse según la finalidad o función socio-económica propia que el legislador les asignó. El codificador adhiere, de este modo, a una fórmula ecléctica, conservando el criterio subjetivo prácticamente dejado de lado por la doctrina y la codificación contemporáneas.⁶⁹

A juicio de Fueyo el abuso del derecho está tratado bajo un nombre adecuado al contenido de la materia: lo abusivo es el ejercicio y no el derecho. Por eso dentro del género “ejercicio de los derechos” se contempla acertadamente la hipótesis del ejercicio abusivo de los derechos. Sin embargo, el ejercicio abusivo de los derechos, no debió colocarse dentro de un libro substantivo y especial, esto es, el de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones. El lugar, pues, fue mal elegido. Debíó preferirse una Introducción o Título Preliminar.⁷⁰

6) Bolivia.

En el Código Civil boliviano vigente desde el 2 abril de 1976, se acoge a través de dos disposiciones el principio del abuso del derecho. En el Título Preliminar “Del ejercicio, protección y extinción de los derechos”, se sitúa el artículo 1279 con el siguiente texto: “Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico-social de esos derechos y deberes”. No se trata de un numeral destinado expresamente a sancionar el abuso del derecho desde que no contiene ninguna prescripción prohibitiva o manifiesta, de modo explícito, que la ley no lo ampara.

El artículo 107 del mencionado Código Civil, bajo el rubro del abuso del derecho, prescribe: “El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se ha conferido el derecho”. En este numeral, al contrario de lo que ocurre con el citado anteriormente, se alude de modo expreso a

⁶⁸ Código Civil de Paraguay:

www.leyes.com.py/rubros/constitucion_codigos_convenios/codigos/Codigo_civil/LibroII/II_tituloI.html

⁶⁹ Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 279-280.

⁷⁰ Fueyo Laneri: *Instituciones de derecho civil moderno*, pp. 277-278.

la figura del abuso del derecho y, en lugar de constituir un enunciado genérico, como lo es el artículo 1279, contiene una concreta prohibición.⁷¹

7) Guatemala.

El Código Civil guatemalteco de 1964 en el Título VII de las Obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos, regula en su artículo 1653 el abuso del derecho, sin mencionarlo expresamente. Dicho artículo dispone textualmente: “El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”⁷². Este numeral, como se advierte, obliga al titular a reparar los daños o perjuicios causados a otro en el ejercicio abusivo de un derecho cuando éste se excede en dicho ejercicio o actúa de mala fe. Así en el texto del citado artículo se combinan el tradicional concepto de exceso con el principio de la buena fe, mediante el cual se introduce un ingrediente moral como criterio para juzgar la presencia del acto abusivo.⁷³

Además de la norma recién citada, encontramos en el Código Civil de Guatemala, en el Título II de la propiedad, el artículo 465, que incluye la temática del abuso del derecho. Esta norma prescribe: “El propietario, en ejercicio de su derecho, no puede realizar actos que causen perjuicio a otras personas y especialmente en sus trabajos de explotación industrial, está obligado a abstenerse de todo exceso lesivo a la propiedad del vecino”.⁷⁴

⁷¹ Fernández Sessarego: *Op. cit.*, pp. 276-278.

⁷² Código Civil de Guatemala: www.mintrabajo.gob.gt/variados/compendio_leyes/codigo_civil

⁷³ Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 285-286.

⁷⁴ Código Civil de Guatemala.

Capítulo cuarto: Análisis Jurisprudencial

Comenzaremos la primera parte con sentencias que siguen la postura doctrinal y jurisprudencial dominante, esto es, que el abuso del derecho es un ilícito civil generador de responsabilidad extracontractual. En la segunda parte veremos sentencias de otras materias en las cuales el abuso del derecho ha sido utilizado como fundamento de las acciones interpuestas.

Hacemos la prevención que las sentencias que incluimos en el análisis no son las únicas que tratan la materia. Nos inclinamos, por la extensión de la presente investigación, por aquellas más representativas e ilustrativas de las posiciones sustentadas.

I. El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual.

Nuestro análisis comenzará agrupando sentencias antiguas recaídas sobre demandas de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, en las cuales no se menciona expresamente la figura del abuso del derecho, de las cuales se desprende, sin embargo, que se trata de situaciones que hoy en día se ajustan a esta figura.

Revisaremos en primer lugar una interesante sentencia de la Corte Suprema, del 15 de noviembre de 1927⁷⁵. Wessel, Duval y Cía demandan a don Eugenio Errázuriz. Éste último compró uno de los coches que comercializan los primeros (automóviles Paige). El coche no tuvo desperfecto serio alguno, y de los que se quejó el comprador se le atendió; pero la casa vendedora no se allanó a exageradas exigencias del comprador, por lo que éste les amenazó y así lo hizo, con el desprestigio público de los automóviles Paige, sirviéndose del pretexto de que pedía en los diarios propuestas para la compra de su coche. Como los hechos referidos constituyen delitos civiles que exigen reparación, piden que se declare al demandado Errázuriz obligado a indemnizarles.

Don Eugenio Errázuriz contesta que el automóvil vendido por la demandante tuvo tantos defectos e inconvenientes para su uso que la misma casa vendedora nunca pudo subsanarlo, por lo que propuso su devolución con el descuento de un 50%, y como no consiguió arreglo alguno, lo vendió en la tercera parte del precio en que lo adquiriera. Señala que sí publicó para el efecto avisos que pudieran menoscabar el crédito o buen concepto público de la marca automóvil Paige. Sostiene que los procedimientos observados para enajenar el auto no importan un hecho ilícito, agregando que la imputación a que se atribuye daño era verdadera, por todo lo cual pide que se niegue lugar a la demanda.

⁷⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 25, 2ª parte, sección 1ª, p. 501.

La sentencia de primera instancia negó lugar a la demanda interpuesta. Apelada esta sentencia, fue revocada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Esta Corte llegó a dicha decisión, entre otras, por las consideraciones siguientes. Considerando sexto: “Que dada la naturaleza de la demanda, consistente en atribuirse a hechos del demandado los daños que los demandantes cobran, corresponde determinar, primeramente, si el demandado ha tenido o no el derecho de ejecutar tales hechos y si es o no aceptable su defensa, que considera que, al publicar los avisos de que se trata, ejercitaba su derecho de propietario de su automóvil, ofreciéndolo en términos de atraer la atención, sin engañar sobre sus malas cualidades”. Considerando onceavo: “Que de lo expuesto en los precedentes considerandos, se deduce que el demandado no se ha limitado al ejercicio del derecho que como dueño le competía de ofrecer, en venta o permuta, una cosa de su dominio, atrayendo sobre ella la atención, como en la contestación se sostiene, valiéndose al efecto, de impresos de los cuales pudo a la vez informar al público de los defectos reales del automóvil; porque la imputación del engaño que contiene el tercer aviso y que no ha sido de ningún modo justificada, era un acto extraño a los derechos de dueño”. Considerando treceavo: “Que no habiendo constituido los hechos en referencia, el ejercicio de un derecho protegido por la ley, su carácter de civilmente ilícitos lo determina el daño inferido a otro, aún en el supuesto que este efecto hubiese sido ajeno a la intención del autor conforme lo prescrito en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, según los cuales, se responde no sólo del daño inferido maliciosamente sino también del causado por mera negligencia, o sea por no haber previsto las consecuencias dañosas del acto”. Contra este último fallo don Eugenio Errázuriz interpuso los recursos de casación en la forma y en el fondo. Ambos fueron declarados sin lugar.

La sentencia anteriormente citada, a pesar de que no menciona la expresión abuso del derecho, nos parece un caso claro de esta figura, ya que como lo señalan los considerandos recién transcritos, los actos realizados por el demandado no pueden ser amparados por el derecho de propiedad sobre el vehículo, esto porque claramente exceden las facultades otorgadas por el ordenamiento a este derecho, y provocan un daño que debe ser reparado. Lamentablemente, el hecho de que el abuso del derecho sea considerado una especie de acto ilícito, al cual se le aplican las reglas que rigen la responsabilidad extracontractual, sólo permite accionar cuando el daño está hecho, no pudiendo prevenir el daño, ni paralizar los actos dañosos.

En segundo lugar, revisaremos una sentencia de la Corte de Santiago de 11 de enero de 1908⁷⁶, en la cual es acogida la indemnización, por imputársele negligencia al demandado. La Sociedad Fuschs y Plath, entablan demanda en contra del Fisco. Esto porque en el marco de una huelga general de la gente de trabajo, que derivó en una grave perturbación del orden

⁷⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 5, 2ª parte, sección 2ª, p. 55. En el mismo sentido Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 3, 2ª parte, sección primera, p. 60.

público, ataques a la propiedad particular, incendios de valiosos edificios y saqueos de todo género y en vista de que la turba se había adueñado de una fuerte partida de cerveza que la Compañía de Cervecerías Unidas tenía también depositadas en el malecón, la autoridad ordenó que se arrojara al mar toda la antedicha partida de cerveza perteneciente a Fuschs y Plath. Habiéndose practicado algunas gestiones por el exponente en orden a obtener la indemnización correspondiente por la vía administrativa, el Supremo gobierno expidió el decreto número 618, de 2 de abril de 1906, por el cual se disponía pagar a Fuschs y Plath la cantidad de \$ 3000.

Pero habiendo el tribunal de cuentas resistido a tomar razón de este decreto, por cuanto se atribuía al pago decretado una causa distinta de la constaba de los antecedentes, se le dejó sin efecto por un nuevo decreto. En esta virtud, viene a entablar demanda contra el Fisco, a fin de que se declare, que debe indemnizar el daño causado. La demanda es acogida por el tribunal de primera instancia. Entre sus consideraciones se encuentra el considerando segundo el cual señala: “Que aparece asimismo de los autos que tal daño ha podido imputarse a negligencia de las personas encargadas de resguardar y mantener el orden público”. Apelada esta sentencia, es confirmada por la Corte de Santiago. Destaca dentro de sus considerandos, el cuarto que dispone: “Que el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no lo faculta para adoptar el primer medio que se le presente, ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daño ocasionen al derecho de los particulares”. También el quinto, el cual expresa: “Que no se ha establecido en forma alguna que arrojar al agua cerveza de los demandantes fuese el medio necesario y único de impedir su apropiación por los huelguistas y los excesos a ella consiguientes; y, por el contrario, las circunstancias de haberse verificado esa operación en dos días diferentes y de no explicarse por qué la cerveza no pudo ser guardada en bodegas u otros lugares adecuados, contribuyen a formar la presunción de que no fue aquel el último y supremo arbitrio a que ha debido recurrirse”.

En ambos fallos citados anteriormente, las demandas han sido acogidas por los tribunales. Esto porque los demandados se han excedido al ejercer sus derechos. Sin embargo existen casos donde las demandas han sido denegadas. Esto ocurre entre otras causas, cuando la situación se encuadra en el ejercicio legítimo de un derecho. Es así, por ejemplo, cuando el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, ordena el inventario y la retención de las especies y existencias de una fábrica de alcoholes o destilería industrial, por imputársele destilaciones clandestinas y otras incorrecciones⁷⁷. También cuando el demandado entrega a la policía en calidad de aparecidos animales del demandante, que se introducen a su predio. Esto lo deja claro el considerando quinto de la sentencia al expresar: “Que en todo caso el demandado estaba en su derecho haciendo entrega de los animales al comandante de policía para que aplicándose al dueño de ellos la pena que corresponde por ordenanza y por el artículo

⁷⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 12, 2ª parte, sección 1ª, p. 410.

497 del Código Penal se evitase la repetición del hecho”.⁷⁸ O el acreedor que lleva adelante el procedimiento de apremio amparado en que la ley lo faculta para hacerlo, cuando existe una tercería de dominio que no se funda en un instrumento público otorgado con anterioridad a la ejecución⁷⁹.

Seguiremos nuestro análisis con sentencias de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. Sin embargo en estos casos, a diferencia de los anteriormente analizados, sí se hace mención expresa de la figura del abuso del derecho.

Iniciaremos el análisis en esta parte, con una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 11 de diciembre del 2002⁸⁰. Los hechos que motivaron la demanda se fundan en que el demandante, Danko Stjepovic, adulteró el nombre en una prueba acumulativa del laboratorio de física borrando el de quien verdaderamente la rindió, colocando el suyo, lo que motivó un sumario interno que, en primera instancia, le aplicó la medida de suspensión por un semestre académico. El alumno presentó una apelación ante la Honorable Junta Directiva de la universidad, la que revocó la sanción aplicada, reemplazándola por la de la expulsión de la universidad, decisión revertida por la Corte Suprema al acoger el recurso de protección interpuesto por el actor y mantener la medida de suspensión.

Posteriormente el alumno don Danko Stjepovic interpuso una demanda de indemnización de perjuicios por daño moral contra la Universidad de Antofagasta la que fue acogida por el tribunal de primera instancia y, apelada fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Los sentenciadores fundaron su decisión en que con la publicidad que se dio al hecho de la expulsión y su posterior revocación, se puso en duda su seriedad y honestidad ante toda la comunidad lo que significaría un atentado contra su reputación y honor. La Corte de Apelaciones de Antofagasta en su considerando primero en relación al abuso del derecho señala: “Que tal como ha razonado la sentenciadora de primer grado en su reflexión duodécima, el abuso del derecho que perjudica a otro es fuente de responsabilidad cuasidelictual civil. Éste fenómeno jurídico se ha conceptualizado no sólo como el ejercicio de un derecho a objeto de obtener provecho que no corresponde, causando un daño, sino como ha señalado la jurisprudencia, configura el ejercicio de un derecho más allá de un interés jurídicamente amparado por las normas legales vigentes, de tal forma que quebrándose la interrelación entre las prestaciones una sea más gravosa que otra; dicho de otra forma, quien abusa del derecho, extiende el interés más allá de sus límites, existiendo sólo una apariencia de derecho”.

⁷⁸ Gaceta, año 1881, sentencia 294, p. 189.

⁷⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 35, 2ª parte, sección 1ª, p. 173.

⁸⁰ Número identificador Lexis Nexis 3/ 355

Contra la sentencia de la Corte de Apelaciones la demandada, Universidad de Antofagasta, deduce recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema acoge el recurso de casación interpuesto, y señala en el considerando primero que (...) no se puede alegar daño alguno como consecuencia de las publicaciones aparecidas en la prensa de Antofagasta, ya que (...) fue el propio actor quien dio publicidad al hecho al conceder una entrevista a un reportero del diario local. Agrega en el considerando sexto: “Que el ejercicio de un derecho debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo y que no cause daño o perjuicios a otra persona. En consecuencia, habrá abuso del derecho cuando el contenido de la acción cause un daño patrimonial al tercero, « ya que si tal no ocurre no puede hablarse de un acto abusivo meramente formal. El abuso, en general, es un acto calificado por el resultado y la teoría en que se sustenta está apoyada en un principio fundamental de responsabilidad » (El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial, autor don Pablo Rodríguez Grez, Ed. Jurídica, pág. 84), o sea, en el ejercicio doloso o culposo de un derecho”. Concluye la Corte Suprema que los jueces recurridos han vulnerado los artículos 2314 y 2329 del Código Civil al aplicarlos a una situación de hecho ajena a las prevista en las aludidas normas, toda vez que, existiendo un perjuicio, este no es atribuible a la demandada sino a la propia conducta del actor.

En segundo lugar revisaremos una sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de fecha 9 de mayo de 1997⁸¹. La parte demandante, doña Doraliza Águila solicita que se revoque la sentencia en alzada, en cuanto no dio lugar a la demanda intentada, se acoja ésta y declare que la demandada Almacenes Brautigam actuó con culpa al ejecutar a la demandante, sin existir título ejecutivo, ni causa o motivo legal que justificara la ejecución.

La Corte de Apelaciones en su considerando tercero señala: “Que la doctrina y jurisprudencia ha determinado que la responsabilidad cuasidelictual civil no sólo proviene de hechos materiales que cometidos con culpa dañen a otro sino también puede originarse del ejercicio de un derecho cuando éste se realiza en forma abusiva y causa daño. De esta manera el abuso de un derecho, que perjudica a otro, es fuente de responsabilidad cuasidelictual civil y ello porque los derechos según establece un autor, «son facultades que la ley otorga a un individuo; pero no para que los utilice a su antojo, sino para realizar determinados fines». «Los derechos, a más de su aspecto individual, tienen una finalidad social que llenar, de la que su titular no puede prescindir. Deben pues, ejercerse de acuerdo con los fines para que han sido otorgados. Quien prescinde de estos fines y los utiliza en otros diversos de aquellos que legitimaron su existencia, quien los desvía de la misión social a que están destinados, abusa de ellos y si causa un daño debe indemnizarlo». Se ha señalado, asimismo, que no admitir el abuso del derecho como fuente de responsabilidad importaría restringir ésta en forma considerable y según Colin y Capitant, «todo acto del hombre que la ley no prohíbe de un

⁸¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 95, 2ª parte, sección 1ª, p. 57.

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 a los únicos casos en que el acto esté prohibido por la ley y éstos son los menos». Además, como lo señala el profesor Arturo Alessandri Rodríguez, las acciones y los recursos legales deben intentarse seriamente y existirá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza culpablemente, sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios; el hombre debe hacer un uso prudente de las cosas y si ejecuta una acción sin la prudencia necesaria y con ello causa un daño, incurre en culpa extracontractual, la que no admite gradaciones, puesto que la ley habla de culpa, sin calificativo, incluyendo en ella hasta la leve”.

Se interpuso en contra del fallo de segunda instancia, recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado.

En las dos sentencias expuestas anteriormente existe reconocimiento del abuso del derecho. Sin embargo, siguen la postura doctrinal dominante, restringida a juicio nuestro, al considerar la figura en estudio como un ilícito civil que genera responsabilidad extracontractual.

En tercer lugar revisaremos una sentencia de indemnización de perjuicios pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de noviembre de 1992⁸², la cual confirma la sentencia de primera instancia que rechaza la acción. Las partes fueron Inmobiliaria Nacional Ltda. con Centrobanco. El fundamento fáctico de la demanda indemnizatoria de perjuicios se hace consistir en que el demandado en un juicio hipotecario en que actuó como ejecutante, promovió dos incidentes de nulidad procesal, pretendiendo dejar sin efecto el remate de la finca hipotecada, adjudicada a la sociedad demandante, artículos que luego de una larga tramitación fueron rechazados. Dichos incidentes sólo tuvieron por objeto causar un perjuicio a los subastadores sin que los incidentistas tuvieran una causa o interés legítimo en deducirlo. La Corte en el considerando primero señala: “Que este tribunal no ve inconveniente, tomando en consideración el desarrollo que ha adquirido el tema del abuso del derecho, en aplicar sus fundamentos en aras de lograr una moralización en las relaciones jurídicas y en definitiva lograr que se obtenga justicia, cuando las contraprestaciones a que se encuentran vinculadas las partes cede en un provecho ilegítimo de una de ellas, rompiéndose de este modo el debido equilibrio que debe existir dentro de las equivalencias de las obligaciones. La doctrina, en esta materia, ha avanzado más rápido que la ley, como se ha explicado en el curso del debate que se ha producido en este juicio y en las alegaciones formuladas en estrados por los abogados de las partes. El juzgador no puede eludir el compromiso de establecer la justicia de lo discutido avanzando en la interpretación de las normas legales existentes o cumpliendo el mandato

⁸² Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 89, 2ª parte, sección 2ª, página 177.

señalado en subsidio en el N° 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que lo obliga a aplicar en último término los principios de equidad”. Considerando segundo: “Que en relación al abuso del derecho, se ha dicho que en Chile no se avanza desde el punto de vista jurisprudencial, de acuerdo con las actuales doctrinas sobre la materia, restringiendo su aplicación a lo que ha dicho Alessandri en cuanto a someter el principio a las normas que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil (...) el autor limita el abuso del derecho sólo a la actuación dolosa o culpable (...). El profesor Rodríguez Grez en sus trabajos sobre “De la relatividad jurídica” y “La obligación como conducta típica” critica esta aplicación restringida y avanza en su extensión sosteniendo: “aplicando estos conceptos a la materia que nos ocupa, digamos que quien ejerce su derecho (nacido de un contrato) dolosa y culpablemente, vale decir con miras a obtener un provecho que no le corresponde causando un daño, o con descuido, negligencia o falta de la debida atención, rompe el equilibrio de las prestaciones equivalentes por un hecho posterior al contrato que lo obligará a reparar el perjuicio causado. Paralelamente quien ejerce el derecho más allá de la realización del interés jurídicamente reconocido y protegido por la norma positiva, también romperá inevitablemente la interrelación de las prestaciones, haciendo que una de ellas sea más gravosa que la otra contraviniendo la conmutatividad original”. Por último como lo señala el profesor don Fernando Fueyo Laneri en su libro “Instituciones de Derecho Civil Moderno” (Edit. Jurídica de Chile) pág. 295, hace una conclusión expresando que «El ejercicio abusivo de los derechos es un verdadero pluritema, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él: el fraude a la ley, la teoría de la causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración del a ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno...». Más adelante indica que «debe insistirse en que el principio del ejercicio abusivo de los derechos es de vastísima aplicación, abarcando desde el Derecho público hasta el Derecho Privado, tratándose de este último, comprende prácticamente todas las ramas»(...).”.

El recurso de apelación como adelantábamos anteriormente, confirmó la sentencia de primera instancia que rechazaba la demanda de indemnización de perjuicios, esto porque se excluyó alguna actuación dolosa o culpable del demandado.

Esta sentencia aunque en definitiva no acogió la demanda, resulta significativa porque, no ve inconveniente en aplicar los fundamentos del abuso del derecho y además plantea lo restringido de la hipótesis de someter al abuso del derecho a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

II. El abuso del derecho y otras materias.

Como veremos a continuación la materia en estudio no se restringe a la hipótesis de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. A continuación revisaremos sentencias de otras materias, donde el abuso del derecho ha sido utilizado como fundamento.

En primer lugar, analizaremos un recurso de protección que fue acogido por la Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda, el 23 de enero de 1985⁸³. Jaime Romagosa (en representación de su padre José Romagosa Irart) fundamenta el recurso en que el fundo El Raco, de propiedad de José Romagosa Irart, es vecino del inmueble donde funciona el Club Árabe de Tiro al Vuelo, y en distintas oportunidades los miembros del Club han efectuado prácticas de tiro en forma tal que proyectiles caen en el fundo con graves riesgos para las personas que concurren al lugar, el que está habilitado como centro turístico.

Agrega que el sábado 22 de septiembre de 1984, en circunstancias que se encontraba paseando en automóvil por caminos interiores del fundo el Raco sintió el zumbido de balas calibre 22, por lo que se dirigió de inmediato al retén de Carabineros de las Vizcachas donde denunció el hecho y solicitó que lo acompañaran a comprobarlo. Al llegar se sorprendió al miembro del Club Sr. Miguel Zerené haciendo disparos con un rifle y una pistola calibre 22 en dirección al fundo el Raco.

Relata que los actos de perturbación han continuado y que las prácticas de tiro que se efectúan son en la dirección al predio del dominio de su mandante, de modo que en éste caen las balas, cartuchos y perdigones, lo que importa actos de señorío sobre el fundo, el que no pertenece al Club Árabe ni a sus miembros.

Indica, además, que su representado proyecta construir un Parque Turístico en el lugar, proyecto que será imposible llevarlo a efecto si persisten los actos perturbadores del dominio que se ejecutan en el predio vecino.

Conociendo del recurso, la Corte en el considerando onceavo señaló: “Que resta por analizar si esta perturbación, o amenaza se debe a actos arbitrarios o ilegales. En opinión de los sentenciadores la respuesta no puede ser sino que afirmativa, ya que si bien es cierto que el acto de disparar en forma deportiva es en principio y en sí mismo legítimo, no es menos cierto que este proceder se transforma en arbitrario o ilegal desde que afecta, alterando, un derecho de un tercero reconocido y garantizado por la Constitución y las leyes”.

Agrega en el considerado decimoquinto : “Que la conclusión a que se ha arribado es un principio general de nuestra legislación, cuya expresión más clara se encuentra en la antigua

⁸³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 82, 2ª parte, sección 5ª, p. 67.

disposición del artículo 945 del Código Civil, hoy artículo 56 del Código de Aguas, disposición que establece: «cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resultare menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; *pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo*», y en la disposición del artículo 941 del Código de Bello. Estas disposiciones se fundan en el principio inconcuso del abuso del derecho, en virtud del cual una actuación de suyo legítima se transforma en ilegítima si altera o afecta en forma grave el derecho legítimo de un tercero. Termina en el considerando diecisieteavo estableciendo: (...) La Corte de Apelaciones adoptará las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (...)

Nos parece que esta sentencia es relevante. En primer lugar, porque considera al abuso del derecho como un principio general de nuestra legislación, es decir le da una aplicación más amplia, no sólo restringida a la responsabilidad civil extracontractual. En segundo lugar porque la parte afectada logró que se paralizara el acto abusivo a través de un procedimiento rápido, lo que claramente no es posible conseguir a través de una demanda indemnizatoria de perjuicios.

Diez Schwerter ha señalado en relación a la utilización del recurso de protección con el objetivo de poner término a una situación de abuso del derecho constituye una tendencia persistente desde que se instauró esta acción tutelar. Múltiples han sido los recursos de protección interpuestos con el fin de “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado” con los daños que origina abusar de un derecho. Cuando son acogidos, nuestros tribunales superiores adoptan las más variadas medidas tendientes a lograr dichos fines. Muchas de ellas constituyen reparaciones en especie de esos perjuicios.

Continúa Diez Schwerter señalando que utilizar el camino del recurso de protección presenta un gran atractivo para los ofendidos: se tramita y resuelve con una celeridad que no presenta la otra vía posible, es decir el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual que se entiende surgir del abuso del derecho y que debe ser tramitada en un juicio ordinario o, en el mejor de los casos, sumario. Unido a ello la Constitución establece que la interposición del aludido recurso es “sin perjuicio de los demás derechos que (el afectado) pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” (artículo 20), “derechos” entre los cuales se encuentra el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual⁸⁴

⁸⁴ Diez Schwerter, José Luis: *El Daño Extracontractual Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 39-40.

En segundo lugar revisaremos una acción de retrocesión, que fue acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago el 10 de noviembre de 1981⁸⁵. En ella Antonio Molfino Chiorrini Alveti, en representación de doña Julia Chiorrini Alveti, ha deducido demanda en contra de la Corporación de la Reforma Agraria, para que se declare irrevocablemente extinguida la facultad que tenía la demandada para expropiar el inmueble que se individualiza, por no haber efectuado la Corporación la asignación del predio rústico expropiado, dentro del plazo fatal de 3 años (artículo 67 de la ley 16640); la señalada declaración pedida trae también consigo que por la vía de la “retrocesión” las cosas se retrotraen a su estado anterior, produciéndose por una parte la restitución del bien expropiado y por la otra, la devolución de la indemnización percibida. En subsidio solicita que el acto sea declarado ilegal, cobrándose el daño patrimonial efectivamente producido. Subsidiariamente a las dos anteriores, pide que se declare nula la expropiación, por carecer de causa real o lícita.

Conociendo de la demanda, la Corte señaló en sus considerandos mas relevantes lo siguiente: Considerando octavo: “Que el concepto de expropiación afecta directamente al dominio, que de acuerdo con el artículo 582 del Código Civil «es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno». La norma recién copiada presenta una fisonomía muy definida en el campo social y jurídico, pero se advierte en ella que se eliminó el derecho de abusar de la propiedad, el «*jus abutandi*» del derecho romano, fijándosele el límite de la ley y del derecho ajeno. (...) En el proceso evolutivo la propiedad fue primero colectiva del clan, pasó después a ser familiar, para transformarse en propiedad individual. Pero conviene poner de relieve lo que anotan los hermanos Mazeaud: «El derecho de propiedad, concebido como un derecho puramente egoísta, no puede ser sino condenado. Si el derecho de propiedad debe ser individual, su ejercicio debe ser social; es decir, que el propietario tiene el deber de tomar en cuenta el interés de los demás». Y ese es el criterio incorporado por influencia francesa en nuestra legislación. De ahí que el absolutismo de la propiedad individual tenga una cortapisa en el sentido que subrayan los civilistas franceses: «No siendo contra ley o contra derecho ajeno». El absolutismo anotado, que caracteriza al derecho de propiedad, tiene limitaciones que son de excepción y, por lo tanto expresas, y que se encuentran establecidas en la Carta Fundamental y en leyes especiales; y refiriéndose al derecho ajeno, abarcan todas las normas del derecho sustantivo (...)”. Considerando décimo: “(...) la retrocesión o retroversión se ha definido como «la restitución del objeto expropiado a su primitivo dueño, por incumplimiento del fin que justificaba la expropiación, quedando ella sin efecto, restituyéndose la indemnización recibida». (...) De no aceptarse la retrocesión también se corre el riesgo de caer en el abuso del derecho, pues el Estado actúa en la expropiación en obediencia a una facultad legal condicionada. De esta manera, al no cumplirse las finalidades señaladas en la Ley y destinarse

⁸⁵ Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 79,2ª parte, sección 5ª, p. 202.

a otros fines los bienes expropiados, se está invadiendo el terreno del abuso del derecho, actitud que no se compece con el sistema político y económico imperante en nuestro país (...).”.

Nos parece adecuada la resolución de la Corte, esto por cuanto, sanciona el abuso del derecho cometido, en esta caso, con la retrocesión. De esta forma impide que quede impune una situación en la cual hubo una desviación e incumplimiento de las finalidades establecidas en la ley.

Finalmente, revisaremos una sentencia que acoge una demanda de precario, pronunciada por el Cuarto Juzgado de Letras de Arica, el 18 de noviembre de 2004⁸⁶. En esta causa don Américo Francisco Truffa Fernández y don Carlos Mozo Wegelin deducen demanda de precario en contra de don Fernando Antonio Guerrero Álvarez. Fundan su demanda en la ocupación que este último hace del predio que es de propiedad de sus representados, denominado “Las Ánimas”, tenencia que el demandado ejerce sin previo contrato y por ignorancia y sin tolerancia de los dueños del predio. El demandado señala que efectivamente ocupa el inmueble, pero tal ocupación proviene de un título legítimo, a saber, su calidad de dueño de las pertenencias mineras de explotación denominadas “Las Ánimas” que cubren el predio *sub litem*.

Es importante anotar que en la propiedad materia de este juicio el demandado desarrolla exclusivamente labores agrícolas, teniendo incluso medieros que lo ayudan a tal explotación agraria, estando limitada la “explotación minera” que dice desarrollar en el inmueble a un sector de mínimas extensiones.

En el considerando decimoséptimo el juez señala: “(...) La constitución de una propiedad minera no habilita a su titular para ingresar a un predio ajeno –cerrado y cultivado, como ocurrió en la especie- a realizar cualquier actividad, y aprovecharse del predio superficial en la forma que le parezca, sino que sólo le concede la facultad de ingresar a él para los efectos que son propios de la exploración y explotación de sustancias minerales concesibles, y siempre sujeto a la necesidad de obtener el permiso del dueño de predio o de la Justicia en subsidio, y de indemnizar a aquél por los perjuicios que se causen con esas actividades y con las servidumbres que haya de constituir con el fin de desarrollar las labores mineras que pretende”.

Agrega en el considerando decimooctavo: “Que ya es posible advertir de lo que hasta aquí se ha reflexionado, que el ejercicio que el demandado hace de las facultades derivadas de su propiedad minera en el predio *sub litem* no corresponde ni remotamente al legítimo uso que un propietario de una pertenencia minera puede hacer de sus facultades de tal. (...) No es

⁸⁶ Número identificador Lexis Nexis 33969

necesario un ejercicio intelectual demasiado arduo para darse cuenta que la conducta que el demandado ha mantenido sobre el particular se entronca, entonces, claramente con la Teoría del Abuso Derecho”. Continúa señalando en el considerando decimonoveno: “Que desde luego, no divisa el tribunal inconveniente en aplicar a los hechos materia de esta litis la señalada teoría, en aras de lograr una moralización de las relaciones jurídicas y en definitiva lograr la justicia, que es el fin último del Derecho. La doctrina especialmente la extranjera está de acuerdo en sostener que incurre en abuso del derecho quien de manera arbitraria y caprichosa realiza un ejercicio indebido, excesivo o injusto de su derecho y con ello amenaza, perturba o priva los legítimos derechos de terceros. Podrá existir abuso del derecho, entonces, no sólo cuando se exceda o violente la norma, sino también cuando el titular de un derecho lo realiza o ejercita vulnerando el espíritu o fines generales del ordenamiento jurídico. (...) En nuestro país numerosos son los autores que han estudiado el tema, y de ellos cabe destacar al recordado profesor don Fernando Fueyo Laneri, preclaro jurista que se caracterizó siempre por su apertura intelectual a las nuevas ideas. Decía el ilustre maestro, a propósito de este tema «el ejercicio abusivo de los derechos es un verdadero pluritema, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él el fraude a la ley, la teoría del a causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración de la ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno». Enseñaba el profesor Fueyo que el abuso del derecho queda configurado cuando el titular lo ejerce con dolo, culpa o negligencia; cuando lo usa de una manera irrazonable, excesiva o extravagante; o sin necesidad o interés legítimos; o en forma irregular o agravante; o causa un perjuicio inmotivado; o tiene intención de perjudicar, o se le ejerce de una manera contraria a la moral, a las buenas costumbres o a la mala fe; o más allá de la necesidad determinada por su destino individual; o cuando se lo desvía de los fines de la institución (...) En fin –decía don Fernando- las posibilidades de ejercer abusivamente el derecho son casi infinitas. Con todo, la propuesta no ha sido aceptada de manera pacífica, principalmente por los juristas de corte liberal que ven en la Teoría del Abuso del Derecho un atentado contra las libertades individuales. No comparte este juzgador esas aprehensiones. No cree el tribunal justificados los temores de quienes piensan que esta facultad de restringir o no amparar el ejercicio abusivo de los derechos, en manos de los jueces, pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a las personas los derechos que la ley les reconoce. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los Tribunales Superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrados y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución. Es muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado este poder; es preciso dejar sentado que la experiencia práctica ha demostrado la inconsistencia de los temores manifestados por los

adversarios de esta teoría, que hoy se batan en franca retirada. (...) En definitiva, entonces, la teoría del abuso del derecho no viene a ser sino una manifestación más del principio de la buena fe que, como es sabido, no sólo informa las relaciones privadas sino que con el devenir de la evolución jurídica ha sido elevado a la categoría de Principio General de Derecho, que informa, orienta y legitima el ejercicio de los derechos subjetivos, reconocido incluso en textos constitucionales, como nuestra propia Carta Fundamental en la que, sin lugar a dudas, por ejemplo se enfocan los conflictos que pueden existir entre los particulares y el Estado, en primer lugar, desde el prisma del ejercicio abusivo que este último pueda estar haciendo de sus facultades y atribuciones, y de allí que establezca la responsabilidad estatal por daños que puedan derivar de tal ejercicio ilegítimo”.

Finalmente haremos referencia al considerando vigésimo, el cual señala: “(...) La ley no debe tolerar el abuso del derecho y así lo propugna toda la doctrina en el derecho comparado. Es por ello que establece una doble directiva en cuanto al criterio discriminativo del ejercicio abusivo del derecho: a) hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariamente al objeto del a institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento; y b) La segunda directiva implica la subordinación, en el ejercicio de un derecho, del orden jurídico al orden moral; por eso la ley califica de abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Constata este juzgador que, en la especie se conjugan estos dos parámetros discriminativos (...) Y no está con ello el juez desconociendo el valor de los derechos subjetivos que pertenecen al demandado. Nada de eso. Sin duda procede afirmar con fuerza los derechos subjetivos porque de su reconocimiento depende la dignidad de la existencia humana, vivida en la plenitud de su dimensión personal. Pero no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para que el titular de los derechos pueda ejercerlos en cualquier dirección, aun con un signo nocivo, o sin interés para él. La libertad, que está adscripta al ejercicio regular de los derechos, no debe salirse de madre; no se la debe considerar como un fin absoluto, al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo como lo exigían los ídolos fenicios”.

Apelada la sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones. Sin embargo son dejados sin efecto los considerandos relativos al abuso del derecho. Recurrida de casación en la forma y en el fondo, se declara inadmisibile el primero y es rechazado el segundo.

A pesar de la posterior decisión de la Corte de Apelaciones, de dejar sin efecto los considerandos relativos al abuso del derecho, nos parece relevante la sentencia. Esto por cuanto acoge el abuso del derecho, realizando un extenso desarrollo de la materia (aquí se transcribió sólo lo más relevante) y lo aplicó al caso concreto.

Como podemos desprender de las sentencias analizadas en esta segunda parte, se le dio amplitud al abuso del derecho, no restringiéndolo a un ilícito civil, sino que se aplicó a diversas materias siendo de gran utilidad esta figura como fundamento de las acciones interpuestas.

Si bien, existen fallos que dan amplitud a la aplicación de la figura del abuso del derecho, estos son escasos. Creemos que los tribunales deben ampliar su criterio y dar una mayor cabida al abuso del derecho, ya que en muchos casos servirá de eficaz herramienta para interpretar e integrar la aplicación del derecho en forma de hacerlo moderno, moral y justo. Es una de las tantas vías para llegar al método de *creación judicial del derecho* en la medida que aconsejan en cada caso la mesura y la prudencia.⁸⁷

⁸⁷ Cfr. Fueyo Laneri: *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 271

Capítulo quinto: Análisis crítico

El sentido de justicia no nos permite ignorar los casos de abuso del derecho. Claramente no vivimos aislados, estamos insertos en la sociedad, nuestros actos pueden provocar daño a otro. Por lo tanto, no podemos ampararnos en el ejercicio de un derecho para causar daño. La legislación confiere derechos a las personas para que ellas los usen y no para que “abusen de ellos”.

Como pudimos ver en el transcurso de nuestra investigación, en Chile el abuso del derecho no tiene consagración positiva. Esta ausencia de regulación ha provocado que se entienda que al abuso del derecho deben aplicársele las reglas que rigen la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, existe escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial en relación a la materia.

Creemos que la vía recién referida permite que muchos de los casos de abuso no queden impunes. Sin embargo la hipótesis nos parece a todas luces insuficiente.

- En primer lugar, A pesar de que la construcción de una teoría del abuso del derecho es necesaria y útil, es insuficiente el criterio planteado. Esto por cuanto no todos los casos que se presenten será posible resolverlos en base a ese criterio. Además el ilícito civil siempre ha sido sancionado en nuestra legislación. Es decir, que sea o no abuso del derecho es completamente irrelevante.

- Es insuficiente el criterio que utiliza la doctrina de reconducirlo a un acto ilícito o negligente. Esto por cuanto la mayoría de las veces el causante del abuso se ampara en la apariencia del derecho o el derecho ejercido, para decir que no lo hizo con intención. Teóricamente es posible caracterizarlo de esa forma pero claramente en la práctica sería muy difícil que se configure un acto de abuso.

-Es verdad que van a existir situaciones de abuso del derecho que exigen reparación, y para ello la víctima del daño tiene a su disposición la acción de indemnización de perjuicios. Lamentablemente no ocurre lo mismo si la víctima del daño quisiera paralizar el acto abusivo, o adoptar otras medidas más adecuadas al caso concreto.

-El procedimiento ordinario, que es el que se aplica a los casos de indemnización de perjuicios, es de larga tramitación y la única vía a la cual recurrir si seguimos el criterio restrictivo recién planteado.

-Creemos que el abuso del derecho es de vastísima aplicación y que puede ser de mucha utilidad como fundamento en todas las áreas del derecho. Por eso consideramos que la aplicación restrictiva planteada permite que situaciones de ejercicio abusivo de los derechos queden impunes y que no se obtenga la sanción más idónea para cada uno de los casos.

Al aproximarnos al derecho comparado, pudimos ver cómo los ordenamientos han ido incorporando paulatinamente al abuso del derecho en sus legislaciones. Es así como desde 1900 se empezó a incorporar la condena del abuso del derecho en numerosos ordenamientos. Algunos lo hicieron, correctamente a juicio nuestro, en la Parte General o Título Preliminar como Suiza, España, Portugal, Perú y Brasil. Es interesante anotar que España, además de la indemnización contempla la posibilidad de adoptar medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia del abuso. Perú va más allá y establece la posibilidad de prevenir el ejercicio abusivo del derecho al permitir que el interesado pueda solicitar las “medidas cautelares” apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

Al analizar la jurisprudencia nacional nos pudimos dar cuenta, cómo los tribunales comenzaron a dar cabida a la figura del abuso del derecho. En primer lugar revisamos sentencias pronunciadas por los tribunales nacionales entre los años 1881-1938, correspondientes a demandas de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual que se referían a casos que hoy se considerarían como de abuso del derecho. Sin embargo no se mencionaba la figura expresamente. Luego la jurisprudencia comenzó a reconocer expresamente la figura, a aplicarla, y, en algunos de los fallos que revisamos, a desarrollar el abuso del derecho y a justificar su aplicación. En este apartado revisamos sentencias dictadas entre los años 1992-2002. En ellas aún se restringía su aplicación a la responsabilidad civil extracontractual. Posteriormente analizamos sentencias entre los años 1981-2004. En ellas se utilizó el abuso del derecho como fundamento de otras materias, distintas a la responsabilidad, considerándose en algunas de ellas al abuso del derecho como un principio general de nuestra legislación.

Aunque las sentencias que se refieren a la materia en estudio no son muy numerosas, destacamos que los tribunales reconocen el ejercicio abusivo de los derechos y lo condenan, cuando lo consideran pertinente. Sin embargo creemos que la aplicación explícita de esta figura sobrepasa los casos analizados y que su utilidad es sin duda mucho mayor.

Fueyo, en relación a la amplitud de la materia, señala que debe insistirse en que el principio del ejercicio abusivo de los derechos es de vastísima aplicación, abarcando desde el Derecho Público hasta el Derecho Privado, y tratándose de este último, comprende prácticamente todas las ramas.⁸⁸

Consideramos que ya se abrió paso al reconocimiento del abuso del derecho. Esperamos que los tribunales extiendan su aplicación, para que no queden impunes las posibles extralimitaciones en el ejercicio de los derechos. No queremos decir con esto que se limite la libertad, sólo aspiramos a que los derechos sean ejercidos para la finalidad por la cual fueron creados, y que no se utilicen para causar daño a otros. Además del aspecto individual de los derechos, éstos tienen una finalidad social que cumplir.

En relación a la finalidad social de los derechos, la Constitución chilena consagra en el artículo 19 N° 24 inciso segundo la función social del derecho de propiedad, dicho artículo dispone “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su *función social*”. Agrega en el inciso tercero “Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.⁸⁹ Cea Egaña al referirse a los antecedentes de la función social señala que “El ejercicio del dominio tiene límites subjetivos y objetivos. Unos y otros son intrínsecos o de la esencia de la propiedad. Sin embargo, mientras los primeros se refieren al titular de la propiedad, es decir, son subjetivos, los segundos provienen de las exigencias del orden y progreso social, de manera que son objetivos o extrínsecos a la voluntad del dueño. En punto a los límites subjetivos cabe añadir que su infracción representa el *abuso del derecho* respectivo, mientras que a propósito de los límites objetivos, el quebrantamiento de ellos lleva consigo un reproche, ético y jurídico, de mayor gravedad, pues daña la función social y, a raíz de ello, también el desarrollo de la convivencia y el bien común”.⁹⁰

Por todo lo expresado anteriormente creemos que en Chile sería muy conveniente la regulación del abuso del derecho. Al revisar las legislaciones comparadas nos pudimos dar cuenta que nuestro país se encuentra muy atrasado en relación a esta materia. La jurisprudencia por otro lado restringe su ámbito de aplicación. No aspiramos a una regulación exhaustiva, sino a una de carácter general que contemple medidas que permitan prevenir y paralizar el ejercicio abusivo de los derechos.

⁸⁸ Cfr. Fueyo Laneri: *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 296.

⁸⁹ Constitución Política de la República de Chile: www.bcn.cl/portada.html

⁹⁰ Cea Egaña, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno tomo II derechos deberes y garantías*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, p. 534.

El mejor lugar para su incorporación, tal como lo han ido haciendo los Códigos Civiles de reciente data, es el Título Preliminar o Parte General. Esto por cuanto, permite que esta figura no se restrinja a una sola área como es la responsabilidad civil, sino que sea aplicada y utilizada en todas las ramas del derecho. También abre la posibilidad que el afectado pueda elegir el procedimiento más idóneo para el caso concreto. De este modo lograremos acercarnos a la justicia que es el fin último del derecho

CONCLUSIONES

1- El abuso del derecho surge como una aspiración de orden ético y social. Lentamente esta figura se fue abriendo paso a través de la historia. Hoy en día es aceptada prácticamente por todos, sin embargo aún existen discrepancias, entre otras, relativas a los criterios para determinar su existencia, su denominación, etc.

2- En nuestro país el abuso del derecho no está regulado positivamente en forma general, sin embargo existen normas específicas que lo receptionan. La doctrina en general ha sostenido que al abuso del derecho es un ilícito civil al que deben aplicársele las reglas que rigen la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo existen autores que discrepan, y que consideran que el veto al ejercicio abusivo de los derechos es un principio general de nuestra legislación. Otros consideran que lo que se ha denominado abuso del derecho no sea más que el ejercicio de un espejismo o apariencia de derecho, esto porque quien abusa del derecho lo que hace es extender el interés más allá de sus límites o lo desvía en una dirección contraria a la ley.

3- En el derecho comparado el abuso del derecho se ha ido incorporando en las respectivas legislaciones. Así pudimos comprobar como la mayoría de los ordenamientos iberoamericanos ya lo han consagrado en los Códigos Civiles. Cosa que nuestro país aún no ha realizado.

4- Hicimos énfasis en el análisis jurisprudencial, ya que es muy importante ver como los tribunales, en la práctica, han receptionado la figura en estudio. Para ello revisamos sentencias que tratan la materia entre los años 1881 y 2004. De ellas pudimos desprender que la jurisprudencia sí receptiona el abuso del derecho. En un principio no lo mencionaba, pero sí se trataba de situaciones que responden al abuso del derecho. Posteriormente los tribunales comenzaron a hacer mención expresa de la figura. Sin embargo en ambas situaciones, restringida a la responsabilidad civil extracontractual. En el análisis de las sentencias comprobamos que también el abuso del derecho fue utilizado como fundamento de acciones interpuestas, referidas a otras materias, no restringidas a la responsabilidad civil.

5- El criterio sostenido por la doctrina nacional mayoritaria es insuficiente, por cuanto no permite que el abuso del derecho, que es una figura transversal que pasa por todas las ramas del derecho, se aplique en toda su extensión. Por ello creemos conveniente la regulación del abuso del derecho en el ordenamiento positivo nacional. De esta forma se podrá aplicar el procedimiento más idóneo para cada uno de los casos que se presenten, y permitirá que los casos de abuso del derecho que queden impunes sean cada vez menos.

Anexo: Jurisprudencia recopilada

- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 3, 2ª parte, sección 1ª, p. 60.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 5, 2ª parte, sección 2ª, p. 55.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 12, 2ª parte, sección 1ª, p. 410.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 12, 2ª parte, sección 1ª, p. 68.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 25, 2ª parte, sección 1ª, p. 501.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 25, 2ª parte, sección 1ª, p. 117.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 35, 2ª parte, sección 1ª, p. 173.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 39, 2ª parte, sección 2ª, p. 55.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 53, 2ª parte, sección 2ª, p. 109.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 62, 2ª parte, sección 2ª, p. 55
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 79, 2ª parte, sección 5ª, p. 202.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 81, 2ª parte, sección 5ª, p. 88.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 82, 2ª parte, sección 5ª, p. 67.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 84, 2ª parte, sección 5ª, p. 142.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 89, 2ª parte, sección 2ª, p. 177.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 93, 2ª parte, sección 6ª, p. 180.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 95, 2ª parte, sección 1ª, p. 57.
- Gaceta, año 1859, sentencia 347, p. 162.
- Gaceta, año 1882, sentencia 785, p. 442.
- Gaceta, año 1881, sentencia 294, p. 189.
- Gaceta, año 1884, sentencia 923, p. 594.
- Gaceta, año 1912, sentencia 311, p. 467.
- Gaceta, año 1915, sentencia 551, p. 1424.
- Gaceta, año 1935, sentencia 109, p. 363.
- Número identificador Lexis Nexis 3/ 355.
- Número identificador Lexis Nexis 33969.
- Número identificador Lexis Nexis 29192.
- Número identificador Lexis Nexis 33451.
- Número identificador Lexis Nexis 31426.
- Número identificador Lexis Nexis 32684.
- Número identificador Lexis Nexis 13818.
- Número identificador Lexis Nexis 32745.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 2ª edición, Editorial Ediar-Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1983.
- Barros Bourie, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006.
- Carrasco Perera, Ángel: *Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, S. A. Navarra, 2001.
- Cea Egaña, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno tomo II derechos deberes y garantías*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.
- Corral Talciani, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Diez Schwerter, José Luis: *El Daño Extracontractual Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- Fernández Sessarego: Carlos. *Abuso del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Fleitas, Abel M: *El abuso del derecho en la reforma del código civil argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1944.
- Fueyo Laneri, Fernando: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- López Santa María, Jorge: *Los Contratos parte general tomo I*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- Martín Bernal, José Manuel: *El Abuso del Derecho*, Editorial Montecorvo S. A., Madrid, 1982.

- Rodríguez Grez, Pablo: *El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancia*,. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- Rodríguez Grez, Pablo: “*Responsabilidad extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- Tavolari Goycolea, Pía. *El Abuso en el Proceso*. Editorial Jurídica Congreso Ltda. Santiago, 2004.

Revistas

- Borda, Guillermo: El abuso del derecho en revista *Ius et praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima, Lima, N° 15, junio 1990.

Textos legales nacionales

- Código Civil Chileno.
- Constitución Política de la República de Chile.

Referencia electrónica

- Código Civil de Guatemala.
http://www.mintrabajo.gob.gt/varios/compendio_leyes/codigo_civil
- Código Civil de Paraguay.
http://www.leyes.com.py/rubros/constitucion_codigos_convenios/codigos/Codigo_civil/LibroII/II_tituloI.html
- Moisset de Espanés. Luis. *El abuso del derecho*.
<http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>