

Nueva Perspectiva Sobre El Abuso Del Derecho New Perspective on Abuse of Law

Por: **Dr. Julio Lombardo**

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,

Panamá

julio.lombardo@up.ac.pa

<https://orcid.org/0000-0002-2509-5443>

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n53.a4848>

Entregado: 10 de abril de 2023

Aprobado: 1 de agosto de 2023

Resumen

Este trabajo contempla una nueva perspectiva sobre el abuso del derecho con el fin de obtener parámetros específicos y, con una dirección objetiva, facilitar la configuración de los elementos de aquél.

Tales elementos, independientemente de sus consecuencias, son: la extralimitación en el ejercicio del derecho y el agravio a un interés legítimo.

Palabras clave: Abuso del derecho, extralimitación en el ejercicio del derecho, agravio a un interés legítimo.

Abstract

This work contemplates a new perspective about the undue exercise of the right, in order to obtain specific parameters and, with an objective direction, to ease the configuration of the elements of that one. Such elements regardless of its consequences, are: overreach in the exercise of the right and harm to a legitimate interest.

Keywords: Undue exercise of the right, the overreach in the exercise of the right, the opposition to a legitimate interest.

I. Alcance de la expresión “abuso del derecho”.

Planiol considera que la expresión “abuso del derecho” conlleva una **logomaquia**, es decir, la contradicción en el sentido que donde hay derecho no puede haber abuso (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, 1945, pág. 542 y 543).

Tal afirmación se explica si se tiene presente el concepto de derecho objetivo y se considera, por otra parte, la base de justicia que deben tener las normativas jurídicas.

Ello es así, en la medida en que el significado del vocablo **abuso** (Diccionario de la Lengua Española, 2014) lleva a un uso indebido, incorrecto, injusto, y las diversas corrientes que explican la configuración del abuso aluden o a un ejercicio del derecho con mala intención o a uno adverso a la función social del derecho, o sea, del derecho subjetivo; por ello se explica la apreciación en cuanto a que el derecho (objetivo) que reposa en una base de justicia o, al menos, de orden, se opone al **abuso del derecho**, entendido, en una forma amplia, como un incorrecto, injusto, ejercicio del derecho.

De suerte que la aprensión del ilustre autor ante aquella mezcla de términos, pudo haber desaparecido, bajo el entendimiento de que se refiere al derecho subjetivo y, más todavía, a su ejercicio, y no al derecho objetivo, al orden jurídico, como ripostan algunos.

Lo que lleva a la conclusión clara y referente a un ejercicio del derecho subjetivo caracterizado por su contraposición al medular valor jurídico antes señalado.

Mas, hasta aquí llega un deslinde somero relativo al alcance de la frase abuso del derecho. Corresponderá, en orden a la configuración de esa clase de uso indebido, dentro de un marco estructural técnico, definir los respectivos presupuestos o requisitos inherentes a tal situación. Lo que se realizará en el presente trabajo.

II. Origen, percepción, positivización y aplicación del principio que prohíbe el abuso del derecho.

El punto relativo al origen de este principio podría confundirse con el desarrollo histórico que condujo a su perfeccionamiento, mas, sobre ello ya se ha señalado en anterior trabajo (LOMBARDO, 2018, pág. 145) cómo suele afirmarse que el mismo no fue reconocido como tal por el Derecho romano pese a la obra de jurisconsultos y magistrados en cuyas opiniones y decisiones, en algunas formas, se vislumbran los linderos de tan especial institución jurídica.

Se ha dicho, también, cómo aparte de máximas y apotegmas, surgieron y fueron reconocidas en épocas posteriores figuras especiales, todavía no plasmadas como principios generales, que

resultan antecedentes del principio que se opone al abuso del derecho o, para decirlo de manera positiva, el principio que prescribe el debido ejercicio del derecho.

Entre tales figuras están la contemplada como **emulación**, en la llamada doctrina de los actos emulativos y que se refiere a aquellas actuaciones realizadas con el propósito de ocasionar daño a tercero; así como la **inmisión**, que cobra desarrollo en la era industrial, cuando desde cauces objetivos se producían emanaciones, producto del quehacer de la época, con resultados nocivos para terceros; (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1992, pág. 99 a 104)

Más, los tópicos del origen y la percepción tienen que ver, más bien, con la disputa entre positivistas y ajenos al positivismo sobre la formación y reconocimiento del principio general del derecho, y, en especial, el que es objeto del presente trabajo.

En tal sentido, mientras que los que no adoptan el positivismo conciben, en su tendencia más metafísica, un ámbito de valores y principios ubicados en una esfera distinta a la del conjunto de normas aprobadas por los organismos oficiales de legislación y jurisdicción, los positivistas consideran que el objeto de la Ciencia del Derecho es el conjunto de normas positivas, puestas, creadas por dichos organismos (KELSEN, 1988, pág. 55 a 57).

Por ello, así como para sectores que no se ciñen al estricto positivismo, los valores que fundamentan tales principios se captan por intuición y de allí derivan los principios, según los positivistas los principios generales se infieren por generalización de las normas positivas (DIEZ-PICAZO, L. y., 1985, Volumen 1º, pág. 154). Mas, sin el propósito de ahondar en tal controversia se puede advertir que la abstracción de una norma más amplia obteniéndola de las disposiciones particulares por medio de un proceso de generalización progresiva, no excluye y, más bien, reitera la función legitimadora de los valores jurídicos y la objetividad de los principios generales que son nexo de éstos con el orden positivo (GARCÍA MÁYNEZ, Filosofía del Derecho, 1996, pág. 319). Lo que vale como aplicable al principio que prohíbe el abuso del derecho directamente ligado con la justicia.

En cuanto a la positivización y aplicación de los principios generales y, en particular, del que nos ocupa, distintas normativas demuestran cómo por ley positiva se han reconocido tales pautas. Así, por ejemplo, los artículos 9 y 10 del vigente Código Civil argentino y el 7 del Código Civil español introducen en esos sistemas jurídicos el principio que implica la prohibición del abuso del derecho y la vigencia de normas que protegen a los afectados por tal extralimitación (CÓDIGO CIVIL y COMERCIAL DE LA NACIÓN, 2020) (CODIGO CIVIL ESPAÑOL, 1977).

Y no se puede negar cómo es posible que en ordenamientos en los cuales no es reconocido legalmente el principio, el recurso a una doctrina jurisprudencial obligatoria facilita su positivización y aplicación judicial (DIEZ-PICAZO, L. y., 1985, Volumen 1º, pág. 157 y 158). Todo ello bajo el concepto de positividad como el carácter oficial y vinculante de la norma (VALENCIA RESTREPO, 1993, pág. 344 y 345).

III. La definición de derecho subjetivo y elementos conexos y el principio que prohíbe el abuso del derecho.

En torno a este punto son importantes no solo la definición de derecho subjetivo, sino el contenido, límites y clases de éste, así como la tan mencionada categoría de **función social**.

Sobre el derecho subjetivo se han ofrecido diversas definiciones, entre ellas, las expresadas por eminentes concededores del Derecho Privado. Por ejemplo, las que aluden a ese elemento como el señorío de la voluntad reconocido por la ley y el interés jurídicamente protegido (LACRUZ BERDEJO, 1990, pág. 83 y 84), definiciones que no han escapado a la atención de los críticos, por razones como las que, reflejando fundamento y peso, sostienen y presentan ejemplos en que el derecho subjetivo no coincide con el imperio de la voluntad ni con el apremio del interés (vg. casos de los incapaces).

Dentro de una visión amplia, según GARCÍA MÁYNEZ “derecho subjetivo es la posibilidad atribuida a una persona por una norma jurídica de hacer o de omitir lícitamente algo” (GARCÍA MÁYNEZ, Derecho Subjetivo, 1979) (Enciclopedia Jurídica Omeba).

Y en cuanto al contenido correspondiente a dicho elemento, sabido es que lo constituye el acopio de facultades que se le atribuyen. Así, por ejemplo, las facultades de goce y disposición forman parte del contenido del derecho subjetivo de propiedad (v. el artículo 337 del Código Civil Panameño) (ALBALADEJO, 1996, pág. 15) (CÓDIGO CIVIL DE PANAMÁ, 2019) (LACRUZ BERDEJO, 1990, pág. 95 y 97).

Asimismo, se habla, en un sentido estrechamente vinculado con el supuesto del abuso del derecho, de límites al ejercicio del derecho subjetivo y se subrayan los relacionados con el uso del derecho coincidente con el abuso, en cuanto a que aún cuando se actúe dentro del contenido del derecho usándolo con finalidad, en principio legítima, en definitiva, se contraviene el deber fundamental condicionante de ejercer el derecho de buena fe, con respeto a intereses legítimos; sobre lo cual ejemplifica ALBALADEJO cuando dice que es rechazable que el dueño del predio **levante un**

muro, “sin ninguna utilidad para él, sino con el solo objeto de quitar luz o vistas al vecino” (ALBALADEJO, 1996, pág. 32 y 33). Y sin duda, tal ejercicio del derecho deviene abusivo, es decir, al margen del límite que impone lo que hemos denominado **deber fundamental condicionante**, de ejercer el derecho de buena fe, con respeto a intereses legítimos.

En otras palabras, el uso de facultades correspondientes al acervo constitutivo del contenido del derecho de que se trate, se hace ilícito si se infringe el mencionado deber fundamental y tal hecho ilícito es en sí la figura del abuso del derecho.

Ahora bien, como se sabe, hay distintas clases de derechos subjetivos. Una clasificación interesante distingue entre derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados; los primeros existen cuando en la relación jurídica en que se encuentran interviene el Estado como persona jurídica soberana, los otros, “cuando en la relación jurídica no interviene el Estado o interviene mas no con el carácter de soberano” (GARCÍA MÁYNEZ, Derecho Subjetivo) (Enciclopedia Jurídica Omeba).

Así, el llamado derecho de acción es un derecho subjetivo público, ya que en la respectiva relación jurídica interviene el Estado cumpliendo una función pública (v. el artículo 210 de la Constitución panameña) con el carácter de soberano (CONSTITUCIÓN POLITICA DE PANAMÁ, 2022).

Mas, hay también derechos subjetivos llamados derechos – deberes como las potestades parentales del derecho de familia, en que el derecho se atribuye no en interés del titular, sino de otra persona (vg. la patria potestad que se confiere en beneficio del hijo sometido a ella) (ALBALADEJO, 1996, pág. 14).

Todas esas clases de derechos interesan en cuanto al tema del abuso, ya que éste puede darse, por ejemplo, en el ejercicio del derecho de litigar y en el de la patria potestad.

Ahora bien, el tópico que también reviste interés en esta materia es el del elemento **función social** que los estudiosos del abuso del derecho como JOSSERAND utilizan dentro del criterio funcionalista para determinar que el ejercicio de un derecho pasa a ser abusivo si contraviene la función social del mismo (JOSSERAND, 2012, pág. 6 y 7).

Y tanto énfasis en tal elemento ha hecho la doctrina de una variedad de países que normativas como la contenida en el artículo 7 del Código Civil español y en los artículos 9 y 10 del recientemente aprobado Código Civil argentino relacionan estrechamente el abuso y el ejercicio antisocial del derecho (PUIG BRUTAU, 1987, pág. 159).

Mas, conviene adelantar las observaciones que destacados autores hacen sobre el margen de imprecisión en que se despliega la doctrina que lidia con el problema de cuándo, según los patrones sociales, deben entenderse vulnerados los lindes impuestos por la buena fe como pauta objetiva emanada de la estimativa social; lo que es decisivo para definir, en los casos, la realización de los presupuestos del abuso del derecho; y lo que afronta las situaciones de arbitrio del juzgador (CUADRADO PÉREZ, 2014, pág. 92 y ss).

Sobre la categoría función o más todavía, función social, conviene una consideración comprensiva y retrospectiva de las teorías planteadas de forma rotunda por DUGUIT quien cuestionaba la naturaleza metafísica e individualista del concepto de derecho subjetivo proponiendo su reemplazo por el de función, por cuanto que, a su juicio no hay derechos concebidos como **poderes o señoríos** de las personas, sino **funciones sociales** que éstas deben cumplir en el conglomerado social (DUGUIT, 1912, pág. 7 a 25).

Lo que llevó a plasmar en las propias Constituciones principios como el de función social de un derecho que, a propósito del de propiedad, contempla la nuestra (v. el artículo 48).

Mas, lo importante radica en que, con todos los reparos relativos a la vaguedad de la doctrina del abuso del derecho, distintos compendios positivos contienen normas mediante las cuales se persigue, en uno u otro grado, una configuración objetiva del abuso del derecho y de la atribución de la responsabilidad respectiva con el fin de facilitar la efectividad del principio que prohíbe el abuso del derecho y prever soluciones ante los daños y la persistencia en el abuso.

Sin embargo, es fin del presente trabajo la búsqueda de un esquema normativo y de un planteamiento de presupuestos que constituyan fórmulas complementarias que, a la vez, coadyuven a mejorar enfoques basados en la orientación de la buena fe como elemento directriz y en la objetividad propia del criterio funcionalista. Lo que se verá a continuación.

IV. El deber fundamental y su relación con el principio que prohíbe el abuso del derecho.

El elemento **derecho fundamental** como faceta de la relación jurídica, correlativa del deber fundamental, se definiría, si este último se puede definir, siguiendo a GARCÍA MÁYNEZ (GARCÍA MÁYNEZ, Derecho Subjetivo, 1979) (Enciclopedia Jurídica Omeba), como la posibilidad de comportamiento atribuida a una persona, por su condición de ente vivo o representado, para fines legítimos de conservación o perfeccionamiento, y el deber fundamental

como necesidad de comportamiento prescrita a una persona, por su condición de ente vivo o representado a fin de que permita el ejercicio de un derecho fundamental.

De suerte que ni el derecho ni el deber fundamental dependen de un origen negocial sino de la condición de persona natural o jurídica (FERRAJOLI, 2009, pág. 294).

Mas, como se sabe, y lo dice categóricamente la Declaración Universal de Derechos humanos (v. el artículo 8), esas categorías pueden ser reconocidas por la Constitución o la ley (Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, España, 1977).

En cuanto a la doctrina del abuso del derecho y el principio reiteradamente mencionado, cabe admitir la existencia de un deber fundamental que algunas Constituciones, como la vigente en Colombia, admiten, cuando se prescribe el respeto a los derechos ajenos y el ejercicio de los propios sin abuso, y se establece, a la vez, que las personas en sus actuaciones deben ceñirse a la buena fe (v. sus artículos 83 y 95) (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1995).

Deber fundamental que deriva del derecho fundamental a la conservación de la persona ante agravios a su integridad jurídica.

De tal forma que en esta materia de la extralimitación en el ejercicio del derecho no resulta inadmisibles configurar el deber fundamental condicionante, según el cual **toda persona por su propia condición tiene el deber de ejercer sus derechos de buena fe, con respeto a intereses legítimos.**

Se agrega esa última expresión si se considera que, en cuanto a las actuaciones abusivas, se advierte, con razón, que los intereses afectados no son pretensiones formalizadas a priori como derechos subjetivos, sino intereses legítimos que se perfilan y son determinables en cada caso, y resultan protegidos por el principio relativo al abuso del derecho directamente o como norma general contemplada en el orden positivo sobre el respecto (DIEZ-PICAZO, L. y., 1985, Volumen 1º, pág. 447 a 449).

De manera que, según las precisiones anteriores, ante la tarea creadora del juzgador y con base en la norma general que permite dar solución a las lagunas del ordenamiento con el recurso a principios generales del derecho, y el del uso debido de los derechos es uno de ellos, resulta conforme a razón el inicio de la etapa integrativa considerando el deber fundamental citado; aparte de que en caso de inexistencia de norma legal aplicable al caso, hay un nexo entre el valor jurídico justicia y el orden positivo, por el conducto del principio general; y considerada la base de deber que implica el valor, se facilita la integración.

Y con mayor facilidad ante un supuesto de abuso, se promueve la solución y aplicación normativa correspondiente, si en un esquema regulador positivo se contempla el binomio precitado, es decir, el precepto según el cual gravita sobre toda persona el deber de ejercer sus derechos conforme a la buena fe, pauta objetiva vinculada en cada caso con el respeto a los intereses legítimos, junto con las consecuencias tutelares del afectado por la lesión de éstos.

V. Marco estructural sobre el abuso del derecho.

La doctrina que prohíbe el abuso del derecho, como cualquier otra corriente, es sintetizable dentro de un marco estructural que contenga sus elementos medulares, así como aspectos derivados y protectores.

Dentro de tal marco cabe considerar un esquema básico normativo; los presupuestos del abuso del derecho y el tópico alusivo a las diferencias entre el enfoque que se propone y otros criterios usados.

En torno al esquema básico normativo se presenta una cuestión: si este esquema contiene facetas como lo que se denomina deber fundamental condicionante y dentro de ésta está incluida la norma directriz complementada y la consecuencia de su infracción, ¿de dónde proceden tales aspectos normativos?, ¿del orden positivo o de alguna esfera separada aunque con vínculos estrechos con éste?

Se entiende que los derechos y, por ende, los deberes fundamentales son entidades con un origen axiológico. Y ello es así, en la medida en que el derecho fundamental es potencialidad de actuación legítima destinada a la conservación o perfeccionamiento de su titular (legítima en cuanto su especial naturaleza la hace acorde con los milenarios contenidos de la justicia de dar a cada quien lo suyo y no causar daño a otro injustificadamente; y dirigida a la conservación y perfeccionamiento, porque estos fines son los que distinguen a esa posibilidad de las derivadas de cualquier concreción de la capacidad negocial, y tradicionalmente han sido referidos a las libertades y garantías individuales y a los derechos sociales).

Asimismo, el deber fundamental concebido como instrumento para la materialización del derecho fundamental se ajusta a dicho marco axiológico y rebasa, en la misma forma que el derecho fundamental el ámbito del orden positivo.

En este sentido procede, definir en el marco estructural sobre el abuso del derecho, el deber fundamental condicionante del ejercicio del derecho, como el deber de toda persona de ejercitar sus derechos de buena fe, con respeto a intereses legítimos.

Y aquí se reafirma el carácter extrapositivo de ese deber, en la medida en que la buena fe no es otra cosa que parte de la norma directriz, también considerada como principio general del derecho, que encauza el ejercicio de los derechos hacia objetivos de comportamiento recto, justo en el conglomerado social; a lo cual se vinculaban en el Derecho romano las acciones de buena fe frente a las de derecho estricto (VALENCIA RESTREPO, 1986, pág. 447 y 448).

Ahora bien, se habla de norma directriz complementada (que incluye el deber fundamental condicionante), ya que éste impone el ejercicio del derecho de buena fe, con respeto al interés legítimo; o sea que a la buena fe se adiciona el respeto al interés legítimo (nexo que desde tiempos pretéritos se ha establecido en cuanto al respeto del derecho ajeno y a lo que han hecho referencia Cartas fundamentales como la colombiana en su artículo 95) (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1995).

Mas, no es ociosa la inclusión, en ese marco, del deber fundamental que impone la buena fe como pauta orientadora del ejercicio de todo derecho subjetivo, ya que el mínimo factor del que depende la responsabilidad es la ilicitud del acto derivada del incumplimiento del deber el cual (DIEZ-PICAZO, L. y., 1984, Volumen 2º, pág. 620 y 621) en el presente trabajo es llamado **condicionante**, y que al ser incumplido, se da margen para el origen del mismo abuso, conducta que, unida con otros elementos, conlleva la responsabilidad respectiva. Es decir, que el hecho abusivo, por otra parte, es el factor que permite atribuir dicha responsabilidad (BUSTAMANTE ALSINA, 1993, págs. 315 y ss., 451 a 457).

En todo caso, la importancia de tal deber radica en que su infracción es la medida para la configuración del abuso.

Y todas esas derivaciones se conectan con el tema de la aplicación del principio, ya sea que esté o no positivizado.

Ya que, en el primer supuesto, corresponde aplicar el esquema básico normativo plasmado en la Ley, considerando el deber fundamental condicionante para determinar si, en su comportamiento, el titular del derecho subjetivo acata o no la norma guía, de la conducta de buena fe que, especificada, impone el respeto a intereses legítimos. De suerte que en definitiva, el respeto o el agravio a algún interés legítimo constituyen los criterios que determinan si se configura o no el

abuso en el ejercicio del derecho. Y en el segundo supuesto se impone el sentido de deber inherente al valor jurídico justicia.

La consideración de los presupuestos de este principio, contemplados en la normativa específica, es la que, en el caso concreto, establece si ha habido extralimitación en el ejercicio del derecho y si algún interés legítimo ha sido agraviado.

Mas, en el supuesto de que el principio no se encuentre positivizado caben los interrogantes sobre cómo procede aplicarlo. Y, así, la norma general remisoría que autoriza para hacer uso de principios generales jurídicos, en el caso de insuficiencias normativas, supone la facultad creadora del operador, (KELSEN, 1988, pág. 174 a 177) abre un cauce para la solución del problema por la vía de la integración del derecho y, con la consulta a diversas fuentes, (DE BUEN, 1977, pág. 286 a 288) permite captar los presupuestos del principio (como norma general), que remiten al valor esencial que le sirve de fundamento.

De suerte que la norma remisoría (v. el artículo 13 del Código Civil panameño) unida a la facultad creadora del juzgador facilitan en las diversas hipótesis y en la de la doctrina del debido ejercicio del derecho o del abuso del derecho, la aplicación del mencionado principio.

Ahora bien, en virtud de la consulta a legislaciones extranjeras, a la jurisprudencia y a la doctrina, se ha llegado de parte de este servidor, a la obtención tanto del esquema normativo básico, antes expuesto, como de los mismos presupuestos, requisitos o elementos del abuso del derecho, con el incentivo de superar el margen de indeterminación que los propios autores atribuyen a la doctrina del abuso del derecho en su versión objetiva fundada en la buena fe en el sentido de elemento directriz aplicado al ejercicio del derecho subjetivo (CUADRADO PÉREZ, 2014, pág. 92 a 100). Tales presupuestos son: **la extralimitación en el ejercicio de un derecho y el agravio a un interés legítimo**. A los que se hará referencia, estableciendo su naturaleza, base y alcance, para confrontarlos con otros criterios que han sido utilizados en el empeño de ofrecer una estructura para la configuración del abuso del derecho.

El primer elemento o presupuesto, como se ha dicho, es **la extralimitación en el ejercicio de un derecho** a la que alude el artículo 7º del Código Civil español cuando define como abusivo “todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho...” Y tal definición resulta clara al indicarse que el acto abusivo con daño a tercero “dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que

impidan la persistencia en el abuso”. Es decir que las expresiones contenidas en tal precepto implican que la extralimitación conduce al abuso, unida a la inobservancia del deber condicionante previsto en el punto número 1 de dicha norma, según el cual “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Tal elemento es, pues, el ejercicio extralimitado del derecho, fuera de su contenido.

La única diferencia entre esta visión del requisito extralimitación y la que se propone, radica en que en ella se contienen, además, tanto el criterio o concepto subjetivo del abuso del derecho, al aludirse a la intención del autor, como el criterio o concepto objetivo del abuso del derecho, al hacerse referencia al objeto y a las circunstancias en que se produzca el abuso; y en la propuesta que se plantea en el presente trabajo se expone en forma concreta una visión objetiva del abuso al ligarse la extralimitación con el hecho del agravio a un interés legítimo.

El segundo elemento o presupuesto es el agravio a un interés legítimo. En circunstancias en que el agravio viene a ser el hecho relativo al ejercicio de un derecho subjetivo que pone bajo riesgo o impide la satisfacción de ese tipo de interés. O sea que se trata de una acción u omisión en el ejercicio del derecho como suele considerar, sin mayores problemas, la doctrina (CUADRADO PÉREZ, 2014, pág. 74 a 77). Se trata de la afectación de un interés razonable, que transgrede la debida conducta de buena fe.

Sin embargo, el aspecto **interés legítimo**, que se materializa en cada caso y que, por su misma naturaleza no puede ser formalizado a priori como derecho subjetivo específico, es el que plantea la diferencia concreta relacionada con el tema de la indeterminación de la doctrina sobre el abuso del derecho en torno a lo cual se hará referencia.

En tal sentido, **interés legítimo**, relacionado con un caso de abuso del derecho, es la pretensión de conservación o mejoramiento de la persona, que no está formalizada como derecho subjetivo específico y que es afectada por el ejercicio de un derecho.

La pretensión legítima, por lo antes expuesto, no debe constituir un derecho subjetivo específico, más allá del simple interés de protección de la integridad jurídica pues, de ser así, contaría con el amparo jurídico correspondiente y no con la tutela que ofrece el principio objeto de este trabajo.

Por otra parte, la pretensión es afectada por el ejercicio de un derecho como **agravio riesgoso u obstativo**.

El **agravio riesgoso** viene a ser la acción u omisión en el ejercicio del derecho que pone bajo riesgo la satisfacción de un **interés legítimo** ¹.

El **agravio obstativo** es la acción u omisión en el ejercicio del derecho que impide la satisfacción de un interés legítimo.

Es bueno ver que, la temática de los elementos constitutivos del abuso del derecho, por su relación con las situaciones objetivas inherentes a cada caso, merece ciertas referencias a la proyección directa del enfoque basado en el interés legítimo y en el agravio inferido al mismo, sobre circunstancias concretas que caracterizan cada materialización casuística del abuso del derecho; e incluso referencias al aspecto probatorio que, más adelante, serán presentadas. Y debe advertirse que el exceso y el agravio conlleva nexo entre el acto u omisión y la puesta en riesgo o la lesión del interés; y pueden producir peligro de daño o daño a bien del tercero, por todo lo cual nace la responsabilidad (DIEZ-PICAZO, L. y., 1984, Volumen 2º, pág. 620); y deben acreditarse los elementos respectivos.

Ahora bien, en el caso emblemático afrontado por el tribunal supremo español, con destacada intervención del Magistrado José Castán Tobeñas, la sociedad dueña de una central eléctrica “no tenía ningún derecho sobre la playa que protegía naturalmente la instalación, sólo un interés”... “**a que no desapareciese...**” como defensa natural de la instalación (DIEZ-PICAZO, L. y., 1985, Volumen 1º, pág. 447 y 448). Es decir, que se trata de un interés legítimo, de una pretensión legítima y justa, ya que descansa en el fin de proteger un bien propio; constituyendo el interés opuesto a un agravio obstativo, por otro lado.

Y el caso presentado por JOSSERAND de las edificaciones que ponían bajo riesgo el **interés legítimo** en un tránsito sin obstáculos peligrosos, constituye no solamente una pretensión legítima (desprovista de toda formalización como derecho subjetivo), sino que, además, se opone a un **agravio riesgoso** (JOSSERAND, 2012, pág. 18 y 19).

Circunstancias éstas que, en todo caso, dentro del contexto objetivo, facilitan la cabal determinación del agravio al interés legítimo.

Por lo que procede el ensayo de un balance que facilite la valoración del empleo de otros criterios sobre la configuración del abuso del derecho, en que destacan unos la inclinación culposa o dolosa

¹ V. el caso de edificaciones que ponían bajo riesgo el **interés legítimo** en un tránsito aéreo sin obstáculos peligrosos, citado por JOSSERAND, páginas 18 y 19.

de cualquier infractor, como el previsto en el artículo 1912 del Código Civil mexicano (Agenda Civil del D.F., 2010); y otros, el desvío del ejercicio del derecho de su función social y la transgresión de la buena fe genéricamente interpretada o positivizada como derivación de la justicia y pauta de correcto comportamiento social.

Lo anterior se explica, en la medida en que, como antes se ha indicado, importantes autores españoles que valoran la proyección de la doctrina legalizada del abuso del derecho (v. el artículo 7° del Código Civil español) (CODIGO CIVIL ESPAÑOL, 1977), advierten sobre el margen de imprecisión que la misma conlleva a raíz de la necesidad que deben afrontar los juzgadores al justipreciar la proyección histórico social del actuar de buena fe (parte de la norma orientadora) y el alcance asignado socialmente al ejercicio normal de un derecho (CUADRADO PÉREZ, 2014, pág. 92 a 100) y (DIEZ-PICAZO, L. y., 1985, Volumen 1°, pág. 448).

Sin que se excluya, desde otro enfoque, el invocado criterio de matiz subjetivo basado en la intención nociva o en la culpa como factores atribuyentes del abuso en el ejercicio del derecho, con las consabidas críticas relativas a diversos aspectos, incluyendo al probatorio (DIEZ-PICAZO, L. y., 1984, Volumen 2°, pág. 620 a 632) (ALTERINI, 1987, pág. 28 y 30).

Se ha cumplido con la exposición de un criterio a manera de complemento, con la base del deber fundamental condicionante y la concreción de la buena fe como respeto al interés razonable; así como con el enfoque del interés legítimo del afectado por el abuso del derecho, en calidad de pretensión lícita, justa y sustentada al conllevar conservación o mejoramiento de la persona, lo que resultará perceptible en cada caso.

Se propone un parámetro con base de razón y objetividad y concentrado en el aporte de elementos de juicio apreciables **según la naturaleza de las cosas**; y con ello solo quedan algunas consideraciones relativas a la prueba del abuso del derecho y facetas normativas.

VI. Comprobación de los presupuestos del abuso y facetas normativas.

En lo referente a esta temática y en cuanto respecta al presupuesto de la extralimitación por acción u omisión en el ejercicio de un derecho subjetivo, corresponde al afectado la prueba del ejercicio extralimitado del derecho subjetivo, por acción u omisión, al extenderse más allá del contenido correspondiente, afectando el interés de otra persona. Cabe determinar y probar el derecho subjetivo, la extralimitación en su ejercicio y el nexo entre éste y la afectación.

Y en lo referente al presupuesto del agravio a un interés legítimo, corresponde al afectado probar que se trata de un interés de ese tipo, en su carácter de pretensión no formalizada como derecho

subjetivo, y razonable (vg. al protegerse un bien propio) por su fundamento en justicia, apoyada, cabalmente, al implicar conservación o mejoramiento de la persona; y probar, además, que la satisfacción de tal interés la pone bajo riesgo o la frustra el ejercicio extralimitado del derecho. Cabe describir y probar el interés legítimo y el agravio inferido al mismo; lo que lleva al propio daño derivado del agravio (DIEZ-PICAZO, L. Volumen 2º, pág. 620 a 632).

Casos esclarecedores de la existencia de los referidos presupuestos o elementos del abuso, dados, como fuentes de pruebas, resultan ponderables por el juzgador. Ahora bien, la existencia o conocimiento de tales partes del **abuso** es la base para que se estructure, por diversas vías, la norma prohibitiva de ese hecho ilícito (Norma directriz), con la previsión del deber condicionante; y la norma de desarrollo comprensiva de consecuencias como el derecho a exigir el cese del **abuso**, y/o la indemnización por los daños que implica el **agravio obstativo** (LOMBARDO, 2018, pág. 145 a 156) y (DIEZ-PICAZO, L. Volumen 2º, pág.620 632); y es que, realizados, con el abuso, elementos de la responsabilidad (vg. el nexo de causalidad y el factor de atribución), existente el agravio riesgoso, o materializado el agravio conducente al daño, esta última norma tiene su utilidad; mas, todos los elementos deben probarse.

VII. Palabras finales

El abuso del derecho constituye una infracción del orden jurídico que impone efectivos controles, en la medida en que se concreta en el incumplimiento del deber fundamental de ejercer los derechos de buena fe, con respeto a intereses legítimos.

En torno a ese hecho se han planteado dos guías medulares que sustentan sus requisitos, una es la subjetiva, conforme a la cual el abuso deriva del ejercicio del derecho con dolo o culpa; y ha sido objeto de críticas, entre las que se cuentan las referentes a las dificultades para acreditar tales factores atributivos.

La otra, de cariz funcionalista, señala que el abuso proviene del ejercicio del derecho contrario a una función social y, en todo caso, a la buena fe, genéricamente considerada; y ha recibido reparos en el sentido que su contenido doctrinal refleja indeterminación afrontable por el juzgador, en cuanto al alcance de ese elemento directriz como pauta admitida por la estimativa social, y al alcance del propio límite normal del ejercicio del derecho subjetivo, rebasado el cual, se vulneraría la función que a éste le imponen los fines sociales.

Y, por ello, ante las críticas al criterio subjetivo que resultan razonables, y si se considera la naturaleza objetiva que refleja el modelo de la función social del derecho subjetivo, junto con los reparos, anteriormente indicados, que se le dirigen; desde un enfoque objetivo, se ha elaborado un criterio que se relaciona con el exceso y el **agravio a un interés legítimo** en tanto que hechos contrarios al deber fundamental de ejercer el derecho de buena fe; mas, una buena fe concretada en el respeto a un elemento de indudable raigambre social como es **el interés de tercero, el interés legítimo**.

Ahora bien, ese **interés legítimo** se define como pretensión razonable por su base de justicia vinculada con la estimación de la persona del tercero, y se refleja materialmente en cada caso.

De suerte que al especificarse el contenido de la buena fe y relacionarse con el mismo interés legítimo, merecedor de respeto por parte de cualquier titular de derechos subjetivos, se concede al juzgador un medio de conocimiento concreto, relativo al conjunto de pretensiones apreciables, para la determinación del hecho abusivo. Hecho abusivo compuesto por: la extralimitación materializada como suceso desbordante, en la medida en que el acopio de facultades del derecho no contempla hechos contrarios a razonables pretensiones; así como el mismo agravio en calidad de hecho que pone bajo riesgo o frustra la satisfacción del interés legítimo respectivo y del cual derivan, además, consecuencias riesgosas y pueden derivar consecuencias nocivas; lo que, en cada caso, debe ser acreditado.

Al punto que los elementos, no solo configuran el hecho abusivo, sino que, como se puede notar, el abuso es factor de atribución de la correspondiente responsabilidad; y, por lo demás, su convergencia refleja un carácter netamente objetivo.

Por ello, consideradas tales facetas, cabe valorar a cabalidad la pauta de configuración que se propone.

Bibliografía

Agenda Civil del D.F. (2010). *Código Civil para el Distrito Federal*(Décima Novena Edición), México, D.F., Editorial Isef, S.A.

ALBALADEJO, M. (1996). *Derecho Civil I. Introducción y Parte general* (Vol. 2°). Barcelona, España. Editorial Bosch

ALTERINI, A. (1987). *Contornos Actuales de la Responsabilidad*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, S.A.

- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1993). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, S.A.
- CÓDIGO CIVIL DE PANAMÁ. (2019). Panamá: Editorial Mizrachi y Pujol, S.A.
- CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. (1977). Pamplona, España: Editorial Aranzadi, S.A.
- CÓDIGO CIVIL y COMERCIAL DE LA NACIÓN. (2020). Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (1995). Medellín, Colombia: Edición de Luis César Pereira.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PANAMÁ. (2022). Panamá: Editorial Mizrachi y Pujol S.A.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2014). *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, S.A.
- DE BUEN, Demófilo (1977). *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. México, México: Editorial Porrúa, S.A.
- Diccionario de la Lengua Española*. (2014). Madrid, España. Real Academia Española
- DIEZ-PICAZO, L. y. (1984). *Sistema de Derecho Civil* (Vol. 2º). Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A.
- DIEZ-PICAZO, L. y. (1985). *Sistema de Derecho Civil*. (Vol. 1º). Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A.
- DUGUIT, L. (1912). *Las transformaciones del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. (C. Posada, Trad.) Madrid, España: Librería española y extranjera de Francisco Beltrán.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. (1979), Tomo 8. Buenos Aires, Argentina: Driskill, S.A.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992). *Abuso del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- FERRAJOLI, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España, España: Editorial Trotta, S.A.
- GARCÍA MÁYNEZ, E. (1996). *Filosofía del Derecho*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, S.A.
- JOSSERAND, L. (2012). *El Espíritu de los Derechos y su Relatividad*. (E. S. Cajica, Trad.) Granada, España: Editorial Comares.
- KELSEN, H. (1988). *Teoría general del Derecho y el Estado*. (E. G. Máynez, Trad.) Ciudad de México, México.

- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1990). *Parte General del Derecho Civil* (Vol. 3°). Barcelona, España: José M, Bosch, S.A.
- LOMBARDO, Julio (2018). Convergencia de principios y normas legales ante el abuso del derecho. Universidad de Panamá, *Revista de Derecho Privado. Departamento de Derecho Privado*.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1977). Madrid, España: Ministerio de Asuntos Exteriores
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. (1945). *Tratado Elemental de Derecho Civil. Volumen 6°*. Puebla, México: Editorial José Cajica.
- VALENCIA RESTREPO, H. (1986). *Derecho Privado romano*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.
- VALENCIA RESTREPO, H. (1993). *Nomoárquica, Principialística Jurídica*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.