

La teoría del abuso del derecho; *status quaestionis*

BENJAMÍN GARCÍA MEKIS

Abogado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Magíster en Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

Magíster en Derecho (LL.M.)

DUKE UNIVERSITY, DURHAM

RESUMEN: Se examina y expone en términos breves y descriptivos la aproximación teórica y jurisprudencial de la teoría del abuso del derecho en nuestro país; su justificación, criterios de aplicación, reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, naturaleza de la responsabilidad asociada al ejercicio abusivo de un derecho y la sanción prevista para tal circunstancia.

* * *

I. Consideraciones preliminares en torno a la teoría del abuso del derecho

Lo primero que debe advertirse es que la teoría del abuso descansa en una concepción subjetiva del vocablo "derecho", entendido como "facultad", pues la concepción objetiva asigna al término "derecho" ("*ius*") un sentido distinto, equivalente a "lo justo" o la "posición justa"¹. Luego, solo al concebir el "derecho" como "facultad" podremos asumir que esta puede ejercerse de forma excesiva o abusiva.

¹ Terrazas Ponce, Juan David: *Abuso del Derecho: definiciones en torno a su origen*, Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 2011, pp. 285 a 288. Sobre la base de lo señalado, el autor enseña que el hecho de no existir la idea de derecho subjetivo "*in mente*" de los juristas romanos haría pensar que la teoría del abuso del derecho nació en la Baja Edad Media (siglo XII) "(...) cuando los canonistas comienzan a entender el *ius* como facultad". En este mismo sentido, Terrazas Ponce cita a Tierney, Brian: *Tuck on Right: Some Medieval Problems*, en *History of Political Thought* 4 (1983), págs. 429 y ss.; ídem, *Origins of natural Rights Language: Text and Context 1150-1250*, en *History of Political Thought* 10 (1989), págs. 615 y ss. En una seguidilla de estudios, Tierney refutó la tesis de Michel Villey, para quien la noción de derecho subjetivo nace con Guillermo de Ockham (1298-1349), por lo que ni los romanos ni los medievales anteriores a este tuvieron en vista este concepto. En lo que a nosotros respecta, tanto Tierney como Villey son contestes en cuanto a que los juristas romanos no concibieron ni conocieron la idea de "*derecho subjetivo*". Para revisar la tesis de Villey, resulta imprescindible revisar Villey, Michel: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

Por lo anterior es que el origen de la teoría del abuso del derecho se descubre adecuadamente una vez que se determina el espacio temporal en que por primera vez se tiene registro del empleo del término *"derecho subjetivo"*. Solo en la medida que entendamos el "derecho" como "facultad", podremos concebir que se ha excedido en el ejercicio del mismo y estaremos en la hipótesis que regularmente suele invocarse como propia del abuso del derecho: un fenómeno jurídico en virtud del cual un sujeto, al ejercer un derecho subjetivo o potestativo más allá de los límites previstos para su función social, causa daño a otros².

De cualquier forma, incluso bajo esa lógica pareciera ser que la noción del "abuso del derecho", tal y como la conocemos hoy en día, es difusa. Para la gran mayoría de los autores, sin embargo, parece seguro que se trataría de una figura inexistente en el Derecho Romano, que habría surgido con posterioridad incluso a la Edad Media³.

Se afirma que con anterioridad a ese último periodo existía un verdadero *"absolutismo jurídico"*, que entendía a los derechos *"(...) como facultades que la ley reconoce a los individuos para que las ejerciten libremente, a su arbitrio, con el fin que mejor les plazca"*⁴.

Así, la teoría del abuso del derecho –nos dice Fueyo Laneri citando a Louis Josserand– nace *"(...) como una reacción contra el ejercicio extremadamente libre que hace el individuo de los derechos subjetivos que le confiere el ordenamiento jurídico, atendiendo más a su interés propio y egoísta que al de los demás"*. Agrega el autor que *"Si el legislador nos concede unas prerrogativas, ha sido con un fin determinado y, en caso alguno, para sobrepasar manifiestamente los límites normales o racionales del ejercicio de un derecho, mucho menos si con ello, además, ha de causarse daño a otro"*⁵.

Esta *reacción* a la que alude Josserand da origen a la doctrina del *"relativismo jurídico"*, que asume que los derechos subjetivos son reconocidos por la ley para satisfacer intereses colectivos (en oposición al criterio individualista del

² Terrazas Ponce, Juan David, op. cit. 284.

³ En este sentido, véase a: (i) Terrazas Ponce, Juan David, ob. cit, pág. 286: *"Adelantamos desde ya nuestra posición sobre el caso particular de la noción de derecho subjetivo: ella no existe ni está presente en el pensamiento de los juristas clásicos y aunque pueden observarse matices, tampoco se encuentra incorporada como tal en el periodo postclásico, lo que obviamente nos lleva a una conclusión que puede ser un tanto incómoda para un romanista: el abuso del derecho es una figura inexistente en el Derecho Romano"*; (ii) Rodríguez Grez, Pablo: *"El abuso del derecho y el abuso circunstancial"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 121: *"(...) el abuso del derecho tiene discutibles antecedentes en el Derecho Romano"*; (iii) Alessandri Rodríguez, Arturo: *"De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno"*, Ediar Editores, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 251; y, (iv) Martín Bernal, José Manuel: *"El Abuso del Derecho"*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1982, p. 25.

⁴ Orrego Acuña, Juan Andrés: *"Del abuso de los derechos"*, disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/>

⁵ Fueyo Laneri, Fernando: *"Instituciones de Derecho Civil Moderno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pág. 270. En el mismo sentido, véase: (i) JOSSERAND, Louis, (ii) Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 252; y, (iii) Orrego Acuña, Juan Andrés, ob. cit.;

"absolutismo jurídico"), de modo que su ejercicio concreto debe ser consistente con esos fines. Enseña Josserand: "(...) cada uno de los derechos tiene su propia misión que cumplir, lo que equivale a decir que cada derecho debe realizarse conforme a los fines de la institución", que serán distintos según la función propia de cada derecho subjetivo⁶.

Luego, quien prescinda de esos fines y ejerza sus derechos con un propósito distinto de aquel que justifica su existencia o de espaldas a la misión social a que están destinados, abusará de ellos.

Ahora, para evitar los riesgos de un intervencionismo judicial excesivo –que mine la certeza del derecho que rige las relaciones privadas–⁷ es que la teoría del abuso del derecho solo resulta invocable cuando el comportamiento del titular atenta contra estándares mínimos de conducta; que por ser imposible precisar uno a uno debe necesariamente recurrirse a ideas normativas o conceptos genéricos: como la buena fe⁸ y la costumbre⁹. Esta generalidad contribuye a que sus directivas puedan aplicarse a un número indefinido de situaciones, sirviendo de ayuda para que el juez se pronuncie respecto de si una conducta puede considerarse como correcta o inaceptable¹⁰.

Por consiguiente, el principio del ejercicio abusivo de los derechos también sirve de instrumento eficaz al juez para interpretar e integrar la aplicación del derecho de forma de hacerlo moderno, moral y justo. Fueyo Laneri afirma que se trataría de una de las tantas vías para llegar al método de la creación judicial del derecho en la medida que aconsejan en cada caso la medida y la prudencia¹¹.

⁶ Barros Bourie, Enrique: "Límites de los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la doctrina del Abuso del Derecho", Revista Derecho y Humanidades, N°7, 1999, pág. 16. El autor advierte que para la doctrina de L. Josserand se ha considerado: (i) *De l'sprit des Droits et de leur Relativité*, 2ª. Ed., Paris, 1939; y, (ii) conferencia "Relatividad y Abuso de los Derechos", en "El abuso de derecho y otros ensayos", Bogotá, 1982.

⁷ Sobre este punto: D. Medicus: "Allgemeiner Teil des BGB", 7ª. Ed., 1997, pág. 58; A. Trabucchi: "Istituzioni di Diritto Civile", 34ª. Ed., Milán, 1993, pág. 47; J. Ghestin y G. Goubeaux: "Traité de Droit Civil, Introduction Générale", 2ª. Ed., 1983, pág. 659, citados por Barros Bourie, Enrique, ob. cit., p. 19.

⁸ En Díez Picazo, Luis: "La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Editorial Bosch, Barcelona, 1963, pág. 141: "(...) los derechos subjetivos han de ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto es inadmisibles y se torna antijurídico (...)". Un completo tratamiento sobre la buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos se encuentra en Boestsch Gillet, Cristián: "La Buena Fe Contractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, págs. 64 y ss.

⁹ Sobre la costumbre, en especial su elemento subjetivo, Squella Narducci, Agustín: "Introducción al Derecho", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pág. 255, enseña que "En cuanto al elemento subjetivo de la costumbre jurídica, consiste en el convencimiento de que la conducta que se repite es jurídicamente obligatoria, lo cual significa, en síntesis, que los sujetos normativos observan esa conducta con conciencia de que de ella cabe esperar que se sigan consecuencias específicamente jurídicas y no de otro orden".

¹⁰ Sobre este punto, Barros Bourie, Enrique, ob. cit., p., 19.

¹¹ Fueyo Laneri, Fernando, ob. cit. pág. 271. En similares términos se pronuncia Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág 257, citando al efecto a Josserand: "De l'sprit des droits et de leur relativité", Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1934, tomo II, 2ª edición, N° 429, pág. 225; De Page: "Traité Élémentaire de Droit Civil Belge", tomo I, N° 114, pág. 122; y, Pirson y De Valle: "Traite de la responsabilité civile extra-contractuelle", Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1935, tomo II, N° 443, pág. 514: "El éxito de esta teoría es muy explicable si se considera que ella tiende a moralizar el derecho, a humanizarlo,

II. Reconocimiento de la teoría del abuso del derecho en nuestro ordenamiento jurídico

La teoría del abuso del derecho no figura regulada expresamente por nuestro ordenamiento jurídico. Ello, trae consigo dos claras consecuencias: **(i)** su reconocimiento por nuestra judicatura es el resultado de una construcción teórica que tiene como antecedentes el derecho comparado y la necesaria función moralizadora de esta teoría que aparece recogida implícitamente en algunas disposiciones legales dispersas en nuestra legislación y que responden a su espíritu; y, **(ii)** la circunstancia de que para los principales tratadistas nacionales la naturaleza de la responsabilidad derivada del abuso del derecho es una de carácter extracontractual, que traería aparejada –en función de ese estatuto– la sanción de indemnizar los perjuicios causados a la persona contra quien se ejerció el derecho en forma abusiva.

Por no ser este el tema principal de nuestro trabajo, nos limitaremos solo a enunciar algunos de los preceptos legales que permiten a distintos autores afirmar que la teoría del abuso del derecho es sancionada por nuestro ordenamiento jurídico:

- i) Artículo 53 del Código de Aguas (anterior artículo 945 del Código Civil): que reconoce a cualquier persona la facultad para “(...) *cavar en suelo propio pozos para la bebida y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo*”;
- ii) Artículo 2110 del Código Civil, que advierte sobre la invalidez de la renuncia que “(...) *se hace de mala fe o intempestivamente*” por el socio de una sociedad colectiva, aun cuando se trata de un derecho expresamente reconocido por el mismo cuerpo legal en el artículo 2108 y que importa una causal específica de disolución;
- iii) El inciso 2° del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, que establece la responsabilidad y obligación de indemnizar los perjuicios causados para quien habiendo solicitado una medida prejudicial precautoria “(...) *no deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas (...)*”;

poniéndolo en armonía con la realidad. Rechazarla sería permitir que se dañe al prójimo al amparo de la ley y a pretexto de que el acto realizado encuadra aparentemente en las facultades que ella confiere. Las leyes deben interpretarse racionalmente, humanamente y no con un espíritu servil o de ciega obediencia. Muchas veces tras de un acto conforme a la ley se oculta un fraude, un propósito doloso o un móvil torcido”.

- iv) Artículo 489 del Código de Procedimiento Civil, que hace responsable al ejecutante que se desiste de su acción a poco de haberla deducido *"(...) de los perjuicios que se hayan causado con la demanda ejecutiva (...)"*;
- v) Artículo 48 de la Ley N°19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, que establece el deber a los copropietarios, arrendatarios u ocupantes a cualquier título de las unidades del condominio de usar estas *"(...) en forma ordenada y tranquila y no podrán hacerse servir para otros objetos que los establecidos en el reglamento de copropiedad o, en el silencio de este, a aquellos que el condominio esté destinado según los planos aprobados por la Dirección de Obras Municipales. Tampoco se podrá ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los copropietarios o comprometa la seguridad, salubridad y habitabilidad del condominio o de sus unidades, ni provocar ruidos en las horas que ordinariamente se destinan al descanso, ni almacenar en las unidades materias que puedan dañar las otras unidades del condominio o los bienes comunes"*;
- vi) El artículo 100 del Código de Comercio, que obliga al proponente a indemnizar los perjuicios que hubiese causado la retractación tempestiva de su oferta;
- vii) El artículo 2355 en relación con el numeral 2° del artículo 2381 del Código Civil, que contempla la excepción de subrogación en la fianza y que consiste en la facultad del fiador para exigir que se rebaje de la demanda del acreedor todo lo que el fiador podría haber obtenido del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal o que se declare extinguida la fianza en todo o parte, cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o los otros fiadores, o cuando el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía derecho de subrogarse;
- viii) El inciso 2° del Artículo 197 del Código Civil, que sanciona a todo a que *"(...) ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada"*.
- ix) El artículo 328 del Código Civil, que hace responsable a todo aquel que se ha valido de dolo para la obtención de alimentos, quedando obligado a su restitución e indemnización de perjuicios.
- x) El artículo 79 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, que reconoce a cualquiera de los accionistas el derecho oponerse a la repartición de dividendos, bastando uno solo para que esa obligación de

distribuir, a lo menos, el 30% de las utilidades líquidas, no se cumpla;
y,

- xi) El inciso 4° del artículo 75 del Decreto con Fuerza de Ley N°3 o Ley General de Bancos, que –de forma similar al caso anterior– reconoce a las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto la facultad de oponerse a la repartición de dividendos, impidiendo en dicho caso que se cumpla con la obligación legal de distribuir él mismo el 30% de las utilidades líquidas referido en la disposición anterior.

La lista puede extenderse más todavía si se incluyen en ella otras disposiciones que fueron derogadas; pero basten las anteriormente expuestas para poner de manifiesto la abundante cantidad de normas legales inspiradas en la necesidad de limitar el ejercicio de derechos subjetivos.

III. Síntesis de la aproximación doctrinaria a la teoría del abuso del derecho

No existe discusión significativa en cuanto a las condiciones que deben reunirse para que exista abuso del derecho: **(i)** que el hecho cause un daño al ejercer un derecho subjetivo; **(ii)** que no se trate de aquellos derechos llamados absolutos aquellos que su titular puede ejercer arbitrariamente, con cualquier propósito¹²; y, **(iii)** que el ejercicio del derecho subjetivo sea abusivo¹³. Este último elemento, es el que principalmente concentra las dificultades y diferencias técnicas entre los autores.

En efecto, en el desarrollo de la multiplicidad de aspectos teóricos vinculados a la teoría del abuso del derecho hay uno que por su relevancia concentra el foco de los esfuerzos de nuestra doctrina: responder a la pregunta ¿cuándo puede considerarse como abusivo el ejercicio de un derecho?

Comencemos por aclarar que la inmensa mayoría de nuestra doctrina coincide en que existiría abuso del derecho cuando este se ejercita maliciosamente, con la intensión positiva de dañar a un tercero, generando la obligación de reparar los perjuicios producidos¹⁴.

¹² Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit. 271.

¹³ López Santa María, Jorge: *“Los Contratos, Parte General”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo I, 2ª edición actualizada, pág. 303.

¹⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág. 260; López Santa María, Jorge, op. cit. pág. 303: *“Todos están de acuerdo en que existe abuso del derecho cuando el derecho se ejercita maliciosamente, con la intención positiva de dañar a un tercero, con dolo. (...) Pero ¿qué ocurre cuando el ejercicio de un derecho, sin ser doloso, causa daño a otro? El abuso del derecho es todavía posible. Lo que debe determinarse según uno de los dos criterios siguientes:”*; Orrego Acuña, Juan Andrés, op. cit. Pág. 8; Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág. 262: *“Cuando los tribunales se hallan en presencia de una demanda de perjuicios*

De igual manera, el ejercicio de un derecho que, sin ser doloso, causa daño a otro también configura una hipótesis de abuso del derecho. En este caso, sin embargo, en vez de probar el dolo, deberá acreditarse que el titular actuó sin aquella diligencia o cuidado exigible de un hombre prudente. De todas formas, ya sea se haya obrado con dolo o culpa, la decisión del juez se fundará en lo dispuesto en el artículo 2314 y ss. del Código Civil.

Luego, para efectuar un juicio individual de culpabilidad, que permita un reproche subjetivo del responsable, la doctrina sugiere tomar en consideración las siguientes circunstancias o criterios:

- i) Si el derecho subjetivo se ejerció contrariando su finalidad social o económica: a las personas se les reconocen derechos como un medio para satisfacer la función social que corresponde al derecho objetivo. En consecuencia, su ejercicio debe responder a los intereses generales que el respectivo ordenamiento legal propende a satisfacer. Este es el concepto finalista sustentado por Saleilles y por Gény¹⁵;
- ii) Si el motivo o intención que tuvo el titular de un derecho subjetivo al ejercerlo es contrario con el espíritu del derecho, con la finalidad que este persigue. Este es el criterio que defiende Josseland, entre otros¹⁶; y,

fundada en el ejercicio abusivo de un derecho, no entran a averiguar si este se ha ejercido o no de acuerdo con su finalidad económica o social, si el móvil del agente concuerda o no con ella, sino única y exclusivamente cuál fue su conducta, es decir, si obró o no con dolo o culpa"; Fueyo Laneri, Fernando, ob. cit. Pág. 275: aunque se reconoce por el autor que "(...) en ocasiones nace [del ejercicio abusivo de un derecho] la obligación de reparar daños por parte aquel que ejerció su derecho abusivamente" se previene que ese no es el único efecto que produce. De hecho, se enseña que "(...) la materia que estamos estudiando constituye un principio general de derecho; ni siquiera una "teoría" o una simple forma de apreciar las cosas. Simplemente porque el ejercicio abusivo de los derechos puede darse respecto de cualquier derecho subjetivo, sin limitaciones, y, a la vez, porque fija los límites del contenido substancial del derecho al tiempo de su ejercicio por el titular respectivo"; Barros Bourie, Enrique, op. cit. pág. 36: "(...) una conducta calificable como abusiva usualmente será también culpable o dolosa en los términos exigidos por la ley para que proceda la responsabilidad extracontractual por los daños causados a terceros". Idéntica afirmación se contiene en Barros Bourie, Enrique: "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 648; Corral Talciani, Hernán: "Lecciones de responsabilidad civil extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 125: "Pero el ejercicio de un derecho, en sí mismo justo, puede llegar a ser ilícito o injusto: puede causar daño ilegítimamente. Nace así la teoría del abuso del derecho, que sostiene que el ejercicio abusivo de un derecho genera la obligación de reparar los perjuicios producidos".

¹⁵ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág. 260. Sobre este punto Barros Bourie, Enrique, op. cit. pág. 17, advierte que "En la práctica, la indagación de los motivos del titular abre un campo exorbitante de discrecionalidad judicial, que priva al derecho subjetivo de su función de certeza. Ante todo, porque las normas de derecho, especialmente las regulaciones administrativas que limitan externamente el contenido de los derechos, usualmente responden a fines diversos que no es tarea sencilla desentrañar; además, porque juzgar el ejercicio del derecho a la luz de los motivos supone una capacidad de discernir, a partir de hechos externos y demostrables, los fines concretos de una acción; esto es, penetrar en el inconmensurable mundo de la subjetividad ajena; finalmente, porque el fin de una norma usualmente se logra mediante las reglas generales que no atienden a situaciones concretas, sino a los efectos que se siguen de la respectiva institución".

¹⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág. 260. Se concluye por el autor que "En el fondo, ambas opiniones [aludiendo a las esbozadas en los numerales (i) y (ii) precedentes] constituyen una sola, pues las dos tienden a averiguar cuál es la finalidad social del derecho, el objeto con el que ha sido creado, para

- iii) Sobre la base de lo dispuesto en otras legislaciones contemporáneas, Enrique Barros Bourie propone incluir como criterios a tener en cuenta para determinar acaso el ejercicio de un derecho puede considerarse como abusivo y, por lo mismo, comprometer la responsabilidad de su titular, a las buenas costumbres y la buena fe: “(...) las buenas costumbres se refieren esencialmente a las relaciones con la comunidad, y la buena fe, a una relación especial entre quien ejerce el derecho y quien soporta ese ejercicio” Cualquiera que sea su denominación, agrega el autor, “(...) estos principios tienen alcance general en el derecho privado, pues expresan la forma como los usos normativos vigentes en la sociedad, aquello que forma implícitamente parte de las reglas sociales del juego, complementan el derecho que está positivado en ley o el contrato y limitan el ámbito de lo jurídicamente lícito. Es en este último sentido que resultan relevantes en la institución del abuso del derecho”¹⁷.

Estimamos que no puede concluir un artículo que aluda a la teoría del abuso del derecho sin referirse, aunque sea sucintamente, a la opinión que sobre la materia enseña Pablo Rodríguez Grez, por ser esta una que discrepa de todo lo que hasta aquí se ha señalado.

En síntesis, Rodríguez Grez plantea:

- i) Que no existe el llamado “**abuso del derecho**”, ya que la situación que se describe como tal no corresponde al ejercicio de un derecho subjetivo,

establecer enseguida si su titular, al ejercerlo, ha obrado o no de acuerdo con él”. A continuación, y en el entendido que deben considerarse como una sola fórmula para determinar si el ejercicio de un derecho es abusivo, el reconocido tratadista afirma que “Semejante criterio, aparte de ser vago e impreciso, pues no siempre es posible apreciar exactamente el espíritu o finalidad de cada derecho, tiene el inconveniente de dar ancho campo a la arbitrariedad jurídica y de llevar la política a los estrados de la justicia, toda vez que incumbirá el juez determinar en cada caso la finalidad social o económica de los derechos. Esta misión, además de ser difícil, es peligrosa, ya que cada uno apreciará esa finalidad según sus ideas políticas y económicas. Así, por ejemplo, el fin que un socialista atribuye al derecho de propiedad, distará mucho, ciertamente, del que le asigne un liberal manchesteriano”. Comparte Jorge López Santa María la opinión de Alessandri y agrega además que “(...) los derechos privados constituyen antes que nada esferas de autonomía que resulta difícil encerrar a priori en una finalidad o línea precisa de ejercicio”: López Santa María, Jorge, op. cit., pág. 304. En su trabajo de memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, doña Ivonne Andrea Angulo Cifuentes denomina a este criterio como “Objetivo” y al anterior lo tilda como “Subjetivo”. Incluye además un criterio al que llama “mixto o ecléctico”, cuyo sentido coincide con lo explicado por Alessandri al inicio de esta nota: Angulo Cifuentes, Ivonne Andrea: “El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual”, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valdivia, 15 de diciembre de 2006, pág. 6, disponible en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fja594a/doc/fja594a.pdf>.

¹⁷ En Barros Bourie, Enrique: “Límites de los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la doctrina del Abuso del Derecho”, Revista Derecho y Humanidades, N°7, 1999, pág. 20 y ss. se citan como ejemplos de la inclusión de los criterios de “buenas costumbres” y “buena fe” para la determinación del ejercicio abusivo de un derecho los códigos civiles de Alemania, Suiza, Italia, España, Argentina, Quebec, y Holanda. La opinión del autor figura desarrollada, aunque en menor extensión, en Barros Bourie, Enrique: “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 649 y ss.

sino a la falsa invocación de tal. En efecto, el derecho subjetivo es una facultad de que está dotado un sujeto para requerir el poder coercitivo del Estado en procura de satisfacer un "interés" que el derecho positivo tutela y asegura. Al margen de ese "interés" no existe derecho subjetivo y lo que se obra a su nombre corresponde a un comportamiento **de facto** no de **iure**. Hablar de "**abuso del derecho**" importa, por consiguiente, un contrasentido, porque se alude a un caso en que no está en juego derecho alguno;

- ii) Que no puede obrarse contra derecho y conforme a derecho, pues ello implica una contradicción lógica. Quien tiene un derecho puede ejercerlo, sin otra limitación que aquellas impuestas por la norma jurídica. Si el Estado confiere un poder al titular del derecho para hacerlo efectivo facultándolo para recurrir a su poder coercitivo, no puede el mismo Estado negarle esta facultad;
- iii) Que jamás puede abusarse de un derecho, solo puede abusarse del interés protegido por el derecho positivo, sea excediéndolo o desviándolo. En el primer caso se exigirá un beneficio superior al que la ley impone al sujeto pasivo; en el segundo se exigirá un interés de otra especie, diverso al tutelado;
- iv) Que las únicas limitaciones que reconoce el ejercicio de un derecho subjetivo son aquellas que surgen del contenido y naturaleza del "**interés jurídicamente tutelado**", factor objetivo que debe apreciar el juez, atendiendo a las normas que instituyen el derecho o lo reconocen;
- v) Que no cabe hablar, en consecuencia, de ejercicio doloso o culposo del derecho subjetivo. Los factores internacionales no intervienen en la calificación del ejercicio del derecho. Si el derecho se tiene, puede ejercerse libremente por su titular. Si el derecho no se tiene, debe responderse de los perjuicios que se causan invocando falsamente su existencia; y,
- vi) Que la sanción del acto abusivo puede adoptar diversas formas que van desde la nulidad a la indemnización de perjuicios, atravesando diversos otros efectos. Dicha sanción dependerá de la forma en que el abuso se consume o se proyecte.

Como se ve, en general podríamos afirmar que estas son las dos tendencias que resumen el *status quaestionis* en nuestro país: entender el abuso del derecho como un tipo de ilícito civil (mayoritaria); o bien, como un principio general de derecho (minoritaria).

Las diferencias son sustanciales, pero basta señalar que si optamos por la primera tesis el resultado más importante de ello es que la sanción será siempre la indemnización de perjuicios. Por el contrario, si optamos por darle una configuración más amplia, las posibilidades de reparación para la víctima son mucho mayores, pues ya no solo sería la indemnización, sino también podría optarse por paralizar el acto abusivo u otras medidas similares¹⁸.

IV. El abuso del derecho en la jurisprudencia nacional

La doctrina, qué duda cabe, ha avanzado en esta materia más rápido que la ley y también que nuestros tribunales de justicia.

Por lo mismo, es que nos parece innecesario –a lo menos para efectos de este trabajo– abultar su extensión con un estudio acabado de lo resuelto por nuestra judicatura en cuanto al abuso del derecho.

Baste entonces subsumir lo fallado entre los años 1907 y 2014, concluyendo lo siguiente:

- i) La jurisprudencia reconoce la teoría del abuso del derecho y no tiene inconvenientes en aplicar sus fundamentos en aras de lograr una moralización de las relaciones jurídicas;¹⁹ y,
- ii) En la inmensa mayoría de los fallos, se atribuye al abuso del derecho una especie de ilícito civil, aplicándole las normas de la responsabilidad extracontractual contenidas en el Título xxxv del Libro iv del Código Civil.²⁰

¹⁸ Terrazas Ponce, Juan David, op. cit, pág. 283.

¹⁹ Véanse las sentencias citadas en la nota siguiente.

²⁰ Corte Suprema, 24 de junio de 1907: RDJ, tomo 5, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 85; Corte Suprema, 24 de julio de 1905: RDJ, tomo 3, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 60; RDJ, tomo 5, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 55; Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de octubre de 1907: RDJ, tomo 6, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 3; Corte Suprema, 16 de septiembre de 1912: RDJ, tomo 11, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 7; RDJ, tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 410; Corte Suprema, 10 de noviembre de 1926 y 15 de noviembre de 1927: RDJ, tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 501; Corte Suprema, 3 de marzo de 1927: RDJ, tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 117; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 1940: RDJ, Tomo 39, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 55; Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de julio de 1943: RDJ, tomo 41, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 1; Corte Suprema, 6 de septiembre de 1952: RDJ, tomo 49, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 305; Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda (hoy Corte de Apelaciones de San Miguel), 23 de enero de 1985: GJ N°55, pág. 73; Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 1992: GJ N° 149, pág. 58; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de junio de 2004; Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de octubre de 2004; Corte Suprema, 9 de noviembre de 2004: GJ N° 293, pág. 114; Corte Suprema, 22 de noviembre de 2004; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de agosto de 2005; Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de enero de 2008; Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre de 2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de septiembre de 2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de marzo de 2012; Corte Suprema, 15 de enero de 2013; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 2013; Corte Suprema, 26 de agosto de 2014; y, Corte Suprema, 5 de enero de 2016.

V. Bibliografía

Libros

Alcalde Rodríguez, Enrique: *"La Sociedad Anónima. Autonomía Privada, Interés Social y Conflictos de Interés"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *"De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno"*, Ediar Editores, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

Angulo Cifuentes, Ivonne Andrea: *"El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual"*, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valdivia, 15 de diciembre de 2006.

Barros Bourie, Enrique: *"Límites de los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la doctrina del Abuso del Derecho"*, Revista Derecho y Humanidades, N°7, 1999.

Barros Bourie, Enrique: *"Tratado de Responsabilidad Extracontractual"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

Martín Bernal, José Manuel: *"El Abuso del Derecho"*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1982.

Boetsch Gillet, Cristián: *"La Buena Fe Contractual"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

Corral Talciani, Hernán: *"Lecciones de responsabilidad civil extracontractual"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

Diez Picazo, Luis: *"La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, Editorial Bosch, Barcelona, 1963.

Fueyo Laneri, Fernando: *"Instituciones de Derecho Civil Moderno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

López Santa María, Jorge: *"Los Contratos, Parte General"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo I, 2^{da} edición actualizada.

Martín Bernal, José Manuel: *"El Abuso del Derecho"*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1982.

Orrego Acuña, Juan Andrés: *"Del abuso de los derechos"*, disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/>

Rodríguez Grez, Pablo: *"El abuso del derecho y el abuso circunstancial"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

Sandoval López, Ricardo: *"Derecho Comercial. Sociedades de personas y de capital"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, Tomo I, Volumen 2, Séptima Edición.

Squella Narducci, Agustín: *"Introducción al Derecho"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

Terrazas Ponce, Juan David: *"Abuso del Derecho: definiciones en torno a su origen"*, Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 2011.

Torres Zagal, Oscar Andrés: *"Derecho de Sociedades"*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2013, Quinta Edición Ampliada y Actualizada.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema, 24 de junio de 1907: RDJ, tomo 5, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 85;

Corte Suprema, 24 de julio de 1905: RDJ, tomo 3, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 60; RDJ, tomo 5, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 55;

Corte Suprema, 16 de septiembre de 1912: RDJ, tomo 11, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 7; RDJ, tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 410;

Corte Suprema, 10 de noviembre de 1926 y 15 de noviembre de 1927: RDJ, tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 501;

Corte Suprema, 3 de marzo de 1927: RDJ, tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 117;

Corte Suprema, 6 de septiembre de 1952: RDJ, tomo 49, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 305;

Corte Suprema, 9 de noviembre de 2004: GJ N° 293, pág. 114;

Corte Suprema, 22 de noviembre de 2004;

Corte Suprema, 15 de enero de 2013;

Corte Suprema, 26 de agosto de 2014; y,

Corte Suprema, 5 de enero de 2016.

Cortes de Apelaciones

Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda (hoy Corte de Apelaciones de San Miguel), 23 de enero de 1985: GJ N°55, pág. 73;

Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 1992: GJ N° 149, pág. 58;

Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de junio de 2004;

Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de octubre de 2004;

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de agosto de 2005;

Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de enero de 2008;

Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre de 2010;

Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de septiembre de 2010;

Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de marzo de 2012;

Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de octubre de 1907: RDJ, tomo 6, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 3;

Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 1940: RDJ, Tomo 39, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 55;

Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de julio de 1943: RDJ, tomo 41, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 1; y,

Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 2013.