

EL ABUSO DEL DERECHO

Trabajo presentado ante la Sociedad de Estudios Jurídicos por el H. M. señor *José Alfonso Ríos Amaya*, alumno de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Concepto del Jurado Calificador en el concurso *Camilo Torres* sobre el trabajo al cual se le otorgó el segundo premio, presentado por el señor *José Alfonso Ríos Amaya* bajo el seudónimo de *Mago*:

"El trabajo firmado por *Mago*, titulado *El abuso del derecho*, es una excelente síntesis de lo expuesto sobre tan complejo problema. El autor revela un bien formado criterio jurídico y escribe en una atildada y elegante prosa. El Jurado acuerda para él el 2º premio.

Jurado calificador: doctor Alberto Zuleta Angel, doctor Alvaro Copete Lizarralde, doctor Bernardo Gaitán Mahecha, doctor Rodrigo Llorente M., doctor José Antonio Villegas López.

N. de la R.—No hubo primer premio.

INTRODUCCION

Como la idea del Derecho absoluto vino a nuestro medio, como un legado del Código Napoleónico, con la influencia de la Revolución Francesa, a la cual los países latinos no se sustrajeron, era preciso estudiar la evolución del Derecho Francés porque así la concepción del derecho subjetivo, tal como resultó de la Revolución Francesa, aparece como lógica reacción contra el completo desconocimiento de las garantías individuales, que había imperado en lapso anterior. También se ve por qué al pasarse al otro extremo, se hace necesaria su revaluación; la concepción intermedia, el equilibrio, la equidad, que establece la Relatividad del Derecho, el derecho-deber o el derecho-función. Concepto en el cual la facultad que da la norma objetiva, debe orientarse y proyectarse hacia un fin, cual es el bienestar

colectivo. La teoría del ABUSO DEL DERECHO vino a ser un puente tendido entre los principios rigidamente individualistas y las necesidades sociales que demandan reducir al minimum el egoísmo personal.

Atendiendo a esta consideración, tuve en cuenta los siguientes puntos:

PLAN GENERAL

- 1) Sociabilidad.
- 2) El Derecho como una necesidad del hombre.
- 3) Evolución del Derecho.
- 4) El Derecho de propiedad y otros en los orígenes de Francia.
- 5) Rompimiento de la paz.
- 6) La guerra transforma la sociedad y desplaza el dominio.
- 7) Cargas que afectaban la tenencia.
- 8) La justicia, otra fuente de ingresos.
- 9) Género de vida del campesino francés.
- 10) La Revolución Francesa.
- 11) Efectos de la Revolución Francesa.
- 12) Extremos jurídicos a que se llegó después de la Revolución Francesa.
- 13) Concepto del derecho subjetivo.
 - a) Escuela clásica.
 - b) Escuela socialista.
 - c) Escuela del interés.
 - d) Escuela de la función social.
- 14) Opiniones sobre la esencia del Derecho.
- 15) Socialización del Derecho.
- 16) Esbozo de la doctrina del abuso del Derecho.
- 17) A qué se atiende en el concepto del abuso del Derecho.
- 18) Casos típicos de abuso del Derecho.
- 19) Elementos constitutivos del abuso del Derecho.
- 20) Qué es el abuso del Derecho.
- 21) Cómo se reconoce el acto abusivo.
- 22) Teoría aparentemente nueva.
- 23) Origen de la sistematización de esta doctrina.
- 24) Su aplicación en Colombia.

El hombre surge a la faz del mundo en el seno de una familia y tiene múltiples necesidades, que no es capaz de satisfacer por sí mismo, por lo cual se ve en la urgencia de buscar el concurso de sus semejantes. Esta tendencia, que le es innata, es lo que se denomina sociabilidad. Efectivamente, el hombre desde que nace pertenece a una sociedad, y no por arbitrio, sino por necesidad; lo mantienen en ella todos sus instintos, tanto egoístas como altruistas, desde el de la propia conservación hasta el de la propagación de la especie. "La movilidad de los grupos humanos sobre la tierra y las energías que surgen de su asociación logran vencer las barreras naturales, y aun encauzar en su provecho la fuerza desbordada de la selva, los ríos y los mares" (1). Las facultades humanas se desarrollan progresivamente, y paralelo a este desarrollo viene el aumento de motivos y razones para reforzar la sociabilidad. En atención a ello, Aristóteles definía al hombre como animal político y doméstico por naturaleza. Por tanto, la existencia de la sociedad no es un descubrimiento; lo que nos importa es saber cómo debe estar constituida y gobernada.

EL DERECHO COMO UNA NECESIDAD DEL HOMBRE

Ya el hombre, como célula del grupo social, debe estar protegido por normas que garanticen la armónica convivencia con sus semejantes; porque la índole egoísta de los seres humanos los lleva a luchar unos contra otros por los bienes materiales. De suerte que la norma jurídica viene a satisfacer una necesidad, a facilitar las relaciones humanas, organizando y encauzando la actividad de los miembros del conglomerado social, de acuerdo con los principios morales. Con acierto Del-Vecchio define el derecho como "la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos de acuerdo con un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento" (2).

EVOLUCION DEL DERECHO

Ese magnífico conjunto de preceptos jurídicos, que, a la manera de una red de semáforos, indica a cada individuo cuándo debe detenerse y cuándo su actividad perjudica a los demás, ha sufrido una gran transformación. Su evolución ha sido rítmica con el proceso evolutivo de la humanidad. Si nos remontamos a las pretéritas edades de

(1) Guillermo Valencia Rodas, *Sociología general y americana*.

(2) *Filosofía del Derecho*, p. 342.

la horda, el matriarcado, el patriarcado, etc., vemos que aunque en forma imprecisa ya existía un ordenamiento jurídico: lo constituye la costumbre, que tiene una autoridad tácita, pero muy potente, y que representa un conjunto indistinto de preceptos jurídicos, morales y religiosos. Desde la ley del Talió, la composición y la expulsión del ofensor de la tribu o clan, hasta los modernos procedimientos atestiguan una laboriosa metamorfosis que representa una larga serie de grados. En la actualidad, por ejemplo, las circunstancias nos demuestran que debemos poner al día gran parte de nuestros estatutos, para que estén a tono con el nivel alcanzado en el perfeccionamiento humano y los demás factores que hacen cada vez más intrincadas las relaciones sociales.

EL DERECHO DE PROPIEDAD Y OTROS EN LOS ORIGENES DE FRANCIA

En tiempos históricos la parte más grande de Francia estaba dominada por los pueblos que los griegos llamaban Keltai y los romanos Galli; se conocen muy mal, pues no se tiene ningún documento escrito por ellos, salvo algunas inscripciones en lengua céltica y cuanto de ellos dice el general que los combatió —Julio César—. El resto lo constituía los belgas.

Los galos vivieron entre los Alpes, los Pirineos y el Rhin y no existió entre ellos la unidad nacional. Su territorio dividido en muchos pueblos, independientes, que llevaban el nombre de sus jefes luchaban unos contra otros.

Desde los fundamentos más antiguos de la formación de la nación francesa, el país estaba ya dividido en grandes dominios en los que vivía una familia noble rodeada de una clientela de servidores y de campesinos que cultivaba la tierra en provecho de su señor. Tales dominios, cada uno de los cuales formaba una ciudad, rodeada de un territorio cerrado dentro de unos límites fijos, existieron antes de la dominación romana, tiempo en que se les conoce con el nombre latino de villa y llevan el nombre de su propietario.

César encontró una clase noble y rica que llama equites (caballeros), que la formaban los grandes propietarios, pues la única riqueza en aquel tiempo era la tierra. La masa del pueblo llamada por César plebs (plebe) compuesta de agricultores y artesanos, vivía en una situación inferior, que el general compara a los esclavos. Su civilización material procedía del oriente y los griegos agregaron las creaciones del pensamiento, las ciencias, la filosofía, las letras y las artes;

esta cultura no llegó nunca a la masa de la población de la Galia, que no tenía ningún medio de aprender a leer y escribir; las escuelas no fueron nunca en la Galia otra cosa que instrumentos de lujo reservados a los hijos de las familias ricas.

El imperio le dio también a la Galia el derecho romano de entonces, formado lentamente por las sentencias de los magistrados encargados de los procesos entre romanos y extranjeros. Este derecho se había convertido en un derecho internacional fundado sobre principios generales de razón y equidad; el que se ha perpetuado en parte en el Código Civil, en materia de propiedad y de contratos, y que hizo imperar la armonía bajo la vigilancia lejana de Roma.

ROMPIMIENTO DE LA PAZ

En el año 235 después de Jesucristo, los ejércitos encargados de impedir la invasión de los bárbaros, rompieron la tranquilidad reinante al batirse unos contra otros, con la pretensión de hacer emperador a su respectivo general. Esta circunstancia fue aprovechada por pueblos guerreros, y penetraron entonces los francos, los sajones, los alemanes; invadieron la Galia, saquearon sus campos, destruyeron sus ciudades, y asesinaron sus pobladores. Los ejércitos del Danubio salvaron el imperio, pero el Emperador dejó de ser un magistrado y se convirtió en Monarca hereditario, rodeado de una corte numerosa y venerado con un ceremonial de servir su misión. Como el dinero se había ido agotando el Emperador aumentó los impuestos y los hizo cobrar con mayor rigor. Exigió suministros en especie, víveres, vestidos, provisiones, requisas de alojamiento, lo cual se prolongó hasta la Edad Media. Los súbditos trataron de evadir tales cargas abandonando sus casas, pero el gobierno prohibió los cambios de domicilio y de profesión. El hijo pasó a heredar el puesto del padre y se establece su condición a perpetuidad. La sociedad se halló entonces dividida en clases separadas por una barrera infranqueable y condiciones de vida completamente diferentes. Los grandes propietarios de terrenos, cuya extensión podía alcanzar hasta las 50 mil hectáreas, aportaron los funcionarios imperiales que gozaban de todos los lujos de la época y se rodeaban de un gran número de esclavos domésticos. Los obispos pertenecían a esta clase, por tanto eran grandes terratenientes y se ocupaban mucho de los asuntos temporales. Formaban la nobleza. Después venían los hombres libres: artesanos, tenderos y gentes sin profesión, que formaban la plebe, con un medio de vida mise-

rable y dependiente de la nobleza; por último estaban los esclavos sometidos a la despótica voluntad del dueño, sin derecho a poseer nada e impedidos de constituir una familia siquiera.

La Galia sólo fue unificada en el siglo VIII por Carlos, de sobrenombre Martel, cuya obra concluyó su hijo Pepino.

Carlos para mantener su estado de guerra necesitaba un gran ejército y para conquistar éste, tenía que procurarse tierras y por eso repartió los dominios de los obispos y los conventos; pudo así luchar contra los pueblos de Neustria, Alemania, los musulmanes, etc. Pepino devolvió al clero sus propiedades, de las que los guerreros sólo conservaron el aprovechamiento.

LA GUERRA TRANSFORMA LA SOCIEDAD Y DESPLAZA EL DOMINIO

El arma propia de estos momentos era la caballería con sus pesados arreos; Carlos para continuar sus expediciones en lejanos campos necesitaba caballeros en posesión de los medios necesarios para equiparse, pues debían llevar carretas, útiles y víveres: sólo los grandes personajes estaban en condiciones de hacer esas erogaciones y de esta manera se dedicaron a la empresa de la guerra los condes, obispos, abades y otros grandes propietarios, que desplazaron el ejército independiente, compuesto por poseedores de una pequeña propiedad, que resultó inconciliable con el servicio de la guerra. Estos hombres dejaron de ser libres y cesaron también de ser propietarios plenos. Para no dejar sus tierras al rey, las cedían a un propietario poderoso y sólo conservaban la posesión a título precario.

La guerra seguía siendo la ocupación digna de los hombres libres y para atender a ella, los señores hacen entrega de sus inmuebles a los vasallos a manera de tenedores; quienes con el tiempo fueron adquiriendo ciertos privilegios, de suerte que existieron dos dueños de un mismo inmueble: el tenedor que gozaba realmente de ella, y el señor feudal verdadero dueño, que la había dado al tenedor. Se formó pues, el dominio directo o *eminente*, que era el que tenía el titular del derecho, y el dominio *útil*, del tenedor. Como era natural, vino una pugna entre estos dos dueños, de tal modo que, cuando llegó la Revolución Francesa, el verdadero dueño propietario era el poseedor del dominio útil. Pues el señor feudal por sus ocupaciones guerreras se desprendía del dominio y el tenanciero, que hoy llamaríamos colono, ante los ojos del mundo era el dueño del inmueble.

Los campesinos se denominaban villanos, que significa gentes del dominio o villa. Los que descendían de los antiguos colonos, calificados de hombres libres o francos, podían abandonar el dominio, tomar mujer en donde querían y legar en herencia sus propiedades. Los descendientes de los antiguos esclavos, estaban adscritos al dominio, no lo podían abandonar, ni tomar mujer fuera de él sin autorización del señor. En general, los villanos debían al señor los censos o rentas fijados por la costumbre, algunos de los cuales eran pagados en dinero. El censo anual se pagaba por cada pertenencia libre; la talla era un impuesto sobre todas las familias y que variaba según la voluntad del señor; las corveas consistían en jornadas de trabajo (hasta la mitad por semana) en las tierras que su señor se había reservado; además, los villanos debían servirse de las instalaciones de explotación de su señor: molino, horno, lagar, etc., pagando los correspondientes derechos. Para cosechar o vendimiar debían esperar la orden del señor; esa orden se llamaba *ban* y de ella derivan la palabra *banal* aplicada a las instalaciones mencionadas y el término *banalidad* para designar las obligaciones de esta especie. También pagaban los villanos el derecho de tránsito, el derecho de albergue que los obligaba a alojar y alimentar al señor y los hombres de su escolta. No podían tocar ni espantar los animales que entraban a sus sembrados, pues éstos debían constituir la caza de sus amos. Existía el *lods et ventes*, fuerte suma que cobraba el señor por el permiso para vender las tenencias libres; el derecho de mano muerta autorizaba al señor para recobrar la tenencia cuando el siervo moría sin dejar hijo en ella.

LA JUSTICIA, OTRA FUENTE DE INGRESOS

Otra fuente de ingresos para el señor era la justicia, pues al juzgar a los habitantes de su dominio lo hacía con el fin de percibir las multas y de confiscar los bienes de quien era condenado a muerte. Pero generalmente el señor no se tomaba el trabajo de juzgar; como cualquier utensilio alquilaba la justicia al preboste o al bailío, quienes sólo se interesaban por condenar para que resultara mejor su negocio. Y como si se tratara de una justicia excelente, reinaba el principio: 'Entre tú y tu villano, no hay otro juez que Dios' (3). De suerte que al no existir apelación, no había ningún recurso efectivo contra esos abusos.

(3) Charles Seignobos, *Historia sincera de la nación francesa*.

Basta leer las breves anotaciones anteriores para concluir que la existencia del campesino era miserable, monótona y limitada; encerrado en los límites de su terruño, sin esperanza de cambiar su condición. Su imaginación recorría siempre los mismos horizontes, pues no tenía dinero ni conocimientos para cambiar sus cultivos. En vano hubiera intentado ingresar en el grupo de los hombres del saber, si las escuelas le cerraban sus puertas; y aún más triste, si el cura de su aldea, casi siempre tan ignorante como él, no le podía proporcionar instrucción religiosa. La rutina era la peculiaridad de su trabajo.

LA REVOLUCION FRANCESA

El advenimiento de una nueva clase social, denominada burgués, en nada cambió las condiciones del proletariado francés. Sin embargo, la actividad en los negocios da una mayor visión de la realidad y por eso de aquí surgieron hombres que iban a efectuar la gran transformación de la nación francesa. Efectivamente, como consecuencia de la situación ya analizada y de otras causas inmediatas el Tercer Estado, bajo el nombre de *Club Bretón* se declaró "Asamblea de los representantes de la nación", e inicia su lucha por darle a Francia una constitución.

Versalles tomó la decisión y París proporcionó la fuerza para realizarla, con lo cual pasa el poder del gobierno a la Asamblea (1789).

EFECTOS DE LA REVOLUCION FRANCESA

a) En primer lugar se forma la unidad de la nación francesa, sobre la base de instituciones uniformes y de principios comunes para los asociados; el derecho natural impone sus fórmulas en la Declaración de los Derechos del Hombre: "Los hombres nacen y viven iguales en derechos." Lo advertía muy claramente la divisa: "La nación, la ley, el rey."

b) Se estableció la perpetuidad del derecho de propiedad y lo libertó de tributos y contribuciones, garantías que consagró la Constitución más o menos en los siguientes términos: "Se garantiza el derecho de propiedad del cual nadie puede ser privado sino por utilidad pública y previa indemnización."

Contra la afirmación de algunos tratadistas, es conveniente advertir que la Revolución Francesa no hizo otra cosa que libertar la propiedad inmueble, que era la principal, de todos los tributos que

pesaban sobre los titulares del dominio útil, ya que con anterioridad a ella se había producido el desplazamiento del dominio directo.

c) El pueblo empieza a elegir a los hombres que lo han de representar en el gobierno.

d) Las autoridades locales deciden los problemas respectivos. La justicia fue declarada gratuita, se abreviaron los procesos y se procuró hacerlos lo menos costosos.

e) Se suprimieron los impuestos indirectos y los diezmos. Estas, para no citar muchas más, fueron las transformaciones realizadas por la Revolución Francesa.

EXTREMOS JURIDICOS A QUE SE LLEGO DESPUES DE LA REVOLUCION FRANCESA

El individuo desde la Revolución Francesa, que fue la culminación de la escuela individualista liberal, quedó colocado en el pínaculo de todos los derechos, que garantizaban su perfeccionamiento en todo orden; el individuo pasó a ser dueño de todos los derechos y en sus relaciones con el Estado fue dueño de todas las prerrogativas, y si éste tenía algunas, las gozaba en virtud de que el hombre se las había concedido, por eso se decía con gran acierto que el hombre era soberano en lo jurídico-político, pero un esclavo en lo económico. Es una concepción que la historia nos presenta como reacción social en que se va de un lado, al extremo diametralmente opuesto: del desconocimiento de los derechos humanos, de las dificultades económicas en que los malos sistemas envolvían al individuo, de la inacción política y social a que se había renegado al hombre; pasa a reconocérsele plena potestad al individuo, con abstracción del medio social de que depende y se consignan en su favor: "Derechos naturales, inalienables y sagrados", "derechos naturales e imprescriptibles", "derechos inviolables e ilimitados", que van contra los poderes públicos. Se llega al absolutismo de los derechos subjetivos, que permite al individuo usar discrecionalmente de sus prerrogativas inclusive en contra del Estado, es como un desarrollo de la doctrina kantiana, de que el hombre es un fin en sí mismo.

El individualismo jurídico consistió, pues, en hacer del hombre el soberano de todos los derechos, en su propia garantía. Dentro de este concepto individual y absoluto del derecho, predominante en el siglo XIX, el uso o ejercicio de tal derecho por el titular, mientras se mantuviera dentro de sus límites y cualquiera que fuera el daño a ter-

ceros, no se podía considerar como ilícito y por consiguiente, no había lugar a indemnización. Así, quien siendo dueño de un predio no lo cultivaba no se le podía imponer ninguna obligación, porque como titular de un derecho podía moverse libremente dentro de la esfera de éste, sin tener en cuenta los intereses de la sociedad, ni los límites señalados por la moral.

Al darle este carácter a la norma jurídica se le quita una de sus características esenciales, cual es la bilateralidad, para hacerla degenerar en antisocial, olvidando así que se refiere a la sociedad en conjunto y no a personas determinadas. Como lo enunció Ulpiano: "Jura non in singulas personas, sed generaliter constituntur" (4).

CONCEPTO DEL DERECHO SUBJETIVO

El efecto de la norma jurídica es atribuir a un sujeto una pretensión frente a otro sujeto, que queda con una obligación o deber del mismo carácter. Es lo que los romanos llamaron *facultas agendi*. De suerte que el derecho subjetivo, no es otra cosa que el poder que se tiene sobre una cosa para gozar y disponer de ella; y poder que tiene una persona llamada acreedor para exigir de otra llamada deudor, el cumplimiento de una obligación. Es pues, una facultad o un poder del hombre, respecto de las personas o sobre las cosas, según se trate de derechos personales o reales. Toda persona por el hecho de vivir en sociedad, tiene prerrogativas, facultades, poderes, derechos, en suma" (5).

En muchos casos, la ley es la fuente que origina la facultad de exigir prestaciones o el poder de gozar de las cosas; tal sucede en los hechos culposos, que por faltar la debida diligencia, la ley impone la obligación de indemnizar; a quien contrae matrimonio, también la ley impone obligaciones y derechos; en la misma forma, por el involuntarísimo hecho de la muerte, y en virtud de la ley, ciertas personas adquieren la facultad de exigir determinadas prestaciones. Pero en otros casos, esa facultad nace en la voluntad de las mismas personas. Pues el hombre en su peregrinación terrena, está condenado a ganar el pan con el sudor de su frente, vale decir, a obligarse. En tal virtud, efectúa contratos, que son la principal fuente de las obligaciones.

(4) Del-Vecchio, *Filosofía del Derecho*, p. 354.

(5) Del-Vecchio, *Filosofía del Derecho*, p. 406.

Aquí surge la pregunta: ¿En qué radica la esencia del derecho? ¿Acaso en la ley, o en la sola voluntad? Este dilema ha interesado a muchos tratadistas, que se han agrupado en varias escuelas con diversas opiniones.

OPINIONES SOBRE LA ESENCIA DEL DERECHO

a) *Escuela clásica o voluntarista.*—Afirma que la esencia del derecho está en la voluntad, ya sea de la persona natural o jurídica. Jellinek define así el derecho: “Poder de una voluntad colectiva o individual para oponerlo a otra.” Liberatore dice que es “el poder irrefragable a exigir de otro algo”. Los filósofos católicos agregan: “Es la facultad moral inviolable de hacer o de exigir algo.” Del-Vecchio arguye, “siempre se atribuye cierta posibilidad de querer a quien tiene el derecho”. Y define la ley en los siguientes términos: “Ley es el pensamiento jurídico deliberado y consciente, expresado por los órganos establecidos para representar la voluntad y el poder preponderantes en una multitud asociada.”

Este concepto que predominó en el Código de Napoleón pasó al nuestro, que en su artículo 4º, dice: “Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.”

Naturalmente, muchos derechos nacen de la voluntad, como los que resultan de los contratos; pero hay otros que no nacen de ella, y que aun le son contrarios. Luego, no es la voluntad de la persona, en forma absoluta, la que estrictamente crea el derecho. Si nos remitimos a la Filosofía del Derecho, vemos que tampoco es la ley la creadora en forma exclusiva de los derechos. Son las relaciones sociales las que lo originan, ya que el hombre en su afán de perfeccionamiento actúa y entonces la ley tiene que venir a regular situaciones ya establecidas.

Este concepto se ha subdividido en otras opiniones, que también consideran la voluntad como esencia del derecho. Los individualistas dicen que derecho es: “La voluntad de la persona, sea natural o jurídica.”

b) *Escuela socialista.*—Las anormales condiciones de vida del pueblo francés, desde la Restauración atrajo la atención de algunos filántropos de la burguesía, llevados a reflexionar al respecto por Saint-Simon y sus discípulos, Fourier y Pierre Leroux, que propusieron el

sistema llamado socialista, que en 1830 tuvo un origen de compasión y una concepción de justicia; pero concluyó atacando a la propiedad privada la herencia, el contrato de salarios y el empleo de la moneda, por considerarlos enemigos del orden social. Anuncia la lucha de la clase obrera contra las demás, reclama la huelga general y la dictadura del proletariado. Aparecen los nombres anarquismo y comunismo y la bandera roja. El judío alemán, Carlos Marx, refugiado en Francia resumió esta doctrina en un sistema (1848). Para los socialistas, la esencia del derecho está en la voluntad general, pues consideran que la voluntad de los individuos es apenas una participación de la voluntad social. Hegel, dice que el derecho es una primación de la voluntad de la sociedad. Ihering, agrega que el valor de la voluntad individual está en su coordinación con la voluntad general o colectiva.

Critica.—Indudablemente, hay situaciones jurídicas en las cuales interviene la voluntad, como generadora inmediata de los derechos y obligaciones, tal es el caso de los contratos y cuasi-contratos; pero hay que tener en cuenta que unos y otros dan lugar a derechos en virtud de la ley. En otros casos, la voluntad no interviene en el origen de los derechos y obligaciones sino que nacen contra ella, como ocurre en los hechos culposos. De manera que la doctrina que pone la esencia del derecho en la voluntad, no es verdadera en todos sus términos. Los derechos surgen de las relaciones sociales; así que el derecho no nace de la voluntad social, sino que la sociedad lo reconoce como ya creado por los hechos. Por consiguiente, la doctrina de la voluntad social como creadora del derecho, tampoco es cierta.

Escuela del interés.—Denominada en tal forma porque sus impugnadores sostienen que el derecho es un interés protegido, y que en todo derecho se da un interés. La sustentan: Julián Bonnacase, para quien el derecho es la organización jurídica del goce de la riqueza y del aprovechamiento de los servicios, de donde deriva la diferencia entre derechos reales y personales; Von Ihering, que dice: “El derecho no es más que un interés protegido.” Edmundo Picard: “El derecho es ante todo interés, y la voluntad es necesaria para actualizarlo.” Luego agrega: “Donde hay derecho hay interés.”

Critica.—La voluntad interviene en el ejercicio del derecho, y dentro de ese derecho hay interés, porque el hombre busca la forma

de satisfacer sus necesidades; pero esto no quiere decir que el concepto de interés sea exclusivo, aunque el derecho tienda a protegerlo. Por otra parte, apreciado ese interés desde el punto de vista individualista, será individual y contraproducente, pero si se atiende al conglomerado social, el interés además de benéfico a la persona, debe serlo también a la sociedad. Así es como en cada ley hay un interés, pero mira a la sociedad y no a las aspiraciones puramente egoístas de los particulares.

La 1ª, la 5ª y la 6ª definiciones que el Diccionario de la lengua española trae del vocablo interés, rezan respectivamente: provecho, utilidad, ganancia; bienes de fortuna; conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material. Quizá en este sentido lo tomaron los tratadistas de esta escuela; sin embargo, no es la expresión apropiada para definir el derecho, porque "por el interés, lo más feo hermoso es" frase que denota cuanto tuerce el interés la claridad del entendimiento y la rectitud de la voluntad.

d) *Escuela de la función social de Duguit.*—Es una doctrina intermedia, que une el derecho social y el interés. Afirma que no hay derecho subjetivo de ninguna clase, ni en las personas naturales ni en las jurídicas, y que el concepto del derecho subjetivo es apenas una creación metafísica que debe desaparecer. Para Duguit y sus seguidores sólo hay situaciones jurídicas, subjetivas unas, objetivas otras. Las subjetivas son simplemente una función social, es decir, una situación que impone obligaciones, de la cual se debe ser privado si no se cumple con ellas. La situación jurídica objetiva es aquella que nace de la norma o ley.

Crítica.—El concepto del derecho subjetivo no es una creación metafísica; si así lo fuera, ¿de qué le serviría al hombre nacer en un mundo de obligaciones? Si el hombre no tuviera derechos ¿de dónde la necesidad de la situación jurídica objetiva de Duguit, o la ley nuestra? La misma aseveración de que hay obligaciones, nos habla claramente de la existencia de los derechos. El hombre tiene un conjunto de prerrogativas que le permiten su subsistencia y que hacen factible su perfeccionamiento en todos los órdenes, que bien usados son compatibles con la convivencia social y aún más, la garantizan. La libertad surge cuando la posibilidad natural de obrar es acompañada de la exigencia de respeto. De ahí la aseveración de que los imperativos jurídicos son condicionados, pues presuponen para su aplicación ciertos estados de derecho.

Para refutar al profesor Duguit, basta recordar que la pretensión que un individuo enfrenta a otros, es sólo el momento externo del derecho y que pone de presente el elemento interno o sea esa facultad de querer y de obrar. Naturalmente, Duguit, socialista extremo, deja de lado verdades inmutables y hace concluir todo en la función social. Nos basta recordar su frase: "La propiedad es una función social que implica obligaciones."

SOCIALIZACION DEL DERECHO

"El derecho es la columna vertebral del cuerpo social o del organismo ético. Más simplemente, puede decirse, que el derecho es la parte de la ética, que establece las bases de la coexistencia entre varios individuos; por esto no se puede concebir una sociedad sin derecho. *Ubi societas, ibi jus*" (7). Tampoco puede aceptarse el absolutismo del derecho, que en vez de consagrar libertades, haría imposible la actividad de los asociados. Respecto de la propiedad, Ihering ponía de presente los estragos que puede causar el titular de este derecho si se le permite su ejercicio ilimitado: "Establecerá sobre su fondo un aparato para apestar el aire que lo rodea, un pozo que encierre sustancias que envenenen la tierra del vecino, una fábrica cuya explosión sacuda el suelo y haga desplomar las casas vecinas, cuyo humo acabe con la vegetación de las inmediaciones, o cuyo calor intenso impida el establecimiento de toda estancia a proximidad; cavará junto al límite un hueco profundo que hará desplomarse el muro del vecino, etc." (8). Cosa semejante podría ocurrir con los demás derechos, inclusive con los más sagrados, como lo afirma nuestra Corte Suprema de Justicia. De manera que contra este subjetivismo jurídico, vino la socialización del derecho, que consiste en que todas las ramas del derecho toman un tinte social. El derecho dejó el carácter puramente individualista que le imprimiera la Revolución Francesa, para atender al equilibrio que ordena la justicia, colocando de un lado facultades y prerrogativas, y obligaciones del otro. Dicho en otras palabras, los derechos son relativos, y si es así, no tiene discusión la posibilidad de que se abuse de ellos.

ESBOZO DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO

Si el derecho se da únicamente para salvaguardar la actividad

(7) Del-Vecchio, *Filosofía del Derecho*.

(8) Carlos Julio Latorre, *Ensayos de teología jurídica*.

particular, el uso que la persona haga de su derecho será lícito, mientras no traspase su esfera externa. Es decir, los actos de ejercicio del derecho o el uso que el sujeto haga de éste, según esta concepción, será lícito mientras no invada el derecho ajeno, sin que importe el fin que se persiga o la intención con que se actúe. Armonizaría con este concepto el levantamiento de una pared, con el sólo fin de impedir la entrada de luz a un predio vecino y sin obtener con ello el ejecutante beneficio alguno. Encuadraría aquí también la frase: "El acreedor jurídicamente no está obligado en cuanto a su mismo derecho." Si se parte del concepto del derecho independientemente de la consideración de la sociedad, ese ejercicio es aceptable; pero el derecho no se ha dado para un individuo, sino para la guarda de los intereses de la sociedad. Si el derecho fuera ilimitado, serviría de arma en la lucha de unos contra otros y vendría a destruir la sociedad. Por eso devía Voltaire: "Un derecho llevado demasiado lejos se convierte en una injusticia." Pero se debe tener en cuenta que el derecho nace, se ejercita y muere en la sociedad. Claro que el ejercicio de un derecho tiene una finalidad inmediata: el bienestar de su titular; pero no la satisfacción de un capricho, de un fin bastardo, con lo cual ya deja de ser lícito dentro del campo ético y moral, como también de serlo dentro del campo civil.

El ejercicio de un derecho, compatible con la esfera objetiva, pero sin un fin lícito o con fin dañino, deberá ser sancionado por las leyes, con lo cual se advierte a su titular: "No hagas mal y esperes bien."

El derecho emana del todo social, lo reconoce el legislador, lo acatúa y lo usa el hombre en cuanto sus necesidades lo exijan y en concordancia con los intereses legítimos de la sociedad. El uso de ese derecho no debe ser ilimitado, sino restringido por el fin del mismo, cual es satisfacer necesidades del individuo, pero no como una célula aislada y egoísta, sino como miembro de la sociedad. Ese uso no debe ser independiente de la noción ética del derecho, por lo mismo, si no se acomoda a la armónica convivencia social, es injusto y perjudicial. Se trata precisamente de atender a la bilateralidad que el derecho exige aun dentro de la misma persona, dándole a su titular la prerrogativa de su goce, pero imponiéndole a su vez la obligación de usarlo en beneficio del armónico desenvolvimiento de la actividad social. Esta característica fue la que Santo Tomás de Aquino llamó alteridad. De

aquí se deduce la relatividad de los derechos y como consecuencia, el peligro de su abuso. "Según esta teoría cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no es dado desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que la inspira; no siendo lícito imprimirle una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. Vanamente alegárase que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que acusa el abuso del derecho" (9).

Nuestra Corte Suprema de Justicia, con el fin de establecer si era aplicable esta teoría a un caso especial, la analizó en su fundamento así: "Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral, porque —como dicen los tratadistas de la materia— no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas, no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar, con un fin lícito, justo y moral simultáneamente" (10).

A QUE SE ATIENDE EN EL CONCEPTO DEL ABUSO DEL DERECHO

En primer lugar, hay que considerar el derecho, como un criterio de la valoración del obrar, que abarca íntegramente a la personalidad humana y que sólo se refiere a las acciones, en donde sí se puede apreciar lo justo y lo injusto. El abuso del derecho nace de la consideración del elemento interno del acto humano; porque usar o ejercer un derecho es actuarlo, ponerlo en acto; esta actuación se verifica mediante actos positivos o negativos; dichos actos, como todos los humanos, constan de dos elementos: el uno externo, o sea la objetividad, y el otro interno, o sea la intención o propósito del ejecutante. Del-Vecchio dice que, no se puede prescindir del elemento interno, del cual la manifestación objetiva es sólo su proyección. Por tanto

(9) Ortega Torres, *Comentarios al Código Civil*.

(10) Julián Motta Salas, *Jurisprudencia de la Corte S. de J.*

define el acto como "un hecho de naturaleza que es a su vez un hecho de voluntad" (11).

En el uso del derecho, a los dos elementos del acto corresponden dos limitaciones: la una externa y objetiva, que es la que se consagra en la ley; la otra interna, señalada por el fin para el cual se ha concedido el derecho. Cuando al ejercer el derecho se traspasa el límite externo se comete un acto ilícito, y por consiguiente se deben indemnizar los perjuicios, como lo establecen las normas generales.

Cuando el ejercicio se mantiene dentro del límite externo, pero se sale del límite interno o intencional y trasciende al exterior causando daño, ¿habrá lugar a responsabilidad civil? Sí hay, sostienen varias escuelas; porque todo acto que contrarie uno de sus dos elementos no se conforma con la norma integralmente; es la aplicación del axioma romano: *Bonum ex integra causa, malum est quocumque defectum*. (El bien procede de la integridad de la causa, el mal de cualquier defecto de ella.)

La escuela absolutista sostiene que no hay lugar a indemnización, pues para ella no interesa la intención con que se ejerza el derecho. Pero resulta que este elemento se ha tenido en cuenta desde el derecho civil romano, cuando respecto de los contratos establecía: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* (12).

Kant, también redujo el derecho al sólo aspecto externo del obrar, pero es claro que si el acto consta de dos elementos, que le son esenciales, la ilicitud del elemento interno, como la del externo, debe ser sancionable.

Tratadistas universalmente famosos, al ocuparse de la materia afirman:

Josserand: "El fin perseguido es el que constituye y denuncia el abuso del derecho." Pero no el fin con que se ejercita por el individuo, que es imposible de determinar, sino el fin o la intención del legislador que reconoció y reglamentó todo derecho.

Porrehot: "Se abusa del derecho cuando permaneciéndose dentro de sus límites (se entiende externos) se quiere un fin diferente de aquel que el legislador ha tenido presente al sancionarlo."

(11) *Filosofía del Derecho*.

(12) Dig. L., 16, fr. 219.

Saleilles: "Estando determinado como lícito un acto jurídico en sí mismo, por sus condiciones materiales externas, este acto se puede considerar como ilícito y contrario al derecho, únicamente por su fin intencional."

Los anteriores autores, José Calvo Sotelo y otros, reconocen que el acto se sitúa dentro del límite externo del derecho y están a la vez de acuerdo en que el elemento interno o intencional, en su torcido fin, es el que constituye el abuso del derecho.

CASOS TÍPICOS DE ABUSO DEL DERECHO

a) En el barrio de La Magdalena funcionaba la fábrica de paños Colombia, la cual para beneficiar a sus obreros y dotar sus instalaciones de luz natural, tenía amplios ventanales que daban sobre unos potreros. El dueño de la fábrica intentó comprar los predios circunvecinos, pero se lo impidió el precio exagerado que su propietario le exigió. Como en esta forma no fue posible llegar a un acuerdo, el mencionado terrateniente para obligar al industrial a pagarle cuanto pedía por su terreno o a que cesara en su actividad, optó por levantar paredones que impidieran la entrada de la luz a la fábrica. La situación fue planteada ante los tribunales, pero no es del caso considerar su veredicto; conviene sí anotar que éste fue un uso desviado del derecho, ya que la erección de las paredes en nada beneficiaba a quien sólo con mala intención las construía (13).

b) "El Tribunal Civil de Sedán, falló en el siguiente caso que pasó luego a la Corte de apelación de Colmar, la cual relata: 'El dictamen pericial demuestra que maliciosamente el apelante, sin ninguna utilidad para él, y con el único fin de perjudicar a su vecino construyó enfrente y casi contra la ventana del actor, de la cual una parte se encuentra ya tapada por la nueva construcción, una falsa chimenea, que comienza únicamente sobre el techo, apoyada en el cabriol extremo de la pared delantera de su casa, y que priva casi totalmente de la luz que queda a esta ventana, y que el mismo apelante, en sus diversas promociones persiste insistentemente se mantenga por virtud de su derecho de propiedad'..." (14).

c) La Corte de Casación tuvo oportunidad de hacer aplicación de estas directivas con motivo de un pleito originado por las difi-

(13) Tomado de las conferencias del doctor Arturo C. Posada, Col. Rosario.

(14) Julián Bonnecase, *Elementos del Derecho Civil*, p. 325.

cultades de la postguerra; un arquitecto había sido encargado, en 1919 de preparar los asuntos de demandas de indemnización en razón de perjuicios de guerra, por una Sociedad Cooperativa de perjudicados, y también, de proceder a los estudios de proyectos de trabajos que él dirigiría y reglamentaría; debía recibir por estos trabajos una comisión sobre el importe de las indemnizaciones concedidas a los damnificados. En estas circunstancias, sucedió que una ley de 15 de agosto de 1920 decidió que los arquitectos de las cooperativas debían ser escogidos de una lista formada por cada departamento. El arquitecto primitivamente designado no admitió este contratiempo imprevisto, y pretendió continuar los trabajos que le habían sido confiados, de suerte que la Sociedad tuvo que recurrir al tribunal, quien nombró expertos para la verificación de los actos, así como para la determinación de los honorarios debidos al pertinaz arquitecto. A lo cual, éste se negó de plano a restituir —hasta comunicar a los expertos— los actos precedentes ya constituidos y en posesión de los cuales continuaba, aunque los intereses de los damnificados se encontraban gravemente comprometidos, porque el procedimiento legal no podía ya seguir curso en ausencia de los documentos indispensables a la determinación del importe de los perjuicios de guerra.

En la lucha judicial que se trabó por esta causa, el arquitecto pretendió usar, para obtener satisfacción, del derecho de retención que indiscutiblemente le correspondía sobre los autos retenidos por él. Pero faltaba por saber si él hacía de este derecho evidente, un uso lícito, conforme a su destinación; y esto fue lo que no admitió la Corte de Amiens, observando, primeramente que la Sociedad Cooperativa ofrecía consignar una importante suma como garantía, hasta la terminación del proceso, de los derechos del arquitecto; luego, y especialmente, que éste, al oponer su derecho de retención impedía la fijación de sus propios honorarios, en sí mismos proporcionales al importe de las reparaciones obtenidas por los damnificados...” (15).

El derecho de retención entre nosotros, consiste en que las personas que hacen gastos de reparación o conservación de los bienes ajenos tienen facultad de no entregarlos, es decir, de retenerlos, en tanto no se les pague el saldo a su favor resultante de dichos gastos.

¶) Sabido es que todo acreedor tiene derecho de hacerse pagar sus créditos, y que está autorizado para denunciar los bienes que le

(15) Luis Josseland, *El espíritu de los derechos y su relatividad*.

favorezcan su derecho, pero es obvio advertir que no debe extralimitarse. Supongamos que una acreencia en mora, por valor de \$ 5.000, se denuncian bienes en cuantía de \$ 50.000, que constituyen la única tenencia del deudor y por lo cual recibe serios perjuicios; no vacilaremos en decir que aquí se está haciendo un uso indebido del derecho.

e) Cualquiera puede denunciar la comisión de un delito, pero si la denuncia no tiene un fin sincero o un fundamento debido, cometerá un acto abusivo por no proceder con la seriedad que demanda averiguar la culpabilidad penal de un acto.

f) Un marido que contrajo matrimonio en Nueva York, trasladó su domicilio a Florencia en donde promovió juicio de nulidad matrimonial contra su esposa residente en Nueva York. Aunque ésta sigue el domicilio del marido y según el Canon 1964 C. I. C., puede promoverse la demanda, a elección del actor, tanto en el lugar de celebración del matrimonio (Nueva York), como ante el Tribunal del domicilio legal de la parte demandada (Florencia), la Signatura Apostólica por sentencia del 7 de noviembre de 1932 (Apollinaris, 1933, p. 102) declaró la nulidad de todo el juicio, por considerar contrario a la equidad obligar a la esposa residente en Nueva York seguir el juicio en Florencia (16).

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ABUSO DEL DERECHO

Según el criterio de Calvo Sotelo, en la existencia del *Abuso del Derecho* se precisan como requisitos las siguientes circunstancias: a) Uso de un derecho; b) Daño económico inferido a un interés; c) Inmoralidad o antisocialidad del acto; en lo cual, con pequeñas modalidades está de acuerdo con Julián Bonnetcase, quien menciona como elementos: 1º) Ejercicio de un derecho; 2º) Ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho por su titular; 3º) La intención nociva.

La legalidad o sistema jurídico, establece la posibilidad de ejercitar los derechos. Ese poder de acción, recibe del legislador su forma o límite externo. Así, el artículo 669 de nuestro Código Civil establece: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.”

(16) Cf. Regatillo, *Interpretatio*, Nº 713.

En el goce están comprendidos el *ius utendi* y el *ius fruendi*. De suerte que quien levanta una pared o practica excavaciones en su propia heredad, está haciendo uso de un derecho. Sabemos además, que se entiende por derecho personal "la facultad que tiene una persona llamada acreedor, para exigir de otra llamada deudor, una prestación o una abstención de carácter pecuniario". De manera que quien se vale de los medios coercitivos para hacerse pagar una deuda, también está usando un derecho. No quiere decir esto, que no exista el riesgo de que se desvíe o se extralimite en el uso de estas facultades.

En segundo lugar, es posible que el titular de un derecho, al ejercerlo no busque un beneficio para sí o para otro; no persiga un fin serio y económico y sólo tenga una intención torcida, nociva y perjudicial.

Por último, y como consecuencia de ese ejercicio, con tal intención nociva, puede venir el impedimento de la vista o el hundimiento para la edificación vecina, lo mismo que la ruina para el deudor, es decir, un daño para terceras personas.

QUE ES EL ABUSO DEL DERECHO

José Calvo Sotelo: "Es el uso de un derecho objetivamente legal que ocasiona un daño en forma inmoral o antisocial."

Luis Josserand: "Es el acto cumplido conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho general o derecho objetivo, con lo que se llama juridicidad o conjunto de la regla social."

Julián Bonnecase: "La noción de abuso de los derechos es esencialmente psicológica y subjetiva; corresponde al ejercicio de un derecho desviado de su fin específico y transformado en medio de vejación para otra persona, sin utilidad alguna para su titular."

El doctor Uprimny, reduce los casos de *Abuso del Derecho* a la siguiente fórmula: "Ejercicio inmoral de un derecho subjetivo consagrado en la ley positiva, por ser contrario al bien común."

COMO SE RECONOCE EL ACTO ABUSIVO

Del libro *II Elementos de Derecho Civil*, de Julián Bonnecase, copio la exposición descriptiva de la obra de la jurisprudencia francesa sobre el abuso de los derechos, porque me parece que en forma precisa abarca las diferentes teorías sobre sus elementos constitutivos:

"La jurisprudencia ha dividido claramente la noción del abuso de los derechos. Ve en ella, por una parte, un estado meramente psicológico y, por otra, una situación material. En el primer sentido, el abuso de los derechos se refiere al hecho de una persona de ejercitar, con el sólo fin de perjudicar a otra, y por tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular. En segundo sentido, el abuso de los derechos designa el acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter absoluto. En este segundo caso, la jurisprudencia por mucho tiempo se refirió al *ejercicio anormal* de un derecho, más bien que a su *ejercicio abusivo*, pero progresivamente se ha llegado a este último término" (17).

Me parece compendidas en esta breve síntesis las diversas teorías, fruto de la inquietud que nació en Europa, especialmente en Francia y Bélgica, desde el primer cuarto del siglo pasado; de donde se extendió a casi todos los países del universo, proporcionando copiosísima doctrina que los tribunales fueron seleccionando y aplicando en lo posible, y que dieron base a normas objetivas consignadas en diversas legislaciones.

Son estas teorías, ya de carácter subjetivista, que sostienen que en el abuso del derecho predomina el elemento subjetivo y señalan el acto abusivo por la intención o por el fin con que se ejercita un derecho; o son ya de carácter objetivo, que critican el anterior planteamiento diciendo que sus principios son en exceso subjetivos y no dan un criterio verdaderamente jurídico para determinar el abuso del derecho y buscan más bien el daño que se produzca, un elemento objetivo, visible; tangible, para explicarlo.

Sus autores son:

Josserand: "El fin perseguido es el que constituye y denuncia el *Abuso del Derecho*."

Saleilles: "El abuso del derecho no es el ejercicio de él con intención de perjudicar, sino el uso sin fin serio y económico, sin interés también serio y económico"; y agrega: "Un acto que puede ser para otro perjudicial, sin interés serio y legítimo para el que usa de él, jamás constituye un uso lícito del derecho."

(17) Julián Bonnecase, *Elementos de Derecho Civil*.

Geny: "Sólo se descubrirá la medida justa y verdadera de los derechos individuales escrutando su fin serio y social y comparando su importancia con la de los intereses que contraría."

Bonnecase: "...Lo indiscutible es que la posibilidad jurídica de perjudicar a tercera persona so pretexto de que se ejercita un derecho, y sin que este ejercicio presente un interés actual o eventual, sería manifiestamente contraria a la función de armonía o equilibrio sociales inherente a la noción del derecho."

Ripert: "Es abuso del derecho aquel acto normal en apariencia pero realizado sin fin útil y con intención de dañar, acto que debe ser considerado, como anormal y suscita la responsabilidad pecuniaria de su autor, a pesar de su legítima objetividad."

Calvo Sotelo: "Todo derecho tiene su eficacia en dos esferas: la puramente positiva y la esfera social, ética, económica o de derecho natural." La eficacia positiva es aquella que da la ley o la legislación positiva de un pueblo; mejor, es la validez de un acto al tenor de la ley. La eficacia ética, o de derecho natural es aquella que está de acuerdo con los principios éticos, morales y políticos. Entonces, dice este tratadista: "Si el acto, si el ejercicio del derecho se ajusta a normas positivas pero no a normas éticas, sociales y económicas, es un acto abusivo, pero es necesario que se produzca un daño, una lesión a la sociedad, a terceros o al individuo mismo."

Se producirá daño por ejemplo, en el caso de un propietario que no cultiva su finca, porque priva a la sociedad de un beneficio a que tiene derecho. El daño será para terceros en el caso de quien levanta una pared, con el único objeto de impedir el paso de luz a su vecino. Habrá daño para el individuo mismo en forma directa, e indirectamente para la sociedad, en el caso del pródigo que despilfarra sus bienes.

TEORIA APARENTEMENTE NUEVA

Luis Josserrand en sus valiosas consideraciones sobre este tema, dice que hay verdades eternas, ideas-fuerzas que representan la armadura de todas las legislaciones, en toda época y en todo país; entre éstas cita la *Relatividad* y por consiguiente, del abuso de los derechos, "que constituyen una de las piezas matrices de los sistemas jurídicos de todos los países civilizados o más exactamnte, la atmósfera, el elemento mismo en que se desarrollan y realizan estos sistemas". Más adelante agrega: "...constituye una antigüedad infinitamente vene-

table: es tan antigua como la coexistencia y la oposición del derecho estricto con la equidad, de la legalidad con la moral jurídica, de la regla formal con su realización práctica." Para sustentar su observación cita a Georges Cornil quien sostiene que entre los romanos "parece que el jurisconsulto Gayo formulaba ya una teoría general del abuso de los derechos cuando, para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dómicos de maltratar a los esclavos, proclamaba 'que nos debemos medir en nuestro derecho': *Male en im nostro jure uti non debemus*."

Con razón Apletón sostiene que la teoría del abuso "es tan poco moderna que sobre ella reposa toda la evolución del derecho romano, yendo del derecho estricto hacia la equidad". Al respecto citaré la definición de Celso *Jus est ars boni et aequi*, y la sabia sentencia de Pablo: *Non omne quod licet honestum est*. Basnage, en su tratado de las hipotecas: "Hay algunas veces injusticia en querer ser demasiado justo, *Summum jus summa injuria*. So pretexto de atenernos al espíritu de la ley en todo su rigor, nos alejamos fácilmente de la equidad, que por naturaleza contraría a esta justicia inflexible que no perdona nada."

Según las anotaciones del doctor Uprimny, que a continuación transcribo, "Aristóteles y los canonistas y filósofos medievales hablaron de *epiqueia* o equidad. Según puede verse de la siguiente cita de Santo Tomás de Aquino, se trata exactamente de los casos que hoy se consideran abuso del derecho: "...como los actos humanos a que se refieren las leyes consisten en cosas contingentes que pueden variar de infinitos modos, no fue posible establecer unas reglas de ley que en ningún caso fallen; y por eso los legisladores se fijan en aquello que sucede con frecuencia y según esto dan la ley. Ahora bien; observarla en algunos casos va contra la igualdad de la justicia y contra el bien común que la ley se propone: así la ley ordena que se devuelvan los depósitos en la mayoría de los casos; mas puede suceder que esto sea perjudicial, por ejemplo, si el furioso depositó una espada y la pide mientras sea furioso o si alguien reclama el depósito para combatir la Patria. En estos y semejantes casos sería ciertamente malo seguir la ley establecida, entonces sería bueno, dejando a un lado las palabras de la ley, seguir lo que piden la razón y la justicia y la utilidad común. Y esto ordena la *epiqueia* que entre nosotros se llama equidad" (18). Suárez a su vez, enseña que esta *epiqueia* no puede existir contra la ley natural sino tan sólo contra la ley humana (posi-

(18) *Summa Theologia*, II/II, q. 120, a. 1; cf.

tiva) y esto en los siguientes casos: 1º) Si el cumplimiento de la ley no está permitido moralmente; en el caso concreto; 2º) Cuando el observar la ley sería tan difícil que lógicamente se puede presumir que el legislador no podía obligar en aquellas circunstancias; 3º) Cuando se puede interpretar razonablemente que el legislador, aunque hubiera podido hacerlo, no quiso obligar en aquellas circunstancias (19).

Los canonistas acogieron plenamente esta doctrina. Ya Alejandro III estableció que el juez delegado debe admitir "excepciones razonables y proceder en la causa, conforme a la equidad del derecho" (20). El glosador y canonista Dino de Rossoni afirma: "La equidad natural es preferible al rigor del derecho." Para el gran canonista San Raimundo de Peñafort "derecho es equidad" (*Summa iuris*). Y la regla del derecho 88 del *Liber Sextus reza*: "Es cierto que infringe la ley quien se apoya en las palabras de la ley contra la voluntad de la ley" (21). Según el Canon 20 del *Código de Derecho Canónico* constituye fuente de derecho de esta disciplina los "principios generales de derecho aplicados con equidad canónica", de lo cual deduce la doctrina dominante que si en un caso determinado la interpretación de una norma canónica conduciría "a un resultado opuesto a los preceptos de la justicia o de la ética cristiana... el intérprete está autorizado a no aplicar en este caso la norma" (22). De suerte que la jurisprudencia y legislación canónicas aplica este principio, en forma amplia, desde hace más de siete siglos.

Este viejo concepto, que tuvo su resurgimiento en el siglo XIX y que preocupó tanto a insignes juristas quienes soportaron acervas críticas, hoy está consignado en numerosas legislaciones y en las demás, la jurisprudencia, al suplir su defecto, a la manera del derecho pretoriano de los romanos, encamina el derecho hacia un plano de verdadero progreso.

Así lo consagran algunas legislaciones:

Alemania: "Artículo 226.—El ejercicio de un derecho no es permitido cuando no tiene más finalidad que causar daño a otro."

"Artículo 826.—Quien intencionalmente causa un daño a otro en forma que atente contra las buenas costumbres, será obligado a repararle el daño causado."

(19) De Legibus, II, 16, 17 y IV, 7, 8.

(20) X, I, 29, 13.

(21) Cf. Wrnz-Vidal, *Ius Canonicum*, I, N° 48.

(22) Del Guidice, loc. cit.

Suiza: "Artículo 2º.—Cada cual está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley."

Rusia: "Artículo 1º.—Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que sean ejercidos en sentido contrario a su finalidad económica y social."

"Artículo 30.—Es nulo el acto jurídico celebrado con un fin contrario a la ley o tendiente a burlarla. Asimismo es nulo el acto jurídico encaminado manifiestamente a perjudicar al Estado."

China: "El ejercicio de un derecho no puede tener por finalidad principal causar un daño a otro."

Polonia: "Artículo 135.—Quien en el ejercicio de un derecho cause daño a otro intencionalmente o por negligencia, está obligado a repararlo si sobrepasa los límites fijados por la buena fe o por el fin para el cual ha sido conferido ese derecho."

Libano: "Debe también reparación el que ha causado un daño a otro al sobrepasar, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe y por el fin para el cual ha sido conferido ese derecho."

Italia: "Artículo 7º.—Es prohibido ejercitar el propio derecho de manera contraria al fin por el cual ese derecho es reconocido."

Colombia: "Nuestra legislación no formula una regla específica sobre esta teoría, pero sí consagra artículos que aisladamente la aplican y otros que permiten su estructuración."

"Artículo 1002.—Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o notan que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos."

"Artículo 21 Ley 200 de 1936.—Los jueces de tierras fallarán sobre lo que resulte de la inspección ocular y demás elementos de convicción producidos por las partes o allegados de oficio al informativo y según la persuasión racional. Aplicarán el derecho teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no debe protegerse el enriquecimiento sin causa, 'el abuso del derecho' y el fraude a la ley."

ORIGEN DE LA SISTEMATIZACION DE ESTA DOCTRINA

En concordancia con el concepto exagerado que se tenía del derecho, y en aplicación del principio romano: *Neminem leadit qui jure sude utitur*, eran muchos los casos en que se hacía un uso des-

medido de los derechos del cual resultaba un daño para terceros, sin que tal uso pudiera calificarse de ilícito a la luz del derecho positivo. En Francia, a principios del siglo XIX, se presentó el siguiente caso: una fábrica de aviones por el ensanchamiento debido a su progreso, necesitó ampliar los campos para la prueba de sus máquinas; impulsada por esta necesidad intentó la compra de los predios vecinos, constituidos por unos potreros. El dueño de éstos, conocedor de tal circunstancia, pidió un precio elevadísimo como condición para la transacción, por lo cual ésta se hizo imposible. Luego levantó una cerca con palos altos para impedir el paso de los aviones que iban por allí todavía a baja altura.

Los tribunales estudiaron el caso y concluyeron, que a pesar de no encuadrar dentro de los ilícitos civiles, debía sancionarse por la manifiesta inmoralidad con que se usaba de las facultades consagradas en el derecho de propiedad. Fue entonces cuando varios tratadistas se ocuparon intensamente de esta cuestión y se sistematizó esta noción moral, que vino a fecundar la materia jurídica.

SU APLICACION EN COLOMBIA

En nuestra patria, la Corte Suprema de Justicia, desde 1935 ha aplicado esta teoría en numerosas sentencias, teniendo en cuenta ya las teorías subjetivas, ya las objetivas, con análisis que honran el saber de nuestros magistrados y que hacen esperar que pronto esta realidad sea consagrada en nuestra legislación.

Nuestra Corte al aplicar esta teoría ha atendido a los actos subjetivamente ilícitos o abusivos y en otras ocasiones, a las omisiones no ilegales, es decir, un criterio técnico edificado sobre la noción de culpa.

“En 1935 la sociedad denominada Electro-Entreprise, demandó a la Nación sobre pago de perjuicios por no haber perfeccionado con ella un contrato sobre construcción de una red telefónica, invocó la teoría del *Abuso del Derecho*, haciéndola consistir en que la administración retardó el ejercicio de ese derecho, con perjuicio para la sociedad.” En sentencia proferida el 6 de septiembre del mismo año, la Sala de Negocios Generales, dijo: “Nuestra legislación positiva no ha tomado posición alguna ante este problema, pues no hay precepto legal que a él se refiera. El artículo 2341 del Código Civil dice: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que

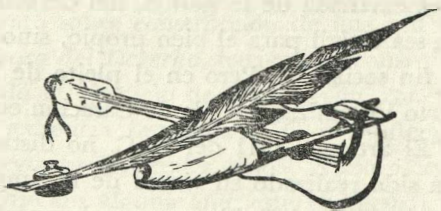
la ley imponga por la culpa o el delito cometido.” Según esa disposición se exigen dos condiciones para que surja la responsabilidad civil: 1ª) Una acción u omisión (delictuosa o culpable); 2ª) Daño a otro. Si por la existencia del abuso del derecho se precisan, según el criterio de los autores (Calvo Sotelo: *El Abuso del Derecho*), como requisitos, las siguientes circunstancias: 1ª) Uso de un derecho; 2ª) Daño económico inferido a un interés; 3ª) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño; las diferencias con la disposición transcrita no pueden ser más claras, porque para la aplicación del artículo 2341 es necesaria la existencia de cualquiera clase de culpa o negligencia, y es evidente que éstas no existen cuando se ejercita un derecho, porque la parte actuante o descuidada queda fuera de las condiciones que impone el citado artículo, ya que los actos u omisiones originarios de la responsabilidad civil que conforme a esa disposición dan lugar a la obligación de reparar el daño no pueden ser otros que aquellos en que ha habido culpa o negligencia, y no los que se hayan verificado u omitido utilizando un derecho. De modo que para considerar aplicable el mencionado artículo habría que establecer una conclusión errónea, como es la de que puede haber culpa en el ejercicio de un derecho. Y esto no puede ser, porque el acto abusivo no encierra en sí culpa ni negligencia en el significado clásico de estos términos; lo único que implica es un impulso poco moral en el obrar del actuante, que se puede estimar como un derecho que quiere salirse de su órbita, o mejor, como un derecho aparente, puesto que es natural que no deba existir derecho en oposición a la moral social sin causa legítima. Pero si el fin que persigue el actuante es sólo el de perjudicar a otro o dañar un interés, no ejercita el fin legítimo para el cual el derecho subjetivo existe. El derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales. Por esto hay que aceptar que nadie puede tener una facultad emanada de la norma, del derecho objetivo, cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social. . .” Pero en el pleito de Eulogio Castaño contra Luis Alberto Villamizar, la Sala de Casación entre otras afirmaciones expresó: “El artículo 2341 del C. C. no distingue si el hecho allí previsto haya sido realizado en virtud de la simple libertad o en el ejercicio de un derecho definido, porque la palabra culpa no supone necesariamente extralimitación de un derecho, ni el vocablo daño envuelve ausencia de derecho en quien lo cause. Afirmar lo con-

trario, es una petición de principio, desde luego que vendría a definir la culpa, que es la causa, por el daño que es el efecto, cuando lo hay, o viceversa.

La noción de culpa, por lo tanto, no es el elemento diferenciador entre los actos ilegales y los abusivos...

“La teoría del abuso de los derechos, considerada en un principio como una derivación de la teoría de la culpa, tiende hoy día a independizarse completamente, constituyendo un organismo jurídico autónomo. Inicialmente el abuso se asimiló al dolo: los jueces calificaron abusivo el ejercicio del derecho cuando era ostensible la intención de perjudicar. Esta orientación jurisprudencial fue acogida por algunos autores y por algunas legislaciones como la alemana y la montenegrina, y todavía el criterio intencional en la calificación del abuso es patrocinado por el profesor Ripert. Sin embargo la orientación predominante, hoy por hoy, se traduce en la afirmación de la relatividad de los derechos y en la obligación de reparar los perjuicios ocasionados por el ejercicio abusivo o antisocial de una prerrogativa.”

La sola preocupación de los tratadistas al ocuparse de esta teoría nos advierte que se trata de algo muy distinto de la culpa, consignada desde tiempos remotos en todas las legislaciones. La culpa propiamente dicha es objetivamente ilícita, mientras que el acto abusivo es compatible con la esfera objetiva de la norma y sólo pugna con la subjetividad del derecho. Le restaríamos amplitud en su alcance a esta noción, al no situarla dentro de sus contornos propios, y hacerla tributaria de un principio tan conocido.



ARTES

Escultura y Arquitectura Española Contemporánea

Por M. SANCHEZ CAMARGO

Asusta el ánimo pensar lo que representa una síntesis, aunque sea somera, de un panorama de la escultura y de la arquitectura de un país determinado. Si hacemos recuento de artistas, no habremos hecho más que un índice que para nada sirve, ni para nada cuenta, como no sea para una presunción, vacía de contenido. Por tanto, se hace obligada la selección, y se hace obligado además que esta selección sea corta, estrecha, mínima, cuanto más mínima mejor, para que así, dentro de ella, hagamos signo y cuento de los artistas que dentro de la vigencia del tiempo tienen proyección universal, o aspiran a tenerla, viven su hora, y pasan su estancia de arte en la tierra con la responsabilidad del deber cumplido. Naturalmente, de esta clase de creadores hay países que poseen pocos, y hay muchos que ninguno. Sin que por ello queramos decir que no tengan en su haber una lista de artistas que, bien con la inspiración o con el pensamiento prestado cumplan su cometido con dignidad. A nosotros, desde luego, sólo nos satisface registrar aquellos nombres que supusieron algo nuevo con su aportación. De esta manera jugamos al mayor acierto o al mayor fracaso ya que hacer historia de todos es no hacer historia de ninguno y dejar al lector fuera de las categorías que busca en el arte de un país.

La escultura española, para nosotros, tiene tres precursores con signo especial: Llimona, Julio Antonio y el gran Julio González. Es evidente que es el último por el que están nuestras preferencias; aun-