Modifica la Carta Fundamental en materia de abuso del derecho

Boletín N°11105-07

I. ANTECEDENTES

Ha sido considerado un avance en las Constituciones Políticas más modernas, la inclusión dentro de su articulado, de una norma que proscriba el uso abusivo de los derechos. Sólo a modo ejemplar podemos citar la Carta de Derecho Fundamentales de la Unión Europea, específicamente su artículo 54 que preceptúa: "*Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realiar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta*".

Pudiera pretenderse que la teoría del abuso de los derechos, sólo tuviere aplicación en el ámbito del derecho privado, lo cierto es que hoy nadie niega su incorporación al mundo del derecho público. Basta recordar al respecto que en los Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio (tercera parte) el profesor Alvaro Ortúzar se refirió al tema de "El abuso del derecho ante la Constitución" (Editorial Jurídica de Chile, 2003), quien sobre el particular señala "*Y ¿qué es el abuso del derecho sino establecer la manera cómo éste puede ejercerse y los límites de ese ejercicio? Entonces, planteamos la afirmación de fondo que inspira todo este trabajo: el ordenamiento jurídico reprime o sanciona a quien de manera arbitraria, caprichosa o injusta ejercita su derecho, causando con ello amenaza, perturbación o privación en el derecho de otro. Esa es la afirmación fundamental, y como ustedes pueden ver, la manera de plantearla es más amplia que la del Derecho Civil, donde la institución se mira desde el punto de vista del ejercicio desviado de un derecho realizado con el fin de causar daño a otro. Acá lo planteamos como el ejercicio excesivo o injusto, caprichoso o arbitrario de un derecho, que priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio del derecho de otro. Al plantearlo de esta forma lo hago con un objetivo preciso: utilizar los mismos términos con que la Constitución se refiere al recurso de protección*" (p. 25).

E*l profesor* ORTÚZAR*, basa su trabajo en los siguientes principios (pp. 39 ss.):*

(a) "El abuso del derecho es una institución jurídica cuya aplicación supera el campo del Derecho Civil, siendo posible encontrar su razonamiento, caracterización y sanción en prácticamente todas las ramas del derecho.

(b) El rechazo del ordenamiento jurídico a toda actuación, sea de particulares o de la autoridad, que importe un ejercicio abusivo o desviado del derecho que le sirve de título, constituye un principio general.

(c) A partir de la vigencia de la Constitución de 1980 y particularmente gracias a los instrumentos judiciales concretos establecidos en éste (recurso de protección, entre otros), el rechazo al abuso del derecho es recogido por el constituyente como un principio constitucional aplicable por igual a administradores y administrados.

(d) El abuso del derecho, desde la promulgación de la Constitución de 1980, reconoce una caracterización más amplia que la de los antiguos criterios puramente civiles, pues no es exigible para estar frente a esta figura, la existencia del ejercicio indebido de un derecho con ánimo de causar daño a otro, sino puede bastar con dicho ejercicio sea realice arbitraria o caprichosamente y como consecuencia de ello resulte privado, perturbado o amenazado el derecho de terceros.

(e) Pensamos que el ordenamiento jurídico debe ser respetado no sólo en el caso específico a que se refiere la norma en particular sino en su integridad. Podrá existir abuso del derecho no sólo cuando se exceda o violente la norma, sino también cuando el titular de un derecho lo realiza o ejercita vulnerando el espíritu o fines generales del ordenamiento jurídico".

Incluso para el ejercicio de las libertades, resulta razonable aplicar como limitante el abuso del derecho, pues como señala FERNÁNDEZ SESSAREGO frente a la libertad general, existe el deber genérico de no lesionar un interés ajeno y frente a las manifestaciones concretas de la misma o se aplica ese principio general que prohíbe el ejercicio abusivo o un dispositivo especial acogido por el ordenamiento. Sólo pensemos en este sentido, con lo que pasa con el legítimo derecho a manifestarse y las complicaciones que a comerciantes y público en general generan esas manifestaciones o marchas: entorpecimiento del libre

tránsito, problemas de seguridad y hasta de salud. Otro tanto con las movilizaciones estudiantiles que en "tomas" impiden el trabajo de académicos y administrativos y el ejercicio del derecho a la educación de aquellos que no quieren plegarse a estas actividades. Por último, no podemos dejar fuera de este análisis la injusta situación que vive una persona que es dueña de un predio, el cual ha sido afectado de expropiación y luego de más de 20 años y cuando se sabe que el proyecto finalmente no se llevará a efecto, aún se encuentra bajo esa condición: a un menor valor, nadie quiere adquirirlo y hasta hay algunos que se aprovechan de la situación ara ofrecer un precio vil por el mismo.

Es cierto que en nuestra Constitución Política de la República, existe una norma que prescribe el respeto a los derechos, pero con una clara connotación de limitación hacia el Estado: Artículo 5º inciso 2º: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*".

Como se puede apreciar, se trata de una norma que pone limitaciones al ejercicio de la soberanía, la que de acuerdo al mismo precepto reside esencialmente en la Nación, pero no se refiere al ámbito del ejercicio de los derechos propiamente tal. Por lo demás, aquí estamos hablando de limitaciones a los derechos, pero no de aquella situación que se produce cuando un derecho es ejercido correctamente, pero desviando su finalidad o con el sólo ánimo de perjudicar a otro.

En esta misma línea el profesor ORTÚZAR hacía referencia a una serie de situaciones en las cuales se podía producir un abuso del derecho a la luz de las disposiciones constitucionales y siguiendo su elenco, nos damos cuenta que la utilización de la institución en comento (pp. 133 ss.). Por eso es que precisamente el tema del abuso del poder en la autoridad fue de aquellos que más discusiones y atención tomó en el proceso constituyente que resultó en nuestra actual Carta Fudamental. Pero no existe una norma que sirva de sustento al sistema en particular, sino que las prevenciones a que puede dar lugar el abuso del derecho se encuentran fragmentariamente contenidas en artículos dispersos, muchos de

ellos que ya se refieren a la gran solución que se encontró a este tema, por lo menos, en lo que dice relación a ciertos derechos fundamentales: el recurso de protección.

Nuevamente ha tenido que ser la jurisprudencia, auxiliada por la doctrina, la llamada a llenar el vacío y el problema que ello representa es que queda más bien entregado al criterio del juez de turno que a una normativa objetiva y que necesariamente ha de seguirse.

Es precisamente por ello, que salta a la luz la necesidad de incorporar al texto constitucional una disposición que se refiera expresamente a la proscripción al abuso del derecho, a fin de entregar una solución objetiva y real a los casos de abuso tanto del gobernante como de los gobernados.

II. PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo único: Agréguese el siguiente inciso final al artículo 5º de la Constitución Política de la República: "*Todos los derechos reconocidos por la Constitución y las leyes, deben ejercerse conforme a su finalidad y suponen la responsabilidad civil y penal que trae aparejado su propio ejericicio*".