

Apuntes sobre el denominado Abuso del Derecho

Yuri Vega Mere

Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

1. NUEVAS ORIENTACIONES EN TORNO AL DERECHO SUBJETIVO Y LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS

1.1. Las vicisitudes del derecho subjetivo.-

En sede de derecho subjetivo, es lugar común hacer referencia a las teorías esbozadas el siglo pasado por Savigny¹, Windscheid² y Ihering³.

La invocación de tales tesis se debe quizá a su tratamiento y desarrollo genérico y no casuístico, dentro de los lineamientos del derecho privado vigente en su época. Sin embargo, al parecer, su origen se encontraría en la pluma del fraile franciscano Guillermo de Occam, allá por el siglo XIV⁴.

En las teorías de Savigny y Windscheid se destacó el elemento voluntad, al afirmarse que el derecho subjetivo consistía, fundamentalmente, en un poder

de la voluntad, en un espacio libre en el cual la voluntad del individuo se mostraba soberana. Ihering, contrario a la posición precedente, encontró el núcleo del derecho subjetivo en el interés que protegía, en la utilidad que el mismo ofrece a su titular, prescindiendo del elemento voluntad en su definición⁵.

Estas teorías tradicionales han sido objeto de severas críticas⁶. Sin embargo, nos atreveríamos a decir que la principal objeción que se les podría oponer es la de haber destacado únicamente las ventajas, los beneficios que el derecho subjetivo representaba para sus titulares, olvidando que en el organismo o, si se prefiere, que en la estructura misma del derecho subjetivo se advierte la patencia del "interés social".

Esa desatención dio origen a una serie de posiciones negatorias del derecho subjetivo, que no vamos a recordar aquí⁷.

1. SAVIGNY, "Traité de Droit Romain", Paris, Didot, 1855, T.I, pp. 1 y ss.
2. WINDSCHEID, Bernard, "Tratado de Derecho Civil Alemán", Tomo I, Vol.I, traducción de Fernando Hinostroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, pp. 134 y ss.
3. IHERING, Rudolph Von, "El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo", Madrid, Ed. De Bailly-Bailliere, 1892, T. IV, pp. 364 y ss.
4. Cf. del autor francés Michel VILLEY "Les origines de la notion de droit subjectif", en Archives de Philosophie du droit, Editions du Recueil Sirey, Paris, 1953-1954, pp. 162 a 187; y "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'OCCAM", en Archives de Philosophie du droit, No. 9, Sirey, Paris, 1964, pp. 97 a 127.
5. IHERING, loc. cit.
6. Véase, para un breve comentario de las críticas, nuestro artículo "El Derecho Subjetivo como Situación Jurídica", en San Marcos VOX LUCIS, Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Num. 2, Año I, Marzo 1988, pp. 70 a 72.
7. DUGUIT, influenciado por COMTE ("Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie instituant la Religion de l'humanité", Tome Premier, 3ème édition, 1890) negó el derecho subjetivo, al afirmar que las personas sólo tienen derechos y no deberes. Vid. de DUGUIT, "Las transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón", Edeval, Valparaíso, 1987, así como su "Traité de droit constitutionnel", Paris, 1927, T.I. Por su parte, KELSEN, que concebía al Derecho como un orden coercitivo, eliminó el concepto de derecho subjetivo, por no tener cabida en su teoría. Cf. "Teoría Pura del Derecho", Ed. Wisla, Lima, 1987, pp. 92 y ss.

Más allá de la negación de la figura, la intención de los autores que asumieron esa orientación, se debió al uso libérrimo que se hizo del derecho subjetivo en época del individualismo. Acorazado en el poder atribuido por el ordenamiento jurídico, el titular imprimió a sus prerrogativas las direcciones que redundaban en su exclusivo beneficio, sin importarle la lesión de intereses que, por estar desprotegidos en el nivel lógico-formal del Derecho, no significaban obstáculo alguno al ejercicio de sus derechos.

La reacción era una muestra de que el sistema liberal ochocentístico se encontraba en retirada y que era necesario rescatar la dimensión social de la persona. Se trataba no de un nuevo "antropocentrismo" al estilo de los enciclopedistas, sino de un **redimensionamiento** de la vertiente coexistencial del ser humano.

La negación del derecho subjetivo condujo a diversos resultados. De un lado, a la creciente humanización o socialización del Derecho, abandonándose las concepciones patrimonialistas que habían presidido, en alguna medida, la promulgación de los códigos civiles. De otro, al "repensamiento" de diversas categorías con las cuales operaba la doctrina, entre ellas, la del derecho subjetivo.

También en la filosofía contemporánea, sin dejar de lado la preocupación por la teoría del conocimiento, se acentuó el interés por la persona⁸, lo cual se reflejó en las actitudes de la doctrina jurídica y la jurisprudencia. Quizá la corriente más influyente sea el Personalismo⁹.

Asimismo, la filosofía de la existencia (que precedió al Personalismo), en especial la desarrollada por Martin Heidegger, puso en evidencia que la existencia, el ser-ahí (Dasein) es un co-mundo (Mitwelt), un ser-con-otros (Mitsein), una co-existencia (Mitdasein).

En nuestro medio, el Prof. Fernández Sessarego ha destacado la importancia de ambas corrientes filosóficas¹⁰. Según nuestro autor gracias a la penetrante intuición de estas corrientes, es posible referir-

se al ser humano no sólo como un individuo idéntico a sí mismo, sino que simultáneamente debe concebirse como un ser social. Fernández Sessarego denomina este hecho "estructura bidimensional del ser humano"¹¹.

Todos estos hechos han dislocado las diversas definiciones convencionales que se utilizaban para definir al derecho subjetivo. Del "interés jurídicamente protegido" que obviamente se refería de manera excluyente al interés del titular, se arriba a un concepto que conjuga en la composición del derecho subjetivo la presencia del interés particular y del interés social.

El proceso de **revisión** no se detuvo en una enumeración casuística de los derechos subjetivos que incluyera la protección de nacientes necesidades de la persona, sino que hoy, tanto en el Derecho privado como en el Derecho público, se postula la tutela más amplia y genérica de los intereses de la persona, aun cuando no preexista, alojado en el ordenamiento, el derecho subjetivo que proteja una conducta determinada, atípica, siempre que merezca tutela por derivarse de la dignidad del hombre¹².

1.2. El concepto de situación jurídica y su relación de género a especie con el derecho subjetivo.-

El **repensamiento** del concepto de derecho subjetivo, así como la de categorías afines, y aun contrapuestas, ha desembocado en la formulación de aquello que nos atreveríamos a calificar como supra-concepto: **situación jurídica**.

A nivel de la filosofía del Derecho, Legaz y Lacambra ha advertido las bondades que puede aportar el concepto de situación jurídica. Partiendo de la idea según la cual la situación debe considerarse como un elemento de la existencia y que la existencia es estar en el mundo y poder darse forma (libertad radical, cargada de destino y tarea), Legaz define las situaciones jurídicas como las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las que se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del

8. Así lo destaca BOCHENSKI en "La Filosofía actual", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1965, pp. 59-60.
9. Vid. de MOUNIER, Emmanuel, "El Personalismo", Eudeba, Buenos Aires, 1987, y "Manifiesto al Servicio del Personalismo", Taurus, Madrid, 1972.
10. El Profesor Carlos FERNANDEZ SESSAREGO ha hecho uso prolífico de los principios del Personalismo y de la filosofía de la existencia desde su tesis de bachiller realizada en 1950 bajo el título "Bosquejo para una determinación ontológica del derecho", luego editada parcialmente como "El Derecho como Libertad", Studium, Lima, 1987. Vid. también del mismo autor "Derecho y Persona", INESLA, Lima, 1990.
11. Cf. del Prof. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO "Derecho Agrario y Derechos Humanos en la Unidad del Ordenamiento Jurídico", en A.A.V.V., "Derecho Agrario y Derechos Humanos", Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 60.
12. Vid. GONZALEZ PEREZ, Jesús, "La dignidad de la persona", Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 98-99; FERNANDEZ SESSAREGO, "Tutela jurídica de la persona", en "El Jurista", Rev. de la Facultad de Derecho de la Univ. San Martín de Porres, Lima, Año I, No. 1, enero 1991, pp. 65 y ss.

sujeto de derecho con arreglo a las cuales realiza actualmente o puede realizar en cualquier momento las varias formas de conducta que constituyen el activo y el pasivo de su haber jurídico¹³.

Como afirma este autor, las situaciones jurídicas no responden a un tipo único. Existen las más diversas situaciones jurídicas por las que puede atravesar la persona e inclusive crear otras.

Leon Dugüit, contrario al concepto de derecho subjetivo, lo substituyó por el de situación jurídica. La situación jurídica, según el autor, es la misma regla de derecho vista desde una óptica subjetiva, en cuanto aplicada al individuo. No hay derecho subjetivo. El hombre está situado pasiva o activamente frente a la regla de derecho. Y si esta regla no es observada se abre la vía de derecho en favor de la persona designada por el derecho objetivo. Pero ello no implica que nazca un derecho subjetivo a la reparación, ya que de un no-derecho no puede nacer un derecho¹⁴.

El comportamiento, la conducta de los sujetos, viene definido por la regla de derecho, de donde se entiende que las distintas situaciones jurídicas establecidas por aquélla son siempre objetivas.

Sin embargo, el propio Dugüit establece una distinción entre situaciones jurídicas objetivas y situaciones jurídicas subjetivas. Una situación jurídica es objetiva cuando se deriva de la norma, ya sea directamente o a través de un acto que la condiciona. Esta será, de suyo, de carácter general y permanente (la situación de padre, de hijo, etc.). Una situación jurídica es subjetiva cuando es temporal y especial, y se extingue con la actuación que lleva aparejada. Sus alcances se determinan por la voluntad individual, como puede acontecer con las situaciones de las personas ligadas por un contrato¹⁵. Aun así, no genera ningún derecho subjetivo. La voluntad sólo sirve de hecho condicionante de la norma.

En la doctrina francesa, el mayor esfuerzo por sistematizar este concepto procede de Paul Roubier¹⁶. Señala este jurista que la categoría de la situación jurídica hace referencia a un complejo de derechos y deberes que se crean en torno a un hecho, a un estado o a un acto, capaz de engendrar

efectos jurídicos. También, al igual que Dugüit, separa las situaciones jurídicas en subjetivas y objetivas, y agrega que las primeras suponen prerrogativas que favorecen a los beneficiarios y que éstos pueden renunciar, en tanto que las objetivas denotan un elemento de obligatoriedad.

Lo más importante, no obstante, es aquella afirmación de Roubier según la cual toda situación jurídica representa una unión de derechos y deberes más que una acostumbrada contraposición entre pretensiones y obligaciones, y que permite captar en su vivo centro conflictual al sujeto situado en las distintas solicitaciones de la experiencia jurídica.

El concepto permite advertir que cada situación jurídica supone una conjunción de derechos y deberes a cargo del sujeto "ubicado" en ella. Así, se llega a proteger tanto los intereses del sujeto "situado" como los intereses ajenos, de los terceros: el interés social.

Por ello, la situación jurídica no implica únicamente la titularidad de unos derechos subjetivos o de unas prerrogativas dadas que se presenten químicamente puras. Su concurrencia viene aparejada coetáneamente de unos deberes a cargo del mismo sujeto "ubicado", a través de los cuales se tutela los intereses de la sociedad, que cumplen una función de límites (internos) de los poderes reconocidos al particular. Le insuflan una dirección, una destinación.

Fernández Sessarego señala -con acierto- que la categoría de situación jurídica subjetiva es técnicamente útil y precisa, en la medida que es la que mejor revela y da cuenta de la posición coexistencial en que se halla el sujeto dentro de la experiencia jurídica, en la cual actúa no como un ente aislado y estático, sino como un ser "situado" en dinámica relación con "otros", con los cuales está formalmente vinculado a través de un complejo de derechos y deberes. Agrega que: "El sujeto, tal como se comprueba en la realidad, no es sólo exclusivamente portador de poderes sino que, simultánea y acumulativamente, de esos propios derechos nacen deberes a su cargo, los que funge como límites para su acción. Aparte, claro está, de aquellos otros límites externos que emergen de los Principios Generales del Derecho"^{17 18}.

13. LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del derecho", Bosch, Barcelona, 1979, p. 723.

14. Cf. DUGUIT, "Traité...", ya cit., T.I, p. 243.

15. Cf. DUGUIT, "Traité...", ya cit., T.I, pp. 207 y ss.

16. ROUBIER, Paul, "Droits subjectifs et situations juridiques", Paris, 1963, cit. por LEGAZ Y LACAMBRA, en su op. cit. pp. 727 y 728.

17. FERNANDEZ SESSAREGO, C. "El Abuso del Derecho", en "Tratado de Derecho Civil", Universidad de Lima, Tomo I, Título Preliminar, 1990, p. 111.

18. Por nuestra parte, sostuvimos, en el art. ya cit., p. 75, interpretando el pensamiento del maestro FERNANDEZ

Asimismo, se debe tener en cuenta que la situación jurídica no es sino el efecto o los efectos que a un determinado hecho atribuye el ordenamiento, en tanto dicho acontecimiento sea jurídicamente valioso para el derecho (o disvalioso cuando se apunta a su evitación o corrección). Esas consecuencias no pueden tener otro destinatario que el ser humano, portador de unos intereses¹⁹.

Ahora bien, la confluencia de derechos y deberes en una misma situación jurídica, es decir, su imputación a un ser humano, quien siempre será el sustrato sociológico-existencial de aquélla, puede presentar diversos matices.

Si en una situación jurídica se tutela con mayor intensidad el interés del sujeto situado, y por tanto las prerrogativas tienen cierta prevalencia sobre los deberes que en ella concurren, nos encontraremos frente a una situación jurídica de poder. Sin embargo, no debemos soslayar los deberes presentes en la posición.

Pero si acaso en una determinada situación jurídica los deberes tuvieran preponderancia sobre las prerrogativas atribuidas, el sujeto se encontrará en una situación jurídica de deber, en la que se privilegia el interés social²⁰.

Pizzorusso, que no permanece alejado al tema, señala que tanto las personas físicas como las jurídicas son titulares de las situaciones subjetivas cuyo estudio, en cuanto categorías abstractas, corresponden a la "Teoría General del Derecho".

Para este autor, las situaciones jurídicas subjetivas se distinguen en activas y pasivas, según que comporten para su titular una ventaja o una desventaja. Divide las situaciones jurídicas activas en "poderes" y "facultades" y en "derechos" e "intereses legítimos"; mientras que clasifica a las pasivas en "sujeciones", "deberes" y "cargas"²¹.

Para Pizzorusso el **poder** y las **facultades** son situaciones jurídicas activas "dinámicas", en tanto que el **derecho subjetivo** y los **intereses legítimos** son situaciones "estáticas". Ello lo desprende del significado que atribuye a cada uno. Así, el **poder** se refiere al ejercicio de las funciones públicas o al de actividades mediante las cuales los particulares quedan habilitados para producir efectos jurídicos sin el concurso de la voluntad de otros, los cuales quedan sujetos a soportar esos efectos.

La **facultad**, por su parte, representa la capacidad para realizar una actividad jurídicamente relevante que sólo produce efectos de orden material y no efectos jurídicos sobre otros. El **derecho subjetivo**, para el mismo autor, es una pretensión de cumplimiento de una obligación a cargo de otros (relativo) o de respeto de todos a una situación (absoluto). Finalmente, el **interés legítimo** supone un derecho reconocido en tanto su ejercicio no contraste con un poder ejercido por la administración pública²².

Para Pizzorusso, las situaciones jurídicas pasivas de **sujeción**, de un lado, y de **deber y obligación**, del otro, son la contrapartida de las activas de **poder** y de **derecho subjetivo**, respectivamente. La **carga**, por su parte, supone una cierta actividad para satisfacer una pretensión propia, y por ello no han faltado autores que han calificado a esta categoría como un deber libre, lo cual no deja de ser contradictorio. Un ejemplo de esta última situación pasiva es la carga de la prueba²³.

Los planteamientos de Pizzorusso no nos parecen del todo satisfactorios. Este autor separa radicalmente los **poderes, facultades, derechos e intereses**, de la **sujeción**, del **deber**, de la **obligación**, etc., y a algunos los califica de situaciones jurídicas activas y a los otros de pasivas. Con ello se mantienen, prácticamente, inalterado el concepto clásico de derecho subjetivo como puro poder, como prerrogativa que sólo atiende al interés exclusivo de su titular.

SESSAREGO que: "Si el derecho subjetivo se nos presenta no sólo como un cúmulo de poderes y facultades individuales, pues existe el deber de ser puesto en marcha de acuerdo a las pautas arriba señaladas (función social del derecho, finalidad del mismo, etc.), creemos más adecuado conceptualarlo como una situación jurídica. Es decir, como una forma del sujeto de estar en el medio, valorada por el ordenamiento, a la cual se atribuyen poderes con el respectivo deber de ejercerlos de acuerdo a la finalidad para lo cual son reconocidos, y ello, independientemente de los deberes que se le impone como contrapartida de las prerrogativas que se imputan a las demás personas, miembros de la comunidad".

19. Es en este sentido, que compartimos la opinión de PERLINGIERI cuando expresa que: L'efficacia, la rilevanza giuridica, gli effetti del fatto in riferimento ad un centro di interessi che trova la sua imputazione in un soggetto destinatario, si traducono in situazioni soggettive giuridicamente rilevanti", en "Il diritto civile nella legalità costituzionale", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, p. 268.

20. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", pp. 111 y 112.

21. PIZZORUSSO, A., "Lecciones de Derecho Constitucional", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Tomo I, pp. 207 y ss.

22. PIZZORUSSO, op. cit., T.I, pp. 207 y 208.

23. PIZZORUSSO, op. cit., T.I, pp. 208 y 209.

La situación jurídica subjetiva de **poder** o de **deber**, evoca la presencia de un sujeto que es titular de unos derechos-deberes o de unos deberes-derechos, respectivamente, de acuerdo a la prevalencia de unos sobre los otros.

Dentro de las llamadas situaciones jurídicas subjetivas activas encontramos, entre otras, al **derecho subjetivo** -definible genéricamente como la posibilidad de obrar lícitamente o de exigir un comportamiento dado- al **crédito**, al **derecho potestativo**, etc. También podríamos considerar a la **libertad**, no obstante que su ámbito sea, abiertamente, superior al del derecho subjetivo.

Dentro de las situaciones jurídicas subjetivas "pasivas" se hallarían el **deber**, **l'obligo** (o deber concreto sin contenido patrimonial), la **obligación**, la **sujeción**, etc.

2. LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA TRADICIONAL

2.1. La conducta interpretativa del abuso del derecho.-

Se ha dicho, por algunos autores²⁴, que esta teoría surgió en el siglo precedente como un medio correctivo del uso antisocial de los derechos subjetivos, fundamentalmente gracias a la labor de la siempre progresiva jurisprudencia francesa. Esta afirmación no ha impedido que ciertos autores rastreen en la historia del Derecho privado algunos antecedentes²⁵.

La doctrina, con la intención del esclarecer cuándo y ante qué circunstancias se podía patentizar el uso abusivo de un derecho subjetivo, formuló diversos criterios.

El más antiguo, inspirado probablemente en la doctrina de la **aemulatio**, centraba el abuso de un

derecho en la conducta preñada de una intención dañosa. Este criterio que comparte, entre otros, Ripert²⁶, devino estrecho en tanto se señaló que una persona podía, por negligencia, causar un perjuicio al ejercitar un derecho.

Para comprender esta última hipótesis se sugirió la bondad del criterio de la culpa que englobaría supuestos dolosos y culposos²⁷. Sin embargo, esta posición califica al abuso de un derecho como delito o cuasidelito, es decir como la agresión sufrida en un bien tutelado jurídicamente, rasgo que, como explicaremos luego, no tiene cabida en la teoría del abuso del derecho **strictu sensu**.

También se esbozó un criterio que ha sido calificado como "criterio económico", que según su propulsor, el francés Saleilles²⁸, recusaría al ejercicio de un derecho como abusivo cuando la conducta del agente se aleja del destino económico y social atribuido al derecho subjetivo.

El criterio más influyente y polémico ha sido el formulado por Louis Josserand. Para este autor el abuso representa un acto contrario a la finalidad del derecho subjetivo, al espíritu de su institución.

Para minimizar las críticas que se le opusieron, Josserand conjugó este elemento teleológico con la idea de "motivo legítimo" que empleaban los tribunales franceses.

Según dicho autor, el acto era abusivo si el titular actuaba sin un motivo legítimo, traicionando la destinación de su prerrogativa, la misma que venía dada por los principios generales que dispusieron su creación²⁹.

En nuestro medio, Rubio Correa ha tenido la virtud de sugerir un criterio distinto a los anteriores³⁰. Nuestro autor estima que una conducta que, siendo lícita en un primer momento deviene en no-lícita por

24. Entre ellos, WARAT, Luis, A. "Abuso del derecho y lagunas de la ley", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, pp. 35 y ss.
25. Así, BARCELO, Juliette, "Les abus des droits", Themis Montreal, 1954, No. 13, pp. 23 y ss.; CHARMONT, J., "L'abus du droit", Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tome I, Paris, 1902, p. 119; FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", pp. 116 y ss.; MARTIN BERNAL, J.M., "El abuso del derecho", Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 19 y ss; RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, "El Abuso del Derecho", EJE, Buenos Aires, 1971, pp. 13 y ss.
26. RIPERT, Georges, "La règle morale dans les obligations civiles", Paris, 1927, Librairie Générale de Législation et de Jurisprudence, p. 177.
27. MAZEAUD Y TUNC, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", EJE, 1961, Buenos Aires, T.I, Vol. 2, pp. 256 a 258.
28. SALEILLES, Raymond, "Etude sur la Theorie Générale de l'Obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand", Paris, 1925, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 370, n. 310, nota 1.
29. JOSSERAND, Louis, "De l'Esprit des Droits et de leur relativité", Paris, 1938, Dalloz, pp. 398 y ss, 415 y ss.
30. RUBIO CORREA, Marcial, "Título Preliminar", Para Leer el Código Civil, III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1986, pp. 40 a 45.

contrariar los Principios del Derecho. Al no contarse con una norma que restrinja aquella conducta, el juez deberá hacer uso del procedimiento de integración jurídica.

En realidad, Rubio Correa no ha advertido que la figura del abuso, tal como se ha estudiado tradicionalmente no requiere de la integración jurídica, sino de la indagación del principio que inspiró la norma de la cual se desgaja el derecho materia del abuso, para cerciorarse si su ejercicio la contradice, si hay un abuso de la norma o de la "forma", si se prefiere. Lo que no se necesita es ir en búsqueda de algún otro principio que el autor parece sugerir.

La admisión de la figura del abuso del derecho no ha sido pacífica en la doctrina.

No son pocos los juristas opuestos a aquélla. Algunos por no admitir la existencia del derecho subjetivo, como Dugüit³¹, otros, como Planiol, Ripert y Esmein, por considerar que se trataba de una logomaquia (una **contradictio in terminis**), pues un acto no puede ser lícito (el que se sustenta en un derecho subjetivo) e ilícito a la vez³², posición que comparte Trazegnies³³.

2.2. Aclaración del ámbito de operatividad del llamado abuso del derecho.-

Las teorías hasta aquí apenas esbozadas olvidan un dato importante para delimitar cuál es el ámbito de operatividad del llamado abuso del derecho.

En primer término, debemos señalar que la expresión "abuso de derecho" fue acuñada por el exégeta Laurent³⁴. Sin embargo, el planteamiento de este autor belga fue erróneo. En efecto, Laurent, al estudiar la responsabilidad aquiliana planteó la posibilidad de que en el ejercicio de un derecho se cause daño a

un derecho ajeno, catalogando a este hecho como abuso de derecho.

En 1906, Marc Desserteaux³⁵, advirtió que tal como se había venido estudiando la figura del abuso, ésta revelaba fenómenos de colisión de derechos, conflictos de prerrogativas. Al inquirir sobre cuál sería el campo de operatividad del llamado abuso del derecho, Desserteaux señaló que este fenómeno se presentaba cuando en el ejercicio de un derecho se lesionaba otra prerrogativa. Con este criterio, también confundió la figura que nos ocupa con la de la colisión o conflicto de derechos.

Sin embargo, la doctrina posterior se encargó de diferenciar con precisión los datos que caracterizan el abuso del derecho, señalando que éste se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se lesiona un interés no tutelado por una norma jurídica específica. Distinto es, entonces, el conflicto de derechos, pues en este último se produce la lesión de un derecho ajeno (y no de un interés no tutelado), al ejercitar el propio³⁶.

3. LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO Y SU RELACION CON EL CONCEPTO DE SITUACION JURIDICA SUBJETIVA

Si el concepto tradicional de derecho subjetivo se vio resquebrajado al irrumpir la noción de situación jurídica subjetiva, la cual, además de proteger el interés del sujeto **situado**, crea a cargo del mismo deberes que nacen como efecto de la atribución de la prerrogativa para tutelar el interés social, cabe preguntarse por el impacto que este **supraconcepto** pueda tener en la figura del abuso.

Fernández Sessarego ha recurrido a la situación jurídica para señalar que el abuso significa la transgresión de los deberes que concurren con los dere-

31. PEIRANO FACIO, Jorge, "Responsabilidad Extracontractual", Ed. Temis, Bogotá, 1981, p. 283, nota 1.
32. PLANIOL, RIPERT y ESMEIN, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo VI, Cultural S.A., La Habana, 1940, p. 791. En cuanto a la calificación de la figura (acto ilícito) Pietro RESCIGNO expresa sus reservas en cuanto a la denominación de la figura cuando señala en su "Manuale del Diritto Privato", Jovene Editore, Napoli, 1981, p. 242: "In verità il concetto di 'abuso' dei diritti e la stessa parola incontrarono tenaci resistenze o aperto rifiuto, e ancora continuano a suscitare gravi riserve. Si mette in luce la contraddizione insita nell'idea che di singoli diritti, e cioè di prerogative accordate e garantite dalla legge, possa divenire illecito l'esercizio. L'illiceità della condotta potrebbe verificarsi solo al di là dei confini assegnati alla prerogativa, ma allora si tratterebbe non più di abuso, ma di eccesso dal diritto soggettivo".
33. TRAZEGNIES, Fernando de, "La Responsabilidad Extracontractual", Para Leer el Código Civil, IV, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1988, p. 192.
34. LAURENT, F., "Principes de Droit Civil Français", Bruxelles -Paris, Ed. Brulant-Christophe & Cie.- Librairie A. Maresq., 1887, Tome Vingtième, pp. 425 y ss.
35. DESSERTAUX, Marc, "Abus de Droit ou conflit de droits", Revue Trimestrelle de Droit Civil, Paris, 1906, p. 138.
36. Vid. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", pp. 166 y 167; CARDENAS QUIROS, Carlos, "Título Preliminar del nuevo Código Civil de 1984", en "El Derecho", Exégesis y Análisis del Código Civil de 1984, Organó del Colegio de Abogados de Arequipa, 1985, p. 40.

chos reconocidos a su titular, deberes que son impuestos por la buena fe, las buenas costumbres, etc., que imponen la obligación de no ejercer de un modo antisocial las prerrogativas³⁷.

Si bien el concepto de buena fe ha servido de sustento a la doctrina, la jurisprudencia y la legislación para proscribir el uso irregular de los derechos, la forma de engarzar o vincular el deber de obrar leal y correctamente aparece con una claridad evidente cuando se recurre al concepto de situación jurídica.

En efecto, el hecho de ser titular de una prerrogativa no implica tan solo una justificación del comportamiento del sujeto. También significa que el derecho atribuido está condicionado a ciertos parámetros, a ciertos deberes. Estos no son, obviamente, los que nacen de la obligación de respetar los derechos ajenos. No. Son distintos y dependen de la titularidad misma, de manera que quien no ostenta un derecho subjetivo dado, no tiene a su cargo los deberes presentes en cada situación jurídica subjetiva.

No debe perderse de vista que todo derecho subjetivo surge como consecuencia de un conflicto de intereses, conflicto al cual se le da término precisamente con la protección de uno de aquellos intereses, quedando, los demás, desprovistos de una tutela privilegiada.

Sin embargo, el que dichos intereses queden, **prima facie**, al margen del elenco de las prerrogativas, no autoriza al titular del derecho subjetivo a dar un uso irregular a la protección calificada que se le ha atribuido.

El principio de la buena fe, esto es, la lealtad, emerge como deber que impone límites a cada derecho, concurriendo en inescindible unidad con el derecho en la situación jurídica subjetiva. Y ello, sin olvidar que cada prerrogativa, de acuerdo a su naturaleza, tiene asignada una función que no puede ser desatendida.

El abuso, consecuentemente, constituye una inobservancia de tales deberes que tiñen el acto o la omisión de una ilicitud muy particular -que Fernández Sessarego califica **sui generis**- ya que con el comportamiento defectuoso únicamente se lesiona un interés no tutelado por una norma jurídica específica. Esa ilicitud se muestra palmaria cuando existe una cláusula general prohibitiva del abuso³⁸.

Además del incumplimiento de los deberes que van aparejados a los derechos en cada situación

jurídica subjetiva, el acto abusivo, por no reparar en los "otros", desconoce la estructura bidimensional del ser humano. Se orienta, sin más, a satisfacer los apetitos personales que lesionan la confianza de los terceros. Es, entonces, contrario al valor **solidaridad**.

No importa que se tenga o no una intención dolosa o deliberada de causar daño con el acto irregular. El abuso debe apreciarse objetivamente. El juez debe indagar el acatamiento o no de los deberes que correspondían al titular de los derechos.

Pero el ámbito de la figura del abuso no sólo se agota en el ejercicio de una prerrogativa o, para ser coherentes con lo dicho, no se fenomenaliza únicamente a partir de la existencia de una situación jurídica subjetiva de poder (o activa).

También el interprete debe preocuparse del posible abuso de una situación jurídica subjetiva de deber. Tal vez un caso que la doctrina alemana utiliza para otra finalidad pueda servirnos de ejemplo. Así, la invocación de la nulidad de un negocio jurídico por defecto de forma, no obstante que el deudor que conocía dicho defecto ejecutó voluntaria y concientemente la prestación, revela que un obligado puede abusar de los componentes de su situación jurídica subjetiva de deber. Podría señalarse lo mismo de un deudor, que habiendo sido contratado para dar un recital sólo a su acreedor (el obligado es un tenor o un barítono), pretende cumplir con la prestación no obstante que el acreedor ha devenido sordo y por ello la prestación no satisfará ningún interés de éste.

Por ello creemos que la doctrina debe ampliar el ámbito de la teoría del abuso y referirlo a todo tipo de situación jurídica: de poder, de deber o mixtas, como lo ha sostenido el prestigiado jurista costarricense Víctor Pérez Vargas³⁹.

Para concluir debemos hacer alguna referencia al verdadero ámbito de aplicación de la teoría del abuso.

Una de las orientaciones recientes en el Derecho, en lo que atañe a la protección de la persona, postula la necesidad de tutelar todo derecho (valor) que se derive de la dignidad de la persona, aun cuando sea atípico o innominado, es decir, que no se encuentre expresamente previsto por el ordenamiento jurídico en la miriada de los derechos subjetivos. Este principio, por los demás, fluye del artículo 4 de nuestra Constitución.

La jurisprudencia tendrá a su cargo una cardinal función, cual es la de proteger y declarar derechos subjetivos nuevos.

37. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", ya cit., pp. 140 y 141.

38. Cf. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", ya cit., pp. 140 y ss.

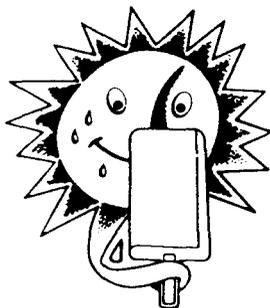
39. PEREZ VARGAS, Víctor, "Derecho Privado", Publitex S.A., San José, Costa Rica, 1988, pp. 436 y 437.

En virtud de esta tendencia, puede advertirse una fuerte restricción del ámbito de operatividad de la teoría del abuso. Si en ésta se acusa la lesión de un interés no tutelado por una norma jurídica, al ejercitarse un derecho, y si de acuerdo a los principios de protección de la persona, los jueces pueden declarar nuevos derechos que se sustentan en la dignidad de la persona, la lesión de dichos intereses existenciales que tenga como causa el ejercicio ilegítimo de una prerrogativa que integra una situación jurídica subjetiva, no podría, en modo alguno, ser considerada como un acto abusivo, ya que dicho interés sería, en realidad, un derecho (un valor protegido). Poco importará

que recién sea declarado al momento de discutirse judicialmente su violación. En una hipótesis como la descrita, nos encontraríamos ante un caso de conflicto de derechos⁴⁰.

Quizá la teoría tradicional del abuso del derecho pueda tener mayor aceptación en el derecho patrimonial, en donde se requiere que un derecho subjetivo -que integra una situación jurídica subjetiva patrimonial- esté reconocido formal y previamente por el ordenamiento jurídico para ser amparado, mas no en el terreno de los derechos de la persona.

40. Cf. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", ya cit., pp. 156 a 159.



D'ONAFRIA

Cerca de tí