

Facultad de Derecho Universidad de Chile  
Departamento de Derecho Privado

Taller de Memoria - I Semestre 2008  
Diego G. Pardow L.

### MATERIALES DE LECTURA SEMANA N°4

Primera Sesión: La doctrina de los derechos subjetivos

(a) Lecturas obligatorias

- ROSS, Alf (2005): *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires, EUDEBA), pp. 121-131.
- DABIN, Jean (1955): *El Derecho Subjetivo* (Madrid, Revista de Derecho Privado), pp. 248-268.

(b) Lecturas sugeridas

- BARROS, Enrique (1999): "Introducción a la doctrina del abuso de derecho. Límites a los derechos subjetivos privados", *Revista Derecho y Humanidades*, N°7, pp. 3-29.

Segunda Sesión: Exposición del tema elegido tema

(a) Entrega de documento preliminar

- Elaborar una descripción del tema de memoria y de la hipótesis tentativa que pretende desarrollar.

(b) Actividad en clases

- Exposición y discusión grupal de la descripción de cada tema de memoria.

ALF ROSS

SOBRE EL DERECHO  
—‡ Y LA JUSTICIA ‡—



 *Deudeba*

### XXXV. El concepto de derecho subjetivo como una herramienta técnica de presentación

En el capítulo anterior se explicó que los enunciados aparentemente teóricos sobre la creación de deberes, facultades, etc., que aparecen en las normas jurídicas, deben ser interpretados como directivas al juez. Una norma jurídica puede ser reformulada, por lo tanto, de la siguiente manera:

D (si H, entonces C)

como una directiva para el juez en el sentido de que cuando se da H su sentencia debe ser C.

Si la tarea de la ciencia del derecho se limitara a una simple enumeración de las reglas jurídicas en vigor, todas las proposiciones doctrinarias podrían ser formuladas de acuerdo con ese esquema. Podría imaginarse, entonces, una exposición científica que presentara como normas vigentes un número de directivas del siguiente tipo:

D<sub>1</sub>: Si una persona ha adquirido legítimamente una cosa por compra, deberá dictarse sentencia en su favor ordenando la entrega de la cosa, contra cualquier otra persona que la retenga en su poder.

D<sub>2</sub>: Si una persona ha heredado una cosa, deberá dictarse sentencia de daños y perjuicios en su favor contra toda otra persona que con dolo o negligencia haya causado un deterioro a la cosa.

D<sub>3</sub>: Si una persona ha adquirido por prescripción una cosa y ha obtenido un préstamo que no es restituido en el momento oportuno, se deberá dictar sentencia favorable al acreedor para permitirle cobrar del producido de esa cosa.

D<sub>4</sub>: Si una persona ha ocupado una *res nullius* y la ha legado a otra, se dictará sentencia en favor del legatario, contra la sucesión de aquél, ordenando la entrega de la cosa.

D<sub>5</sub>: Si una persona ha adquirido una cosa mediante ejecución como acreedor, y con posterioridad otra persona se apodera del objeto, ésta deberá ser castigada por robo.

Y así sucesivamente, teniendo en cuenta, por supuesto, que en cada caso la fórmula podría ser mucho más complicada.

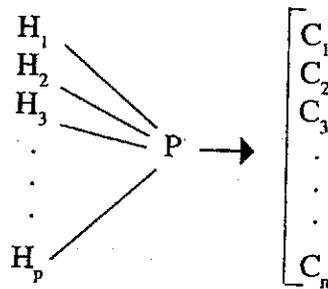
Pero la tarea de la ciencia del derecho obviamente no puede ser limitada de esta manera. Una exposición de este tipo sería tan engorrosa que prácticamente carecería de valor. La tarea del pensamiento jurídico consiste en conceptualizar las normas jurídicas de tal modo que ellas sean reducidas a un orden sistemático, exponiendo así el derecho vigente en la forma más sencilla y conveniente posible. Esto puede ser logrado con la ayuda de la siguiente técnica de presentación.

De entre un gran número de normas jurídicas del tipo indicado, es posible hallar un cierto grupo que puede ser dispuesto de la siguiente manera:

$$\begin{array}{l}
 H_1-C_1, H_2-C_1, H_3-C_1 \dots H_p-C_1 \\
 H_1-C_2, H_2-C_2, H_3-C_2 \dots H_p-C_2 \\
 H_1-C_3, H_2-C_3, H_3-C_3 \dots H_p-C_3 \\
 \vdots \\
 H_1-C_n, H_2-C_n, H_3-C_n \dots H_p-C_n
 \end{array}$$

(Léase: El hecho condicionante  $H_i$  está conectado con la consecuencia jurídica  $C_1$  etc.), lo que significa que cada hecho de una cierta totalidad de hechos condicionantes ( $H_1-H_p$ ) está conectado con cada una de las consecuencias de cierto grupo de consecuencias jurídicas ( $C_1 - C_n$ ); o que cada hecho  $H$  está conectado con el mismo grupo de consecuencias jurídicas ( $C_1 + C_2 \dots + C_n$ ), o que una pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas está conectada con una pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes.

Estas normas jurídicas individuales  $n \times p$  puede ser presentadas más simplemente y en forma más cómoda mediante la figura:



donde  $P$  (propiedad) simplemente representa la conexión sistemática de que  $H_1$  así como  $H_2, H_3 \dots H_n$  implica la totalidad de las consecuencias jurídicas  $C_1, C_2, C_3 \dots C_n$ . Como técnica de presentación esto se expresa, luego, enunciando en una serie de reglas los hechos que «crean propiedad» y en otra serie las consecuencias jurídicas que la «propiedad» trae aparejadas.

De aquí resultará claro que la «propiedad» inserta entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas es en realidad una palabra sin referencia semántica alguna, que sirve solamente como herramienta de presentación. Nosotros hablamos como si «propiedad» fuera un nexo causal entre  $H$  y  $C$ , un efecto ocasionado o «creado» por cada  $H$ , que a su vez es causa de una totalidad de consecuencias jurídicas. Decimos, por ejemplo, que:

- 1) si A ha comprado legítimamente un objeto ( $H_2$ ) ha adquirido propiedad sobre el mismo.
- 2) si A es propietario de un objeto tiene (entre otras cosas) el derecho a que se lo entreguen ( $C_1$ ).

Está claro, sin embargo, que 1) + 2) es sólo una reformulación de una de las normas presupuestas ( $H_2-C_1$ ), a saber, que la compra como hecho condicionante trae aparejada, como consecuencia jurídica, la posibilidad de obtener la entrega. La idea de que entre la compra y la posibilidad de obtener la entrega se ha «creado» algo, que puede ser llamado «propiedad», carece de sentido. Nada se crea por el hecho de que A y B cambien unas pocas frases interpretadas jurídicamente como «contrato de compraventa». Todo lo que ha ocurrido es que ahora el juez tomará este hecho en consideración y dictará sentencia en favor del comprador en una acción para obtener la entrega.

Lo que hemos descrito aquí es un ejemplo simple de reducción por la razón a un orden sistemático. Es por cierto tarea del pensamiento científico emprender este proceso de simplificación, pero la labor ha sido, en gran medida, anticipada por el pensamiento precientífico. Los conceptos fundamentales pertenecientes a la esfera de los derechos subjetivos —por ejemplo el concepto de propiedad— no han sido creados por los autores de derecho, sino heredados de ideas generalmente aceptadas. Aunque la mayoría de la gente sólo tiene ideas, muy confusas sobre cuáles son los hechos que «crean propiedad» y cuáles los «efectos» que son «consecuencias de la propiedad», en lo fundamental el concepto está construido tal como lo hubiera hecho el pensamiento científico. Conecta ciertos hechos específicos

(compra, herencia, etc.) y ciertas experiencias de «facultades» y «títulos» jurídicos y éticos.

La función del concepto de derecho subjetivo, según este esquema, puede ser clarificada en tres contextos.

1) En la presentación abstracta del derecho vigente, su función es claramente la descrita más arriba. La expresión «derecho subjetivo» no tiene referencia semántica alguna. Las frases en las que ella aparece pueden ser reescritas sin hacer uso de la expresión, indicando la conexión que en las directivas jurídicas hay entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas. Por ejemplo: la proposición «la propiedad se adquiere por prescripción de acuerdo con las siguientes reglas...» puede ser reformulada así: «La prescripción (de acuerdo con las reglas siguientes) es uno de los hechos que traen aparejada la totalidad de consecuencias establecidas más abajo en el capítulo sobre los efectos jurídicos de la propiedad».

2) La función del concepto en las argumentaciones de los abogados ante los tribunales y en los fundamentos de las decisiones, también puede ser explicada, sin dificultades, según el mismo esquema. Un abogado, por ejemplo, alegará que por un contrato celebrado en tal y tal día su cliente ha adquirido la propiedad de un automóvil, y que en virtud de ello el mismo puede pedir que se condene al vendedor a entregárselo. Aun aquí la propiedad intermedia puede ser omitida. El abogado en realidad sólo quiere sostener a) que se ha celebrado un contrato de compra válido; b) que este hecho implica, como consecuencia jurídica, que el juez debe dictar sentencia condenando a la entrega.

3) El concepto de derecho subjetivo se usa en enunciados que no parecen exponer reglas de derecho, sino describir puros hechos. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se expresa que A es propietario de un cierto bien; o cuando una reglamentación describe a la persona que está obligada a remover la nieve llamándola «el propietario del inmueble».

El significado de tales enunciados es, sin embargo, más complicado de lo que parece a primera vista. Para comprender esto, recordemos que es usual en la descripción de personas, cosas o situaciones, enunciar conjuntamente con cualidades puramente fácticas otras que están condicionadas por el derecho. En un pasaporte, por ejemplo, además de la edad del titular y del color de su cabello, se enuncian también su nacionalidad y su estado civil. ¿Qué es lo que se quiere decir al expresar que una persona es «casada»? El enunciado se refiere al

hecho de que la persona contrajo un matrimonio que no ha sido disuelto. Pero «contraer matrimonio» no es algo puramente fáctico. Tal como no hay ningún movimiento de un objeto en el espacio que sea en sí una movida de ajedrez, no hay ningún suceso de hecho fáctico que constituya *per se* la «celebración de un matrimonio». Ambos fenómenos—tal como se examinó en el párrafo III—sólo adquieren su significado específico cuando el suceso fáctico es interpretado en relación con una ideología vigente, las normas del ajedrez o las normas jurídicas. El enunciado de que una persona ha «celebrado matrimonio», incluye una afirmación sobre el derecho vigente, a saber, que el suceso aludido es «creador de matrimonio», que trae aparejado un cierto complejo de consecuencias jurídicas. Estas consecuencias, por lo común, no son totalmente conocidas por el lego, pero él sabe, por ejemplo, que entre ellas está que no puede contraer otro matrimonio mientras el primero siga en pie. El enunciado de que una persona es «casada» se refiere así a dos condiciones: por un lado, al suceso puramente fáctico de la celebración del matrimonio; por otro, a una condición jurídica: que este suceso, según el derecho vigente, acarrea efectos jurídicos específicos que la gente conoce, por lo común, sólo en forma muy vaga.

El uso en apariencia puramente descriptivo del concepto de derecho subjetivo, puede ser comprendido de una manera similar. El enunciado de que A es propietario de cierto objeto se refiere no sólo a la circunstancia puramente fáctica de que A ha comprado el objeto, o lo ha heredado, o lo ha adquirido por prescripción, etc., sino también a la circunstancia jurídica de que, según el derecho vigente, estos sucesos acarrearán consecuencias jurídicas específicas y, por lo tanto, se dice que «crean propiedad».

Podemos concluir, por lo tanto, que en todos los contextos que hemos considerado los enunciados referentes a derechos subjetivos cumplen la función de describir el derecho vigente o su aplicación a situaciones específicas concretas. Al mismo tiempo, sin embargo, hay que afirmar que el concepto de derecho subjetivo no tiene referencia semántica alguna. No designa fenómeno alguno de ningún tipo que esté insertado entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas; únicamente es un medio que hace posible—en forma más o menos precisa—representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas.

Suele emplearse la misma técnica de presentación sin la idea de un derecho subjetivo intermedio. En el derecho internacional, por ejemplo, una serie de reglas pueden expresar cuál es el área que, como territorio pertenece a cierto Estado. Decir que esta área tiene el carácter de «territorio» es per se sin sentido. Solo hay una expresión con sentido cuando este conjunto de reglas es relacionado con otro conjunto de reglas que expresan las consecuencias jurídicas que se imputan al hecho de que un área tiene el carácter de territorio. En este ejemplo sería también posible expresar las relaciones jurídicas sin usar el concepto interpolado («¿territorio»), aunque tal enunciado sería innegablemente muy complicado.

A veces el nexo intermedio no es un derecho subjetivo simple, sino una condición jurídica compleja de derechos y deberes. Así, cuando en el derecho de familia se distingue entre las condiciones para celebrar matrimonio y los efectos jurídicos del matrimonio; cuando en el derecho constitucional se distingue entre la adquisición de la nacionalidad y los efectos jurídicos de la nacionalidad; o en el derecho administrativo entre la creación del *status* de funcionario y sus efectos jurídicos. En estas situaciones y en situaciones semejantes es común hablar de la creación de un *status* (el *status* relativo al matrimonio, a la nacionalidad, a la calidad de funcionario).

Cualquiera sea la construcción, la realidad que se encuentra detrás de ella es, en todos los casos, la misma: una técnica que tiene gran importancia si hemos de alcanzar claridad y orden en una complicada serie de normas jurídicas.

### XXXVI Aplicación del concepto de derecho subjetivo en situaciones típicas

El concepto de derecho subjetivo es una herramienta en la técnica de presentación. Pero esto nada nos dice acerca de las situaciones en que se lo emplea. Como hemos visto, también se puede usar la misma técnica sin este concepto. Nuestra tarea, en consecuencia, debe ser clarificar las condiciones en presencia de las cuales se aplica el concepto de derecho subjetivo. No se trata de decidir cuándo «existe efectivamente» un derecho subjetivo; la expresión «derecho subjetivo» no designa ningún fenómeno que exista en ciertas condiciones específicas. Es perfectamente posible exponer el derecho vigente sin usar el concepto de derecho subjetivo para nada. Nuestra tarea, pues, sólo

puede consistir en mostrar qué es lo que caracteriza aquellas situaciones jurídicas en cuya presencia se usa hablar de derechos subjetivos. No puede ciertamente afirmarse que el uso común sigue un criterio definido. A pesar de ello, si el concepto ha de prestar alguna utilidad en el estudio del derecho, es esencial definir en forma más precisa su esfera de aplicación. En este apartado examinaremos la aplicación del concepto de derecho subjetivo en situaciones típicas.

a) El punto de partida de cualquier análisis debe ser que el concepto de derecho subjetivo es usado para designar aquel aspecto de una situación jurídica que es ventajoso para una persona. La misma situación jurídica que es ventajosa para A puede ser desventajosa para B o para otros. El concepto de derecho subjetivo significa así que la situación jurídica es contemplada desde la perspectiva de la persona a quien favorece.

Con frecuencia la palabra derecho es indiscriminadamente usada en expresiones del tipo de «tener derecho a» (en el sentido de serle a uno permitido algo), para indicar que una persona es libre de realizar un acto determinado. En tal uso la palabra simplemente quiere decir que este acto se encuentra fuera del derecho objetivo (par. XXXIII). Tal uso lingüístico no es conveniente. Como herramienta para el estudio del derecho el concepto de derecho subjetivo tiene que indicar un cierto contenido jurídico. Las libertades son aquí diferentes de las ventajas resultantes de regulaciones jurídicas. Las libertades, por lo tanto, están excluidas del concepto de derecho subjetivo.

b) Puesto que las libertades están excluidas, se sigue de allí que las ventajas para una persona determinada a qué se refiere el concepto de derecho subjetivo tienen que surgir como consecuencia de una regulación jurídica. Y dado que la regulación jurídica siempre tiene un efecto restrictivo, el derecho subjetivo es siempre el correlato de un deber,<sup>1</sup> esto es, una restricción al prójimo. Los deberes ajenos pueden significar una ventaja para A de dos maneras. Ya sea porque otra persona está obligada a una acción positiva beneficiosa para A, por ejemplo, a pagarle una suma de dinero o a cumplir algún trabajo para él

<sup>1</sup> El uso de la palabra "deber" en relación con esto es inadecuado, porque la desaprobación social implicada ideológicamente en la reacción jurídica contra una trasgresión (par. XXXIII) carece de importancia para la descripción de un derecho. Si se usa la palabra es simplemente porque no hay ninguna otra, libre de ideología, para expresar la misma cosa.

(derechos *in personam*), ya sea porque todas las personas, excepto A, están obligadas a abstenerse de realizar ciertos actos, por ejemplo, el uso y goce de un objeto (derechos *in rem*). En el último caso la libertad de A se convierte en un privilegio. A tiene asegurada una esfera de acción que le está reservada. La propiedad es el ejemplo típico. La propiedad incluye un privilegio para el propietario, un señorío reservado, porque se encuentra en libertad de usar y gozar del objeto, mientras que, al mismo tiempo, los otros están excluidos.

Sin embargo, las situaciones favorables como contrapartidas de un deber no siempre son consideradas como derechos subjetivos. Si B, por ejemplo, ha prometido a A pagar una suma a C, bajo condiciones tales que sólo A puede exigirle el pago, como correlato del deber de B surge una ventaja para C. Pese a ello no se diría que se ha creado un derecho en favor de C.

c) El concepto de derecho subjetivo presupone, pues, que el titular del derecho tiene también una facultad respecto de la persona obligada, esto es, que está abierta para él la posibilidad de hacer valer su derecho iniciando una demanda. Se presupone al mismo tiempo que ninguna otra persona puede iniciar procedimientos. La potestad del propietario de iniciar juicio es tan exclusiva como su uso y goce del objeto.

En otras palabras, el titular de un derecho tiene una potestad absoluta de conservar —o abandonar— su posición ventajosa de goce pasivo. Esta potestad, por supuesto, no consiste en ninguna fuerza mística conferida por el orden jurídico al sujeto del derecho; significa simplemente que la maquinaria jurídica es puesta en movimiento de acuerdo con la voluntad de aquél. Es como si el titular del derecho, al iniciar un juicio, apretara un botón que pone en marcha esa maquinaria.

d) Según el uso lingüístico jurídico habitual, el concepto de derecho subjetivo se emplea indudablemente en una cantidad de situaciones que combinan las características descritas en a) - c). Pero los casos más típicos, tales como los bien desarrollados derechos del propietario, están caracterizados, además, por una potestad exclusiva (competencia) para disponer del derecho; ello significa que sólo el propietario tiene la potestad, mediante declaraciones dispositivas (en particular, mediante declaración de transferencia y testamento), de provocar el efecto jurídico de que otra persona, indicada en la declaración, lo suceda en el derecho.

e) En resumen, podemos decir que el concepto de derecho subjetivo se usa únicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses. El concepto de derecho subjetivo indica la autoafirmación autónoma del individuo.

Esto, por supuesto, no significa un individualismo desenfrenado y no es la antítesis del carácter social de todo orden jurídico. Sólo significa que precisamente por consideraciones que hacen al bienestar de la comunidad, se considera deseable —por supuesto dentro de ciertos límites— acordar al individuo la posibilidad de libertad de acción. Hoy ha llegado a ser un eslogan decir que la propiedad es una función social. Hay algo de verdad en ello, porque la libertad de acción del propietario está en nuestros días mucho más circunscrita por regulaciones sociales que bajo el régimen de individualismo extremo imperante en el siglo XIX. Pero la frase oculta el hecho de que la propiedad, aun con su contenido restringido, sirve todavía a la autonomía del individuo. La autonomía restringida sigue siendo autonomía y no una función social.

Es necesario subrayar esto porque el concepto de derecho subjetivo no debería incluir libertades ni potestades para la protección de intereses sociales. En la vida de una comunidad es frecuente que algunas personas reciban una libertad de acción y potestad privilegiadas para la protección de los intereses de otros o de intereses comunes. En la familia, por ejemplo, los padres tienen libertad para castigar a sus hijos menores y potestad para dirigir sus actos. En la vida pública, en un grado aún mayor, diversas personas tienen libertad de acción y potestad especiales para hacer disposiciones obligatorias respecto de otras. Pero en estos casos y en casos similares las libertades y potestades no son conferidas a aquellas personas para la protección autónoma de sus propios intereses, sino como una función social. Que tales libertades y potestades son conferidas como una función social, y no en interés de la autonomía del titular, significa algo más que una pretensión moral. Significa también que tales libertades y potestades están jurídicamente limitadas y que el espíritu con que son ejercidas está sometido a control (autoridades de vigilancia, reglas referentes al abuso del poder, etc.). Los casos de este tipo deben ser excluidos por lo tanto, del concepto de derecho subjetivo. El uso lingüístico corriente es vago, pero hay, sin embargo, una tendencia definida a hablar, en tales situaciones, de «autoridad» o «potestad» (autoridad pública, patria potestad), y no de

«derecho subjetivo». En homenaje a la claridad debemos adherir a esta distinción terminológica<sup>2</sup>.

### XXXVII. Aplicación del concepto del derecho subjetivo a situaciones atípicas

Como hemos visto, el concepto de derecho subjetivo no es más que una herramienta en la técnica de presentación. Sin embargo, usualmente hablamos como si un derecho subjetivo fuese algo que se interpone entre los hechos y las consecuencias jurídicas; algo que es «creado» y que a su vez causa consecuencias diversas. La compraventa, se dice, crea el derecho de propiedad en favor del comprador, y el derecho de propiedad tiene por efecto que el comprador puede reclamar la entrega.

Mientras seamos conscientes de la verdadera naturaleza del concepto de derecho subjetivo, el uso lingüístico no causa perjuicios. En caso contrario puede ser engañoso. Si el uso lingüístico nos lleva a creer que «el derecho subjetivo mismo» es distinto de sus «efectos», tendremos entonces un ejemplo típico de lo que en lógica se llama «hipóstasis», esto es, una manera de pensar con arreglo a la cual «detrás» de ciertas correlaciones funcionales se inserta una nueva realidad como «soporte» o causa de esas correlaciones. Este poder del lenguaje sobre el pensamiento se origina posiblemente en ideas mágicas primitivas<sup>3</sup>.

Tal como veo las cosas, ha habido una fuerte tendencia en el pensamiento de los legos y de los juristas a concebir el derecho subjetivo como una sustancia. Difícilmente alguien de nosotros puede rechazar por completo la idea de asociar al concepto de derecho subjetivo nociones más o menos indefinibles de fuerza sobrenatural, una especie de poder interno e invisible sobre el objeto del derecho subjetivo, o una cualidad de la voluntad que le da «validez» y poder en relación con las voluntades opuestas de otras personas. Si bien no se confunde con ellas, este poder se manifiesta en las medidas de compulsión

<sup>2</sup> La teoría jurídica francesa usa a veces la terminología *droits à fin égoïste* y *droits-fonction*. Véase, por ejemplo, Jean Dabin, *Le droit subjectif*, 1952, 217.

<sup>3</sup> En su libro *Der römische Obligationsbegriff*, 1927, Axel Hägerström ha citado argumentos de peso en apoyo del origen mágico de las concepciones jurídicas romanas. Las modernas investigaciones en el campo de la sociología y de la historia apuntan en la misma dirección. Véase Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. IX, 2-5.

—sentencia y ejecución— mediante las cuales se realiza el control fáctico y visible que pertenece al titular del derecho.

Aun entre los niños se observa la tendencia a hipostasiar. El niño aprende rápidamente que él «es dueño» de ciertas cosas que llama «suyas», y advierte que ciertas ventajas prácticas están asociadas con esta propiedad. Pero, al mismo tiempo, el «ser dueño», en sí mismo, interesa al niño tanto como las ventajas prácticas, y ese «ser dueño» es concebido por él como cosa distinta de estas últimas. Hasta que mis hijos alcanzaron la edad de diez años yo pude, para nuestro beneficio mutuo, llegar a un arreglo con ellos en virtud del cual mis hijos «tenían» ciertas flores del jardín, al par que yo me reservaba el control completo de lo que podía hacerse con ellas.

Aun cuando el adulto aprende mejor a comprender la función real de la propiedad y no puede ser engañado de igual manera con una palabra, persiste, sin embargo, una indudable tendencia a considerar a un derecho subjetivo como una realidad independiente distinta de las funciones que cumple. Esta tendencia está difundida incluso en el pensamiento profesional. Ideas metafísicas ocultas se ponen de manifiesto en seudoproblemas, ficciones y engaños, que pueden tener una influencia desdichada en el tratamiento de las cuestiones jurídicas prácticas.

La concepción metafísica del derecho como una fuerza espiritual está caracterizada por dos tesis: a) que un derecho subjetivo es siempre una entidad simple e indivisa que tiene que existir en un sujeto específico; y b) que este sujeto tiene que ser un ser humano o una organización de seres humanos. Ambas tesis pueden conducir a error.

a) la idea de que el derecho subjetivo es una entidad simple e indivisa que tiene que existir en un sujeto específico, no es perjudicial en las situaciones típicas descritas en el párrafo precedente. En estos casos las diversas funciones que constituyen la situación jurídica apuntan todas al mismo sujeto. Normalmente es la misma persona 1) aquella en cuyo beneficio está restringida la libertad de acción de otra persona; 2) aquella que puede hacer valer el derecho iniciando procedimientos; y 3) aquella que tiene la potestad de disponer del derecho. La misma persona es sujeto del interés, sujeto de los procedimientos y sujeto de la disposición. En consecuencia no crea problemas pensar en estas diferentes funciones como efectos del «derecho subjetivo mismo», en tanto que entidad que encontramos en este sujeto general.

Las cosas son totalmente distintas, sin embargo, cuando las diversas funciones no se relacionan con el mismo sujeto<sup>4</sup>. Esto ocurre con mucha frecuencia. La entidad tal como se la concibe en el concepto sustancialista del derecho subjetivo no aparece aquí por ninguna parte, y la idea tiene que conducir forzosamente a falsos problemas y ficciones.

Por ejemplo, el menor de edad es beneficiario (sujeto del interés), el fideicomisario (*trustee*), sujeto de la administración (sujeto de los procedimientos y de la disposición). Sin embargo, se acostumbra a considerar que el «derecho» pertenece al menor, esto es, al beneficiario. Por otra parte, en los contratos en favor (de terceros exigibles por la persona frente a quien se ha contraído la obligación, esta última, que es el sujeto de la administración, es considerada como titular del «derecho»). La distinta interpretación parece estar condicionada por la potestad atribuida al sujeto de la administración. Mientras que en el caso de los contratos en favor de terceros la persona frente a quien se ha contraído la obligación puede ejercer su potestad de iniciar procedimientos y de disposición como le plazca, en su propio interés, en el caso del menor de edad, la potestad del fideicomisario es una autoridad que él ejerce sometido a control, en interés de aquél.

En otros casos la división entre el interés del beneficiario y la administración activa es aún más pronunciada. Los estatutos de las *corporations* y fundaciones pueden establecer reglas respecto (de cómo ha de componerse el cuerpo de administración y cómo han de seleccionarse los sujetos beneficiarios. De conformidad con estas reglas, los miembros individuales de cada grupo cambiarán de tanto en tanto. En tales situaciones la idea del derecho subjetivo como una sustancia que incluye una diversidad de funciones y que pertenece a un sujeto específico, es completamente inadecuada. ¿Quién es el dueño de la Fundación Rockefeller, de las canchas de tenis del Chicago Games Club, o de

<sup>4</sup> Entiendo que el primero en destacar el hecho de que las diferentes funciones dentro de un derecho (goce y administración) podían ser separadas y distribuidas entre manos diferentes, fue Bekker, "Zur Lehre von Rechtssubjekt". *Jahrbücher für die Dogmatik*. XII, 1873. Más tarde, René Demogue, en *Notions Fondamentales*, 1911, 325 y ss., desarrolló la idea. La exposición que incluyo aquí está inspirada, en particular, por este último autor. La misma idea es destacada por Alexander Nékám, *The Personality Concept of the Legal Entity*, 1938, 21 y ss., quien, sin embargo, reserva la expresión "sujeto de un derecho" para la parte interesada y llama a la parte que administra la "administradora de un derecho". Los tres autores se oponen también agudamente al dogma de que sólo los seres humanos pueden ocupar la posición de sujeto de derechos.

la Institución en favor de las Viudas de Maestros Ladrilleros de Middletown? Nadie es «dueño» de esto en el mismo sentido en que yo soy dueño de una casa. Para preservar la concepción sustancialista es menester recurrir a construcciones. En el derecho de Europa continental es usual imaginar un sujeto simple, indiviso, donde no existe. La llamada persona jurídica<sup>5</sup> es introducida como sujeto del derecho. En el derecho inglés la noción de *trust* se usa con frecuencia en casos similares<sup>6</sup>. Se atribuye propiedad tanto al *trustee* (el sujeto que controla) como al *cestui que trust* (el sujeto beneficiario), al primero propiedad jurídica y al segundo propiedad de acuerdo con las reglas de *equity*. Esta propiedad doble se acerca más a la verdad porque indica que cada parte puede, en cierto sentido, ser considerada como sujeto del derecho. Pero, en lugar de hablar de propiedad doble, sería más exacto decir que no existe propiedad en el sentido típico; aquellas funciones que concebimos como combinadas en el propietario típico, están en este caso divididas entre personas diferentes, ninguna de las cuales, por lo tanto, ocupa la posición de un propietario típico.

Se presentan otras situaciones atípicas cuando el sujeto del derecho es remplazado en su posición. El ejemplo típico es la transferencia de propiedad. Cuando A transfiere un objeto a B, surge el problema de saber en qué momento B adquiere la posición jurídica de propietario frente a los demás. Esta «relación con los demás» puede ser dividida en un número de relaciones del sucesor con diversos grupos de terceros. No es necesario que el mismo hecho sea decisivo respecto de la posición jurídica de B en estas relaciones diversas. Por razones prácticas puede ser preferible que sean varios los hechos decisivos.

<sup>5</sup> Hay una abundante literatura que se ocupa del problema de si la persona jurídica es una realidad, esto es, un organismo natural dotado de voluntad propia, una entidad viviente distinta de los individuos que participan en la vida de la colectividad; o si no es más que una ficción de que se vale el legislador cuando, guiado por consideraciones prácticas, desea tratar a una colectividad como si fuera un sujeto individual de derecho. Aun cuando este problema pueda tener algún significado cuando se lo aborda dentro del marco de la sociología, lo cierto es que implica un falso problema de metafísica desde el punto de vista del análisis jurídico. Para este último, el hecho decisivo es que las situaciones jurídicas que están aquí en consideración no son análogas a la situación individual típica de los derechos subjetivos, sino que se hallan estructuradas de un modo diferente. No se puede "tratar a una colectividad como a un sujeto individual de derecho". En tales situaciones simplemente no hay un sujeto general, y toda discusión acerca de la naturaleza de tal sujeto no conduce a nada. Una vez que se ha admitido esto nada impide, por supuesto, que se continúe usando la terminología firmemente establecida y que se siga hablando de personas jurídicas en tanto que sujetos de derecho.

<sup>6</sup> Existe una transición gradual entre los casos que utilizan la noción de *trust* y aquellos que usan la noción de *persona jurídica*. Véase Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. VIII. 6 a.

Tanto el análisis científico-jurídico como el político-jurídico tienen, pues, que ser análisis de relaciones. Si se clarifican las posiciones jurídicas en las diversas relaciones, entonces el problema de cuándo pasa el derecho de propiedad de A a B es sólo un problema terminológico sin contenido real.

Mientras que en la doctrina escandinava el problema es tratado de acuerdo con tales puntos de vista funcionales y relativos, en otros sistemas jurídicos el problema está todavía, en forma predominante, coloreado por las presuposiciones metafísicas del concepto sustancialista de derecho subjetivo. En estos sistemas jurídicos la transferencia del derecho de propiedad es considerada como un fenómeno con sustancia propia, del que emanan diversos efectos jurídicos. De allí resulta: primero, que la transferencia es considerada como un fenómeno que ocurre directamente ente las partes y del que se derivan, como consecuencia, las relaciones con terceros; y segundo, que la transferencia es considerada como absoluta, esto es, como que tiene efecto contra todos los terceros, por virtud del mismo hecho. De tal modo queda excluido todo examen relativista de la transferencia de la propiedad.

b) El concepto metafísico del derecho subjetivo como una fuerza moral y espiritual conduce al postulado dogmático de que sólo los seres humanos (y las personas jurídicas) pueden ser sujetos de derecho<sup>7</sup>.

No cabe duda, por supuesto, de que sólo los seres humanos pueden funcionar como sujetos de procedimientos o de disposición. Por otra parte, nada obliga a que los intereses reconocidos por las normas jurídicas como protegidos por un derecho subjetivo, sean exclusivamente intereses humanos.

Así, con frecuencia se reconoce que pueden dejarse legados en beneficio de animales, legados que son administrados de acuerdo con reglas idénticas a las que gobiernan los legados en beneficio de seres humanos. No se puede negar, por lo tanto, que, en este caso, el animal es el beneficiario, y de acuerdo con el uso lingüístico común (parágrafo XXXVII), el titular del «derecho subjetivo». Se incurre en un conceptualismo no realista y dogmático cuando se

<sup>7</sup> Este dogma, considerado por la mayoría como una verdad auto-evidente, se deriva, en apariencia, de una idea moral y metafísica del ser humano como centro del universo y fin de todas las cosas. A menudo se combina con la afirmación dogmática, igualmente insostenible, de que todo ser humano es sujeto de derecho. Véase, por ejemplo, Jean Dabin, *Le droit subjectif*, 1952, 118. Para la crítica del dogma, véase los autores mencionados en la nota 4.

interpreta el goce del legado por parte del animal como mero reflejo de un derecho del administrador limitado por un cargo en beneficio de aquél, y se extraen de allí conclusiones acerca de la situación jurídica en sus diversos aspectos, por ejemplo, en caso de falencia del administrador, o con relación a los impuestos<sup>8</sup>.

Lo mismo puede decirse cuando se reconoce que los legados pueden ser establecidos para la promoción de un propósito objetivo específico, por ejemplo, la conservación de un monumento. Una cosa es que la potestad para establecer tales legados —como la potestad para establecer otro tipo de legados— sea otorgada al testador para que pueda proteger sus propios intereses. Pero algo totalmente distinto es que en la situación jurídica establecida como resultado del legado—en contraposición con lo que ocurre con legados de otro tipo—no se puede señalar ningún beneficiario. Puede decirse, si así uno lo prefiere, que en estos casos el propósito objetivo desempeña el papel de beneficiario, y se puede caracterizar a la propiedad como una «propiedad consagrada a un propósito particular». (*Zweckvermögen*).

### XXXVIII. La estructura de un derecho subjetivo

El concepto de derecho subjetivo es usado en la descripción de una situación jurídica. El concepto contiene los siguientes elementos, que constituyen la estructura de un derecho subjetivo.

a) *El sujeto del derecho*. Tal como vimos en los dos párrafos precedentes, es menester distinguir con respecto a la posición del sujeto en relaciones diversas, en particular la del sujeto del interés, de los procedimientos y de la disposición. En las situaciones típicas estos sujetos coinciden en un sujeto general simple. En situaciones atípicas están separados.

b) *El contenido del derecho*. En sentido más amplio el contenido del derecho subjetivo incluye tanto la facultad que el poseedor del derecho tiene contra otros, como su potestad para hacer valer esta facultad mediante la iniciación de procedimientos, y la potestad para disponer del derecho. Dado que, sin embargo,

<sup>8</sup> Respecto de las penas por crueldad hacia los animales y la frecuente desinterpretación de estas reglas, véase Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. VIII, 6 b.

la potestad para iniciar procedimientos, y la potestad de disposición son accesorios de la facultad principal (y por lo tanto elementos constantes que aparecen en los diferentes derechos subjetivos), es preferible restringir la idea del contenido a la facultad específica en virtud de la cual un derecho se distingue de otro.

El contenido específico de un derecho subjetivo es, pues, la restricción de la libertad de acción de otra persona o la correlativa facultad del titular del derecho. El contenido del derecho *in personam* es, pues, el deber de cumplir del deudor, o la facultad del acreedor respecto del cumplimiento. El contenido del derecho de propiedad es la facultad del propietario de que otros se abstengan de perturbar su uso y goce de una determinada cosa. En el campo de los derechos *in rem* la expresión «contenido (específico) de un derecho» se usa también, con menos precisión, para designar la libertad de acción privilegiada del titular del derecho, que es el resultado económico fáctico al que apunta su facultad jurídica. Decimos, por ejemplo, que el contenido del derecho de propiedad consiste en la libertad del propietario de usar y gozar del objeto como considere adecuado (dentro de ciertos límites).

c) *El objeto del derecho subjetivo*. La determinación plena del contenido de un derecho *in rem* concreto incluye también el objeto físico en relación con el cual el titular del derecho tiene una facultad de goce exclusiva. Este objeto físico es llamado el objeto del derecho subjetivo. Cuando un cierto tipo de derecho subjetivo, tal como la propiedad o una servidumbre, es considerado en forma abstracta, el contenido del derecho se define con abstracción del objeto.

La noción de objeto del derecho subjetivo difícilmente se aplica a los derechos *in personal*

d) *La protección del derecho subjetivo*. Puesto que una facultad equivale, en cuanto a su función jurídica, a la posibilidad de obtener sentencia contra la persona obligada, la protección procesal (o estática) de un derecho no es más que otro aspecto del contenido del mismo. Una facultad no es nada sin la tutela del aparato jurídico. Al propio tiempo, la misma facultad puede recibir protección mediante diferentes reacciones jurídicas (aplicación de una pena, condena a realizar el acto debido, restitución, daños y perjuicios). En consecuencia, en abstracto puede hacerse una distinción entre el contenido de un derecho y su protección procesal.

Distinta de la protección procesal o —como prefiero llamarla— estática de un derecho, es su protección dinámica. Ésta se refiere a los problemas jurídicos que sólo surgen cuando el derecho es transferido o cuando tiene lugar otra forma de sucesión. Esto es, se refiere a la dinámica de los derechos subjetivos. Pero hay que aclarar qué es exactamente lo que quiere decir aquí «protección».

Cuando A ha vendido un objeto a B, entonces —en una consideración aislada de hechos y reglas jurídicas— se da la condición para que B suceda a A en la posición del último. Pero si A ha vendido también el objeto a C, o si D, acreedor de A, ejecuta el bien, existen —similarmente en una consideración aislada de hechos y otras reglas jurídicas— las condiciones para que C y D sucedan a A en su posición. En tales situaciones hablamos de colisión de derechos. Esta expresión, empero, es engañosa, porque es obvio que B y C (D) no pueden ser a la vez titulares del derecho subjetivo, y, por lo tanto, no puede haber colisión de derechos. El orden jurídico tiene que contener reglas adicionales para compaginar los dos puntos de vista aislados, de modo tal que B o C (D) sea el titular del derecho al objeto. La situación, por lo tanto, no presenta en realidad una colisión de derechos, sino una colisión de reglas aisladas de sucesión. Desde un punto de vista más amplio no hay colisión: B o C (D) es el único titular.

En estas situaciones, pues, el problema de la protección nace del hecho de que las reglas del orden jurídico están formuladas en grupos que en forma aislada regulan la transmisión de derechos. Estos conjuntos aislados presuponen reglas suplementarias e integradoras que gobiernan la «colisión entre derechos». Estas reglas suplementarias definen la protección dinámica del sucesor del derecho.

Se hará claro ahora que existe una importante diferencia entre la protección estática y la protección dinámica.

La protección estática se refiere a las sanciones que pueden ser aplicadas en caso de violación del derecho subjetivo. Estas sanciones pueden ser más o menos efectivas según cuáles sean las condiciones para el castigo de la trasgresión, la magnitud de la pena y las condiciones para que el titular del derecho pueda obtener restitución o daños y perjuicios. Mientras más efectivas sean las sanciones, mayor será la protección del derecho subjetivo, esto es, mayor la probabilidad de que el titular del mismo obtenga realmente el goce

económico pacífico que el orden jurídico desea proporcionarle. Claro está que este tipo de protección no puede nunca ser absoluto.

La protección dinámica, por otra parte, nada tiene que ver con sanciones. Las reglas de la protección dinámica regulan la competencia entre diversos sucesores en conflicto, cada uno de los cuales tiene por sí mismo una expectativa legítima de sucesión. La protección dinámica, pues, no es protección de una posición jurídica existente, sino de la expectativa de un sucesor de ser colocado en una posición jurídica. Esta protección, según las circunstancias, puede ser absoluta, porque el orden jurídico, bajo ciertas condiciones, hace indiscutible la posición jurídica que resulta de una sucesión.

Se sigue de aquí que la protección estática se refiere a la relación entre el derecho sustantivo y los procedimientos jurídicos, mientras que la protección dinámica se refiere a problemas internos del derecho sustantivo.

Es un viejo problema el de saber si hay una conexión natural o necesaria entre el contenido de un derecho y su protección dinámica. Este problema será examinado en el capítulo próximo.

e) Los elementos estructurales indicados en los apartados a) a d) constituyen el fundamento para la división de los derechos subjetivos en varios tipos. Es particularmente importante la división fundada en el contenido. No podemos examinar aquí la sistematización de los derechos; en el próximo capítulo nos ocuparemos únicamente de una importante clasificación.

### XXXIX. Discusión

En obras del autor francés León Duguit<sup>9</sup> y del autor sueco A. Y. Lundstedt<sup>10</sup> se encuentran discusiones críticas del concepto de derecho subjetivo que guardan relación con los puntos de vista expuestos en el presente libro. También dichos autores denuncian las ideas metafísicas tradicionales envueltas en el concepto de derecho subjetivo: ellos insisten en que cualquier idea que vea en el derecho subjetivo una sustancia, una fuerza espiritual creada por ciertos hechos, carece de sentido; y que la única realidad demostrable en las llamadas

<sup>9</sup> Véase especialmente *Traité de droit constitutionnel*, I, 3a. ed. 1927. Confróntese Jean Dabin, *Le droit subjectif*, 1925, 5 y ss.

<sup>10</sup> Véase *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, 1932, I, 35 y ss.

situaciones de derecho subjetivo consiste en la función de la maquinaria jurídica. Dadas ciertas condiciones, una persona puede, con arreglo al derecho vigente, iniciar procedimientos y, de esa manera, poner en movimiento la maquinaria jurídica, de lo que resulta que el poder público es ejercido en su beneficio. Puede obtener sentencia y ejecución compulsiva, creando para sí una posición ventajosa, una posibilidad de acción un beneficio económico. Y esto es todo<sup>11</sup>.

Hasta aquí es fácil estar de acuerdo con estos autores. Pero a partir de ese punto, en lugar de proseguir preguntándose qué es lo característico de las situaciones llamadas de «derecho subjetivo», y cómo este concepto puede ser analizado y usado como herramienta para la descripción de aquellas situaciones —tal como intentamos en las páginas precedentes— Duguit y Lundstedt dan a su descripción crítica un giro peculiar: sostienen que los derechos no existen.

El argumento de Duguit para «probar» la no existencia de derechos subjetivos es simple. Postula en primer término que la expresión «derecho subjetivo» sólo puede significar un poder inherente en una voluntad individual para afirmarse frente a otras voluntades, esto es, una inherente supremacía de una voluntad respecto de otras. Luego afirma que no hay en las voluntades tales diferencias inmanentes. En consecuencia, concluye, ¡no hay derechos subjetivos!

Es claro que este razonamiento descansa sobre la idea ingenua de que una palabra tiene un significado inmanente que no puede ser alterado. La «prueba» es producida por Duguit postulando primero que la expresión «derecho subjetivo» sólo puede significar algo carente de significado, y proclamado después ¡que este algo carente de significado no existe!

También Lundstedt cree en el significado inmanente de las palabras. Sostiene que los derechos no existen en sentido conceptual, pero admite, sin embargo, que hay ciertas realidades tras el concepto, y no ve razones para no usar, en homenaje a la brevedad, la expresión «derecho subjetivo» como una mera

<sup>11</sup> Antes de Duguit y Lundstedt, Bentham emprendió un estudio crítico siguiendo líneas similares a las seguidas por aquellos. Véase, por ejemplo *Works*, publicadas por John Bowring, 1843, I, 248, 358, 361; y II, 497 y ss. y particularmente *The Limits of Jurisprudence Defined* (publicado por primera vez en 1945) 57 y ss.

designación de estas realidades<sup>12</sup>. se podría pensar que Lundstedt procura lanzar un nuevo concepto de derecho subjetivo definido por estas realidades. Pero, aunque la expresión pudiera ser concebiblemente usada como designación de ciertas realidades, éstas no pueden, desde el punto de vista lógico, ser clasificadas bajo el concepto de derecho subjetivo, ¡lo que significa necesariamente que no hay derechos subjetivos!

Al margen de este ingenuo misticismo de las palabras, las ideas de Duguit y de Lundstedt adolecen de confusión entre el punto de vista jurídico y el sociológico. La ventaja económica, la posibilidad fáctica de acción (la «posición protegida» de que hablan estos autores) son, obviamente, la consecuencia práctica de una situación jurídica, no esta situación misma. Pero como concepto jurídico, el concepto de derecho subjetivo tiene que ser analizado como un instrumento para la descripción de un contenido jurídico. Estos autores no ofrecen un análisis desde este punto de vista. Ninguno de los dos advierte el valor del concepto como herramienta de presentación, ni las diversas relaciones jurídicas que pueden ser distinguidas en una situación de derecho subjetivo. Es paradójico que quienes denuncian con tanto ardor las ideas metafísicas encerradas en el concepto de derecho subjetivo, acepten sin un examen crítico la noción del derecho subjetivo como una entidad simple e indivisa, noción que es la concreción más tangible de la metafísica que se declara proscrita.

Los pioneros de un análisis más profundo del concepto de derecho subjetivo no han sido tanto Duguit y Lundstedt, que niegan la existencia de derechos subjetivos, sino más bien Demogue, Nékám y Bekker,<sup>13</sup> que han visto que aquel concepto engloba funciones distintas y mutuamente independientes; en particular, las de goce y las de administración.

La discusión tradicional del concepto de derecho subjetivo se ha movido en un plano que —si el punto de vista sostenido aquí es correcto— tiene que ser rechazado por falta de realismo. Se ha considerado que lo más importante era determinar la «esencia» del derecho subjetivo. Por un lado, está la teoría de Ihering, según la cual la esencia de un derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido. En oposición a ella se encuentra la teoría de Windscheid, que sostiene que la esencia del derecho subjetivo es un poder o supremacía de la

voluntad<sup>14</sup>. El debate entre estas dos teorías parece ser interminable. En contra de la teoría del interés se afirma que, en algunas situaciones, el interés está separado del derecho subjetivo, por ejemplo, cuando la propiedad se halla limitada por cargas en beneficio de otros, o en los casos de contratos celebrados en favor de un tercero pero que sólo pueden ser exigibles por el co-contratante. La teoría de Ihering hace difícil distinguir entre el derecho subjetivo mismo y sus efectos reflejos en beneficio de otros. En contra de la teoría de la voluntad, por otra parte, se afirma que las personas que carecen de voluntad o de voluntad racional (como las personas por nacer, los niños y los dementes) pueden, sin embargo, ser sujetos de derecho. Muchos autores posteriores han considerado que la esencia del derecho subjetivo es una combinación de interés y voluntad<sup>15</sup>.

Esta discusión no lleva a ninguna parte. Si es correcto decir que al concepto de derecho subjetivo no corresponde en modo alguno una realidad que aparezca entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas, no tiene sentido discutir si el derecho subjetivo, en su esencia, es interés, voluntad o alguna tercera cosa. Tras las diversas ideas de una esencia sustancial se ocultan diferentes puntos en la situación típica de derecho subjetivo: la ventaja fáctica determinada por la restricción de la libertad ajena, la potestad de iniciar procedimientos y la competencia de disposición. Las dificultades con que tiene que luchar cada una de las teorías, nacen del hecho de que las funciones, que están integradas en las situaciones típicas, se dan divididas entre sujetos diferentes en las situaciones atípicas.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, 119.

<sup>13</sup> Véase parágrafo XXXVII, nota 4.

<sup>14</sup> La teoría de Ihering es formulada en su *Geist des römischen Rechts*, III y IV, con variantes según las distintas ediciones de la obra. La doctrina de Windscheid es desarrollada en su *Pandektenrecht*, I, también con variantes según las distintas ediciones de la obra. Véase, además, Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. VII, 3 y Jean Dabin, *Le droit subjectif*, 1952, 56 y ss.

<sup>15</sup> Véase Alf Ross, *Op. cit.* 168-169 y Jean Dabin, *Le droit subjectif*, 1952, 72 y ss.

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

**COLECCIÓN: CRÍTICA DEL DERECHO**

*SECCIÓN: ARTE DEL DERECHO*

*Director de la colección:*

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

**69**

© J. Dabin

Editorial COMARES

POLÍGONO JUNCARIL, PARCELA 208

TFNO. 958 46 53 82 • 18220 ALBOLOTE (GRANADA)

[HTTP://WWW.COMARES.COM](http://www.comares.com)

ISBN: 84-9836-045-5 • DEPÓSITO LEGAL: GR. 493-2006

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: COMARES, S.L.

# EL DERECHO SUBJETIVO

POR

J. DABIN

*Catedrático de la Universidad de Lovaina*

TRADUCCIÓN DE

Francisco Javier Osset

EDICIÓN AL CUIDADO DE

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de la Universidad de Granada*

**GRANADA**

EDITORIAL COMARES, S.L.

**2006**

### SECCIÓN III - DERECHOS CON FIN EGOISTA Y DERECHOS-FUNCIÓN

#### 1. ¿Fin individual, o «función social» de los derechos?

La mayor parte de los derechos subjetivos están dados en interés de su titular, como otros tantos medios que permiten a éste satisfacer sus necesidades, materiales y espirituales. Esto es así no sólo en los derechos de la personalidad, en que los valores protegidos —vida, integridad del cuerpo, libertades diversas...— inherentes al ser mismo del sujeto tienen esencialmente por término la conservación, el desarrollo y la expansión de su personalidad, sino también en los derechos sobre las cosas exteriores, corporales e incorpóreas, y en los derechos de crédito (al menos entendidos en sentido técnico, cuando el crédito tiene por objeto prestaciones pecuniarias de cosas o de servicios)<sup>198</sup>: el fin de estos diversos derechos o, más exactamente, de los valores protegidos por esos derechos, es en efecto siempre servir a bien de su titular, el cual es su legítimo destinatario o beneficiario<sup>199</sup>. En el mismo sucede, en el caso de las agrupaciones con fin interesado (incluido el Estado), con el derecho de los asociados a la distribución de las ventajas o beneficios resultantes de la actividad social: este derecho privado cooperativo, este derecho subjetivo público, están dados para el provecho de los miembros.

Sólo accidentalmente, en virtud de una disposición especial de la ley, o de la voluntad de los particulares sancionada por la ley, los frutos de los valores protegidos (ya que no los mismos valores) deben ser aplicados categoricamente, en todo o en parte, al bien de otro: así es en el caso de propiedad o de derechos gravados en beneficio de una o de varias personas determinadas, o de un grupo de personas indeterminadas; o también en el caso de los subsidios familiares, cuyo acreedor es, dígame lo que se quiera, el cabeza de familia, aunque deben quedar afectados al mantenimiento de la familia. Pero aparte de estas hipótesis excepcionales, es exacto que...

<sup>198</sup> Sobre esta distinción, ver antes, pág. 210.

<sup>199</sup> Ver en este sentido, ROUAST: «Los derechos discretivos y los derechos...», n.º 9, en la *Rev. trim. de droit civil*, 1944, pág. 5-6 (confr. n.º 11, pág. 7 y 8). También *Le déclin du droit*, n.º 62, pág. 196.

modo normal, aunque no necesario, el titular del derecho está facultado para utilizar en su propio beneficio los valores que se reconoce le pertenecen: el goce (*Genuss*) sigue a la pertenencia. Tal es la función normal de los derechos subjetivos: servir a su titular.

Por lo demás, sólo se habla de la *libertad* del sujeto para obrar así, y sólo en el plano *jurídico*. Porque si, según la regla de derecho, el sujeto tiene completa libertad para retener para sí el beneficio de sus derechos, nada le impide hacer que se aprovechen otros de ellos, directa o indirectamente, mediante un uso liberal, «altruista» de sus derechos. La misma moral puede exigirle hacerla así: moralmente el individuo no tiene derecho a vivir replegado en sí mismo, tanto más cuanto que despojándose de su egoísmo, al abrirse a los demás por el don de su persona y de sus bienes, se enriquece personalmente el individuo. Es ésta una consecuencia de la naturaleza social del hombre. Siempre resulta que, en tanto que la regla de derecho no haya intervenido para ordenar ese darse y determinar el beneficio de ese don, el titular tiene la elección entre el servicio de su propio interés y el servicio del interés ajeno, sin olvidar, claro es, que, en buena razón, la caridad bien ordenada comienza por uno mismo. Pero en el caso de que eligiera el servicio de otro, no haría otra cosa, jurídicamente, que disponer como dueño de su bien, del modo que le parece bueno<sup>200</sup>.

A esta concepción se opone, al menos en apariencia, la tesis según la cual todos los derechos denominados subjetivos serían «funciones sociales»<sup>201</sup>. Esa tesis haría llegar a la conclusión de que sus titulares deberían usarlos en interés de la sociedad y no en su propio interés. Pero acaso se quiera significar simplemente que el bien de la sociedad postularía la existencia de derechos subjetivos, y que al usar de ellos en interés propio, como a ello les invita la ley, los titulares de esos derechos rendirían, al mismo tiempo,

<sup>200</sup> Comp. en el mismo sentido, RIPERT: *Le déclin...*, n.º 62.

<sup>201</sup> Ver, para la propiedad, DUGUIT: *Les transformations générales du droit privé*, pág. 117 y para todos los derechos, JOSSELAND: *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2.ª ed. París, 1927, n.º 292: «en realidad, y en una sociedad organizada, los pretendidos derechos subjetivos son derechos-función». Añádase: n.º 308. —Comp. RENARD: «Propiedad privada y propiedad humana», en la *Théorie de l'Institution*, pág. 500 y sigs. («en nuestra propiedad, que sólo es una expansión de nuestra personalidad, entra a título de parte integrante, un cierto derecho para otros»: *La Philosophie de l'Institution*, página 146); la *Théorie de l'Institution*, pág. 352, nt. ROUAST: *est. cit.* n.º 11, en la *Rev. Trim.* 1944, pág. 7. SAVATIER: *Du droit civil au droit public*, 2.ª ed. París, 1950, pág. 7-9, 12-13; y *Les métamorphoses du droit civil d'aujourd'hui*, París, 1948, n.º 142.

un servicio a la sociedad<sup>202</sup>. Así comprendida la tesis es irreprochable: todo lo que es bueno para los individuos en particular, debe tornarse, en cierta manera, en beneficio de la sociedad en general, de la que forman parte los individuos. En este sentido se alegrará muy legítimamente la función social de la propiedad privada<sup>203</sup>. Pero esto es reconocer, al mismo tiempo, que el derecho es función social *por vía de consecuencia*, y no de modo inmediato: el derecho se da en primer lugar en interés del titular, que después redundará en interés social<sup>204</sup>.

Es verdad que el uso de los derechos en interés exclusivo de su titular no basta: el bien de la sociedad, que supone sin duda el bien de los particulares, reclama además que éste se pliegue al bien general, e incluso en el orden de los valores propiamente temporales se subordine a éste. En este sentido se puede decir que todo derecho subjetivo *tiene* una función social. Pero incumbe a la regla de derecho delimitar o condicionar de esa manera el derecho subjetivo. Y esta cuestión toca el *contenido* del derecho subjetivo, mientras que el problema que estamos examinando es el de la *definición* formal del derecho subjetivo. Ahora bien, con la reserva de las limitaciones «sociales» impuestas al derecho subjetivo, bien por la ley, bien por la costumbre jurídica, bien por cualquiera otra fuente competente, el derecho subjetivo no está dado, ni puede serlo, más que con vistas al bien de su titular<sup>205</sup>. Y por esto es mejor, en definitiva, renunciar a la idea de función social: el derecho no se convierte en función social, bien en todo, bien en parte, por el hecho de que esté limitado o condicionado en interés social<sup>206</sup>.

<sup>202</sup> Esto es lo que reconoce DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel*, 3.ª ed. T. I, § 7, pág. 98, § 8, pág. 99, y las referencias citadas aquí, antes en la pág. 55, nt. 129. —Añádase: DUGUIT: *Les transformations du droit privé*, pág. 165: «El propietario tiene el deber y por tanto el derecho de emplear la cosa que él tiene en satisfacción de necesidades individuales y particularmente de las suyas propias, de emplear la cosa en el desarrollo de su actividad física, intelectual y moral». ROUAST: *est. cit.*, n.º 11, *loc. cit.* pág. 7-8.

<sup>203</sup> Ver bajo este título, RENARD y TROTABAS: París, 1930.

<sup>204</sup> Confr. THÉRY: «De la utilización a la propiedad de las cosas», en *Le droit privé français*... ya cit. T. II, pág. 28-30.

<sup>205</sup> Confr. SALEILLES: *ob. cit.* pág. 553-54. ROUAST: *ob. cit.* n.º 9, en *Rev. trim. de droit privé*, 1944, pág. 5-6. RIPERT: *Le déclin du droit*, n.º 62, pág. 196-79. —Comp. HAURIUO; *Précis de droit constitutionnel*, 2.ª ed., página 634-35.

<sup>206</sup> Esta es la confusión cometida, al parecer, por ROUAST: *ob. cit.* n.º 11, *loc. cit.* pág. 7-8, que habla de derechos «que tienen un carácter a la vez subjetivo y funcional», *mixtos*, como en nuestros días el derecho de propiedad. Igualmente, SAVATIER: *Du droit civil au droit public*, 2.ª ed., pág. 50 y sigs.

Esa suavización no modifica ni la naturaleza ni la función del derecho, que sigue estando, en todo lo demás, al servicio de su titular exclusivamente. La extensión del derecho será menos amplia: eso es todo<sup>207</sup>.

Contrariamente a lo que podría pensarse, este análisis es válido para las *personas morales* tanto como para las personas físicas. Si las morales tienen derechos (en lo que son jurídicamente personas, es decir, sujetos de derecho), no sólo tienen la facultad, sino en su caso especial la *obligación*, de hacerlos servir para su propio bien. La razón de dudar de esto está en que, *desde un punto de vista absoluto*, las personas morales están desnudas de todo bien propio, por no tener existencia, no teniendo por tanto derechos más que para el bien de otras personas: sus miembros o los beneficiarios de su fin social. Pero no obstante la naturaleza funcional de las personas morales, por causa de esa misma naturaleza que liga la persona moral a su fin, los derechos de la persona moral tienen necesariamente por fin, y sólo pueden tener ese, el fin de la persona moral, es decir, el bien por ella perseguido, comprendiendo en ese bien el de la persona moral misma, en cuanto organismo establecido para alcanzar ese fin. Así, los derechos de que está revestida una persona moral para su vida exterior y para la interior no pueden tener otro destino que el servicio de la persona moral y su fin. Y no hay que hacer exceptuar de este principio los derechos de autoridad o de poder de la persona moral sobre sus miembros, pues estos derechos no tienen otra razón de ser que el servicio de la persona moral y de su fin<sup>208</sup>.

En esto es en lo que las personas morales se diferencian de las personas físicas: constitucionalmente no tienen la elección entre un uso egoísta o un uso altruista de sus derechos; no les está permitido dedicar a fines extraños sus actividades y sus recursos. Al contrario, deben emplear del mejor modo posible sus derechos morales y pecuniarios según las exigencias de su fin, de ese fin que les es propio, sin ser, no obstante, su propio fin<sup>209</sup>. Y por tanto, los derechos de la persona moral podrán llamarse per-

<sup>207</sup> Cons., en el mismo sentido. MORIN: «El sentido de la evolución contemporánea del derecho de propiedad», en *Le droit privé français*... ya cit. T. II, pág. 15. ROUBIER: *Théorie générale de droit*, 2.ª ed. n.º 28, pág. 255.

<sup>208</sup> Ver, sobre esta afectación especial de los derechos puestos a disposición de la persona moral, por comparación con los derechos de la persona física, MICHOUX *ob. cit.* T. II, n.º 252.

<sup>209</sup> Ver antes, pág. 165.

fectamente «funcionales» en el sentido de que todo en la persona moral, incluidos sus derechos, tiene por función servir; pero una vez establecido este principio, no impide que la persona moral sea no sólo el único titular de esos derechos «funcionales», sino también el inmediato beneficiario, puesto que esos derechos son los instrumentos necesarios para la realización de su fin. En una palabra, en el caso de las personas morales es el sujeto mismo el que tiene carácter funcional (*Amtspersönlichkeit*), y sus derechos sólo son tales derechos por participación en su carácter de ser funcional. He aquí por qué se puede hablar de derechos subjetivos de la persona moral —derechos de ser, de tener, de obrar, de mandar— de la misma manera que los derechos subjetivos de la persona física: sólo hay diferencia (por lo demás esencial) en la naturaleza de los sujetos respectivos <sup>210</sup>.

## 2. La noción de «derecho-función», especialmente en la familia y en el estado

Sin embargo, junto a los derechos con finalidad egoísta, instituidos para el perfeccionamiento de su titular, o incluso de «derechos funcionales» que son los específicos de las personas morales, es preciso colocar una nueva categoría de derechos subjetivos: los de *fin altruista*, instituidos no para el servicio de su titular, persona física o persona moral, sino para el servicio de otro, en una palabra los *derechos-función* <sup>211</sup>.

Se entiende por derechos-función aquellos derechos generales o especiales que se atribuyen a su titular, persona física o, eventualmente, persona moral <sup>212</sup>, en cuanto que está encargado de una función —y en este sen-

<sup>210</sup> Ver, en este sentido, MICHOU: *ob. cit.* T. II, n.º 245, argumentando contra LAUREN (Avant-projet de révision du Code civil, T. II, pág. 501).

<sup>211</sup> Sobre los *derechos-función*, que se oponen al *derecho-interés*, ver LÉGAL y B. DE LA GRESSAYE: *ob. cit.* pág. 47. B. de la Gressaye y LABORDE-LACOSTE: *ob. cit.* n.º 357, pág. 333. —Ver también en el sentido de esta distinción entre los derechos, ROUAST: *est. cit.* núms. 4 y 7, *loc. cit.* pág. 355 y sigs. —Por su parte, JOSSE-RAND: *De l'esprit des droits...* n.º 308 y 310, habla de «derechos de espíritu egoísta» y de «derechos de espíritu altruista»; pero unos y otros serían «derechos-función» (n.º 292). —En fin, RUPERT: «Abuso o relatividad de los derechos», en la *Rev. critique de légis. et de jurisp.* 1928, pág. 57, nt. 4, sugiere una distinción entre el *derecho* y el *poder* (en el sentido de función).

<sup>212</sup> Nada impide que una persona moral esté encargada de una función, no sólo en provecho de sus miembros o en provecho de su fin (esto ya no es la hipótesis), sino en provecho

tido, órgano— al servicio de otro, pudiendo significar esta palabra «otro», en el más amplio sentido, bien una persona física (así el niño respecto a sus padres, o su tutor), bien varias personas físicas (así los miembros de una familia respecto al cabeza de la misma), bien una persona moral (así los individuos órganos de la persona moral respecto a ésta y su finalidad) <sup>213</sup>. El derecho que toma entonces el aspecto de una *competencia* <sup>214</sup>, tiene por objeto los actos mismos de cumplimiento de la función, actos más o menos numerosos, más o menos variados, según la naturaleza de la función, y más o menos precisados o reglamentados por la ley que rige la función.

En el caso del «derecho funcional», por ejemplo el derecho de propiedad de una persona moral sobre los bienes que le pertenecen, la persona moral debe usar sin duda de esos bienes «en función» de su fin, que es el mismo fin de la persona moral: de ahí el carácter «funcional», por definición, de todos los derechos de las personas morales. Pero este destino fundamental de los bienes de la persona moral no suprime en su titular la pertenencia ni incluso el goce de esos bienes, entendiéndose que para una persona moral gozar de sus bienes es destinarlos a su fin (idea del *Zweckvermögen*).

En el caso del *derecho-función*, por el contrario, el derecho está definido, desde el primer momento y por entero, en su objeto como en su fin, por la función a la que está ordenado; y por tanto, si entra en las actividades de la función administrar los bienes, el titular los administrará únicamente como gerente, sin tener para nada su propiedad, ni aun funcional: a diferencia del propietario funcional, los bienes que será llamado a administrar no son suyos; no tiene su goce ni la pertenencia; administra para otro a título de órgano o instrumento (idea del *Amtsvermögen*) <sup>215</sup>.

de terceras personas extrañas a ella, salvo el principio de la especialidad: así, personas morales, de derecho privado o de derecho público, pueden ser encargadas de una función de tutela (comp. MICHOU: *ob. cit.* T. II, núms. 218 y 219), o también un sindicato puede obrar en interés de la profesión, aunque aquél no haya sufrido personalmente ningún perjuicio; en las sociedades entre Estados, los Estados directores tienen la condición de órganos del grupo internacional, etc..

<sup>213</sup> El otro puede ser incluso un difunto: así, después de la muerte del autor de una obra artística o literaria, el derecho moral, en la persona de los herederos, no es otra cosa que un *derecho-función*: los sucesores son los guardianes de la obra. Ver DESBOIS: *Le droit d'auteur*, núms. 625, 631-32.

<sup>214</sup> Ver, en este sentido, RÉGLADE: *Valeur et concepts juridiques*, páginas 100-101.

<sup>215</sup> En lo que concierne especialmente al tutor, ver antes, cap. II, páginas 104 y 105.

Añadamos que el caso de la función no se confunde con el simple cumplimiento de un deber respecto a otro, aunque este deber fuera *de servicio*. Cuando por ejemplo la persona obligada a una pensión alimenticia, sea a título de parentesco, sea a título de una libre promesa, paga su deuda, cumple un deber, pero no ejerce una función. En cambio, el padre de familia no es sólo deudor de unos alimentos, sino que es quien debe mantener y proveer a los suyos, y esta es una de las partes de su función familiar. El encargado de una función juega, en efecto, un papel en un conjunto articulado de relaciones; está habilitado para una misión de la que es responsable y que le da una condición de funcionario, unido a su servicio. Ahora bien, los derechos-función son las prerrogativas mediante las cuales la misión será llevada a término, en tanto que el deudor sólo tiene el deber de ejecutar, sin que pueda imaginarse, en dependencia con ese deber, que tenga un *derecho* a cumplir su *deber de deudor*. La deuda pasa; la función persiste, con las prerrogativas que lleva anejas.

Tampoco el *profesional*—el profesional independiente— ejerce una función en el sentido riguroso del término. Ciertamente presta un servicio al público y, por deber de estado, debe estar a disposición de sus clientes: en este sentido cumple una «función social», es decir, un papel útil a la sociedad<sup>216</sup>. Por otra parte, tiene evidentemente el derecho, cuando se recurre a su ministerio, de realizar los actos que corresponden a su profesión: así, el cirujano, en cuanto lo consienta el paciente, tiene el derecho de operar a su enfermo<sup>217</sup>. Pero no se sigue de esto que el profesional, voluntario o exigido, tenga la condición de funcionario, puesto que está a disposición de cada uno de sus clientes en particular y no está unido a un servicio individualizado. Por ejemplo, el especialista que tiene como profesión la administración de los bienes ajenos no es titular de una función, mientras que el padre de familia que administra los bienes de su hijo cumple una de sus funciones familiares. Sobre todo, no se trata en nuestro caso de dere-

<sup>216</sup> Comp. SAVATIER: *Etude juridique de la profession libérale*, París, 1947, pág. 42 y sigs.; 65 y sigs. —La frase «función social» es, por otra parte, equívoca: toda función es social, y en este sentido está al servicio de otro. La expresión «función pública», que podría significar «función al servicio del público en general», es, igualmente, equívoca, puesto que se entiende en el sentido del servicio del Estado y de la comunidad política. Quedan las denominaciones función de derecho privado y función de derecho público, según que la función esté al servicio del interés privado o al del público (en sentido de agrupación política).

<sup>217</sup> Este es el efecto mismo del contrato por el cual el paciente se entrega, se confía a su médico o cirujano. Ver SAVATIER: *La responsabilité médicale*, París, 1948, pág. 61 y sigs.

cho-función, porque servir al cliente es un puro deber; y es inútil evocar a este propósito un derecho especial a cumplir su deber —en este caso profesional— que no existe en beneficio de ninguna otra categoría de deudores<sup>218</sup>.

Los casos de funciones, y por consiguiente de derechos-función, se encuentran especialmente, ya que no exclusivamente, en las *relaciones de grupo*<sup>219</sup>, cualquiera que sea, por otra parte, la especie de agrupación —privada o pública, con fin interesado o desinteresado, interna o internacional— y sin que sea preciso que el grupo tenga la cualidad de persona-sujeto de derecho, bien según su naturaleza, bien según la ley. Basta que haya una obra de interés común que requiera para servirla el despliegue de ciertas actividades, que son por tanto funcionales y cuyos agentes tienen por consiguiente el carácter de órganos (en el amplio sentido de *instrumentos*) de la función: así, en la familia, en la empresa económica, en las sociedades, asociaciones y fundaciones<sup>220</sup>, en el Estado y en las agrupaciones políticas descentralizadas (Provincias, Ayuntamientos, establecimientos públicos, Administración, Ejército...). El padre y marido, en cuanto cabeza de familia; los padres en cuanto educadores y protectores del hijo; el patrono en cuanto jefe de empresa<sup>221</sup>; los órganos directores y administradores de las personas morales privadas<sup>222</sup>; los gobernantes y funcionarios, investidos con la

<sup>218</sup> El deudor profesional será tratado, por lo demás, de otra manera que el deudor no profesional. Ver TUNC: *Ebauche du avoit des contrats professionnels*, en *Le droit privé français... ya cit.* T. II, pág. 136 y sigs.

<sup>219</sup> Decimos «especialmente» y no exclusivamente porque existen funciones sin relación con una idea de grupo: así, muchas funciones de protección a los incapaces o los débiles, confiadas a protectores sin lazos de grupo con el protegido (tutor, Consejo judicial, curador..., extraños a la familia).

<sup>220</sup> Se habla a este propósito de «verdaderas funciones sociales de derecho privado». (ROUAST: «Los derechos discrecionales y los derechos controlados», n.º 4, en la *Rev. trim.*, 1944, pág. 3).

<sup>221</sup> Es claro que el patrono, en cuanto jefe de empresa, no puede tener derecho de autoridad sobre sus colaboradores, cualesquiera que sean, órganos de mando, empleados, obreros, más que con miras a la «buena marcha de la empresa», y no por ningún otro fin. De ahí se sigue que no tiene derecho a despedir a sus asalariados por motivos extraños a la buena marcha de la empresa. —Ver ROUAST: *est. cit.* n.º 25, en la *Rev. trim.* 1944, pág. 16.

<sup>222</sup> Se ha discutido y todavía se discute la cuestión de saber si el derecho al voto en las sociedades es o no derecho-función (ver COPPENS: *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, 1947, núms. 55 y 56). Pero ¿cómo concebir que tal derecho esté concedido para servir al accionista (incluso bajo pretexto de que tiene un patrimonio que defender) y no para servir a

autoridad pública..., son otros tantos encargados de función u órganos investidos por ese título de derechos-función <sup>223</sup>.

Poco importa que el encargado de una función sea un individuo (el padre de familia, el administrador-delegado, el Rey, el juez único, el elector), o un cuerpo colegiado (el consejo de familia, el consejo de administración, la Junta general, las Cámaras legislativas, el Estado Mayor del Ejército...), tanto más cuanto que los miembros que componen ese cuerpo colegiado se encuentran individualmente encargados de una función <sup>224</sup>. Poco importa igualmente la naturaleza de la función: general o especial, pública o privada; o la especialidad de los actos por los que se cumple la función: actos materiales o actos jurídicos, actos de autoridad o de gestión, de decisión o de consulta, de legislación o de jurisdicción, de designación o de elección.

Siempre resulta que a las diferentes clases de funciones, que suponen para sus titulares deber de cumplirlas y de cumplirlas bien, en la línea de su finalidad y sin exceder del cuadro de la competencia otorgada al funcionario <sup>225</sup>, corresponde unos derechos o poderes que son los medios de realizar su función <sup>226</sup>. Ahora bien, si estos derechos o poderes sólo se justifican a título de la función, se imponen de todos modos como tales al

la sociedad, de la que la Junta General es órgano? La condición de miembro de un grupo lleva consigo obligaciones, sobre todo la de obrar para el bien del grupo y no en contra de él, aunque el interés personal del accionista deba sufrir. Pero véase anteriormente, págs. 170, nt. 113; 258 y sigs.

<sup>223</sup> Se equivoca SALEILLES (*op. cit.* pág. 604) cuando pretende distinguir entre una «voluntad funcional», que sería la de los órganos de las personas morales, y una «voluntad representativa», que sería la del tutor, que supondría que éste debe querer como hubiera querido el menor. En realidad, la voluntad representativa no es otra cosa que una voluntad funcional siendo aquí la función el proveer al bien objetivo y real del menor, exactamente como los órganos de una persona moral tienen que proveer al bien objetivo de la persona moral.

<sup>224</sup> Comp., sobre los órganos colegiados, MICHOUX: *ob. cit.* T. I, n.º 64 bis, pág. 145. Sería equivocado decir que por el hecho de su integración en ese colegio el miembro no es un órgano del grupo y que, por tanto, al no comprometerle su voto más que a él mismo, no podría ser capaz de una desviación de poder (ver en este sentido, para el accionista, NEUBERGEX: *Le détournement de pouvoir dans les sociétés anonymes*, París, 1937, pág. 36-37). Al votar, el miembro sigue siendo órgano del colegio, y por eso órgano del grupo; al votar ejerce una función.

<sup>225</sup> Se estudiarán más tarde las consecuencias que resultan del *deber* de la función: Ver, más adelante, cap. V.

<sup>226</sup> Comp. de un modo general, en el mismo sentido, ROUAST, *est. cit.* n.º 10, en la *Rev. trim.* 1944, pág. 6-7. B. de la Gressaye y LABORDE-LACOSTE: *ob. cit.* núms. 357 y 366.

respeto de todo el mundo: los terceros, los otros encargados de función y, en el marco de los derechos de la autoridad, las personas sujetas a esa autoridad.

Veámosles más de cerca en estas dos clases de agrupaciones de tipo muy semejante: de una parte, la familia, agrupación de derecho privado, no dotada de personalidad, en la que los titulares de la función son órganos al servicio de personas físicas; y de otra parte, el Estado, agrupación de derecho público, dotado de personalidad, en la que los titulares de la función son órganos miembros de la persona moral, al servicio de esta misma persona moral <sup>227</sup>.

La familia no es sujeto de derecho <sup>228</sup>. Pero existen unas *relaciones* familiares e incluso una *comunidad* familiar, donde aparecen, al lado de los derechos y deberes con fin egoísta, unos derechos-función. El padre tiene un doble papel en la familia. Respecto a los hijos tiene un papel de educación y de protección, en el que participa la madre: el hijo debe ser no solamente nutrido, sino instruido y educado, formado para su vocación de hombre; sus intereses materiales y morales deben ser cuidados hasta el día en que estará en condición de bastarse a sí mismo. Respecto a la comunidad familiar, el padre —y esta vez él solo, mientras viva— tiene a su cargo el bien común familiar, es decir, el bien del conjunto de los miembros de la familia, tenida en cuenta la situación de cada uno de ellos: debe velar por la buena ordenación de la *domus*, hacer que reine en ella un espíritu de paz, de mutua ayuda y de amor, defender el hogar contra todo atentado a su reputación, a su intimidad. Tales son las funciones del padre —educador y protector, jefe de familia— <sup>229</sup>, que van a dar nacimiento a una serie de derechos del padre sobre la persona y los bienes de sus hijos, e incluso sobre la persona y los bienes de su mujer en tanto que ésta está asociada a él en la obra de la familia.

<sup>227</sup> Es preciso distinguir entre los órganos de una persona moral, que supone un cuerpo y unos miembros, y los órganos de una función, que son los instrumentos (*органы*) de cumplimiento de una función y no suponen la personalidad moral (ver DABIN: «El problema de la personalidad moral de la familia», en *Bull. de la Classe des Lettres de l'Académie royale de Belgique*, 5.ª serie, T. XXXV, 1949, pág. 332).

<sup>228</sup> Ver DABIN: *est. cit.*, *loc. cit.* pág. 329 y sigs.

<sup>229</sup> Comp. sobre las dos formas de autoridad: *autoridad educativa*, que pertenece igualmente al padre y a la madre, y *autoridad institucional*, que corresponde al cabeza de familia, GOUNOT: *Renouveau de la famille et de l'action familiale*, informe presentado al Congreso de Besançon, el 11-novbre.-1949, ed. de la *Federation des familles de France*, pág. 17-21.

En bloque, estos derechos se resumen en la potestad paternal y marital. Ahora bien, no obstante la palabra «potestad», que recuerda una situación de derecho hoy día desaparecida, la potestad del marido y padre nada tiene de común con un derecho de propiedad<sup>230</sup>. Si el padre tiene el derecho de guardar al hijo, de darle órdenes y consejo, de vigilarlo, de castigarlo, de administrar su patrimonio, de consentir en su matrimonio, de emanciparlo..., todo eso no es en su interés egoísta, sino inmediatamente en interés del hijo: sus derechos sobre la persona y sobre los bienes del hijo son derechos al servicio del hijo<sup>231</sup>. Si el marido está llamado a autorizar a su mujer para tales actos o actividades susceptibles de repercutir sobre los otros miembros de la familia; si tiene el derecho de administrar los bienes comunes e incluso los bienes propios de la mujer, todo esto es en interés general del grupo familiar y de sus miembros, no en interés suyo personal<sup>232</sup>.

En cuanto a la misma mujer, si parece lógico reconocerle, de acuerdo con su vocación natural de destinada a los cuidados del hogar (por otra parte bajo la «supervisión» del marido, jefe de la familia), un poder doméstico propio, este derecho sólo existe en dependencia del bien de la *domus*, ordenado y subordinado a éste.

Y sin embargo, se trata en todo esto de *derechos*, y no de *deberes*. Los atributos de la potestad paternal y marital, el poder doméstico de la mujer casada, constituyen otros tantos derechos, de los que el padre y la madre son en cuanto tales sus titulares. Por ejemplo, la autoridad del padre sobre su hijo es el objeto de un verdadero derecho que se puede comparar al derecho de crédito (*ius in personam*), y que tiene por contrapartida la deuda de obediencia o de docilidad que incumbe al hijo<sup>233</sup>. De suyo la autoridad no es un deber, es un poder, en el sentido de un derecho de dirección y de mando; el deber sólo está por el lado de la persona sometida a autoridad. Sólo que ese poder, ese derecho de autoridad está al servicio de una

<sup>230</sup> Confr. sobre la palabra «potestad», a propósito de la paternidad, SAVATIER: *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, n.º 145.

<sup>231</sup> Sólo el derecho de goce legal está en el interés de los padres. Y de todos modos está indirectamente y por un efecto reflejo, al servicio de los hijos, en cuanto que fortalece la autoridad de los padres, que está al servicio inmediato del hijo.

<sup>232</sup> Es preciso decir lo mismo, *mutatis mutandis*, para la tutela y otras instituciones de protección de los incapaces: el tutor, el curador, los «órganos» de tutela y curatela están al servicio de las funciones de tutela y de curatela.

<sup>233</sup> Ver anteriormente, págs. 210 y sigs.

función y, por consiguiente, de un deber; en nuestro caso el deber legal de educación (ver art. 203 Cód. civ.), del que la autoridad sólo es el medio de cumplirlo. Por otra parte, respecto a terceros —otros miembros de la familia, o extraños a ella— el derecho-función de autoridad que corresponde al padre en calidad de tal, es, como el derecho de crédito, oponible a cualquiera, es decir, que nadie puede atentar contra esa autoridad ni causarle ofensa, por obstaculizarla, por usurpación o por intromisión indebida. Lo mismo puede decirse de la administración de los bienes del hijo. Aunque esta administración, exigida por el deber de protección, tenga lugar en nombre y en interés del hijo, que sigue siendo dueño de sus bienes y al que será preciso rendirle cuentas, no deja de ser por eso objeto de un derecho de administrar, que el padre puede reivindicar frente a todos, incluso el mismo hijo<sup>234</sup>.

Al revés que la familia, grupo no personalizado, el Estado es una persona moral, sujeto de derecho. Como cuerpo, tiene derechos morales y pecuniarios, de carácter funcional sin duda, pero que son suyos<sup>235</sup>. Así es, repitémoslo<sup>236</sup>, incluso respecto al derecho de poder público, en cualquiera forma que éste se manifieste. Cuando el Estado dicta órdenes obligatorias para los ciudadanos o para sus funcionarios, sea por vía de reglas generales, sea por la vía de decisiones particulares (administrativas o judiciales); cuando para sancionar sus órdenes establece penas, es la persona moral la que, por el canal de los diversos «poderes», ordena a sus miembros «en función» de su fin, que en este caso es el bien del conjunto de los individuos agrupados en el Estado.

Pero como los cuerpos no pueden obrar más que por intermedio de individuos humanos, personas físicas, el derecho de mandar inmanente al Estado se ejerce por las personas físicas investidas del derecho de mandar en su nombre (naturalmente según las reglas de competencia y de procedimiento previstas por el derecho constitucional y administrativo del Estado)<sup>237</sup>. Ahora bien, precisamente ese poder de mando en nombre del cuerpo es un derecho-función: debe ser puesto al servicio del Estado, utilizado

<sup>234</sup> Ver DABIN: *Le contrôle de la puissance paternelle en droit belge*, 1947, núms. 1 y 4. —Confr. SAVATIER: *Les métamorphoses...* ya cit. núms. 144-47, 156-60.

<sup>235</sup> Ver antes, pág. 274 y 275.

<sup>236</sup> Ver antes, pág. 274.

<sup>237</sup> Confr. sobre la cuestión de la personalidad distinta del órgano, *en cuanto tal*, las ideas de Preuss, discutidas en MICHOU: *ob. cit.* T. I, n.º 61, y pág. 144, nt. I. —Para MICHOU: *ob. cit.*,

como medio (uno de los medios) de cumplir la función del Estado, que es procurar el bien público. Los gobernantes tienen personalmente la responsabilidad de ese bien público ante el grupo, del que son a la vez jefes y órganos, los jefes-órganos; de su poder de mando han de hacer el uso más educado, tenidas en cuenta las circunstancias para la realización del fin último del Estado y de todo el sistema estatal «Derecho funcional» en el caso del Estado, el derecho de poder público se convierte en «derecho-función» en el caso de los gobernantes, dueños de la autoridad <sup>238</sup>.

Lo que se ha dicho de los gobernantes se aplica a los gobernados en los regímenes en que son llamados éstos a participar en el poder público, bien de manera directa (caso del *referendum* o del jurado), bien de manera indirecta por designación de todos o parte de los titulares del poder. El ciudadano llamado a votar una ley o un hombre, ejerce un derecho; pero es un derecho-función porque siempre se trata de elegir lo mejor, la ley mejor, el mejor candidato. Y aunque la elección del elector, oculta por el secreto del voto, no le exponga a ninguna responsabilidad jurídica, el derecho de elegir se otorga al ciudadano como una función que debe cumplir en interés del Estado, y no como un beneficio personal <sup>239</sup>.

La gestión de los servicios públicos administrativos da lugar a las mismas observaciones: todos los actos, materiales y jurídicos, que realizan los agentes públicos, y que tienen el derecho de realizar para cumplir su misión, responden a la misma intención de interés público, exclusivo de toda prosecución de interés propio, salvo su derecho al sueldo unido a la función <sup>240</sup>.

núms. 64 bis y 112, los órganos de una persona moral no pueden tener derechos subjetivos porque, como órganos, no tienen una personalidad distinta de la del grupo, y que además no existen más que para el grupo. Pero es difícil admitir semejante absorción de los órganos-personas humanas por el grupo. Confr. COULOMBEL: *ob. cit.* páginas 310-331.

<sup>238</sup> En ningún caso se trata, pues, de un poder «incondicional», como pretende DUGUIT: *Traité*, T. I, § 50, pág. 543-48. —Para el examen de las objeciones de Duguit contra la noción de soberanía, ver DABIN: *Doctrine générale de l'Etat*, núms. 75 y sigs.

<sup>239</sup> Ver DABIN: *ob. cit.* núms. 147-49. —En sentido contrario, MICHOU: *ob. cit.* T. I, núms. 112 bis y 64, para quien «el derecho reconocido a los electores se les reconoce en su propio interés, para que puedan hacer» triunfar en el gobierno sus ideas y sus deseos». Su concepción del interés general, sí; su interés personal, no: Confr., para el derecho al voto en las sociedades, nuestras anteriores observaciones, pág. 280, nt. 222.

<sup>240</sup> Es preciso razonar de igual modo en cuanto a las personas morales de derecho privado, aun con fin lucrativo: todos los titulares de funciones en el seno de estas agrupaciones —incluidos los miembros de la Junta general— deben ejercer sus derechos de autoridad o de gestión en interés de la sociedad y no en su propio interés personal.

### 3. En qué sigue siendo derecho subjetivo el derecho-función

Pero si la naturaleza de los derechos-función es tal que no se conciben más que sujetos a la función, surge una objeción capital: ¿merecen esos derechos-función el nombre de derechos subjetivos? ¿No absorbe la función al derecho hasta el punto de convertido en un deber, lo cual nos conduciría al puro derecho objetivo?

Tal es en efecto la opinión, perfectamente lógica, de los autores que definen el derecho por el *interés*: al carecer de interés personal, el titular de la función está, por tanto, desprovisto de derecho en el sentido subjetivo. Simplemente está obligado a obedecer la norma reguladora de la función <sup>241</sup>. En la teoría del *derecho-voluntad*, en cambio, la circunstancia de la función es indiferente: sometido o no a una función, el derecho subsiste puesto que tiene poder de voluntad. ¿No llegan algunos hasta el extremo de colocar en la persona del tutor los derechos que ejerce en nombre del menor, con el pretexto de que en realidad, o simplemente en derecho (caso del menor físicamente capaz), el poder de voluntad reside en el tutor? <sup>242</sup>. Pero, ¿qué responder en nuestro análisis? ¿Permite la definición de la *pertenencia-dominio* que se englobe en ella el derecho-función?

Como ya se ha indicado sumariamente <sup>243</sup>, no parece que haya incompatibilidad entre el concepto de derecho-función y el concepto de derecho-subjetivo <sup>244</sup>.

Sin argumentar sobre los derechos subjetivos de las *personas morales*, que son todos ellos y necesariamente, en razón de la naturaleza de las personas morales, unos «derechos funcionales», cuyo beneficio debe revertir a los destinatarios de la actividad del grupo; y no considerando más que los derechos dados a las *personas encargadas de una función*, en razón de esta cuali-

<sup>241</sup> Ver, en este sentido, MICHOU: *ob. cit.* T. II, n.º 112, pág. 284-85. CAPITANT: «Sobre el abuso de los derechos», en la *Rev. trim. de droit civil*, 1928, pág. 372-73. —Confr. HAURIU: *Précis de droit administratif*, 10.ª ed. pág. 91: «Se puede dar de los derechos subjetivos la definición siguiente: son poderes destinados a satisfacer intereses del sujeto, apropiados por el sujeto. A menudo los órganos de las administraciones públicas tienen los poderes necesarios para realizar sus intereses, pero esos poderes de los órganos no vienen a ser apropiados por el sujeto, y siguen siendo poderes subjetivos sin tomar la figura de derechos subjetivos».

<sup>242</sup> Así, por ejemplo, HÖLDER: ver anteriormente, págs. 92 y 109.

<sup>243</sup> Ver antes, Cap. II, pág. 99, 100 y 104, texto y nt. 112; 115 y nt. 120.

<sup>244</sup> Ver, en sentido contrario, MORIN: «El sentido de la evolución contemporánea del derecho de propiedad», en *Le droit privé français...* T. II, pág. 13-14.

dad, y para permitirle cumplir su función, la idea de derecho subjetivo brota en dos aspectos.

En primer término puede existir un *derecho a la función* y por consiguiente a las prerrogativas —de autoridad o de gestión— que implica la función. Los titulares de función están designados, bien previamente por el derecho objetivo (ley, estatutos, o incluso acto jurídico apoyado sobre el derecho objetivo corporativo), o bien elegidos de modo más o menos discrecional por un órgano de elección o de designación, encargado él mismo de la función de escoger. Ahora bien, en el primer caso, ya que no en el segundo, aparece un derecho a la investidura <sup>245</sup>. La persona indicada por el derecho objetivo puede reclamar, como un derecho *erga omnes*, el ser puesto o ser mantenido <sup>246</sup> en posesión del título y de la realidad de la función: así sucede con la potestad paternal o marital; con la función tutelar en cuanto la tutela es conferida por la ley o por el testamento; con la persona real en el sistema de la monarquía hereditaria (y de un modo general con las funciones hereditarias); y con el ciudadano inscrito en las listas electorales <sup>247</sup>. Salvo los casos de incapacidad o de indignidad, que podrán dar paso a medidas de caducidad, de substitución o de suplencia <sup>248</sup>.

Poco importa que en el caso concreto el derecho tenga por objeto una actividad de función y no de provecho: independientemente del honor de servir, de las ventajas de orden moral o pecuniario que son accesorias a la función, la cualidad de encargado de una función, considerada en sí, representa un valor no de goce, pero sí de pertenencia, ligado a un sujeto, que es precisamente aquel a quien se atribuye la competencia para servir. Servicio en cuanto al uso, la función es propia y personal de su titular en cuanto a la investidura. Así, el padre no sólo tiene el deber de educar a su hijo, lo que le hace respecto al hijo —y también respecto a la sociedad— deudor de una educación, sino que sólo él tiene la condición o cualidad para

<sup>245</sup> Este derecho va acompañado, por otra parte, por un deber, cuando la función es obligatoria. Pero poco importa. Aun cuando el titular designado conserva el derecho de rehusar (así, en las mujeres, el derecho a rehusar la tutela, carga obligatoria, sin embargo). El derecho a la función permanece, salvo la facultad de rehusar.

<sup>246</sup> Así, para los jueces, el derecho a la inamovilidad (comp. HAURIUO: *Précis de droit administratif*, 12.<sup>a</sup> ed. 1933, pág. 766-67, hablando de una «especie de propiedad de la plaza».)

<sup>247</sup> En todo conflicto de atribución el debate tiene por objeto, bien el derecho a la función misma, bien el derecho respecto a las competencias incluidas en la función.

<sup>248</sup> Ver antes, pág. 108 y nt. 120.

esa carga, lo que le hace, en este sentido, «propietario» de la función de educación de su hijo, con exclusión de todo otro pretendiente <sup>249</sup>. De este modo, todo pariente tiene, en calidad de tal, el derecho de provocar la interdicción de su pariente (art. 490 Cód. civ.); le está atribuida una competencia para obrar en interés del incapaz; pero esa competencia le corresponde como un derecho <sup>250</sup>.

También así, a la muerte de su padre, el hijo del Rey (o su hija), por orden de primogenitura, tiene derecho al trono y a todos los «poderes» que lleva consigo la función real constitucionalmente; y el ciudadano que se halla en regla con el código electoral tiene derecho no solamente al título de elector, sino también a tomar parte en la operación de votar <sup>251</sup>. La noción de pertenencia, constitutiva del derecho subjetivo, cubre todo lo que es suyo y propio, cualquiera que sea su naturaleza (incluida una competencia), cualquiera que sea su destino (incluido un servicio). Lo esencial es *tener como suyo*, no el *tener para sí* <sup>252</sup>.

En cambio, no hay derecho a la función, no hay pertenencia cuando el derecho objetivo prevé la libre elección de la persona a la que se encargará la función, cualquiera que sea, por otra parte, el modo de su designación: elección (miembros de las Asambleas en Estado; órganos directores de las agrupaciones privadas) o designación (funcionarios en el Estado; tutor dativo...). Sólo queda entonces un derecho general de admisibilidad, concretamente un derecho de solicitar los sufragios o de presentarse como candidato, con tal que se reúnan las condiciones legales establecidas; y esto también es un derecho subjetivo, unas veces individual, otras corporativo, correspondiente a los derechos de la personalidad <sup>253</sup>. En cuanto a la de-

<sup>249</sup> Con exclusión incluso del Estado, en el plano del derecho natural, lo que prohíbe al Estado que desposea de él al padre, salvo el caso en que usara de la función de modo contrario al bien cierto del hijo.

<sup>250</sup> Ver, en sentido contrario, MOREL: *Traité élémentaire de procédure civile*, 2.<sup>a</sup> ed. n.º 22.

<sup>251</sup> Jellinek pretendía distinguir entre un *Wahlrecht* y un *Recht zu wählen* (ver, para la crítica, MICHOU: *ob. cit.* T. I, n.º 64 bis, pág. 149)

<sup>252</sup> Ver, en sentido contrario, MICHOU: *ob. cit.* T. I, n.º 64 bis, páginas 147-50, y n.º 112 bis, pág. 287, que niega la existencia de un «derecho a la condición de órgano» de una persona moral, salvo el caso excepcional en que esa condición se le reconoce en su interés (así en el derecho de voto) y no en interés de la persona moral. Confr., para el trabajador moderno en la empresa, la «propiedad del empleo». (RIPERT: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n.º 137).

<sup>253</sup> En el caso del funcionario ya ingresado en la carrera, el derecho de presentarse como candidato tiene por objeto el ascenso, y éste es un derecho inherente a la personalidad del

signación, corresponderá al candidato juzgado, con razón o erróneamente, el más «idóneo», con la reserva de las garantías instituidas para eliminar lo arbitrario en el órgano encargado de la designación (por ej. la organización de un concurso). Y en esta eventualidad los candidatos podrán exigir, a título de un derecho a la legalidad, que les interesa personalmente, la observancia correcta del procedimiento de garantía. Otro tanto sucede para el mantenimiento en la función, o la reintegración en los empleos, dejados en principio al poder discrecional de la autoridad que hace el nombramiento, salvo el juego de las garantías eventualmente previstas <sup>254</sup>.

Pero el derecho subjetivo se abre camino también en un momento posterior, en el curso mismo y en el ejercicio de la función. Designado por la ley, sobre la base de una cierta cualidad objetiva (la paternidad, la herencia...), o nombrado por elección, en razón de sus cualidades personales, el titular de la función, una vez investido, tiene el derecho, en principio, de realizar todos los actos —materiales o jurídicos, de autoridad, de gestión, de nombramiento...— que entran dentro del marco de su función. Ahora bien, unas veces interviene la ley con disposiciones rígidas que prescriben al encargado de una función obrar o no obrar, obrar de una cierta manera, en cierto momento o en vista de un cierto fin: la competencia del funcionario está «ligada» entonces, y se está en presencia de un puro deber de someterse a la ley <sup>255</sup>; pero otras veces el funcionario conserva *libertad* de obrar del mejor modo para los intereses que llene a su cargo, bien en una esfera determinada, bien a propósito de un acto determinado: en este caso el derecho subjetivo reaparece bajo la forma de un poder de libre decisión, que no será, acaso, soberano, que podrá eventualmente dar lugar a control, a responsabilidad, a revisión, pero que sigue siendo, no obstante, en esta medida, la prerrogativa inviolable del encargado de la función.

hombre investido de función a intentar progresar en la carrera (lo que no significa un derecho al ascenso).

<sup>254</sup> Sobre la situación, en este punto de vista, de los funcionarios públicos, ver para Francia WALINE: *ob. cit.* pág. 327, 331 y sigs., 336, 367, 371; en Bélgica, CAMBIER: *ob. cit.* pág. 428 y sigs. VAUTHIER: *Précis du droit administratif de la Belgique*, 3.ª ed. 1950, T. I, núms. 63 y sigs.

<sup>255</sup> El fenómeno se encuentra de nuevo tanto en derecho privado como en derecho público: por ej.: el tutor, funcionario de derecho privado, está sometido a una serie de deberes al principio y en el curso de la tutela, sin contar las condiciones de que debe estar provisto. Ver, para el derecho administrativo, BONNARD: *Précis de droit administratif*, 3.ª ed. pág. 80.

Así es cómo el padre de familia gobierna libremente su casa, dejando a salvo el no usar mal de su derecho de disciplina doméstica; y la mujer casada, aunque subordinada al marido, incluso como ama de casa, goza no sólo de hecho, sino también de derecho, de una cierta libertad en el ejercicio de su función doméstica; y el padre y la madre, obligados por el deber de educación determinan libremente el modo de esta educación, lógica consecuencia, por otra parte, de su cualidad de *autores* del hijo <sup>256</sup>. Así es también cómo el ciudadano admitido a votar, y los gobernantes y agentes públicos, cualquiera que sea su «especialidad» —legisladores, administradores o jueces—, cualquiera que sea su grado en la jerarquía, cualesquiera que sean las restricciones puestas a esos poderes por la norma de la legalidad, ejercen y tienen que ejercer esos poderes en plena franquicia, al abrigo de todo obstáculo, de toda presión, de toda ingerencia indebida, y teniendo facultad, por tanto, en interés mismo de la función, para reivindicar como un derecho unido a su cualidad de funcionario la facultad libre de apreciación que les deja la ley. No olvidemos, por otra parte, que los órganos de las funciones tienen naturaleza de personas humanas, y que no sería tolerable ni a su dignidad de persona, ni al interés del servicio, reducidos al estado de autómatas privados de toda iniciativa, de toda autonomía <sup>257</sup>.

Una dificultad subsiste, sin embargo, en ciertos casos. No hay derecho subjetivo, de especie jurídica —hemos dicho <sup>258</sup>—, más que en tanto que el derecho está sancionado por *vías de derecho*. Ahora bien, los derechos-función no están siempre sancionados, en la persona de sus titulares (derecho-habientes a la atribución así como a la libertad de decisión), por acciones que les sean propias. Diversos son los regímenes. Para las funciones familiares, y de una manera general para las misiones de protección de los

<sup>256</sup> En cuanto que engendrados del hijo, el padre y la madre tienen derechos que exceden los de otros funcionarios. Así es como tienen el derecho no sólo a gozar de sus hijos (este goce es recíproco, típico de la intimidad familiar), sino también para formarlos a su imagen, educarlos en sus mismas convicciones y tradiciones, lo que implica en beneficio de los padres una especie de potestad espiritual sobre los hijos de su propia obra y conducta. Ver sobre este punto DABIN: *Le controle de la puissance paternelle*, n.º 3, Bruselas, 1947. SAVATIER: *Les métamorphoses du droit civil d'aujourd'hui*, n.º 145, pág. 117; n.º 159, pág. 126-27.

<sup>257</sup> Confr. sobre lo que el autor llama las nociones «conceptuales» y las nociones «funcionales», particularmente en derecho administrativo, VEDEL: «La jurisdicción competente para prevenir, hacer cesar o reparar la vía de hecho administrativo», n.º 5, *Juris-Classeur Périodique*, 1950, I, 851.

<sup>258</sup> Ver anteriormente, cap. II, pág. 113 y sigs.

débiles, los derechos de los titulares —padre y madre, órganos de la tutela o de la curatela— están sancionados en las mismas condiciones que los derechos de fin egoísta. El padre o el tutor cuyos derechos fueran desconocidos bien por terceros, bien por parientes, bien por el hijo sometido a autoridad, obtendrá de los tribunales satisfacción por el mismo título que el propietario víctima de un atentado contra su bien, incluida, en su caso, la reparación por el daño moral infligido a su persona. De igual modo, todas las discusiones referentes a los derechos de los órganos de las personas morales de derecho privado, o incluso de las personas morales de derecho público que no sean el Estado, pueden encontrar su solución ante los tribunales del Estado, judiciales o administrativos: por ejemplo, el Estado dirá qué personas tienen condiciones, en virtud de los estatutos, para formar parte del Consejo de Administración de una sociedad; cuáles son las competencias respectivas de la Asamblea general y del Consejo de Administración, y por consiguiente de las personas miembros de esos cuerpos colegiados... La justicia del Estado no intervendrá, por lo demás, más que en segunda línea, a falta en la persona moral de sus propios órganos de jurisdicción corporativa, o como instancia de control de las decisiones adoptadas por la jurisdicción corporativa.

En los litigios concernientes a los derechos de los órganos, individuales o colectivos, depositarios del poder *en el Estado* (Jefe de Estado, Ministros, Diputados, jueces...), la situación es bastante diferente, si no respecto a las autoridades, sí al menos en las relaciones de las autoridades entre sí. No porque los derechos propios de los titulares de la función sean absorbidos, en cuanto derechos de los órganos, en los derechos de la misma persona moral —concepción muy simple que hemos rechazado—<sup>259</sup>, sino porque a menudo faltan las vías de derecho: entre poderes separados que desbordan sus esferas respectivas (conflictos entre el legislativo y el ejecutivo, el administrativo y el judicial, entre los Ministros y el Jefe del Estado, entre las dos Cámaras) falta un «tribunal de conflictos»<sup>260</sup>. Las diferencias se arre-

<sup>259</sup> Ver antes, pág. 259, texto y nt. 237.

<sup>260</sup> En Francia existe un «Tribunal de conflictos», encargado de zanjar los conflictos de atribución o competencia entre los tribunales judiciales y los tribunales administrativos (ver WALINE *ob. cit.* 6.ª ed. pág. 49). —En Bélgica corresponde a la Corte de Casación resolver los conflictos de competencia (art. 106 de la Constitución, y art. 20 de la Ley de 23-dicre.-1946, sobre lo cual ver VELGE: *La loi instituant le Conseil d'Etat*, núms. 159-60. —Todo esto sin perjuicio de la responsabilidad disciplinar, civil o penal, de los funcionarios que se inmiscuyen en las funciones que no son las suyas.

glan entonces (o no se arreglan) mediante recursos que pertenecen más a la política que al derecho<sup>261</sup>. El mismo método empírico es el practicado, y en mayor grado aún, en el plano internacional, en la O. N. U. y en otro tiempo en la S. D. N. En cambio, hay instituidos tribunales para conocer sobre los derechos políticos de los ciudadanos, para ordenar su inscripción en las listas de electores, o del jurado... y esta es la prueba de que, incluso en el Estado, los derechos-función, en cuanto prerrogativas de sus titulares, no repugnan de suyo la sanción jurídica.

Pero he aquí lo más grave. ¿No se puede objetar que por lo menos el *dominio* característico del derecho subjetivo falta en el derecho-función, puesto que el titular no puede usarlo más que para el servicio de la función?

Por una parte, indiscutiblemente; y esto es lo que distingue el derecho-función de los derechos subjetivos con fin egoísta. De ordinario, en efecto, en los derechos de fin egoísta el titular dispone libremente de la cosa que es suya: de su persona, de sus facultades de obrar, de sus bienes, a reserva de las limitaciones establecidas por la ley a esa libre disposición<sup>262</sup>. De todos modos siempre es verdad que, por hipótesis, los derechos del sujeto no tienen por «causa» ningún deber funcional que les ponga al servicio de otro. Por el contrario, los derechos «ordenados» a una función —derechos de autoridad u otros— están regidos por la norma que manda toda función, a saber que la función debe cumplirse: 1) según su finalidad; 2) de la manera más útil posible; 3) por la persona habilitada a tal efecto. Todo mal ejercicio, por omisión o por comisión, es por tanto condenable; toda delegación o sustitución del titular está prohibida en principio<sup>263</sup>.

¿Se sigue de esto que los derechos-función, remachados a la ley de la función, habrán perdido todo rastro de dominio? La conclusión excedería a las premisas en la medida precisamente en que pertenece al funcionario competente, y sólo a él, decidir y decidir libremente. En esta libertad de decisión, más o menos regulada o condicionada, está el dominio particular

<sup>261</sup> Por ejemplo, en cuanto al derecho a la función, ningún Tribunal conocerá de la acción de un pretendiente ilegalmente separado del Trono: es asunto político, moral e incluso jurídico si se quiere, *menos la acción*.

<sup>262</sup> Sobre las modalidades de la facultad de libre disposición según el objeto de los derechos, ver antes cap. II, págs. 107 y 108.

<sup>263</sup> Con la reserva, para los órganos individuales o los miembros de órganos colegiados, de la dimisión o la abdicación.

de los derechos-función. En el caso de las instancias supremas, el dominio es incluso absoluto, puesto que ellas deciden soberanamente sobre la conformidad de sus actitudes a las exigencias de la función. En una palabra, la función no suprime el derecho, ni en el aspecto de la pertenencia, ni en el aspecto del dominio. Únicamente lo pone a su servicio; de la misma manera que el derecho de propiedad gravado en alguna forma no deja de ser un derecho, aunque no pueda disponerse de la cosa más que según la forma estipulada, y en este caso sin poder de apreciación.

EL CUERPO EDITORIAL AGRADECE EL ESPECIAL APOYO QUE PARA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE EDICIÓN HAN BRINDADO LAS SIGUIENTES PERSONAS E INSTITUCIONES:

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE,  
SIENDO SU DECANO DON ANTONIO BASCUÑÁN VALDÉS

FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO,  
SIENDO SU DIRECTOR DON PABLO RUIZ-TAGLE VIAL

YALE LAW SCHOOL,  
SIENDO SU DECANO DON ANTHONY KRONMAN

DON JUAN AGUSTÍN FIGUEROA YAVAR

CENTRO DE ALUMNOS DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE,  
SIENDO SU PRESIDENTE DON JORGE GÓMEZ OYARZO

DON GUILLERMO MONTT GÓMEZ

SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE,  
SIENDO SU PRESIDENTE DON ANDRÉS ZALDIVAR LARRAIN

DOÑA PILAR SÁEZ CARRASCO

DON MARCO CARIOLA BARROILHET

## LÍMITES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS. INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO<sup>1</sup>

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 derecho<sup>2</sup>. Sin embargo, la construcción sistemática del derecho privado o constitucional a la luz del derecho subjetivo no es una necesidad lógica, sino histórica<sup>3</sup>. 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 inmediato<sup>4</sup>. 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 derecho<sup>5</sup>. 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 Kelsen<sup>6</sup>), o desde una perspectiva colectivista, que hace decaer la posición relativa de la persona en relación a los

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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'.

<sup>3</sup> 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).

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

<sup>5</sup> 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

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

intereses del Estado o de la comunidad (Duguit<sup>7</sup>, Pasukanis<sup>8</sup>), 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

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 tutela 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

<sup>7</sup> L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, T. I, 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).

<sup>8</sup> 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.

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 Límite<sup>9</sup>*

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

<sup>9</sup> 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 Único 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 planteé nuevos límites, que restringen 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)<sup>10</sup>. 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.

<sup>10</sup> 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 subjetivos<sup>11</sup>.

#### *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)<sup>12</sup>. 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

<sup>11</sup> G. Levi, *L'abuso del Diritto*, Milán, 1993, pág. 37.

<sup>12</sup> 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"<sup>13</sup>. 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 incommensurable 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 institución<sup>14</sup>.

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

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

<sup>14</sup> 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. Bentham, 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, *Dois 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: par: que el derecho objetivo esté intensamente presente en la sociedad, nada mejor que encerrarlo, esto es, sujetivarlo"<sup>15</sup>. 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 derecho<sup>16</sup>. 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 objetivo<sup>17</sup>. 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

<sup>15</sup> J. Carbonnier. *Flexible Droit*. Paris, 1992, p. 161.

<sup>16</sup> 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 palpitar el corazón" (op. cit., p. 163 [nota 15]).

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

(art. 1317)<sup>18</sup>. 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 privadas<sup>19</sup>. 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 generales<sup>20</sup>.

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 romana<sup>21</sup>, 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 inaceptable<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> En este sentido, D. Medicus op. et loc. cit. [nota 14]; A. Trabucchi, op. et loc. cit. [nota 17]; así concluyen también J. Ghedin 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. Josseland (id, p. 642).

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Las cláusulas generales de la buena fe y de las buenas costumbres han sido especialmente desarrolladas doctrinariamente 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 derecho<sup>23</sup>.

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

<sup>23</sup> Luis Díez-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 excepcionales<sup>24</sup>. 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 derechos<sup>25</sup>.

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

<sup>24</sup> 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]).

<sup>25</sup> 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 doctrinariamente 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 aquella 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 Central<sup>26</sup>.

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<sup>27</sup>. 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)<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Fallos del Mes 449 [1996], pág. 523.

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

<sup>28</sup> 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.

### Situaciones Típicas de Ejercicio Abusivo de un Derecho

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 materia<sup>29</sup>.

#### 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 otro<sup>30</sup>.

Un antiguo caso holandés muestra las limitaciones de esta forma de abuso de derecho<sup>31</sup>. 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

<sup>29</sup> 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).

<sup>30</sup> 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.).

<sup>31</sup> 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 tardío<sup>32</sup> 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 aquellos 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 cegararlo". También en este caso la desproporción es indicio de un abuso. Análogo principio se expresa en la regla del art. 941<sup>33</sup>.

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.

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 contractual<sup>34</sup>.

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 derecho<sup>35</sup>. 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-

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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. Bigliani, V. Breccia, F.D. Busnelli y V. Natoli. *Diritto Civile*. T. I, *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. Goubaux, op.cit., p. 650).

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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 15º).

dido el interés legítimo (no el derecho) que tenía el hijo por visitar la tumba de su madre<sup>36</sup>.

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 inmueble<sup>37</sup>. 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 jurídicos<sup>38</sup>.

El bien jurídico tutelado 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

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

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

<sup>38</sup> 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 alternativos<sup>39</sup>.

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

<sup>39</sup> 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)<sup>40</sup>.

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 contraparte<sup>41</sup>.

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. 2518). 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.

<sup>40</sup>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]).

<sup>41</sup>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 juego<sup>42</sup>. 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

<sup>42</sup>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 hubiere 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 concientemente 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 facsimiles 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 administrativo<sup>43</sup>: una *facultad* que ha sido concedida con una cierta

<sup>43</sup> 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 abusivo<sup>44</sup>.

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.

<sup>44</sup> 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. Jossierand (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. Bigliazi, 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 materia<sup>45</sup>. 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 chileno<sup>46</sup>.

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 intespivamente 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<sup>47</sup>. 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

<sup>45</sup> 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<sup>o</sup> 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]).

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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*<sup>48</sup>. 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

<sup>48</sup> 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 potestad<sup>49</sup>.

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 aceptable<sup>50</sup>. 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 administrativas<sup>51</sup>, 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*<sup>52</sup>. 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 marido<sup>53</sup>. 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

<sup>49</sup> 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.

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

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

<sup>52</sup> 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).

<sup>53</sup> 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)<sup>54</sup>. 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"<sup>55</sup>.

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,

<sup>54</sup> Idem, pp. 90 ss.

<sup>55</sup> 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)<sup>56</sup>. 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 doctrina<sup>57</sup>, 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 Constitución<sup>58</sup>. 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

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 negligencia<sup>59</sup>.

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

<sup>57</sup> A. Alessandri, op. cit., pp. 535 ss. [nota 9].

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

<sup>59</sup> A. Alessandri, op. cit., pp. 265 ss. [nota 9]