

LÍMITES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS. INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO¹

ENRIQUE BARROS BOURIE

Sentido y Límites de los Derechos Subjetivos

1. Los derechos subjetivos son reconocidos a las personas en sus relaciones intersubjetivas. Por eso, sólo son concebibles como elementos de ese ordenamiento social que es el derecho². Sin embargo, la construcción sistemática del derecho privado o constitucional a la luz del derecho subjetivo no es una necesidad lógica, sino histórica³. Las instituciones jurídicas que se expresan en derechos subjetivos tienen un fundamento moral que supone una opción fundamental por la constitución autónomamente responsable de la persona en su ámbito de vida más inmediato⁴. Incluso los derechos que suponen un deber de protección positiva hacia la persona, como ocurre con los derechos sociales, sólo son jurídicamente relevantes cuando el derecho objetivo otorga una acción al titular para hacerlos valer frente a un órgano de la administración del Estado (o, eventualmente, frente a otros sujetos privados, como ocurre con los servicios sociales que son objeto de concesión).

En el núcleo del derecho subjetivo está, a lo menos, la potestad que el derecho concede al titular para hacer efectiva una cierta pretensión. En virtud de la técnica de los derechos subjetivos, el control de la observancia del derecho queda entregada al respectivo titular. Ya en sus orígenes, en el derecho natural de la escolástica española tardía, el concepto de derecho subjetivo expresa que corresponde al propio sujeto la defensa de los intereses que le resguarda el derecho⁵. En contraste, cada vez que el derecho ha sido concebido desde la perspectiva del derecho administrativo, como una técnica heterónoma de regulación de la conducta (como en Kelsen⁶), o desde una perspectiva colectivista, que hace decaer la posición relativa de la persona en relación a los

¹ Este ensayo es una versión más extensa del capítulo de un texto para el estudio de la relación jurídica y los derechos subjetivos privados; una versión preliminar de este texto ha sido publicado como material de estudio por la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. En la recopilación bibliográfica he contado con la valiosa colaboración del ayudante alumno Rodrigo Gil.

² Para facilitar la exposición se evitará hablar del derecho objetivo, cuando se hace referencia al ordenamiento jurídico. En los idiomas romances la palabra 'derecho' se usa indistintamente en sentido objetivo y subjetivo. Sin embargo, el contexto resulta suficiente, por lo general, para distinguir entre uno y otro sentido; por eso, salvo que parezca indispensable lo contrario, al derecho objetivo se le llamará simplemente 'derecho'.

³ Al respecto, la clásica discusión crítica, histórica y filosófica, de la noción de derecho subjetivo de M. Villey. *Estudios en torno a la Noción de Derecho Subjetivo*. Valparaíso, 1976 (en especial, *Las Instituciones de Gayo y la Idea de Derecho Subjetivo* [pp. 70 ss.] y *La Génesis del Derecho Subjetivo en Guillermo de Occam* [pp. 149 ss.]). Sobre la relatividad histórica de la institución del derecho subjetivo, también F. Wieacker. *Privatrechts-geschichte der Neuzeit*. 2a. ed., Göttingen, 1967, p. 228 (hay traducción castellana de la primera edición).

⁴ K. Larenz y M. Wolf. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 8a. ed., 1997, p. 272 ss.

⁵ H. Coing. *Europäisches Privatrecht I*. München, 1985, p. 173, con referencia a Luis de Molina. *De Iustitia et Iure Opera Omnia*, 1611, tract. II, disp. I

⁶ H. Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. 1a. ed., Buenos Aires, 1960 (1934), pp. 120 ss.

intereses del Estado o de la comunidad (Duguit⁷, Pasukanis⁸), el derecho subjetivo ha sido sustituido por otros conceptos para explicar la estructura y el contenido del ordenamiento jurídico.

2. Por cierto que el reconocimiento de un derecho subjetivo supone usualmente que se limiten o afecten intereses ajenos: un empresario exitoso tiene, además del derecho que la Constitución le reconoce para realizar su actividad económica, la propiedad sobre marcas conocidas o sobre patentes industriales eficaces, sobre terrenos e instalaciones en lugares estratégicos, es titular de derechos contractuales con proveedores confiables y posee muchos otros derechos que afectan los intereses de sus competidores. El derecho que se tiene para ingresar a una buena universidad, excluye a otros interesados en ocupar ese lugar. Algo análogo se puede decir de la generalidad de los derechos subjetivos privados y de las garantías constitucionales. Lo característico del derecho subjetivo es el poder que el orden jurídico reconoce al titular para inclinar en su favor el respectivo conflicto de intereses. Aún así, sin embargo, todo derecho subjetivo tiene límites. Los más obvios son los que emanan del contenido del derecho (cap.II); mayores dificultades doctrinarias plantean las hipótesis de abuso de derecho (cap.III).

Límites a los Derechos Derivados de su Contenido

3. El contenido del derecho subjetivo se define por sus atributos, esto es, por las facultades que confiere al titular. Cada tipo de derecho encuentra sus límites en esos atributos. La evolución contemporánea del derecho privado se caracteriza por una atención renovada en los límites a los derechos subjetivos que emanan de derechos ajenos y de los intereses de la comunidad. El problema de los límites que el interés social y de los terceros impone a los derechos, también se plantea en un orden jurídico sustentado en el principio de autonomía privada. Típica resulta, en este sentido, la evolución de algunas de las instituciones más características de la economía de mercado. Así, en el derecho de sociedades, la ley limita el derecho de los accionistas mayoritarios a gobernar una sociedad anónima, con el fin de proteger los intereses de la propia sociedad y de sus accionistas minoritarios; la legislación sobre contratos masivos con consumidores limita la potestad del productor o comerciante de ofrecer un bien o servicio por medio de condiciones generales de contratación, con el fin de proteger al consumidor confiado o inexperto; la legislación sobre libre competencia limita la libertad de contratar, a efectos de impedir la formación de monopolios. En fin, también un ordenamiento jurídico de la economía, basado en una amplia vigencia del principio de autonomía privada, establece límites a los derechos para prevenir el abuso de posiciones de poder privado (orden público económico). En último término, ello es una exigencia del principio kantiano de que la libertad de unos debe resultar compatible con la libertad de los demás según una regla general.

4. Una rápida revisión de los principales tipos de derechos subjetivos civiles muestra que el límite del derecho está definido por su propio contenido. Así, la *propiedad*, el más

⁷ L.Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*, T.1, 3a. ed., Paris, 1927 (especialmente p. 221). Un análisis crítico de Duguit y, en general, la más extensa exposición sistemática de la noción de derecho subjetivo en la tradición de lengua francesa, en J. Dabin. *Le Droit Subjectif*. 1952 (hay traducción castellana).

⁸ E. Pasukanis. *Teoría General del Derecho y del Marxismo*. Barcelona, 1976 (1924), pp. 129 ss. Sobre el concepto de propiedad en el socialismo de Estado, H. Hattenhauer. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona, 1987 (1982), pp. 127 ss.

extenso de los derechos patrimoniales, incluye por definición los dos caracteres constitutivos de todo derecho subjetivo: por un lado, concede al titular las facultades de usar, gozar y disponer arbitrariamente de la cosa, de modo que su ejercicio concreto está definido precisamente como la atribución de una potestad discrecional; pero también se dispone que el ejercicio del derecho está sujeto a la ley y al derecho ajeno (art. 582). La Constitución, a su vez, incluso autoriza a la autoridad pública para privar al titular de su propiedad por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por la ley, cumpliéndose los requisitos de autorización legal y de plena indemnización (Constitución, art. 19 N°24). Derechos de terceros sobre la misma cosa (como los derechos reales que limitan el goce de la cosa) o sobre otros bienes (como las cargas recíprocas entre propietarios emanadas de la vecindad) constituyen límites permanentes al ejercicio del derecho. A su vez, el interés general justifica limitaciones a la propiedad establecidas por la ley para fines urbanísticos, ambientales, de salud pública, y muchos otros.

Los *derechos personales o de crédito* se hacen valer sólo contra el deudor y se refieren a una prestación específica, cuyo alcance está definido por la ley o por el contrato. Sus límites están dados, entonces, por la prestación debida y por el sujeto específico de quien ella puede ser exigida. Pero más allá de ese ámbito de eficacia restringido, que resulta de su naturaleza de derechos relativos, los derechos de crédito están sujetos a precisas reglas que definen las condiciones de su ejercicio, y que dan lugar al millar de normas del Libro IV, el más extenso del Código Civil. Ello es sin perjuicio de las limitaciones que se convienen contractualmente.

Con mayor intensidad se plantea el problema de los límites respecto de los derechos que más bien establecen un ámbito de protección, de modo que sus fronteras son difusas y suelen estar en colisión con otros derechos. Es lo que ocurre, por lo general, con los *derechos de la personalidad*. La crítica que se realiza por medios de difusión a personas o empresas puede afectar su prestigio, sin que por ello se atente contra su derecho constitucional a la honra. El límite entre la libertad de información y la honra (Constitución, art. 19 N°s. 12° y 4°), por consiguiente, es crucial para determinar la extensión de uno y otro derecho. El contenido preciso de los derechos que reconocen un *ámbito de protección* no está fijado con precisión por la norma que los establece. Es usual que estos derechos aún no hayan sido concretizados por la ley, por la jurisprudencia, ni por la doctrina, de modo que su contenido sólo se expresa en enunciados constitucionales muy generales. Por eso, resulta inevitable que el conflicto con otros derechos exija comparar los bienes e intereses en conflicto, recurriendo a los principios jurídicos reconocidos y al valor abstracto y concreto de los bienes en juego (que justifican el reconocimiento de los derechos en colisión).

Finalmente, hay derechos cuyos límites derivan de que no están establecidos en beneficio del titular, sino de otra persona. Es el caso de los *derechos función*, caracterizados porque atribuyen al titular una potestad cuyo fin es proteger los intereses de un incapaz (como el derecho de tuición que el padre, la madre o el tutor tienen sobre el menor) o gestionar un patrimonio ajeno (como los que tienen los administradores de una persona jurídica). Son derechos potestativos, porque confieren competencias para realizar ciertos actos jurídicos. Sin embargo, su fundamento no reside en el reconocimiento de una autonomía al titular para discernir sobre los propios intereses, sino están establecidos en el beneficio de terceros. En la medida que la función forma parte del contenido del derecho, si el titular desvía su ejercicio hacia su propio beneficio se infringe el contenido atributivo del derecho. De este modo, análogamente a lo que

ocurre con las potestades en el derecho público, el fin forma parte inmediata del contenido del derecho y define materialmente el ámbito legítimo de su ejercicio.

5. En definitiva, cada tipo de derechos subjetivos tiene sus propios límites que están definidos por los derechos ajenos o por las normas del derecho objetivo, esto es, por las reglas legales o contractuales que resultan aplicables y por los principios de la respectiva institución. La definición de estos límites externos resulta de un acto de interpretación de las normas legales o de las disposiciones contractuales que reconocen los respectivos derechos. En otras palabras, cada tipo de derechos tiene sus límites en las facultades que el orden jurídico reconoce a su titular; quien actúa fuera de esos límites no lo hace en ejercicio del derecho.

El concepto de derecho subjetivo es demasiado amplio como para que resulte posible avanzar más allá en una definición general de esos límites. A lo más se puede decir que responden a los tres grupos principales de razones referidas en el párrafo anterior. Ante todo, porque los derechos sólo comprenden las facultades que están conferidas por la ley o por el contrato, de modo que su frontera natural está dada precisamente por el ordenamiento normativo que les sirve de fundamento y que establece sus fronteras en interés de la comunidad o de otras personas. Enseguida, porque los derechos pueden estar en colisión recíproca, de modo que en tales situaciones el ejercicio de un derecho no puede ser extremado sin que se lesione un derecho de otro; ello comprende la exigencia de sopesar los bienes o intereses en juego a efectos de definir el ámbito recíproco de los derechos en conflicto, lo que resulta especialmente inevitable en el caso de derechos cuyas respectivas facultades no están establecidas con precisión por las normas que los establecen, como ocurre con los derechos de la personalidad. Por último, porque excepcionalmente hay derechos que no pueden ser definidos como potestades que se reconocen al titular para el libre desarrollo de su personalidad y de su actividad económica, sino son derechos-deberes: son derechos, porque conceden potestades; pero deberes porque tienen por fin cautelar el interés de un tercero, de modo que su ejercicio está naturalmente definido y limitado por el deber que supone su ejercicio.

El Ejercicio Abusivo de un Derecho como Límite⁹

6. El derecho subjetivo, según lo analizado en el capítulo anterior, reconoce al titular un poder de actuación que queda circunscrito por el ordenamiento normativo, legal o contractual, que configura la respectiva relación jurídica. Cabe entonces preguntarse si el ejercicio del derecho subjetivo puede estar sujeto a límites adicionales a los que establece ese ordenamiento. La doctrina del *abuso de derecho sostiene que el ejercicio de un derecho puede ser ilícito aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento normativo*.

Demás está decir que la doctrina del abuso de derecho no tiene un carácter

⁹ Sin perjuicio de la bibliografía extranjera y de las demás obras que se citan sobre aspectos particulares, han sido especialmente considerados los siguientes autores nacionales: F. Fueyo. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago, 1990, caps. VI (pp. 263 ss.) y VIII (pp. 363 ss.); C. Ducci. *Derecho Civil. Parte General*, 2a. ed., Santiago, 1984, pp. 213 ss.; A. Alessandri R. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*, Santiago, 1943, pp. 251 ss.; R. Domínguez A. *Fraus omnia corrumpit*; Notas sobre el fraude en el derecho civil, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXXIX (1992), secc. 1a., pp. 73 ss.

puramente técnico. En verdad, supone una definición acerca de la tarea que corresponde al derecho civil como ordenamiento de las relaciones privadas. La discusión en torno a los límites internos al ejercicio de los derechos expresa, en esencia, la disyuntiva de si el derecho privado es concebido, análogamente al derecho administrativo, como una técnica de regulación, como una especie de ingeniería social orientada a lograr ciertos fines socialmente beneficiosos (que es el concepto que subyace a la doctrina más extensa del abuso de derecho), o si es concebido como un ordenamiento que garantiza facultades de actuación regidas internamente por el principio de libertad (que es el concepto que subyace a la doctrina que niega o restringe severamente la institución del abuso de derecho).

En los siguientes párrafos serán examinados (1) la doctrina que califica el abuso de derecho como una construcción lógicamente inconsistente; (2) la doctrina que extrema el control del ejercicio del derecho, al exigir que en cada acto de ejercicio de un derecho sean consistentes los motivos concretos del titular con los fines que persigue la norma que lo reconoce; (3) la doctrina prevaleciente en la dogmática civil contemporánea, que ve el abuso de derecho como un correctivo excepcional, con fundamento en la moral y las costumbres, al ejercicio legítimo de los derechos; y (4) finalmente, los principales tipos de abuso de derecho reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia comparadas.

*El Contenido del Derecho como Unico Límite:
Negación de la Doctrina del Abuso de Derecho*

7. Según se ha visto, la pregunta por el límite de los derechos subjetivos se responde esencialmente por el ordenamiento normativo que los reconoce y define. Por cierto que no siempre las normas legales o las disposiciones contractuales fijan exactamente los atributos que el derecho subjetivo confiere. Es lo que ocurre, como se ha visto, con los derechos que la ley se limita a identificar genéricamente, como es el caso de los derechos de la personalidad. Pero también puede ocurrir en un contrato, cuando la ley y el acuerdo de las partes callan o no definen inequívocamente el contenido de las obligaciones. Todo ello forma parte del acto de interpretación y de integración del ordenamiento normativo que sirve de sustento al respectivo derecho subjetivo. Una vez definido el contenido del derecho subjetivo, queda también determinado el ámbito de las facultades conferidas a su titular.

Desde esta perspectiva, resulta lógicamente inconsistente una doctrina del abuso de derecho que plantee nuevos límites, que restrinjan el poder de actuación del titular más allá de las facultades que le pertenecen precisamente en razón del derecho subjetivo. Hablar de abuso de derecho sería un contrasentido porque "el derecho cesa donde el abuso comienza y no puede haber un uso abusivo de un derecho cualquiera por la irrefutable razón de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho" (Planiol)¹⁰. En otras palabras, lo característico de tener un derecho consiste precisamente en que el titular, dentro del ámbito de facultades que le son reconocidas por la ley o el contrato, pueda actuar discrecionalmente. El sentido final de la idea de derecho subjetivo radica en el otorgamiento de una potestad para que el titular pueda legítimamente actuar según su propio y exclusivo arbitrio. Así, quien actúa fuera de esa potestad ya no puede invocar el derecho; pero, quien actúa dentro de ellas, jamás podrá hacerlo abusivamente.

¹⁰ M. Planiol. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 11a. ed., T. II, párr. 871 (tomado de G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4a. ed., Paris, 1949, p. 161).

Esta doctrina asume los supuestos individualistas del concepto de derecho subjetivo gestado en la modernidad. La doctrina del abuso de derecho, particularmente en el ámbito patrimonial, debilita el principio ético-jurídico de la autonomía privada. El abuso de derecho puede ser un instrumento para la erosión del principio, sobre el cual se ha construido el orden jurídico liberal, de la discrecionalidad e inmunidad en el ejercicio de los derechos subjetivos¹¹.

El Abuso como Ejercicio Contrario a los Fines del Derecho Subjetivo

8. La más extensa doctrina del abuso de derecho asume que los derechos subjetivos son reconocidos por la ley para satisfacer intereses colectivos, de modo que su ejercicio concreto debe ser consistente con esos fines. Desde esta perspectiva, el derecho subjetivo no debe ser concebido como un poder de actuación, que garantiza al titular un ámbito de autonomía y discreción para el desarrollo de su personalidad y de su actividad 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. El reconocimiento de derechos, desde esta perspectiva, es un instrumento que la sociedad utiliza para defender el interés general: "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" (Josserand)¹². En consecuencia, se incurriría en abuso del derecho subjetivo si *los motivos concretos del titular no están conformes al fin o a la función que el derecho subjetivo posee según el ordenamiento que lo establece*. El abuso de derecho, según esta doctrina, radicaría en el ejercicio concreto de un derecho que resulta extraño al fin socialmente valioso para el cual ha sido atribuido o contrario a su función. Mientras las normas que establecen el derecho fijan su límite externo, la institución del abuso de derecho fija su límite interno. Así, el ejercicio que respeta al contenido del derecho subjetivo puede resultar ilícito si no resulta conciliable en concreto con el fin o función social para la cual fue establecido.

9. Algunos ejemplos pueden ilustrar acerca de las dificultades prácticas de una teoría tan extensa del abuso de derecho en el ámbito del derecho privado. El derecho a la vida privada otorga un ámbito de protección de la intimidad que queda excluido de la intromisión y del conocimiento ajeno: ¿cuáles son los fines legítimos que justifican su invocación frente a terceros?; ¿cuál es el criterio para discriminar en concreto entre aspectos de la vida privada que merecen y no merecen cautela a la luz de la función que ese derecho cumple el derecho para el bien general? En un ámbito por completo

¹¹ G. Levi, *L'abuso del Diritto*, Milán, 1993, pág. 37.

¹² Para la doctrina de L. Josserand se ha considerado *De l'esprit des Droits et de Leur Relativité*, 2a. ed., París, 1939 (hay traducción castellana). También esta traducida una conferencia de L. Josserand. *Relatividad y Abuso de los Derechos* (en *El abuso de derecho y Otros Ensayos*, Bogotá, 1982), que si bien es una exposición general de la materia, no analiza en particular los supuestos doctrinarios de la doctrina del abuso de derecho. En Chile ha propugnado una relativización de los derechos subjetivos P. Rodríguez G. *De la Relatividad Jurídica* (Crisis del Sistema Legal y Estatutos Jurídicos Funcionales), Santiago, 1965; este autor, sin embargo, se ocupa más bien de los límites externos impuestos por el derecho social y apunta a que la relativización tiende a producirse por la vía de crecientes regulaciones legales, que deben ser interpretadas según los altos intereses políticos sociales y económicos perseguidos por el Estado al establecer los estatutos funcionales que rigen las diversas actividades (pág. 152 y conclusiones 10 ss., pág. 157).

diferente, el propietario, dentro de los límites externos que establecen la ley y los derechos ajenos, tiene un poder sobre la cosa que se manifiesta en la facultad para excluir de su goce a terceros: ¿deben tener los jueces la facultad de revisar en concreto la manera como el propietario ejerce el derecho, a efectos de juzgar si el uso y goce que hace de la cosa resultan conforme a la función social de la institución? El comprador tiene derecho a exigir al vendedor el cumplimiento de la obligación de dar la cosa: ¿cuáles son los motivos que hacen lícita o ilícita la pretensión de exigir la entrega de la cosa?; ¿podría el vendedor negarse a entregarla argumentando que, a pesar de haberla vendido, necesita la cosa con más intensidad que el comprador?

Un control en concreto del ejercicio de los derechos parece incompatible, en cada uno de los casos reseñados, con el fin más general que cumple la institución del derecho subjetivo. En verdad, la aceptación de una doctrina del abuso de derecho tan extensa como la formulada por Josserand, que supone controlar en concreto como se concilian los motivos de la conducta con las exigencias del bien común, parece más bien consistente con "un estado total de policía, que niega el libre desarrollo de la personalidad"¹³. 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 concreto 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 reglas generales que no atienden a situaciones concretas, sino a los efectos que se siguen de la respectiva institución¹⁴.

Por eso, un ámbito garantizado de discreción concedido al titular parece esencial a la noción de derecho subjetivo, en el derecho privado y constitucional. Ello no sólo tiene un significado moral, sino también funcional: el derecho subjetivo, en la justificación más débil que se puede hacer de la institución, es un instrumento técnico

¹³ D. Medicus. *Allgemeiner Teil des BGB*. 7a. ed., 1997, p. 58.

¹⁴ La idea de fin de utilidad general o colectivo caracteriza el pensamiento jurídico utilitarista, que comparten autores que siguen una genealogía intelectual que se remonta a J. Benthan, J. Stuart Mill, R. von Jhering y que en esta época se manifiesta en el análisis económico del derecho. Con todo, existe una diferencia no despreciable entre el utilitarismo jurídico propuesto por la corriente del análisis económico del derecho y la teoría de Josserand del abuso de derecho: los intereses generales que resultan relevantes para el derecho no son valorados por el utilitarismo contemporáneo con ocasión de cada conducta en particular, sino al momento de establecerse la regla de conducta. Así, resulta perfectamente coherente afirmar que el interés general queda cautelado si las instituciones de la propiedad y del contrato son entendidas de un modo extremadamente individualista, en tanto el reconocimiento de esos ámbitos amplios de autonomía resulta socialmente útil. La diferencia ha sido analizada por J. Rawls. *Dos Conceptos de Reglas*. 1955, en Ph. Foot, ed., *Teorías sobre la ética*, 1974, quien distingue entre utilitarismo de la regla (en que la institución es juzgada en su conjunto, a efectos de valorar su contribución al bien general) y utilitarismo de la conducta (que exige que cada acción humana concreta sea valorada en esa contribución). Una dificultad sería de la doctrina de Josserand radica en su (ingenua) pretensión de construir el concepto de derecho subjetivo sobre la base de una especie de utilitarismo de la conducta, que supone discernible el interés general juzgando los motivos de cada conducta en particular. En todo caso, la doctrina de los derechos subjetivos tiene un rol secundario en las teorías utilitaristas, que tienden a concebir el derecho como técnica de programación de la conducta, para lo cual ponen énfasis alternativamente en los estímulos positivos (derechos) y negativos (sanciones) para la obtención de fines sociales.

que el derecho objetivo establece para cumplir su fin ordenador de la convivencia social. La institución del derecho subjetivo descentraliza la cautela de las normas de derecho en "incontables voces de alarma, listas a desencadenarse a la menor trasgresión", de modo que "pese a su individualismo, resulta ser muy sociológico: para que el derecho objetivo esté intensamente presente en la sociedad, nada mejor que encarnarlo, esto es, subjetivarlo"¹⁵. De ello se sigue que una doctrina del abuso de derecho que pretenda juzgar cada acción humana, incluso la amparada por un derecho, a la luz del interés general, no sólo resulta ser contraria a los supuestos de un orden que asume como valiosa la libertad, sino, además, contribuye a debilitar la eficacia del derecho¹⁶. Por eso, por atrayente que pueda aparecer bajo una mirada superficial, tal doctrina del abuso de derecho, surgida en el primer tercio del S. XX, época de florecimiento de los colectivismos de distintos signos, no ha logrado apoyo relevante entre los juristas, ni en la práctica jurisprudencial.

El Abuso de Derecho como Correctivo del Ejercicio Excesivo o Anormal del Derecho

10. Por mucho que el ordenamiento normativo que lo reconoce defina el contenido del derecho subjetivo, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo *contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas*, que debe ser limitado por el derecho objetivo¹⁷. Este es genéricamente el fundamento más aceptado para la doctrina del abuso de derecho. El derecho, en estas hipótesis, es ejercido dentro de los límites externos que señala formalmente el ordenamiento legal o contractual que lo establece; sin embargo, ese ejercicio puede resultar excesivo o anormal; sea por la inequívoca intención de dañar que inspira al titular (abuso de derecho en sentido subjetivo), sea atendiendo a la valoración de las circunstancias objetivas de ese ejercicio, según estándares mínimos de sociabilidad y de lealtad (abuso de derecho en sentido objetivo). Desde esta perspectiva, la doctrina del abuso de derecho expresa la existencia de un límite moral implícito al ejercicio de los derechos, que se muestra en una conducta del titular que resulta contraria a los estándares normativos mínimos de respeto a la comunidad y a los demás que deben observarse aunque la conducta corresponda formalmente al ámbito de discrecionalidad que el derecho confiere a su titular.

11. Por otra parte, el *grado de discrecionalidad* de que está dotado el titular de un derecho depende esencialmente del contenido de tal derecho. Una mayor discrecionalidad tiende a restringir proporcionalmente las hipótesis de abuso de derecho. Tradicionalmente se ha acostumbrado en el derecho civil chileno enumerar algunos derechos cuyo ejercicio es *per se* discrecional, de modo que jamás darían lugar a abuso de derecho; se señalan el derecho a testar (art. 999), el derecho del ascendiente para oponerse al matrimonio del hijo menor (art. 105) y el derecho a pedir la división de una comunidad

¹⁵ J. Carbonnier. *Flexible Droit*. Paris, 1992, p. 161.

¹⁶ En el mismo contexto que antes ha sido citado, el jurista y sociólogo J. Carbonnier se pregunta: "¿Por qué, en toda época las propiedades colectivas han sido tan mal respetadas, a tal extremo que en los países socialistas su protección devino un problema jurídico mayor, y que hizo necesario para defenderla, un derecho penal particularmente riguroso? Ocurre que la propiedad colectiva se presenta como una estructura de puro derecho objetivo, bajo la cual no hay derechos subjetivos donde palpite el corazón" (op. cit., p. 163 [nota 15]).

¹⁷ A. Trabucchi. *Istituzioni di Diritto Civile*. 34a. ed., Milán, 1993, p. 47.

(art. 1317)¹⁸. Tratándose de derechos potestativos que necesariamente se ejercen respecto de terceros no parece necesario excluir *a priori* la posibilidad de que estos últimos puedan ser ejercidos abusivamente (infra., párr. 30). Por el contrario, pareciera que el derecho a disponer libremente de los bienes por testamento, dentro de los límites impuestos por las asignaciones forzosas ordenadas por la ley, es un derecho discrecional que no puede resultar abusivo respecto de nadie.

12. En todo caso, la doctrina que concibe el abuso de un derecho como su ejercicio excesivo o anormal tiene una *función correctiva excepcional*, en atención a los riesgos de un intervencionismo judicial excesivo, que mine la certeza del derecho que rige las relaciones privadas¹⁹. Por eso, la doctrina del abuso de derecho sólo resulta invocable cuando *el comportamiento del titular atenta contra estándares mínimos de conducta*, que no es posible expresar en modelos de conducta que establezcan las condiciones precisas de su aplicación. Por eso, resulta inevitable una referencia a ideas normativas compartidas que la ley sólo puede expresar en la forma de cláusulas generales²⁰.

En los límites del derecho privado se encuentra una invocación a las costumbres y a la razón compartida espontáneamente por la comunidad. Así, el principio de la autonomía privada encuentra su límite no sólo en la ley y en el orden público que establece el derecho legislado, sino también en las 'buenas costumbres' (arts. 1461 y 1467); y, los contratos deben cumplirse de "buena fe", esto es, no sólo obligan a lo expresado por las partes o por la ley, sino también a aquello que emana de la 'costumbre' o de la 'naturaleza de la obligación' (art. 1546). Gracias a su generalidad, estos conceptos constituyen directivas que se aplican a un número indefinido de situaciones. Aunque tienen filiación romana²¹, el contenido normativo de estos conceptos ha variado con el tiempo. Expresan valoraciones que resultan de una normatividad social que no se expresa en reglas precisas, pero cuya vigencia se muestra usualmente con naturalidad cuando el estándar es infringido. No se trata de una delegación a la libre apreciación del juez, sino de una invocación de percepciones compartidas acerca de lo que es correcto y de lo que es inaceptable²².

¹⁸ A. Vodanovic (sobre la base de explicaciones de clase de A. Alessandri R. y M. Somarriva). *Derecho Civil*. T. I., Santiago, 1939, pp. 343 ss.

¹⁹ En este sentido, D. Medicus op. et loc. cit. [nota 14]; A. Trabucchi, op. et loc. cit. [nota 17]; así concluyen también J. Ghestin y G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil, Introduction Générale*, 2a. ed., 1983, p. 659, a pesar de que en la exposición del tema parece cercana a L. Josserand (id, p. 642).

²⁰ Un análisis de los conceptos jurídicos indeterminados, los conceptos normativos, las cláusulas generales y la libre apreciación en K. Engisch. *Introducción al Pensamiento Jurídico*, Madrid, s/f, pp. 137 ss.

²¹ Para las buenas costumbres, Digesto 22.1.5 (donde el concepto aparece como un caso de aplicación del principio de buena fe), 17.2.57; Código de Justiniano, 2.3.30.3. Para la buena fe contractual como correctivo flexible al formalismo, A. Guzmán. *Derecho Romano Privado*. T. II, Santiago, 1996, pp. 104 ss.

²² Las cláusulas generales de la buena fe y de las buenas costumbres han sido especialmente desarrolladas doctrinaria y jurisprudencialmente en la tradición alemana (K. Larenz y M. Wolf, op.cit., pág. 324 ss. [nota 4]; D. Medicus, op. cit., pp. 59 ss. [nota 14]). El lugar de encuentro entre la moral y el derecho privado en E. Barros. *Derecho y Moral*. en Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXX (1983), p. 115 ss.) y particularmente en L. Fuller. *The Morality of Law*. 2a. ed., New Haven, 1964. Falta en el derecho chileno un análisis de las buenas costumbres que atienda a los deberes generales de decencia que deben ser observadas en las relaciones patrimoniales; un fino análisis de la buena fe en materia contractual en Jorge López S-M. *Los Contratos, Parte General*. T. II, 2a. ed., 1998, pág. 389 ss.; puede verse también Francisco Javier Saavedra, *El Principio General de Buena fe*, en Instituciones Modernas de Derecho Civil; Homenaje al profesor Fernando Fueyo, Santiago, 1996, pp. 357 ss.

Se puede entender por *buenas costumbres* las exigencias de sociabilidad mínimas que se imponen al sujeto en cautela del bien de la sociedad o de personas indeterminadas. En el derecho privado contemporáneo las buenas costumbres han tendido a desplazarse desde el ámbito de la moral sexual y familiar (que, en general, queda cubierto por el principio de privacidad), hacia los deberes generales de decencia en las relaciones con la comunidad en general. Así, resulta contrario a las buenas costumbres que un empresario incorpore subrepticamente en las condiciones generales de contratación aplicables a sus contratos con consumidores una cláusula que altera sustancialmente la economía natural del contrato. No es casual que se diga, en ese caso, que la cláusula es 'abusiva': es una conducta incorrecta, contraria a las exigencias mínimas de sociabilidad que el derecho comparte la moral social.

La *buena fe* se refiere a deberes que surgen en razón de una especial relación que tiene el titular del derecho con la persona que soporta su ejercicio. Se aplica especialmente a las relaciones contractuales, pero también a cualquiera otra situación en que se planteen deberes recíprocos de cuidado (como entre vecinos, por ejemplo). La buena fe invoca aquello que objetivamente se debe entender que forma parte de la relación en atención a su naturaleza. La buena fe es el más potente principio moral que opera supletoriamente respecto de la ley y el contrato en el derecho patrimonial (especialmente de obligaciones). Se expresa en materia contractual en el art. 1546, donde su función es completar el contenido del contrato, más allá de lo expresamente pactado o previsto por la ley, con el contenido normativo que se entiende pertenecerle atendida la naturaleza de la obligación o lo que establece la costumbre. El principio de buena fe tiene aplicación como correctivo al formalismo en la definición de las obligaciones que nacen de un contrato. Elevada a principio general, puede ser concebida como el conjunto de directivas, que no han sido expresamente formuladas, pero que con naturalidad son aceptadas en la comunidad, relativas a la lealtad, la confianza y la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente esperar del titular del derecho²³.

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. Ambos conceptos están referidos en el código chileno a propósito del derecho de los contratos; como límite en la autonomía privada, las buenas costumbres (art. 1461 y 1467); y como elemento de integración del contrato con aquellos elementos que se le entienden pertenecer en razón de la naturaleza de la relación, la buena fe (art. 1546, en relación con art. 1.444). Sin embargo, cualquiera sea su denominación, 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 de derecho.

13. Con todo, *las buenas costumbres y la buena fe son cláusulas generales cuyas condiciones de aplicación son imprecisas e indeterminadas*. Contienen una alusión genérica a ideas normativas compartidas espontáneamente en la comunidad acerca de lo que es correcto, pero

²³ Luis Diez-Picazo. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 1, 4a. ed., Madrid, 1993, p. 51. Sobre la buena fe como límite general al ejercicio de los derechos, L. Martínez. *La Buena Fe y el Abuso de Derecho; su Respectiva Caracterización como Límites en el Ejercicio de los Derechos*, Revista de Derecho Privado, 1979, pp. 434 ss.

carecen de una suficiente densidad conceptual, que permita definir las condiciones de su aplicación práctica. En materia de abuso de derecho tienen la ventaja de evocar aquello que resulta socialmente intolerable, de modo que circunscriben el abuso de derecho a casos límites y excepcionales²⁴. Pero su vaguedad arriesga comprometer la seguridad en el tráfico en una huida hacia conceptos generales, carentes de referencia a las circunstancias que justifican su aplicación.

A pesar de esta reserva, el derecho privado contemporáneo opta por negar legitimidad al ejercicio del derecho que resulta por completo desproporcionado o impropio. Y aceptado ese principio, *resulta inevitable recurrir a conceptos normativos generales*. Sólo así se pueden cubrir situaciones que no han sido previstas o que no pueden ser cubiertas por una regla precisa, pero que resultan intolerables a la sensibilidad jurídica. Por eso, los códigos más recientes y la doctrina contemporánea tienden a aludir a estos conceptos normativos y generales (especialmente el de buena fe) al momento de señalar un criterio que indique el límite interno de los derechos²⁵.

14. Antes se ha mostrado (párr. 3) que la pregunta acerca de si el ejercicio de un derecho resulta abusivo supone que hayan sido precisadas las facultades que el derecho comprende. El problema del abuso sólo se plantea cuando la persona ha actuado conforme a las facultades que le confiere el respectivo ordenamiento legal o contractual. Esta secuencia lógica impide que sean tratados como casos de abuso de derecho preguntas que más bien se refieren a las facultades que definen el alcance (límite externo) del derecho respectivo. Así es improbable, en principio, que se plantee como abuso de derecho la situación de conflicto entre dos derechos en colisión. La tarea de delimitar el ámbito de los derechos es usualmente un problema de interpretación de las normas que los reconocen y de integración de un eventual vacío normativo, tareas que

²⁴ En tal sentido el abuso de derecho presenta una analogía de sentido con la *exceptio doli*, especialmente como fue entendida en el derecho romano tardío (*Código de Justiniano*, 8.27.1) y en la tradición del derecho común (H Coing, op. cit. p. 471 [nota 5]).

²⁵ La prohibición de ejecutar un derecho con el sólo propósito de dañar a otro fue ya formulada por el Código alemán de 1898 (art. 226); sin embargo, el abuso de derecho ha sido desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente a partir de los conceptos romanísticos de buenas costumbres (arts. 138 y 826) y especialmente de buena fe (art. 242, análogo a nuestro art. 1546). El Código Civil suizo exige la calificación de 'manifiesto' al abuso de derecho que no esté protegido por la ley (art. 2 II). El Código italiano de 1942 establece que "el deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección" (art. 1175). El título preliminar del Código español incorporado en reforma de 1978, establece que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe" (art. 7 I), para luego expresar: "La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impiden la persistencia del abuso" (art. 7 II). Una reforma del año 1968 introdujo en el Código argentino la siguiente regla: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres" (Código argentino, art. 1071 II). El Código Civil de Québec de 1992, un importante aporte al desarrollo de la codificación de influencia francesa, expresa que "toda persona está obligada a ejercer sus derechos conforme a la buena fe" (art. 6) y que "ningún derecho puede ser ejercido con el propósito de dañar a otro o de una manera excesiva y no razonable, de un modo que resulte contrario a la buena fe" (art. 7). Finalmente el reciente código holandés, luego de referirse a la buena fe, lo hace respecto del abuso, disponiendo que "de un derecho puede abusarse, entre otros casos, por ejercitarlo con ninguna otra finalidad que hacer daño a otro o con otra finalidad que para la cual fue concedido o, en el caso de que no resulte razonable el ejercicio del derecho habida consideración de la desproporción entre el interés en el ejercicio del mismo y el interés que se daña por ello" (art. 3.13.2.).

inevitablemente suponen un sopesamiento de los bienes jurídicos en juego. Cada derecho tiene, dicho metafóricamente, la vocación de transformarse en incondicionado. Sin embargo, el derecho ajeno lo determina y limita externamente. El problema del abuso, por el contrario, se plantea respecto de derechos cuyo ámbito de facultades y límites externos ha sido definido, y en circunstancias que el titular actúa dentro del ámbito formal de facultades que el derecho le confiere. La confusión de los planos puede llevar a extender sin necesidad la institución del abuso de derecho.

15. Esa crítica podría efectuarse a una sentencia reciente, recaída en un recurso de protección, en que el asunto fue resuelto con referencia al abuso de derecho, en circunstancias que pudo resolverse del mismo modo por la vía de dirimir interpretativamente el concurso de derechos (y, más precisamente, de normas legales de la ley N°18.401 sobre saneamiento de bancos e instituciones financieras). Los supuestos normativos del caso son complejos, de modo que no pueden ser relatados en detalle. En esencia, se trataba de la concurrencia, por un lado, del derecho del Banco Central de Chile de que los bancos que recibieron apoyo financiero de esa institución con ocasión de la crisis financiera de 1983 destinaran parte de sus utilidades a pagar las obligaciones resultantes y, por otro, del derecho de los accionistas a capitalizar las utilidades y postergar, en consecuencia, el pago de aquella obligación. El fallo de la Corte de Santiago (confirmado, con dos disidencias por la Corte Suprema) acepta la demanda del Banco Central sobre la base de que el banco demandado habría incurrido en abuso de derecho al capitalizar las utilidades del respectivo ejercicio, postergando de ese modo la deuda subordinada que el banco recurrido mantenía con el Banco Central²⁶.

Sin embargo, la calificación de un caso como uno de abuso o de concurrencia *de derechos no siempre resulta inequívoca. Es, por ejemplo, lo que ocurre con frecuencia en los casos de vecindad. Así, se ha fallado que resulta abusivo el uso que hace de un terreno un club de tiro al vuelo, cuyo funcionamiento provoca ruidos y causa otros riesgos a los propietarios vecinos. La Corte de Pedro Aguirre Cerda, para dar lugar al recurso, argumentó que en virtud del "principio inconcuso del abuso de derecho..., una actuación de suyo legítima se transforma en ilegítima si altera o afecta en forma grave el derecho legítimo de un tercero"*²⁷. En verdad, es usual que los casos de vecindad puedan ser resueltos tanto por vía de abuso (si se atiende a la anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho) como de conflicto de derechos (si se sopesan en abstracto y en concreto los bienes e intereses cautelados por la propiedad de cada vecino). Se comprueba en estos casos límites que la regla de calificación de un caso como uno de abuso de derecho o de conflicto de derechos tiene necesariamente una zona imprecisa, por nítida que aparezca a primera vista. Por lo demás, entre los tópicos relevantes para determinar el alcance recíproco de los derechos en conflicto figuran precisamente aquellas circunstancias que permiten inferir si es abusivo el ejercicio de alguno de tales derechos (como ocurrió en el caso del club de tiro)²⁸.

²⁶ Fallos del Mes 449 [1996], pág. 523.

²⁷ Gaceta Jurídica N°55, pág. 73 ss., considerando 15° (pág.76).

²⁸ En el derecho francés, por ejemplo, las turbaciones de vecindad son calificadas bajo la forma del abuso de derecho, con consideración a si son excesivas o anormales; una reseña jurisprudencial en *Megacode Code Civil. Enrichi d'Annotations Tirées des Bases de Données Juridiques*, Paris, 1995, art. 544, pág. 423 ss.

16. Atendida la generalidad de las cláusulas generales que le sirven de referencia legal y de los principios jurídicos en que se apoya, la doctrina del abuso de derecho tiende a concretarse en grupos de casos típicos. La pregunta por los criterios de concreción del abuso de derecho tiene precisamente la relevancia práctica de circunscribir el ámbito de aplicación de una institución excepcional, que, sin embargo, no puede ser expresada en reglas concretas. La cuestión se plantea análogamente en órdenes jurídicos donde no hay una norma legal general sobre el abuso de derecho (como en el derecho chileno), que donde la ley expresamente consagra la institución; como se ha visto, la formulación legal del principio de que la ley no protege el ejercicio abusivo de los derechos es necesariamente general; así las normas legales, donde han sido introducidas, se han limitado a dar sustento positivo a un principio jurídico que ya ha sido desarrollado de *lege ferenda* por la doctrina y la jurisprudencia. En la exposición que sigue de los principales tipos de abuso de derecho se intentará hacer referencia preferente a situaciones reguladas por la legislación chilena, que contribuyen a construir por analogía, a la luz de un criterio más general, una regla en la materia²⁹.

a) El Ejercicio de un Derecho con el sólo Propósito de Causar Daño a otra Persona

17. Según la hipótesis de abuso de derecho más comúnmente aceptada, el ejercicio del derecho subjetivo es ilícito cuando el único fin que persigue el autor es causar daño a un tercero: el ejercicio del derecho no reporta al titular utilidad alguna, que no sea satisfacer el interés de dañar a otro. Representa un caso extremo de un acto contrario a las buenas costumbres, de modo que la legislación comparada del último siglo y la doctrina están en acuerdo unánime acerca de su ilicitud. Con todo, se trata de una hipótesis extrañísima en la práctica. No tanto porque sea extraño que el propietario, por ejemplo, quiera sólo molestar al vecino con quien está enemistado, sino porque la experiencia muestra que es en extremo difícil probar el propósito exclusivo de causar daño a otro³⁰.

Un antiguo caso holandés muestra las limitaciones de esta forma de abuso de derecho³¹. Jan cubrió con un gran lienzo la hermosa vista que desde su casa tenía su vecino Piet. El juez sancionó a Jan por abuso de derecho, porque el lienzo no tenía otro fin que impedirle la vista al vecino. Entonces, Jan construyó un molino que impedía la vista. El juez ahora ordenó retirar el molino, porque éste no estaba conectado a la fuente de agua, de modo que era por completo inútil para el propietario. Jan, sin embargo, conectó el molino a la fuente de agua. Ahora la acción de supresión del daño fue rechazada: el uso del molino excluye la hipótesis de abuso de derecho, aunque éste haya podido ser construido en otro lugar de la propiedad. El caso muestra que la exigencia de que el único propósito del ejercicio del derecho sea dañar a un tercero

²⁹ Este proceso de desarrollo del derecho con recurso a la analogía, a los principios y a las ideas normativas que espontáneamente se muestran en las relaciones intersubjetivas en A. Kaufmann. *Analogía y Naturaleza de la Cosa*. Santiago, 1976 (1965). Con especial énfasis en el derecho civil, J. Esser. *Principio y Norma en el Desarrollo Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona, 1961 (1956).

³⁰ Así concluye B. von Feldmann en su comentario a los casi cien años de jurisprudencia del art. 226 del código alemán, que consagra este tipo de abuso de derecho (Münchener Kommentar zum BGB, Tomo I, 2ª ed., 1984, pp. 1583 ss.).

³¹ Tomado de D. Medicus, op. cit., p. 56 [nota 14].

presenta usualmente problemas probatorios insuperables y puede ser fácilmente eludida mostrando que la acción persigue algún fin cualquiera que sea atribuible al provecho personal del titular. Desde un punto de vista estrictamente normativo, sin embargo, esta forma extrema de abuso de derecho es una concreción de la *exceptio doli generalis* proveniente del derecho romano tardío³² y parece constituir el punto de encuentro más elemental entre la moral y el derecho.

b) Extrema Desproporción entre el Interés del Titular y el Efecto Negativo que Produce en otra Persona el Ejercicio del Derecho

18. Existen casos en que el ejercicio de un derecho resulta contrario a la buena fe porque supone extremar el ejercicio de una facultad hasta el límite de la deslealtad. Un par de ejemplos legales pueden contribuir a aclarar esta hipótesis. El vendedor responde de los vicios ocultos o redhibitorios que tenga la cosa y que sean tales, "que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de modo que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menor precio" (arts. 1857 Y 1858 N°2). Para que el vicio sea redhibitorio requiere, por consiguiente, que su conocimiento por el comprador presumiblemente habría alterado su decisión de comprar o su disposición a pagar el precio convenido; no cualquier vicio es redhibitorio, sino sólo aquéllos que habrían influido sustancialmente en la decisión de compra. Si el vicio no tiene la entidad suficiente, sólo hay lugar a la acción de rebaja del precio o *quanti minoris*, evitándose así el efecto desproporcionado que puede significar la rescisión del contrato, que es la pretensión que se hace valer mediante la acción redhibitoria (art. 1868).

Otro interesante ejemplo legal de este tipo de abuso de derecho se encuentre en el antiguo art. 945, actualmente, art. 56 del Código de Aguas, que dispone que "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 reportara utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos". También en este caso la desproporción es indicio de un abuso. Análogo principio se expresa en la regla del art. 941³³.

El fundamento de las normas anteriores, esencialmente provenientes del derecho romano, es la buena fe: no se puede invocar un vicio de la cosa como argucia para provocar un efecto por completo desproporcionado; ni se puede privar caprichosamente al vecino del suministro de aguas subterráneas. El mismo deber de lealtad puede inferirse respecto de cualesquiera derechos cuyo ejercicio genera deberes de lealtad o consideración respecto de quienes deben soportarlo. Aunque el principio se aplica preferentemente a relaciones personales, también puede surgir de derechos de propiedad, especialmente en relaciones de vecindad.

³² M. Kaser. *Römisches Privatrecht*. 9 ed., München, 1976, p. 138 (traducción castellana, Derecho Privado Romano, Madrid, 1982, párr. 33.4); una referencia normativa en el Código de Justiniano 8.27.1.

³³ Es interesante constatar que la sentencia de la Corte Pedro Aguirre Cerda antes referida (nota 27) alude a las normas del art. 941 y 945 (hoy art. 56 del Código de Aguas) para justificar la decisión contra el club de tiro que causaba ruidos y otros riesgos conexos a su funcionamiento; aunque no hace referencia expresa a la idea de proporcionalidad, resulta evidente que es tenida en consideración al referirse a esas normas como expresión del principio del abuso de derecho en el orden jurídico chileno (considerando 15°).

19. Aplicaciones prácticas del abuso de derecho en razón de la desproporción entre el interés del titular y el efecto que produce el ejercicio del derecho pueden invocarse, por ejemplo, a propósito de dos efectos característicos de los contratos bilaterales: la excepción de contrato no cumplido (art. 1.552) y la resolución por incumplimiento (art. 1489). En ambos casos, el incumplimiento de una parte otorga a la otra parte una poderosa excepción (no cumplir por su parte lo debido, en el caso del art. 1552) y una pretensión de ineficacia del acto (la resolución del contrato, en el caso del art. 1489). Resulta, sin embargo, contrario a la buena fe (y, por tanto, es abusivo) que una parte se resista a cumplir con su parte en el contrato o demande su resolución en razón de un pequeño incumplimiento que resulta accidental en el contexto general de la operación. En tal evento, tendrá el acreedor acciones indemnizatorias (que se traducen económicamente en un efecto análogo a la rebaja de precio en el caso de los vicios redhibitorios), pero no podrá invocar aquellos derechos, que pueden resultar desproporcionados, y que más bien expresan un pretexto para poner término a la relación contractual³⁴.

20. Pero también puede haber situaciones de ejercicio desproporcionado de un derecho en otros ámbitos, distintos de la vecindad y de las relaciones obligatorias, como lo ilustran ejemplos provenientes del derecho comparado. Un interesante caso de abuso de derecho por desproporción entre el derecho invocado y el daño producido a un tercero se presentó en España a consecuencias de una concesión que la autoridad otorgó a una empresa para utilizar las arenas de una playa; el titular de la concesión explotó de tal modo las arenas, que dejó indefensa ante las marejadas a una instalación industrial próxima. El fallo sancionatorio del concesionario consideró que el daño era inhumano o antisocial en forma objetiva, porque proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho³⁵. Otro caso muy conocido se produjo en Alemania a poco de entrar en vigencia el Código Civil. El propietario de un antiguo castillo estaba enemistado con su hijo, a quien negaba la entrada a la propiedad; el hijo reclamó ante el tribunal que la negativa de acceso de su padre era abusiva, porque le impedía visitar la tumba de su madre, enterrada en el lugar. La defensa del padre argumentó que no había abuso de derecho, según el art. 226 del código alemán, porque la negativa no tenía por interés dañar al hijo, sino evitar al padre anciano el malestar de encontrarse con éste. El tribunal estimó que se trataba de un ejercicio excesivo o anormal del derecho de propiedad, porque nada impedía que el hijo fuese autorizado en ciertas fechas conocidas para entrar a la propiedad, conservando el padre la posibilidad de evitar el encuentro que no deseaba. En otras palabras, la negativa absoluta no estaba justificada aten-

³⁴ Un análisis de la doctrina en materia de procedencia de la acción resolutoria frente a un cumplimiento parcial o imperfecto, en J. López S-M., op. cit., p. 556 [nota 22]; y J.M. Lecaros. *La Acción Resolutoria frente al Cumplimiento Imperfecto de las Obligaciones*, en E. Barros, coordinador. *Contratos*. Santiago, 1991, pp. 179 ss.

³⁵ J. Castán Tobeñas. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. I, vol 2º, 14a. ed. (por J. L. de los Mozos), Madrid, 1984, p. 70, con cita completa de la sentencia, redactada en 1944 por el propio Castán. Siguiendo la doctrina de ese fallo, el Título Preliminar del Código Civil español, incorporado por la reforma de 1974, hace referencia, como uno de los criterios del abuso de derecho, a "todo acto u omisión que ... por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales de un derecho, con daño para tercero" (art. 7 II) (supra, nota 25). La idea de desproporción es un criterio particular del abuso de derecho en el derecho italiano (L. Bigliazi, V. Breccia, F.D. Busnelli y V. Natoli. *Diritto Civile*. T. 1, *Norme, Soggetti e Rapporto Giuridico*, Torino, 1992, p. 372) y en Alemania (D. Medicus, op. cit., pp. 61 ss. [nota 14]). En Francia, la jurisprudencia parece ser particularmente exigente (J. Ghestin y G. Goubeaux, op.cit., p. 650).

dido el interés legítimo (no el derecho) que tenía el hijo por visitar la tumba de su madre³⁶.

21. La idea de completa desproporción en el ejercicio de un derecho, que hace de éste un acto inmoral o antisocial, subyace a muchos casos en que la jurisprudencia comparada da lugar intuitivamente a la pretensión de abuso de derecho, sin articular razones. Así, la corte de casación francesa estimó abusivo que el propietario de un terreno se negara a que su vecino entrara a efectos de hacer reparaciones en su propio inmueble³⁷. No había en el caso puro interés de dañar, de modo que la hipótesis más nítida de abuso de derecho estaba descartada; más bien era un caso en que la conducta resulta objetivamente contraria a los deberes mínimos de sociabilidad que hace suyos el derecho objetivo. En definitiva, las hipótesis de desproporción en el ejercicio de un derecho suponen un ejercicio desleal o de mala fe (como cuando se invocan incumplimientos insustanciales para sustraerse a la aplicación de un contrato) o bien una extrema mezquindad, que se expresa en que el ejercicio del derecho se hace con desconsideración grave de los daños que se causan al tercero.

c) Actos Propios

22. La más típica aplicación del principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos se refiere a los llamados actos propios. Según un antiguo proverbio no es lícito *venire contra factum proprium*, esto es, actuar de una manera que resulte contradictoria con la confianza que había generado en un tercero una conducta anterior del titular del derecho. Bajo diversas formulaciones, este principio muestra un análogo desarrollo jurisprudencial en el derecho privado de distintos sistemas jurídicos³⁸.

El bien jurídico cautelado por la doctrina de los actos propios es la confianza; el ejercicio del derecho resulta contrario a la buena fe porque no se condice con las expectativas ciertas que el titular había generado en un tercero con su propio comportamiento. Quien hace valer el acto propio del titular del derecho subjetivo no tiene por su parte un derecho a que éste se comporte de cierta manera, de modo que no se trata de un conflicto entre derechos. Por eso, la aplicación del principio está sujeta a los criterios de excepcionalidad que caracterizan al abuso de derecho. Para que se configure el abuso de derecho basado en actos propios no basta que se haya insatisfecho una expectativa ajena creada por la conducta precedente del titular, sino se exige, además, un juicio normativo acerca de la deslealtad de la conducta del titular, por atentar contra los deberes recíprocos de respeto que surgen implícitamente de las relaciones personales. Por eso, en general, es una institución típica del derecho de obligaciones.

23. No resulta posible una enumeración de los tipos de actos contrarios a la buena fe, por contradictorios con actos propios anteriores de quien invoca el derecho. A modo

³⁶ Tomado de K. Larenz y M. Wolf, op. cit., p. 325 [nota 4].

³⁷ J. Ghestin y G. Goubeaux, op. cit., p. 645 [nota 19].

³⁸ En el common law se expresa en la institución del estoppel, nacida como correctivo al formalismo tradicional, y que se funda en el "principio, según el cual las partes de un contrato que han conducido sus negociaciones en confianza o bajo el supuesto implícito acerca de un estado de cosas presente, pasado o futuro, o de una promesa o declaración expresa o tácita en el sentido de que un derecho reconocido por el orden jurídico no será ejercido, no podrán desdecirse de ese supuesto, promesa o declaración si resulta injusto o incorrecto hacerlo" (J. Beatson. *Anson's Law of Contracts*. 27 ed., Oxford, 1998, pp. 110 ss.). Un espléndido planteamiento de la doctrina en lengua española, con referencias comparadas, en L. Díez-Picazo. *La Doctrina de los Propios Actos*. Barcelona, 1963.

ejemplar se hará referencia a continuación a algunas situaciones típicas en el derecho chileno y comparado.

Un caso de protección legal de la confianza creada por el propio acto se presenta en el derecho chileno a propósito de la oferta. Si una persona recibe de otra una oferta de celebrar un contrato debe aceptarla de inmediato, si es efectuada verbalmente, y dentro de veinticuatro horas o a vuelta de correo, según la residencia del destinatario, si es formulada por escrito (Código de Comercio, arts. 97 y 98). Si no es aceptada en esas oportunidades, la oferta se entiende caducada; por eso, si el destinatario de la oferta demora en aceptarla, la aceptación es extemporánea y se entiende que formula una nueva oferta. Pero puede ocurrir que a pesar de la aceptación extemporánea, el aceptante confíe en que el contrato ha sido convenido. Por eso, se impone en tal caso al primer oferente, quien tiene el derecho potestativo a convenir o no en la aceptación extemporánea, el deber de informar su retractación, y si no lo hace, queda obligado a indemnizar los daños sufridos por el destinatario en razón de haber confiado en la celebración del contrato (Código de Comercio, art. 98). Algo análogo ocurre cuando el oferente se retracta tempestivamente de la oferta, esto es, estando vigente y antes de la aceptación (idem, art. 100). En estos casos el acto propio del oferente, como fue su oferta, ha creado una razonable confianza en el destinatario de que se ha convenido el contrato; por eso, aunque su aceptación sea ineficaz a efectos de formar el consentimiento, resulta abusivo defraudar esa confianza. El oferente ha creado con su oferta una relación con el destinatario que le impone deberes de lealtad en el ejercicio de sus derechos frente al destinatario.

24. A la doctrina del abuso de derecho por contradicción con actos propios pueden, en especial, reconducirse ciertas hipótesis de *culpa in contrahendo* que dan lugar a responsabilidad precontractual. Además de las situaciones relativas a la oferta, reguladas legalmente en el Código de Comercio, esa responsabilidad puede surgir cuando durante la negociación de un contrato se ha creado la convicción de que su perfeccionamiento es en la práctica seguro, ante lo cual la otra parte actúa en correspondencia con esa confianza. Usualmente la interrupción inopinada de las negociaciones sólo resulta abusiva cuando una parte ha negociado de mala fe; pero también puede llegar a serlo cuando ha creado en la otra parte en una medida superior a lo usual la confianza de que el contrato puede tenerse por convenido, a pesar de no haberse cumplido los requisitos de forma o acordado aspectos secundarios, provocando con ello que la otra parte incurra en gastos o desaproveche oportunidades de negocios alternativos³⁹.

25. Un ejemplo de contradicción con los actos propios es la *excepción de prescripción* interpuesta por quien hasta la víspera del cumplimiento del plazo ha negociado con el acreedor. Sería el caso del vendedor a quien le es reclamado por el comprador un vicio redhibitorio de la cosa, ante cuya evidencia inicia una negociación para determinar si procede reparar el vicio o sustituir la cosa; luego, una vez cumplido el breve plazo del art. 1866, el vendedor interrumpe la negociación, invocando la prescripción. En la

³⁹ K. Larenz y M. Wolf op. cit., p. 612 [nota 4]. Para el derecho francés, Ph. le Tourneau y L. Cadet. *Droit de la Responsabilité*. Paris, 1996, pp. 76 ss.; J. Schmidt. *La Sanction de la Faute Précontractuelle*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 1974, pp. 46 ss. Un esquema interpretativo del derecho chileno en H. Rosende A. *La Responsabilidad Precontractual en la Formación del Consentimiento en los Contratos Reales y Solemnes*, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil, Homenaje al profesor Fernando Fueyo*, Santiago, 1996, pp. 37 ss.

especie el vendedor podría alegar que no ha habido propiamente interrupción de la prescripción, porque no se ha reconocido la obligación que surge del vicio (interrupción natural del art. 2518 II). Con todo, resulta abusivo y desleal negociar, generando la confianza de que el acuerdo sólo depende de una cuestión de hecho (por ejemplo, si se puede reparar el vicio de la cosa, o si, por el contrario, es necesario sustituirla), para luego suspender la negociación cuando se cumple el plazo que hace nacer la excepción de prescripción. El acto propio anterior hace abusivo el ejercicio del derecho potestativo a interponer esa excepción en razón del abuso que se hace de la confianza generada en la otra parte.

El abuso de derecho por actos propios se extiende al ejercicio de la acción (o excepción) de nulidad por un vicio formal, por quien conoció en su momento el vicio y exigió, antes de ejercer la acción de nulidad, el cumplimiento de la obligación que le reportaba el contrato (la situación es análoga pero no idéntica a la que plantea el art. 1682, que será analizado en infra pár. 29)⁴⁰.

Del mismo modo, quien por sus propios actos ha creado la *apariencia de que cierta persona es su representante*, con poderes suficientes para realizar ciertos contratos, no puede luego pretender que no le obliga un contrato que le ha devenido desventajoso, con el argumento de que el empleado que lo convino en su nombre carecía de poder de representación (art. 2160 I). Si con anterioridad tal empleado había celebrado contratos semejantes, que fueron reconocidos como válidos por el empresario, suele existir la apariencia de un poder suficiente, que ha sido creada por un acto propio del empresario, de modo que resulta contrario a la buena fe contradecir la confianza creada en la contraparte⁴¹.

26. El abuso de derecho por contradicción con los actos propios presenta analogías pero no debe ser confundido con el acto jurídico de *renuncia tácita a un derecho*. La ley infiere a veces de ciertos hechos un acto de renuncia. Es el caso de la renuncia a la acción de nulidad relativa o rescisión en virtud de la ratificación tácita del acto (art. 1696) y de la renuncia a la excepción de prescripción extintiva (que técnicamente recibe el nombre de interrupción) que produce el reconocimiento expreso o tácito de la obligación (art. 2.518). En estos casos el acto del titular, distinto de ejercer la acción o excepción respectiva, tiene el significado de acto jurídico de renuncia al derecho a hacerlo con posterioridad. Con todo, sólo excepcionalmente un acto que conlleva omitir el ejercicio de un derecho subjetivo constituye un acto de renuncia de ese derecho. Así, por ejemplo, si el acreedor negocia con el deudor un cumplimiento por equivalencia de una obligación, no por eso queda privado de ejercer luego la acción de cumplimiento forzado. Atendido el efecto extremo que se produce, usualmente tal renuncia tácita deberá tener una fuente legal o contractual y, en todo caso, el acto no puede tener otro sentido posible que el de renunciar al derecho.

⁴⁰ Casos de este tipo son los que dieron origen a la doctrina del estoppel en el common law (J. Beatson, op. cit., p. 110 [nota 38]).

⁴¹ La doctrina de la apariencia sólo parcialmente se superpone con la de los actos propios: la apariencia da lugar a abuso de derecho cuando ha sido creada o tolerada por quien luego invoca una razón legal formal para pretender negarle eficacia, defraudando la confianza de un tercero. Una referencia al estado actual de la doctrina de la apariencia en Francia, en J. Ghestin y G. Goubeaux, op. cit., pp. 695 ss. [nota 19]. En Chile, el interesante trabajo inédito de D. Peñailillo, *La Protección a la Apariencia en el Derecho Civil*, presentado en los seminarios sobre reformas al Código Civil organizados por la Fundación F. Fueyo. Sobre los poderes aparentes y los poderes que emanan de un acto jurídico tácito, A. Prado, *Distinción conceptual entre los poderes aparentes y los poderes tácitos: un ensayo de aplicación al factor o gerente*, en E. Barros, coord. *Contratos*. Santiago, 1991, pp. 81 ss.

Análoga a la renuncia tácita es la *preclusión* de un derecho. La preclusión es una institución de derecho estricto, esto es, requiere norma legal o disposición contractual expresa que la contemple como efecto. Por eso, la preclusión no es de plano asimilable a la doctrina de los actos propios como límite al ejercicio de un derecho. Como la renuncia, la preclusión supone que el derecho se extingue por realizar el titular un acto diferente al ejercicio de ese derecho. Es lo que ocurre en materia procesal cuando una de las partes omite plantear un incidente (cuestión accesoria al pleito) en la oportunidad que tuvo conocimiento del hecho que lo motiva; si conocido el hecho, hace una gestión posterior en el juicio, que no sea plantear el incidente (la nulidad de una notificación, por ejemplo), se extingue el derecho potestativo a hacerlo con posterioridad (Código de Procedimiento Civil, art. 85).

Tanto la preclusión como la renuncia se vinculan funcionalmente al principio de buena fe, pero operan de un modo más drástico que el abuso de derecho. Este último se aplica respecto de derechos que están vigentes y cuyo ejercicio resulta limitado por los actos anteriores del titular que han comprometido la confianza ajena en términos que resulta desleal actuar luego de una manera contradictoria; por el contrario, la renuncia y la preclusión producen el efecto más drástico de extinguir el derecho.

27. Los actos propios, también fuera del ámbito del abuso de derecho, pueden ser invocados para *excluir responsabilidad extracontractual*, cuando el comportamiento de la víctima del accidente supone implícitamente *asumir el riesgo*. Es el caso de los accidentes que corresponden a riesgos típicos de la práctica de un deporte. Así, el futbolista no puede demandar responsabilidad por la lesión sufrida a consecuencias del normal desarrollo del juego, porque ello contradiría el acto propio de aceptación de tales riesgos que supone su participación en el juego⁴². Tampoco hay en este caso abuso de derecho: el acto propio de asumir el riesgo impide que la víctima adquiera siquiera el derecho a ser indemnizada por el daño que un tercero le cause.

28. En suma, se puede comprobar que *la doctrina de los actos propios es un importante correctivo de justicia material al formalismo jurídico*, que opera en diversos planos: como límite al ejercicio de los derechos, en la doctrina del abuso de derecho; como antecedente de la extinción de un derecho, en la renuncia tácita y en la preclusión; y, finalmente, como causal de justificación, para excluir la responsabilidad civil extracontractual.

Desde el punto de vista aquí relevante del abuso de derecho, es conveniente reiterar que no toda contradicción con el actuar previo resulta abusiva per se. El titular de un derecho puede cambiar de opinión acerca de si lo ejercerá o no, o acerca de la forma de ejercerlo, de modo que nadie puede exigir que en el futuro se deba comportar del mismo modo que lo haya hecho con anterioridad. A menos que con su conducta haya creado la legítima confianza de que en el futuro actuará de un cierto modo, en términos que resulte desleal no hacerlo, como se ha visto en los casos de la oferta, de la negociación sobre los vicios redhibitorios, de la nulidad por vicios formales alegada luego de haber gozado de los beneficios del contrato o de los poderes aparentes. A la

⁴² Un ejemplo del derecho romano en el *Digesto*, 9.2.7.4: "Si en una lucha o en el pugilato libre uno de los dos luchadores hubiese matado al otro, si lo hubiese matado en un certamen público, cesa la Aquilia porque el daño no se considera hecho con mala intención sino a causa de la gloria y el valor" (traducción A. D'Ors, F. Hernández, P. Fuenteseca, M. García y J. Burillo, Pamplona, 1968). En el derecho chileno, A. Alessandri R., op. cit., pp. 618 ss. [nota 9].

expectativa creada en el otro por la propia conducta, se agrega como requisito que resulta incorrecto o contrario a la decencia, atendidas las circunstancias, defraudar la confianza creada.

d) Ejercicio de un Derecho Adquirido de Mala Fe

29. En este grupo de casos también está comprometida la propia conducta de quien luego ejerce abusivamente el derecho. El acto propio consiste en un ilícito en que se incurre conscientemente al momento de adquirir el derecho.

En nuestro derecho civil existen algunas importantes aplicaciones de este tipo de abuso de derecho. El art. 1683, que regula la nulidad absoluta, priva de la acción de nulidad al contratante que celebró el acto o contrato "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba". El contratante no puede hacer valer en su favor su mala fe inicial, ejerciendo la acción de nulidad, si luego llega a tener interés en que el contrato resulte ineficaz. A un principio análogo responde la norma del art. 1481 II: si una obligación en favor de un tercero depende de que se cumpla una condición, ésta se entenderá cumplida si quien debe ejecutar la prestación interviene por medios ilícitos para que la condición no se cumpla, o para que la otra persona de cuya voluntad dependa, no coopere al cumplimiento.

Se puede estimar que estas reglas legales responden a un principio más general: *quien actúa de mala fe no puede aprovecharse de su propio ilícito*. Así, por ejemplo, si en un contrato se otorga a una de las partes el derecho potestativo a ponerle término hasta una cierta fecha, la otra parte no puede argumentar la caducidad de ese derecho si ella misma hizo imposible recibir oportunamente la comunicación en la forma prevista en el contrato (bloqueando el receptor de facsímiles o impidiendo el acceso de correspondencia, por ejemplo). En definitiva, si alguien por medio de un acto ilícito obtiene un derecho o una excepción contra otra persona, ésta puede oponerse al ejercicio de este derecho. Se trata de un caso de aplicación de la *exceptio doli*, en cuya virtud el derecho otorga defensa frente a acciones cuyo origen está contaminado por la mala fe.

e) Desviación del Fin de un Derecho Potestativo

30. El derecho privado otorga potestades jurídicas que no constituyen derechos a la conducta ajena, sino facultades para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La principal regla que otorga derechos potestativos, o competencias jurídicas, es la del art. 1545, que consagra la facultad de regular mediante contratos las relaciones privadas patrimoniales. Sin embargo, la ley o el contrato establecen otros derechos potestativos, muchos de los cuales se materializan en actos jurídicos unilaterales. Así, también son derechos potestativos los que la ley confiere para revocar un mandato (art. 2165) o para desahuciar el contrato de arrendamiento (art. 1951 I). Es en el ámbito de estos derechos potestativos donde se produce una cierta analogía del derecho privado con el administrativo: el derecho objetivo concede competencias para producir efectos jurídicos mediante contratos u otros actos jurídicos. Por eso, no es extraño que respecto de estas facultades se planteen en el derecho privado situaciones de abuso de derecho que presentan analogías con la "desviación de poder" que es típica del abuso de derecho en el derecho administrativo⁴³: una *facultad* que ha sido concedida con una cierta

⁴³ Sobre la desviación de poder en el derecho administrativo, E. García de Enterría y T.R. Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I, 4a. ed., 1984, pág. 441 ss. La ley de bases de la administración del

finalidad (por la ley o por el contrato) es *desviada de ese fin* con el propósito de satisfacer un interés que no está cautelado por la norma.

En este tipo de situaciones resulta pertinente la doctrina del abuso de derecho que atiende a los fines de la norma que atribuye un derecho y a los propósitos perseguidos por el titular en el ejercicio concreto de ese derecho. Con todo, también en este caso el abuso de derecho es una institución excepcional: las *facultades que la ley o el contrato confieren no están sujetas en principio a escrutinio judicial*, pues es inherente a la autonomía privada que sean ejercidas según el arbitrio prudencial del titular del derecho. Con esa reserva de excepcionalidad, en principio, todo derecho potestativo puede ser ejercido abusivamente, como ocurre cuando se hace con el solo fin de dañar a un tercero. En los párrafos siguientes se hará referencia a los principales grupos de casos de abuso por desviación del fin para el que es reconocido un derecho potestativo en el derecho privado.

31. Los casos más claros en que procede el abuso de derecho por desviación del fin se refieren a los *derechos-función*, esto es, aquéllos que son reconocidos al titular a efectos de que cumpla un deber de cuidado respecto de otra persona o de un patrimonio ajeno. La función configura en estos casos el contenido del derecho y también actúa como límite a su ejercicio abusivo⁴⁴.

Uno de los desarrollos contemporáneos más importantes del derecho privado reside en identificar estos derechos-función, con el efecto radical de que se cambia el acento desde la mera potestad formal hacia el fin. Es el caso de la autoridad paterna, que según el nuevo ordenamiento de la filiación debe ser ejercida en atención al mejor interés del niño (art.242 II); y de la administración de las sociedades anónimas, que los directores deben emprender en el solo interés de la sociedad y no del interés particular de ellos mismos o de los accionistas que los hayan elegido (ley N°18.046, arts. 39 ss.).

32. En cierto sentido pueden ser asimiladas a las situaciones de desviación de poder los abusos cometidos al redactarse por una parte las *condiciones generales de contratación* bajo las cuales se ofrecen bienes o servicios al público. Atendida la diferente posición de información que tiene el consumidor acerca de los bienes ofrecidos y, particularmente, acerca del contenido efectivo de las cláusulas propuestas, puede ocurrir que éstas alteren abusivamente la economía del contrato en beneficio del empresario que las propone. La facultad de proponer las condiciones del contrato es un derecho potestativo que se funda en el principio de la autonomía privada. Nada impide que las partes se alejen del contenido natural de los contratos, establecido por la ley y por la costumbre (los usos normativos), con el solo límite del orden público y las buenas costumbres (arts. 1545 y 1461). Por lo mismo, nada impide tampoco que una parte proponga a otra un contrato

Estado, Ley N°18.575, reconoce el principio en la parte final del art. 2°: "Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades [por los órganos a que la ley se refiere] dará lugar a las acciones y recursos correspondientes". Sobre el ejercicio de potestades en el derecho administrativo chileno, E. Soto. *Derecho Administrativo; Bases Fundamentales*. T. II, El Principio de Juridicidad, Santiago, 1996, pp. 53 ss.

⁴⁴ El concepto de derecho-función es asumido a veces genéricamente, como calidad de todos los derechos, en una tardía y algo ingenua extrapolación de L. Josserand (así, por ejemplo, C. Larroumet. *Droit Civil*. T. I, *Introduction a l'étude du Droit Privé*, 1984, p. 252). En un sentido circunscrito a los derechos que comprenden deberes, J. Ghestin y G. Goubeaux, op.cit., pp. 650 ss. [nota 19] (para derecho de familia) y 652 ss. (para el derecho de sociedades). Para el derecho italiano, L. Bigliuzzi, V. Breccia, F.D. Busnelli y V. Natoli, op. cit., p. 372 [nota 35].

que se aleja de la estructura natural prevista por la ley. Sin embargo, puede ocurrir que las condiciones generales propuestas subrepticamente, o sin que el consumidor tenga razonable posibilidad de informarse atendidas sus circunstancias, alteren la economía básica del contrato en favor del proponente (quien, por ejemplo, no se hace responsable de los vicios redhibitorios mediante una simple referencia en la "letra chica" del contrato a que no se aplicará al contrato el art. 1857). En tales casos se puede configurar una situación de abuso de derecho por desviación de la potestad que el derecho confiere para configurar en la oferta las condiciones del contrato. Atenta contra la decencia exigida en la conducta para con los demás (buenas costumbres) y contra la lealtad que se debe a la contraparte de un contrato (buena fe), quien abusa de la inexperiencia ajena en la materia del contrato o de su confianza en que las condiciones de venta responden a lo que naturalmente se entiende pertenecer a una relación contractual.

La jurisprudencia comparada construyó por esta vía caminos de control de las condiciones generales de contratación (o contratos de adhesión, según la denominación francesa), aún antes de que leyes especiales regularan la materia⁴⁵. En todo caso, la doctrina del abuso de derecho, por desviación de un derecho potestativo, subsiste como principio correctivo de orden general, especialmente cuando la legislación es incompleta, como en el caso chileno⁴⁶.

33. Particular atención requiere también el abuso del derecho potestativo a provocar la *terminación unilateral de contratos de larga duración* (tracto sucesivo). En los contratos de arrendamiento, mandato, sociedad, trabajo, suministro, y demás de larga duración, es de la naturaleza que, a falta de plazo convenido, se les pueda poner término unilateralmente. Con todo, resulta evidente que una relación de larga duración supone especiales deberes recíprocos de lealtad al momento de ponerle término.

Así, por ejemplo, el propio código señala que no vale la renuncia de un socio que se hace intespestivamente o de mala fe, sin consideración a los intereses de los demás socios o con el fin de apropiarse de una ganancia de la sociedad (arts. 2110 y 2111). El mandatario, por su parte, también puede renunciar al encargo, pero debe continuar ocupándose de los asuntos encomendados por el mandante por un tiempo razonable para que éste pueda proveer a los negocios encomendados (art. 2.167). En el derecho del trabajo, un capítulo importantísimo es precisamente la terminación unilateral de la relación laboral por desahucio del empleador (Código del Trabajo, arts. 155 ss.). Pero, más allá de las disposiciones legales especiales, rige el *principio general de que no se puede abusar del derecho potestativo a poner término a una relación jurídica de larga duración*⁴⁷. Así, el principio se aplica, por ejemplo, a la relación continua de suministro de un insumo esencial por un proveedor a un empresario industrial. El

⁴⁵ En Alemania la ley sobre condiciones generales de contratación de 1976 vino a codificar la jurisprudencia de las décadas anteriores, construida a partir de las normas que declaran ilícitos los actos contrarios a las buenas costumbres (art. 138) y que ordenan la actuación de buena fe en materia contractual (K. Larenz y M. Wolf, op.cit., pp. 782 ss. [nota 4]). La ley francesa de 1978 delegó en la autoridad administrativa la tarea de definir las cláusulas que se tendrían por abusivas, sobre la base de la noción de 'abuso del poder económico a efectos de obtener una ventaja excesiva' (J. Carbonnier. *Droit Civil*. T. 4, *Les Obligations*, 16° ed., 1992, p. 160). También en España, la legislación sobre consumidores ha cubierto un vacío jurisprudencial (L. Díez-Picazo, op. cit., pp. 344 ss. [nota 23]).

⁴⁶ La ley de protección al consumidor N°19.496 contiene normas sobre condiciones generales de contratación que no comprenden todas las hipótesis de abuso de derecho que son construibles a partir del derecho civil general. Al respecto, M. Tapia y J. M. Valdivia. *Contrato de Adhesión*. Ley N°19.496, 1999 (memoria de prueba), pp. 22 ss. En general sobre las cláusulas abusivas, M.V. Bambach. *Las Cláusulas Abusivas*, en E. Barros, coord. *Contratos*. Santiago, 1991, pp. 47 ss.

⁴⁷ J. Ghestin y G.Goubeaux, op. cit., p. 648 [nota 19].

derecho potestativo a poner término a una relación de larga duración tiene por fin cautelar la libertad futura de las partes (lo cual resulta congruente con la garantía constitucional de la libertad personal, al menos en casos extremos). Sin embargo, el derecho potestativo a poner término a una relación contractual indefinida es desviado de su función si es utilizado de una manera desleal, con negligente o dolosa desconsideración de la confianza de la contraparte. El aviso razonablemente anticipado, como la ley exige en la sociedad o el mandato, resulta ser una condición necesaria que debe cumplir en tales casos el acto potestativo de terminación.

f) Abuso de Formas o Instituciones Jurídicas

34. El abuso de las formas o instituciones jurídicas se relaciona con una comprensión estructural de los fines que cumplen las instituciones del derecho privado, que es típica del desarrollo doctrinario ocurrido en las últimas décadas. Hace un siglo, se estimaba que la libertad contractual comprendía la facultad de celebrar contratos que tuviesen por objeto la distribución de mercados para evitar la competencia; también se consideraba que la habilidad técnica de los abogados era siempre eficaz para eludir la aplicación de normas legales obligatorias, si al negocio prohibido por la ley se le daba una forma contractual que no quedara formalmente cubierta por la norma legal respectiva. Se tendía a entender el concepto de orden público formalmente, de modo que el ejercicio de las potestades en un sentido contrario a la institución respectiva resultaba lícito, con la sola condición de que no se infringiera una norma legal específica. Por el contrario, la doctrina del abuso de las formas e instituciones jurídicas se caracteriza porque somete a control el ejercicio de derechos potestativos en un sentido que resulta contrario a los supuestos normativos del respectivo ordenamiento. En tal sentido, se trata de una especie de abuso de derecho por desviación del fin que justifica el reconocimiento de una potestad.

35. Ello vale especialmente en el marco del *orden público económico*, que está configurado por las *instituciones jurídicas, funcionalmente vinculadas entre sí, del contrato, la autonomía privada y la libre competencia*⁴⁸. Así, existe abuso del derecho potestativo a convenir un contrato si la oferta es manipulada en términos que resulten contrarios al cabal discernimiento de la otra parte (como ocurre con las cláusulas abusivas propuestas como condiciones generales de contratación); y existe abuso de la autonomía privada cuando dos o más empresas que dominan un mercado se distribuyen áreas de influencia a efectos de no competir entre ellas.

36. También existe un abuso de la institución de la autonomía privada cuando para evitar la aplicación de una norma de orden público (que no está a disposición de las partes) se realizan uno o más actos jurídicos que formalmente son lícitos, pero que

⁴⁸ Las relaciones entre las instituciones del derecho privado y el orden de una economía de mercado es el aporte de la antigua tradición que se remonta a Adam Smith (quien fue profesor de derecho). Al respecto E. Mestmacker. *La Mano Visible del Derecho: Derecho y Economía en Adam Smith*, en Estudios Públicos 23, 1986, pp. 59 ss. Sobre los desafíos conceptuales que plantea la consideración de los aspectos institucionales de la economía en el concepto jurídico de derecho subjetivo, L. Raiser. *Der Stand der Lehre vom Subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, 1961 y, especialmente, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht* 1963, ensayos recopilados en L. Raiser. *Die Aufgabe des Privatrechts*. Kronberg, 1977, pp. 98 ss. y 124 ss.

conducen al efecto económico que la ley pretende impedir. Es el caso del *fraude a la ley*, un tipo de desviación del fin en el ejercicio de una potestad⁴⁹.

El alcance de la institución del fraude a la ley es extremadamente difícil de precisar. En principio, sólo procede el fraude a la ley respecto de normas legales que no son objeto de una interpretación estricta, sino teleológica (atendiendo a su finalidad). Así, por ejemplo, en general es aceptado que en materia tributaria el contribuyente tiene la facultad de adoptar la forma jurídica que le resulta más conveniente, sin que resulte posible a la autoridad impositiva indagar acerca de las razones por las cuales el contribuyente asumió una u otra organización jurídica para sus negocios: la mera razón de estar regido por el estatuto legal más favorable es aceptable⁵⁰. En otras palabras, no procede invocar el fraude a la ley si la regla se debe aplicar subsuntivamente en razón de su naturaleza o finalidad. Ello es característico de las regulaciones administrativas⁵¹, pero también se extiende a los ámbitos del derecho privado que no están sujetos a reglas de orden público. Así, por ejemplo, en el derecho de sociedades, la forma jurídica que adopten los negocios queda a disposición de las partes. Nada ilícito puede haber en constituir una sociedad anónima o una de responsabilidad limitada para desarrollar una actividad empresarial que es esencialmente individual, porque el fin de limitar la responsabilidad a los aportes efectuados al negocio (a la sociedad) resulta legítimo, aunque detrás de la sociedad existe el interés real de sólo una persona que, directa e indirectamente (por medio de otras sociedades o personas naturales relacionadas), controla la totalidad de las acciones o derechos.

Por eso, no es tarea fácil definir las fronteras entre la habilidad lícita y el fraude a la ley. En esencia, parecen haber dos criterios principales para configurar el fraude a la ley. Ante todo, hay fraude a la ley si se emplea una *figura contractual para sustraerse a deberes que se tienen respecto de terceros*⁵². Este es el ámbito estrictamente privatista de la institución del fraude a una norma contractual o legal obligatoria. La acción pauliana (art. 2.468), que tiene por objeto hacer inoponibles al acreedor los actos fraudulentos de disposición efectuados por el deudor es un ejemplo legal de este aspecto privado del principio del fraude a la ley. Al mismo principio responde la regla que protege a los terceros frente a separaciones de bienes que efectúen cónyuges que estaban casados bajo sociedad conyugal (art. 1.723 II): la liquidación de la sociedad no puede ser un instrumento para que los terceros vean afectadas las acciones personales que tenían contra el marido⁵³. En general, puede inferirse el principio de que los actos que una persona realice cuyo efecto sea sustraerse a la observancia de un deber (generalmente

⁴⁹ En general, el fraude a la ley es tratado en sede diferente que el abuso de derecho (así, J. Ghestin y G. Goubeaux, op. cit., pp. 612 ss. y 667 ss. [nota 19]). Ambos institutos responden, sin embargo, al mismo principio de establecer un límite a los derechos subjetivos sobre la base de consideraciones de justicia material, aunque formalmente haya observancia de la ley, de modo que la analogía parece suficiente. Lo característico del fraude a la ley es que constituye un abuso de derechos potestativos, cuyo fin es esquivar ilícitamente, mediante un acto formalmente válido, una norma obligatoria.

⁵⁰ J. Ghestin y G. Goubeaux, op. cit., p. 680 [nota 19].

⁵¹ E. Barros. *Tendencias del Derecho Actual*. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXVIII, 1984, secc. primera, p. 9.

⁵² Este es el camino que adopta el Código de Quebec para definir el abuso de personalidad jurídica: "La personalidad jurídica no puede ser invocada respecto de una persona de buena fe, en la medida que se invoque para ocultar el fraude, el abuso de derecho o una contravención a una norma de orden público" (art. 317).

⁵³ Respecto de esta situación y de otras de fraude a derechos de terceros, R. Domínguez A., op. cit., pp. 75 ss. [nota 9].

una obligación) que se tiene para con otra, son ineficaces respecto de ésta (inoponibles)⁵⁴. El principio que subyace a estos casos es el de buena fe, porque se trata de actos que resultan contradictorios con los deberes de lealtad que se tienen respecto de determinadas personas (de los acreedores, principalmente).

En una segunda dimensión, más específicamente pública, el fraude a la ley persigue el efecto de *sustraerse a una prohibición legal de desarrollar una actividad o da una norma imperativa de orden público* que prescribe una conducta. En este ámbito, el interés general limita el ejercicio de los derechos potestativos privados. Por mucho que las leyes se propongan definir con precisión situaciones de hecho que son objeto de prohibición legal, la imaginación de los abogados y la flexibilidad de formas jurídicas que permite el principio de autonomía privada conducen a que se puedan descubrir resquicios para obtener por medios aparentemente lícitos el fin que la ley pretende evitar. Como se ha expresado, la primera y más difícil tarea del intérprete es definir si la norma legal debe ser entendida en sentido estricto (esto es, aplicable sólo a las situaciones de hecho expresamente previstas) o finalista. Sólo en este último caso el fraude a la ley reviste importancia práctica. Con todo, la distinción entre ambos tipos de reglas legales dista de ser clara. Aunque existen ámbitos en que las reglas son entendidas como subsuntivas (las normas tributarias, por ejemplo) y otros en que son esencialmente finalistas (las que regulan garantías constitucionales, por ejemplo), existe un amplio universo de casos en que la calificación es una cuestión prudencial. Así, parece inevitable "una cierta flexibilidad en la noción de fraude, gracias a la cual los individuos conservan su libertad de acción, sin que el ejercicio de ésta les permita usar ardidés al punto de mofarse de la ley"⁵⁵.

37. En suma, como en todas las áreas del abuso de derecho, el control de la desviación de poder y del abuso de formas o instituciones jurídicas supone una valoración judicial en concreto. En este caso, sin embargo, resulta inevitable definir, ante todo, si la norma legal debe ser interpretada en un sentido formal o estricto, o si resulta razonable atender a su finalidad normativa. Si es este el caso, es necesario un juicio de valor acerca de los fines de la norma que concede la facultad. Sólo en consideración a esos fines puede el juez discernir en concreto si esos fines son violentados por el ejercicio de la respectiva potestad, a pesar de que formalmente no existe infracción alguna. En este último caso, se dará por establecido el fraude a la ley, ese correctivo excepcional al abuso de los derechos potestativos que el derecho privado confiere a las personas para configurar libremente las relaciones jurídicas.

Efectos del Abuso de Derecho

38. Quien abusa de un derecho no puede invocarlo como justificación de su conducta. Aunque se cumplan formalmente las condiciones para su ejercicio, éste no está amparado por el derecho objetivo. De ello se siguen los principales efectos jurídicos del abuso de derecho, que suscintamente son referidos a continuación.

39. Si el abuso recae en el ejercicio de una acción civil, el titular queda *privado de la pretensión* respectiva. Así, por ejemplo, aunque el vendedor haya incurrido en el incumplimiento de alguna obligación conexa pactada en el contrato de compraventa,

⁵⁴ Idem, pp. 90 ss.

⁵⁵ J. Ghestin y G. Goubeaux, op. cit., p. 683 [nota 19].

puede ocurrir que el comprador carezca de la acción resolutoria (que formalmente le corresponde según el art. 1489), si atendidas las circunstancias del contrato, tal incumplimiento resulta proporcionalmente insignificante (*supra*, párr. 19). En general, el abuso de derecho priva de las prerrogativas que éste confiere al titular; entre ellas, priva desde luego de la pretensión o acción civil derivada de ese derecho.

40. Si el abuso ha recaído en el ejercicio de un *derecho potestativo* (esto es, de una competencia conferida para configurar o modificar relaciones jurídicas), el efecto será la *ineficacia del acto*. La ineficacia será de nulidad o inoponibilidad, según resulte de las reglas técnicas que resulten aplicables. Así, el acto realizado en fraude a terceros será inoponible, porque ningún vicio de nulidad afecta el acto con efectos generales de ineficacia (véanse ejemplarmente arts. 2468 y 1753 II)⁵⁶. Por el contrario, si el acto tiene por fin eludir la aplicación de una norma de orden público, la sanción será la nulidad, pues en tal caso estará normalmente afectado de los vicios de objeto o causa ilícitos. La superación del límite que las buenas costumbres y el orden público imponen al ejercicio del derecho potestativo a convenir libremente cualesquiera contratos tiene como sanción precisa ese efecto de nulidad (arts. 1461 y 1467 en relación con 1682 I).

41. Si los efectos del acto abusivo se prolongan en el tiempo, corresponde interponer una *acción civil orientada a evitar o terminar el daño provocado*. La acción estará destinada a obtener que quien ejerce abusivamente el derecho (o amenaza hacerlo) omita la conducta y suprima los efectos dañinos ya producidos. El objeto de la acción es impedir un acto o provocar la restitución del estado de cosas afectado por el acto ya realizado. Si bien esta acción que cautela el derecho en naturaleza encuentra fundamento en el Código Civil (arts. 932, 2328 II y 2.333) y en la doctrina⁵⁷, tiende a ser ineficaz, porque en el derecho chileno no existen acciones civiles de urgencia consagradas por la ley o por la práctica judicial. Por eso, el medio idóneo para obtener la interrupción o prevención de los efectos dañinos es usualmente el recurso de protección, aunque ello suponga invocar en contra de quien actúa abusivamente una garantía constitucional de las enumeradas en el art. 20 de la Constitución⁵⁸. En contraste con el expedito procedimiento de la protección, la acción civil para hacer cesar el daño está sujeta a procedimiento ordinario, de larga tramitación, y a lo más, al procedimiento sumario.

42. Finalmente, 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. En la hipótesis de ejercicio abusivo de un derecho porque se tiene la sola intención de dañar, la responsabilidad por abuso requiere prueba del dolo. Por el contrario, en las hipótesis de abuso que consisten en actos contrarios a las exigencias morales mínimas que plantea la sociabilidad (buenas costumbres) o contrarios a la lealtad debida en las relaciones recíprocas (buena fe), no resulta necesaria la intención de dañar para que el abuso quede configurado: el hecho de actuar de un modo contrario a la moral o a la buena fe configura infracción objetiva a los deberes de conducta inexcusables que una persona razonable tiene que observar en sus relaciones con los demás. Y ocurre que la culpa en materia civil tiene precisamente

⁵⁶ Sin embargo, en el caso de la renuncia intestativa o de mala fe a la sociedad, la ley establece la nulidad del acto (art. 2110).

⁵⁷ A. Alessandri, *op. cit.*, pp. 535 ss. [nota 9].

⁵⁸ Al respecto, A. Jana y J.C. Marín. *Recurso de Protección y Contratos*. Santiago, 1996.

este carácter objetivo de inobservancia de la conducta debida en las circunstancias que el daño fue causado. De este modo, por la sola aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual (arts. 2314 ss.) resulta obligado a indemnizar quien daña a otro en un ejercicio abusivo de su derecho, sea que haya actuado con dolo, sea que simplemente haya incurrido en infracción de un deber de cuidado, esto es, con negligencia⁵⁹

⁵⁹ A. Alessandri, op. cit., pp. 265 ss. [nota 9]