

ABUSO DEL DERECHO Y PONDERACIÓN DE DERECHOS *

Arturo Muñoz Aranguren

Universidad Complutense de Madrid

arturomu@ucm.es

RESUMEN. A pesar del extraordinario auge de la técnica de la ponderación de derechos en la jurisprudencia y en la doctrina, la relación entre el abuso del derecho y la ponderación apenas ha sido analizada. Esta nota tiene por objeto realizar una primera aproximación a esta relación, con el fin de delimitar los contornos y puntos de fricción entre ambos fenómenos.

Palabras clave: abuso del derecho, ponderación, ATIENZA y RUIZ MANERO, *iusta causa litigandi*, daños procesales.

Balancing and abuse of rights

ABSTRACT. Despite the extraordinary rise in the method of balancing of rights both in the case-law and scholarship, the relationship between the abuse of rights and the balancing has barely been analyzed. This note aims to make a first approach to this relationship, in order to delimit the contours and points of friction between these two phenomena.

Keywords: abuse of rights, balancing, ATIENZA and RUIZ MANERO, reasonable cause, procedural damages.

* Fecha de recepción: 29 de noviembre de 2017. Fecha de aceptación: 5 de febrero de 2018.

1. IDEAS DE PARTIDA

El presente trabajo tiene como finalidad abordar cuál es la relación conceptual entre el abuso del derecho y la técnica de ponderación de los derechos fundamentales. Debemos señalar que se trata de una cuestión que ha recibido un tratamiento escaso por parte de la doctrina, dentro de la, por el contrario, abundantísima literatura existente sobre la ponderación de derechos¹.

En primer lugar, conviene clarificar algunos conceptos de partida.

Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

O dicho de otra forma, en su aceptación jurídico-constitucional (ARROYO JIMÉNEZ, 2009: 8), ponderar es: i) resolver conflictos entre principios jurídicos (entendidos en este contexto no en cualquiera de los muchos significados posibles del término, sino específicamente como normas jurídicas susceptibles de cumplimiento gradual); ii) mediante la creación de reglas (se pondera primero para poder subsumir después), y iii) a través de un método específico (cuya peculiaridad reside en que está dirigido al establecimiento de una relación de preferencia condicionada).

Por lo que se refiere al abuso del derecho, en nuestro entendimiento es una figura que tiene por objeto corregir aquellos ejercicios de un determinado derecho subjetivo (sea o no fundamental) que, dadas las circunstancias específicas que rodean a ese ejercicio concreto, contravienen los principios jurídicos² que sustentan, a su vez, el derecho ejercitado de forma desviada. Desde esta perspectiva, el abuso del derecho es una figura *auto-correctora*³, que permite reprimir aquellos ejercicios concretos del derecho que, aunque *prima facie* válidos, contravengan principios configuradores del ordenamiento jurídico y, en particular, los que han dado lugar al reconocimiento mismo de tal derecho abusado.

Quizá el escaso desarrollo del análisis entre las zonas de confluencia de la ponderación y la figura del abuso del derecho se deba al hecho de que no todos los ordenamientos continentales reconozcan a esta última como tal y que sea un fenómeno desconocido en el *Common Law*⁴. En efecto, debe hacerse notar a este respecto que en los ordenamientos de algunos países de nuestro entorno, como Francia e Italia —a pesar de provenir sustancialmente su Derecho privado, al igual que en España, del *Code* napoleónico—, ni siquiera existe un precepto que recoja el abuso del derecho como principio general —a

¹ Así, se ha dicho de forma significativa que vivimos en la «era de la ponderación» (ARROYO JIMÉNEZ, 2009: 4). Para una examen reciente del estado de la cuestión, *vid.* FERNÁNDEZ NÚÑEZ, 2017: 335-384. Sobre la interacción entre la ponderación y el abuso del derecho, *cfr.* ATIENZA y RUIZ MANERO (2011: 50-59). Entre las pocas excepciones, LOSURDO (2015).

² Las referencias a los «principios» en este contexto deben entenderse en un sentido amplio, comprendiendo tanto los principios en sentido estricto, como las directrices. *Vid.* ATIENZA y RUIZ MANERO, 2000: 57, nota 10.

³ ATIENZA y RUIZ MANERO, 2000: 59.

⁴ *Ibid.*, 35.

diferencia de lo que ocurre en España, en Suiza⁵ o en Alemania⁶—. Esta disparidad quizá explique por qué los principales textos europeos de armonización del Derecho privado, como los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de los contratos (PECL) o los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil (PETL) que, según jurisprudencia reiterada del TS, han de servir de canon interpretativo de nuestro Código Civil (*vid.*, por todas, la STS núm. 333/2014, de 30 de junio) no contengan una referencia explícita al abuso del derecho pero sí al principio de buena fe: art. 1.7 de los Principios UNIDROIT, arts. 1:106 (1) y 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos o el art. I-1:103 del DCFR (*Draft of Common Frame of Reference*).

En los sistemas jurídicos de *Common Law*, el abuso del derecho nunca llegó a cristalizar como institución jurídica, lo que posiblemente se deba a la facultad del *distinguishing* (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2000: 35), característica de los jueces angloamericanos⁷. Esta prerrogativa permite al juez separarse del precedente aplicable *prima facie* al caso sometido a su consideración, si este presenta alguna característica especial que aconseje apartarse de la regla fijada por aquel. Esta reinterpretación constante y progresiva de los precedentes a la luz de sus justificaciones permite flexibilizar las soluciones legales —en contraste con el derecho codificado— y eludir así la permisión del ejercicio anormal o abusivo de un derecho subjetivo⁸. De otro lado, existe otro fenómeno que, menos conocido, también explica por qué la institución del abuso del derecho no ha sido fecunda en el derecho angloamericano: la relativización de la *ratio decidendi* (*holding*) de los precedentes jurisprudenciales con el transcurso del tiempo. En efecto, no es infrecuente que, en vez de proceder a su derogación formal, los tribunales del *Common Law* transformen las genuinas «razones de decidir» de la jurisprudencia previa en afirmaciones *obiter dicta* —y al revés—, con el fin de aparentar que su decisión no supone un «*overruling*», sino una re-interpretación del precedente a la luz de las circunstancias concretas del caso que juzgan⁹.

2. ¿ES POSIBLE ABUSAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Al no contener la Constitución Española mención alguna al abuso de derecho como límite de los derechos en ella reconocidos, una parte de la doctrina constitucionalista ha defendido la imposibilidad de la aplicación de esta figura a los derechos fundamentales¹⁰.

⁵ Art. 2.2 del Código Civil suizo: «*L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*» («El manifiesto abuso de un derecho no está protegido por la Ley»).

⁶ § 226 del BGB (Código Civil alemán): «*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*» («El ejercicio de un derecho no será permitido si su único propósito posible consiste en causar un daño a otro»).

⁷ Aunque existen algunos precedentes históricos que, ante casos concretos, habían proclamado la antijuridicidad del uso de facultades legales con el solo fin de dañar a otro. El caso más conocido, que data de principios del siglo XVIII, es *Keeble v. Hickeringill*, King's Bench, 11 East 574 (1707). Sobre estos precedentes, *vid.* TAGGART, 2002: 145-155.

⁸ Cfr. PATON, 1972: 106.

⁹ SUNSTEIN, 1999: 19-23. También *vid.* STINSON, 2010: 219-264.

¹⁰ *Vid.*, a este respecto, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, 2009: 839. Un exponente señero de esta postura es ROVIRA VIÑAS (1983: 220), quien se muestra radicalmente contrario a la aplicación de la figura del abuso del derecho

Se ha argumentado que la Constitución Española ya contempla diversos límites a los derechos en ella contenidos, así como advertido del peligro que para la seguridad jurídica supone el carácter impreciso inherente a la figura del abuso del derecho aplicado a la fijación de los límites admisibles del ejercicio de los derechos constitucionales¹¹.

A mi juicio, esta posición adolece del mismo lastre formalista que la de los autores que, a comienzos del siglo XX, negaban la posibilidad en abstracto de la figura del abuso del derecho. No creo que existan razones dogmáticas para excluir que, en el ámbito particular de los derechos fundamentales, no se den las mismas *razones de principio* que en el resto del ordenamiento jurídico justifican la necesidad de acudir a la figura de la prohibición del abuso del derecho como mecanismo de autocorrección. Dicho de otra forma, no creo que, estructuralmente, un uso abusivo de un derecho subjetivo de rango meramente legal difiera del ejercicio de un derecho fundamental en contradicción con las razones que justificaron su reconocimiento constitucional. Esto es algo que se constata con claridad, por ejemplo, ante la utilización abusiva de determinadas normas (reglas) procesales por parte de un litigante —por ejemplo, la facultad de recusar a un juez—, en contradicción con el derecho a la tutela judicial efectiva del que dimanar.

Descendiendo al terreno del derecho positivo, no puede ignorarse el contenido de los arts. 17 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la hora de fijar los límites al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna, máxime cuando la propia Constitución Española atribuye a estos instrumentos un valor interpretativo explícito. Adicionalmente, es importante hacer notar que el abuso del derecho aparece regulado en el título preliminar del Código Civil, habiendo admitido el Tribunal Constitucional su eficacia general en todo el ordenamiento jurídico español¹².

La propia jurisprudencia del TC, al señalar que los derechos fundamentales no son absolutos y que están sujetos a determinadas limitaciones más allá de las específicamente mencionadas en la Constitución, está reconociendo implícitamente que puede existir un ejercicio desviado de tales derechos —ya no se refiere solamente a los límites impuestos por la existencia de derechos de terceros—, lo que reconduce el problema al terreno de la figura del abuso del derecho, pues esa es la calificación jurídica que merece, por definición, el uso espurio de un derecho subjetivo de forma contraria a su finalidad institucional.

Es pertinente hacer alusión a dos concretas sentencias del Tribunal Constitucional, que muestran que, en la práctica, la doctrina del abuso del derecho no es ajena en absoluto a los derechos fundamentales. La primera es la STC 11/1981, de 8 de abril, que se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 7.2 del Real Decreto-ley de relaciones de trabajo 17/1977, de 4 de marzo, que califica como abusivas determinadas modali-

a los derechos fundamentales. Una refutación solvente de sus argumentos puede leerse en ATIENZA y RUIZ MANERO (2011: 52-59).

¹¹ MATÍÁ PRIM, 1996: 157.

¹² Por ejemplo, en la STC núm. 82/2016, de 28 de abril. Algunos autores —a mi modo de ver, de forma forzada— han defendido que la interdicción del abuso del derecho era un principio «inscrito» en el art. 9 CE (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1986: 593-611; o MARTÍN BERNAL, 1982: 106).

dades de huelga, como las de celo o reglamento, las realizadas en servicios estratégicos y las rotatorias. El TC consideró que dicho precepto era conforme con la Constitución siempre que se entendiese como una presunción *iuris tantum* de ejercicio abusivo de ese derecho (constitucional), admitiendo, en consecuencia, prueba en contrario.

El otro pronunciamiento del Alto Tribunal que interesa traer a colación ahora es la STC 41/1984, de 21 de marzo. Entre otras cuestiones, se discutía si la imposición a los litigantes por parte de la resolución judicial objeto del recurso de amparo, con base en el art. 94 de la Ley de Procedimiento Laboral entonces vigente, de sendas sanciones de 10.000 pesetas, al reputarse temeraria su conducta procesal, conculcaba el art. 24.1 CE.

El TC estimó el recurso de amparo por la falta de motivación de las razones que justificaban la imposición de la multa, pero sin cuestionar la constitucionalidad de ese precepto¹³. En palabras del TC, «[l]a multa que viene a sancionar *el abuso en el ejercicio del derecho a la tutela*, como sanción que es, ha de estar motivada».

Por último, es significativo que, en el ámbito procesal, tanto el art. 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) como el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) permitan rechazar «peticiones e incidentes» abusivos, que constituyen una expresión —aunque sea desviada— del ejercicio a la tutela judicial efectiva. Es más, debemos recordar que el art. 95.3 LOPJ dispone que «[e]l Tribunal podrá imponer a quien formulase recursos de inconstitucionalidad o de amparo, con temeridad *o abuso de derecho*, una sanción pecuniaria de 600 a 3.000 euros».

3. ALGUNAS DIFERENCIAS

Es cierto que, en un sentido *lato*, la aplicación práctica de la figura del abuso del derecho constituye una forma de *ponderar*. En efecto, de lo que se trata es de verificar si el ejercicio concreto de un derecho, dadas todas las circunstancias concurrentes en el caso, contraviene o no los principios antes aludidos. Pero esta tarea, más que implicar la contraposición de dos intereses contrapuestos con el fin de otorgar un valor preeminente a uno de ellos sobre el otro, consiste en determinar la prevalencia de un principio sobre las reglas a las que formalmente da sustento, y que no pertenecen a dos titulares diferentes.

Si de lo que se trata es de verificar si un determinado ejercicio de un derecho subjetivo reconocido por el legislador, dado el contexto, se encuentra incluido o no dentro del principio que justifica tal reconocimiento, parece que la tarea del aplicador del Derecho se acomoda más a la subsunción que a la ponderación. No se trata, en rigor, de la resolución de un conflicto o contraposición de intereses, sino de realizar una interpretación teleológico-objetiva sobre si las circunstancias concretas que rodean el

¹³ Debemos recordar que, en caso de reputar el Tribunal inconstitucional ese precepto, habría planteado la denominada «auto-cuestión» de inconstitucionalidad. Con arreglo al art. 55.2 LOTC, «[e]n el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes».

ejercicio concreto de un derecho exceden de la órbita trazada por el principio que le sirve de base; análisis que se acomoda, sustancialmente, a un esquema subsuntivo.

Para ATIENZA Y RUIZ MANERO (2011: 59),

el abuso del derecho (entendido como una categoría general) es, en realidad, un *esquema de ponderación*, incluso cuando la figura se ve en el contexto de los derechos patrimoniales: considerar que se da un supuesto abuso de derecho significa que el valor de la justicia (entendida en un cierto sentido: evitar un grave daño, etc.) pesa más, dadas las circunstancias, que el de certeza o seguridad (aplicar la regla tal y como está establecida, sin considerar la existencia de una laguna axiológica) (cursiva añadida).

Creo pertinente realizar algunas matizaciones al respecto. Es cierto que ambos escenarios presentan concomitancias. En la ponderación de derechos en sentido estricto se procede a la valoración del peso —tanto abstracto como relativo—, de los derechos o principios enfrentados que, por definición, pertenecen a dos sujetos diferentes. Y también es cierto que para que se produzca el abuso del derecho —o al menos, para que este interese al ordenamiento jurídico— es preciso que se dañe a un tercero o que al menos exista el riesgo potencial de que se produzca tal daño¹⁴. Pero nada en el texto del art. 7.2 CC, ni en la propia estructura del fenómeno abusivo, permiten la toma en consideración del derecho de ese tercero para otorgarle un carácter *preeminente* sobre el derecho ejercitado de forma desviada por el abutente.

Lo que prevalecerá será el principio (del que dimana el derecho del supuesto abutente) sobre una regla de aplicación concreta que se concluye que es ajena a tal principio. No se otorga primacía al derecho —o principio subyacente— del otro polo de interés (el del tercero perjudicado). Cuando se concluye que A abusó de su derecho X, se está afirmando que el ejercicio concreto de ese derecho subjetivo —dadas las circunstancias concurrentes— contraviene el *fin institucional* para el que dicho derecho fue reconocido por el legislador.

Desde luego, la posición jurídica del tercero dañado —o que pueda serlo—, no es irrelevante a la hora de realizar un juicio global sobre la licitud del ejercicio concreto del derecho subjetivo por parte de su titular, cuya presunta abusividad se está examinando. Dado que el abuso del derecho es un fenómeno *contextual* —es decir, en el que han de analizarse todas las circunstancias dadas del caso concreto—, el perjuicio causado al tercero es una variable a tomar en consideración en ese juicio holístico a realizar; pero, en cualquier caso, lo que subyace de fondo en la dinámica abusiva es la contravención del principio o principios que fundamentan el reconocimiento del derecho que se ejerce de forma desviada.

De forma que ya estamos en condiciones de señalar dos elementos distintivos del abuso del derecho con respecto a la ponderación de derechos:

i) El conflicto no se produce entre dos derechos subjetivos distintos, sino entre reglas y los principios (y no cualesquiera principios) de las que aquellas traen causa directa. En la ponderación existe una tensión, por así decirlo, *externa*, entre las dos

¹⁴ No sé si podría hablarse de un posible abuso de derecho «solipsista» (como el de un individuo que se dedicara a quemar billetes en la chimenea de su casa, mientras sus vecinos se encuentran en la indigencia más absoluta) —tomo prestado este ejemplo imaginario de CARRASCO PEREA (2016: 98)—, pero creo que se trataría de un comportamiento irrelevante para el ordenamiento jurídico privado.

esferas de interés distintas y enfrentadas. En el abuso esa tensión es *interna*, ya que el devenir abusivo se desarrolla en el seno del propio derecho subjetivo ejercitado¹⁵. Por decirlo de forma gráfica, en la ponderación nos encontramos ante un escenario que se asemeja al de los de círculos secantes, mientras que en el abuso al de los concéntricos.

ii) En el caso de la ponderación es requisito ineludible la toma en consideración del derecho del tercero, a fin de poner en la balanza los dos derechos subjetivos —sean fundamentales o no— y otorgar primacía a uno de ellos sobre el otro; en el caso del abuso esa valoración del derecho del tercero afectado no tiene lugar con la misma intensidad o, cuando menos, se trata de una toma en consideración *secundaria o de segundo grado*, pues lo decisivo es emitir un juicio sobre la licitud del ejercicio de uno de los dos derechos (el del supuesto abutente), pero no del otro. Tan solo se precisa constatar que el ejercicio (desviado) del derecho subjetivo causa un daño —o puede causarlo— a un tercero, pero el peso axiológico de ese interés del tercero afectado no será *determinante* para alterar el estatus deóntico de aquel.

4. UNA RELACIÓN DE PRECEDENCIA LÓGICA

De otro lado, no dejaría de ser ilógico que, en el ejercicio de la ponderación de derechos enfrentados, pudiera entrar en liza un derecho que es ejercitado de forma ilícita, es decir, sobrepasando los límites normales de su ejercicio. Parece razonable pensar que la labor de ponderación solo puede realizarse entre intereses o derechos ejercitados de forma acorde con el ordenamiento jurídico. La licitud *prima facie* parece, por tanto, un presupuesto de partida para la tarea ponderativa. Lo que, lógicamente, no quiere decir que, en muchas ocasiones, sea precisamente la tarea de ponderación la que determine, una vez realizada la valoración *ad hoc*, la ilicitud de determinada manifestación del ejercicio de un derecho por conculcar un derecho ajeno, en conflicto, de superior peso.

Pero nótese que en este caso se alcanza esa conclusión de ilicitud tras la valoración de los derechos enfrentados y partiendo de la premisa de que, al menos en abstracto, los dos derechos en colisión, en su manifestación concreta en el caso, presentan una licitud *prima facie*, es decir, respetan sus respectivos límites internos¹⁶. No creo, por tanto, que se trate un mismo fenómeno observado desde dos perspectivas distintas (la del abuso y la de la ponderación). Existe, en el seno del razonamiento jurídico, una relación *secuencial* entre ambos escenarios¹⁷.

¹⁵ Para LOSURDO (2016: 6), la corrección que se deriva de la figura del abuso del derecho se basa en un principio de justicia intrínseco a la lógica de ese derecho, mientras que, en la ponderación, la corrección se fundamenta en un principio de justicia extrínseco a tal lógica.

¹⁶ No creo tampoco que tenga sentido plantearse la ponderación entre dos derechos ejercitados de forma desviada, con el fin de determinar a cuál de los dos debe otorgársele un valor preeminente. Porque la conclusión sería —si es que esta formulación tiene alguna lógica— la determinación de qué derecho es *menos ilícito*.

¹⁷ Me parece que ATIENZA y RUIZ MANERO (2011: 57) apuntan en otra dirección cuando señalan que «lo que hay que hacer es aplicar un test de proporcionalidad que nos permita ponderar cuál es el peso relativo, por ejemplo, de las razones a favor del derecho de huelga, por un lado, y de las provenientes del derecho a la libertad de los empresarios, de la libertad de los otros trabajadores para no ir a la huelga o de los derechos (intereses) de terceros a no sufrir determinados daños, por el otro. *El abuso del derecho tendrá lugar cuando pueda afirmarse justificadamente que estas últimas razones pesan más que las primeras*» (cursiva añadida). En este

En el plano estrictamente lógico, el análisis de si se ejercitó el derecho o no de forma abusiva (operación analítica, como ya se ha indicado, de carácter sustancialmente subsuntiva) parece anteceder al de la ponderación de los derechos en conflicto (PINALGUA-VILLALÓN y GAVIRA, 2016: 926-949). Y ello porque solo podrían ser «ponderables» los derechos ejercitados dentro de los «límites normales», por utilizar el léxico del art. 7.2 CC. Es decir, no tendría sentido realizar esa ponderación entre un derecho ejercitado de forma desviada —y, por tanto, ilícita— y otro derecho lícitamente invocado por su titular. Para llegar a ese segundo estadio —el de la ponderación— hará falta, a nuestro entender, que se compruebe si el ejercicio concreto de ese derecho, dadas todas las circunstancias del caso, es admisible o no, puesto que de ser la respuesta negativa no tiene sentido acudir a la técnica de la ponderación¹⁸. El art. 7.2 CC actúa así como un límite interno del derecho, mientras que la ponderación de ese derecho con otro enfrentado constituiría, a su vez, un límite externo a su concreto ejercicio.

Por tanto, la toma en consideración del interés afectado por el ejercicio pretendidamente abusivo de un derecho subjetivo es, por así decirlo, secundaria o de segundo grado. En la medida en que el abuso del derecho es una figura que depende de todas las circunstancias dadas o concurrentes, ese interés puede servir como un elemento más a la hora de juzgar la intencionalidad del abutente o para fijar los límites normales del ejercicio —que, como ha explicado convincentemente RIVERO HERNÁNDEZ (2000: 237), no pueden ser los límites legales— de que se trate.

Dado que, como hemos indicado ya, el único abuso jurídicamente relevante es el que se produce en el seno de las relaciones intersubjetivas —de otro modo, no se causaría daño a tercero—, siempre existirá un derecho ajeno —al menos en potencia— afectado. Pero si afinamos nuestro análisis se constata que no se produce, en puridad, un contraste entre dos esferas jurídicas contrapuestas, pues el abuso se sitúa en un plano secuencialmente precedente. Si existe abuso, la conducta será antijurídica y no habrá nada que ponderar.

Nótese que el art. 7.2 CC sanciona como constitutivo de abuso de derecho todo ejercicio del mismo 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, con daño para tercero. Pero el precepto no exige ningún juicio de ponderación entre los intereses del abutente y los del tercero afectado por ese ejercicio desviado del derecho subjetivo, de manera que el análisis se concentra en el

ejemplo, los derechos de los terceros son valorados hasta el punto de poder prevalecer, según el contexto, sobre el ejercitado por el supuesto abutente. Pero en tal caso no serían los límites internos del derecho subjetivo los rebasados, sino los externos. El planteamiento de esos autores es consecuente con su visión conflictivista del ordenamiento jurídico. Con arreglo a esta visión, todas los conceptos y categorías jurídicas se deben reinterpretar desde la óptica del conflicto normativo (que se eleva a nivel constitucional) y la ponderación; incluida la figura del abuso del derecho, que quedaría configurada en el nuevo marco teórico como una prohibición de ejercer un derecho, cuando el ejercicio del mismo supusiera la afectación desproporcionada de los intereses de terceros.

¹⁸ Ahora bien —como me hizo notar con agudeza uno de los evaluadores anónimos de este trabajo—, la tesis de la relación de precedencia lógica no sería aceptada por quienes sostienen, precisamente, que la determinación de esa ilicitud es el resultado de la ponderación y no su presupuesto. Dicho de otro modo, la ilicitud o carácter abusivo de la conducta no vendría dada por la relación interna entre el principio subyacente y la regla que lo articula, sino por la relación entre el derecho y los efectos de su ejercicio sobre terceros.

derecho ejercitado, desde el punto de vista exclusivo de su titular. Reiteramos que es cierto que, para que el abuso se manifieste (o, más bien, para que sea tomado en consideración por el ordenamiento jurídico) es preciso que provoque algún daño —o pueda ocasionarlo—, del género que sea, a un tercero; pero ese perjuicio no es propiamente un elemento constitutivo del abuso. El daño a tercero es la consecuencia de la dinámica abusiva, pero no constituye un interés jurídico autónomo a tomar en consideración por el aplicador del Derecho a la hora de calificar como abusivo un ejercicio concreto de un derecho subjetivo¹⁹. Es más, el propio art. 7.2 CC contempla la posibilidad de que adopten medidas administrativas o judiciales que impidan la persistencia del abuso²⁰.

La necesidad de que entre en funcionamiento este mecanismo de autocorrección del Derecho que es la figura recogida en el art. 7.2 CC deriva, precisamente, de la inexistencia en el caso concreto de una norma que proteja específicamente al perjudicado, a pesar de lo cual se trata de un daño que, teniendo en cuenta los principios rectores del ordenamiento jurídico, no está obligado a soportar.

A mi modo de ver, como a continuación analizaremos, el requisito de que se trate de interés no protegido por una especial prerrogativa jurídica (requisito no previsto expresamente por el art. 7.2 CC, pero sí exigido de forma reiterada por la jurisprudencia) significa que, para que nos encontremos ante un caso de abuso del derecho, no debe existir una norma que prohíba específicamente la conducta abusiva de que se trate (pues en tal caso no habría abuso, sino «infracción» de una norma *ad hoc*). Veámoslo.

5. EL REQUISITO DE LA AUSENCIA DE UNA «ESPECIAL PRERROGATIVA JURÍDICA» QUE PROTEJA EL INTERÉS AFECTADO

Con arreglo a la teoría general del Derecho civil, debemos entender por daño toda lesión, menoscabo o perjuicio real que se infringe a otra persona en sus bienes, derechos o intereses. Obviamente, para que entre en escena el abuso del derecho es preciso que sea un daño ajeno —es el requisito de la alteridad—, esto es, causado a un tercero. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya desde la Sentencia iniciática de 14 de febrero de 1944, el daño debe recaer sobre un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, porque en tal caso la acción

no sería *ex jure*, sino *contra jus*, y el titular del derecho dañado deberá acudir a las acciones específicas y naturalmente diferentes de las que correspondería al abuso o ejercicio

¹⁹ Por eso me parece que acertaba DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN cuando sostenía que la concurrencia del daño solo constituye presupuesto del efecto indemnizatorio y que, sin daño efectivo, el acto puede ser abusivo y determinar otras consecuencias jurídicas (1992: 7). Quizá el ejemplo más claro es la posibilidad que recogen los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC de rechazar «peticiones e incidentes» abusivos. En tal caso, el daño no parece haberse consumado, precisamente por la posibilidad de adoptar medidas judiciales preventivas. En contra de esta posición, GÓMEZ LAPLAZA, 2006: 40.

²⁰ Aun cuando la utilización del verbo «persistir» por el art. 7.2 del Código Civil podría dar a entender que estas medidas administrativas y judiciales tienen que ser necesariamente posteriores a la consumación —aunque sea parcial— del abuso (es decir, a la producción efectiva del daño), los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC acreditan lo contrario, al contener una medida «preventiva» contra la conducta abusiva.

antisocial del mismo, como serían las consistentes en acciones de ineficacia, cuando no de ilegalidad del acto, con la consiguiente responsabilidad civil reparatoria de la lesión sufrida²¹.

Este requisito para apreciar la existencia del abuso de derecho parte de una premisa muy elemental. Si el daño que sufre el perjudicado está protegido por una especial prerrogativa jurídica, esto es, por una norma, no haría falta recurso a esa figura, puesto que bastaría la invocación de la norma infringida contra quien ha ejercitado un derecho subjetivo, causándole un daño. El perjudicado podría activar la tutela jurisdiccional fundando su acción en la infracción legal acaecida. La necesidad de que entre en funcionamiento este mecanismo de autocorrección del Derecho que es la figura recogida en el art. 7.2 CC deriva, precisamente, de la inexistencia en el caso concreto de una norma que proteja específicamente al perjudicado, a pesar de lo cual se trata de un daño que, teniendo en cuenta los principios rectores del ordenamiento jurídico, no está obligado a soportar.

De acuerdo con el criterio doctrinal mayoritario, en nuestro Derecho la responsabilidad se asienta sobre una fórmula abstracta (art. 1902 CC), tanto en lo relativo al daño resarcible, como al desvalor de la conducta. No existe, por tanto, ninguna norma con rango de ley que, en el ámbito del Derecho privado, establezca la obligación general de no dañar a terceros. Se ha señalado que la existencia de una regla que impusiera el deber de no dañar a nadie sería contraria a los sistemas económicos fundados en la competencia, que permiten y hasta fomentan actividades estadísticamente perjudiciales para los intereses ajenos²².

En la medida que no existe una norma en nuestro ordenamiento que prohíba con carácter general causar daños a terceros, el hecho de que el perjuicio causado lesione en último término el derecho a la propiedad o a la integridad física y/o moral del tercero (lo que ocurrirá por definición ante cualquier dinámica abusiva) no es óbice para considerar que estamos ante un caso de abuso de derecho. En otro caso, esta figura jamás se daría, pues siempre podría alegarse que el interés del tercero afectado por el ejercicio desviado de un derecho subjetivo está «protegido», a su vez, por otro derecho de rango, además, en muchos casos, constitucional. Con ello se llegaría al absurdo de negar la posibilidad misma del acto jurídico abusivo. Dado que dicha conducta solo se toma en consideración por el Derecho cuando provoca —o puede provocar— daño a un tercero, esos intereses ajenos siempre estarían «protegidos», en último término, por el derecho de propiedad (art. 33 CE) —en lo que se refiere a los daños patrimoniales—, por el art. 15 CE (en lo que se refiere a los llamados daños psicofísicos —entre los que cabe incluir los daños morales—) o por los denominados derechos de la personalidad (honor, imagen, intimidad, etc.).

Por mencionar un supuesto muy habitual, los eventuales excesos en el ejercicio de la libertad de expresión jamás darían lugar al abuso de ese derecho, sino, en su caso, a una lesión al derecho al honor del afectado, a resolver exclusivamente mediante la técnica de la ponderación (que es, por cierto, como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional resuelven siempre estas controversias). Si como dicen habitualmente

²¹ MARTÍN BERNAL, 1982: 253.

²² La referencia doctrinal clásica es PANTALEÓN PRIETO, 1991: 1995.

ambos Tribunales, la CE no reconoce en ningún caso el «derecho al insulto»²³, será porque esa conducta se encuentra al margen del principio que sustenta el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión. No porque conculque el derecho al honor del afectado —que, sin duda, lo hará—²⁴, pues si las expresiones son objetivamente insultantes, jamás este ejercicio desviado del derecho a la libertad de expresión podría «derrotar» al otro derecho fundamental comprometido. Salvo que se pretenda sostener que —a diferencia de lo que se proclama de forma constante por los jueces españoles en sus resoluciones— esa negativa a reconocer el derecho al insulto en realidad sí está eventualmente condicionada por el peso del derecho al honor del afectado. Porque entonces existiría efectivamente un «derecho al insulto», aunque fuera en circunstancias excepcionales²⁵.

6. EL ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR

Del análisis de la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal ante reclamaciones indemnizatorias que derivan de una vulneración de derechos fundamentales se desprende que, en atención a lo expuesto, en algunos casos esas controversias podrían resolverse sin necesidad de acudir a la técnica de la ponderación. En efecto, en algunos casos la ilicitud del ejercicio de un derecho fundamental no deriva de la vulneración del límite exterior delimitado por el derecho fundamental del tercero afectado, sino que, por desbordar el límite interno del derecho ejercitado, puede ser predicada sin necesidad de hacer esa confrontación —al menos, no al mismo nivel que la que tiene lugar en la operación ponderativa— entre los dos distintos intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, por razones de elemental congruencia, es patente que los tribunales solo pueden dirimir las controversias en función de la concreta causa de pedir invo-

²³ Por ejemplo, en la STS núm. 288/2015, de 13 de mayo.

²⁴ En algunas ocasiones, el Tribunal Constitucional, con una manifiesta imprecisión técnica, ha llegado hasta el punto de hablar de «abuso del derecho al honor» del perjudicado (cfr. STC 208/2013, de 16 de diciembre).

²⁵ No creo que pueda argumentarse que en todos los casos, para concluir si determinada expresión es o no «insultante», será preciso ponderar el derecho al honor del destinatario de tales invectivas. No es imposible imaginar expresiones objetivamente injuriosas, con independencia de a quién vayan dirigidas y de las circunstancias dadas del caso. Pero quizá la cuestión se aprecie con mayor claridad en otro ámbito. Es el caso del ejercicio de la acción de tutela sumaria de obra nueva (el antiguo interdicto) del art. 250.1.5 LEC con la única finalidad de paralizar una obra para obtener un rédito económico de ello (algo más frecuente en la práctica de lo que parece). En este contexto, y valorando el coste de oportunidad, es posible que al demandado le traiga a cuenta pagar lo que le pide el actor y continuar la obra, en vez de litigar con la ejecución de la obra suspendida. En el caso de que no fuera así, a la hora de responsabilizar en un procedimiento declarativo ulterior al actor de los daños y perjuicios causados por ese previo ejercicio desviado de la tutela judicial (la mera admisión a trámite de la demanda lleva aparejada la inmediata suspensión de la obra en cuestión), el juzgador —no habiéndose acreditado el elemento subjetivo del abuso o *animus nocendi*— analizará si existió o no una base objetivamente razonable, ya sea fáctica o jurídica, para litigar. Pero no será relevante —o, por decirlo con mayor precisión, no será determinante— para concluir si existió o no abuso el «peso» del derecho patrimonial del sujeto pasivo de esa acción interdictal. Quizá pueda servirle al juez para extraer conclusiones sobre el ánimo espurio del actor (por ejemplo, al interesar la suspensión de una obra nueva de grandes dimensiones por una cuestión de lindes que afecte a unos pocos centímetros), pero no le permitirá conceder al derecho de propiedad un valor prevalente sobre el de tutela judicial. La responsabilidad civil no derivará en último término de la eventual conculcación del derecho de propiedad del demandando, sino del abuso del derecho de acceso a la jurisdicción del demandante.

cada en la demanda, lo que a mi juicio condiciona decisivamente la solución dada regularmente por la jurisprudencia a este tipo de disputas.

No obstante lo anterior, podemos identificar un área donde se aprecia con nitidez que muchos de los escenarios conflictivos pueden —y deben— resolverse recurriendo preferentemente a la figura del abuso de derecho. De forma señalada, me estoy refiriendo al caso de los denominados «daños procesales»; es decir, los derivados de las previas actuaciones judiciales abusivas²⁶.

En efecto, a la hora de resolver las reclamaciones planteadas con base en una previa conducta abusiva de un litigante, los tribunales no realizan ninguna tarea de ponderación en sentido estricto. Simplemente se limitan a constatar si, con arreglo a las circunstancias concurrentes en el procedimiento primigenio, el ahora demandado ostentaba o no *iusta causa litigandi* (entre otras muchas, cfr. STS núm. 905/2007, Sala 1.ª, de 23 de julio). Esta falta de «razón derecha para litigar»²⁷ equivale, en sus vertientes subjetiva y objetiva, con el *animus nocendi* o la superación de los límites normales en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

En estos casos, los jueces no realizan un análisis del peso, abstracto y relativo, del derecho de acceso a la jurisdicción del litigante —que se dice ejercitado en forma abusiva— y de los derechos ya sean patrimoniales, morales, o relativos a los derechos de la personalidad, del ahora demandante. El foco se sitúa, exclusivamente, en determinar si el recurso a la tutela judicial, ya sea en calidad de actor o de demandado, en ese caso concreto, estaba *justificado*. De no ser así, por estar acreditada la instrumentalización deliberada y espuria del proceso o, simplemente, por carecer la pretensión procesal del más mínimo fundamento (ausencia de *iusta causa litigandi*), esta conducta procesal se incardinará en el art. 7.2 CC, desencadenándose la correspondiente obligación indemnizatoria.

Muy posiblemente, la explicación de este dispar tratamiento jurisprudencial obedezca al hecho de que, en estos casos, el perjudicado no suele alegar la vulneración de un derecho fundamental como fuente de la responsabilidad civil que exige, sino que fundamenta su reclamación exclusivamente en los arts. 7.2 y 1902 CC (bien como responsabilidad civil derivada del abuso de derecho, bien en el ejercicio de una acción de responsabilidad aquiliana pura).

Ahora bien, existen algunos supuestos en los que los tribunales sí abordan esta cuestión —aun en el terreno de los daños procesales— desde la perspectiva exclusiva de la ponderación de derechos. Esto ocurre, fundamentalmente, cuando el actor dice haber sufrido unos daños como consecuencia de una vulneración de su derecho al honor derivada de las acciones judiciales ejercitadas en su contra por el ahora demandado en un procedimiento judicial previo (por ejemplo, en el caso resuelto por la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2017). Pero también en este tipo de casos parecería más acertado, antes de proceder al análisis ponderativo,

²⁶ La expresión fue originariamente acuñada por DE LA PLAZA NAVARRO (1945: 509-527) y después utilizada frecuentemente por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2011: 2810-2838).

²⁷ Que es la traducción al castellano de la locución latina *iusta causa litigandi* que utiliza habitualmente la jurisprudencia española. *Vid.*, entre otras muchas, Sentencia núm. 163/2003, de 29 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª).

verificar si el ejercicio del derecho a la tutela judicial lo fue o no de forma permisible, teniendo en cuenta primordialmente los límites internos del derecho a la tutela judicial.

Solo si ese juicio preliminar fuera positivo cabría acometer, a continuación, la tarea ponderativa.

7. CONCLUSIONES

La relación entre el abuso del derecho y la técnica de la ponderación carece, hasta el momento, de un tratamiento doctrinal a la altura del intrincado problema que suscita. Estas líneas proponen, modestamente, una primera aproximación al problema que, sin duda, está necesitado de un análisis más profundo y detallado.

Es innegable que presentan cierto «aire de familia», por decirlo con WITTGENSTEIN. Pero mientras que en el caso de la ponderación el conflicto se produce entre dos derechos subjetivos distintos, en el abuso el conflicto se genera entre una regla y el principio que le sirve de sustento. En el primer caso, lo que habrá que determinar es cuál de los dos derechos diversos debe prevalecer, en atención a sus respectivos pesos abstractos y relativos. En el segundo, si el principio en cuestión es formalmente supra-inclusivo, de suerte que, a pesar de estar inserta esa regla *prima facie* en el campo natural de actuación del citado principio, resulta poseer una propiedad idiosincrática que la hace, en rigor, ajena al mismo.

Pero cabe apuntar, al menos desde el plano de la lógica formal, una relación secuencial entre ambos conceptos. Es decir, el análisis sobre la (presunta) existencia del abuso de derecho debe preceder a la labor ponderativa.

De un lado, porque antes de trazar los límites externos del ejercicio de un derecho subjetivo deberemos delimitar los internos. De otro, porque no parece razonable que en la balanza de la ponderación puedan situarse conductas que ya son, por extravasar los límites internos, jurídicamente inaceptables. Es decir, parecería absurdo «ponderar» el ejercicio abusivo (y, por tanto, ilegítimo) de un derecho fundamental con el ejercicio legítimo de otro derecho por un tercero. El cambio del estatuto deóntico respecto al primero de los derechos ya se habría producido antes de llevar a cabo la tarea ponderativa propiamente dicha, de forma que difícilmente podría hacerse prevalecer aquel sobre este.

El examen de la estructura argumentativa del abuso del derecho muestra la inadecuación de una concepción conflictivista omnicompreensiva. Porque la figura del abuso del derecho no es, a fin de cuentas, el resultado de una ponderación de intereses contrapuestos sobre la base de un juicio de proporcionalidad, sino la constatación de que una regla o una interpretación de la misma resulta (o no) supra-inclusiva en relación con su principio subyacente.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JIMÉNEZ, L., 2009: «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2000: *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta.

- 2011: «Abuso del derecho y derechos fundamentales», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 18, pp. 50-59.
- CARRASCO PEREA, Á., 2016: *Tratado del abuso del Derecho y del fraude de Ley*, Cizur Menor: Aranzadi.
- DE LA PLAZA NAVARRO, M., 1945: «Los daños y perjuicios procesales», *Revista de Derecho Procesal*, t. IV, pp. 509-527.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., 1992: «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones», *Ius et Veritas*, pp. 5-14.
- 2011: *Ensayos Jurídicos*, Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ NÚÑEZ, M., 2017: «La ponderación: análisis de la situación del debate en España», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 40, pp. 335-384.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C., 2006: «Abuso de derecho», *Revista de Derecho Privado*, núm. 90, pp. 2-73.
- LOSURDO, F., 2016: «Beyond certainty. Abuse of rights and balancing in contemporary jurisprudence», *Comparative Law Review*, vol. 6, pp. 1-12.
- MARTÍN BERNAL, J. M., 1982: *El abuso del Derecho*, Madrid: Montecorvo.
- MATÍA PRIM, J., 1996: *El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el ordenamiento español*, Madrid: Consejo Económico y Social.
- PANTALEÓN PRIETO, Á., 1991: «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil*, t. II, Madrid: Ministerio de Justicia.
- PATON, G. A., 1972: *A text-book of Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., 1986: *Derechos Fundamentales*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid.
- PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J. I., 2016: «Aproximación al concepto de abuso del derecho del art. 7.2 del Código Civil español», *Anuario de Derecho Civil*, LXIX, fasc. III, pp. 925-949.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., 2000: «Eficacia general de las normas jurídicas», en J. RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios al Código Civil*, I, *Título Preliminar*, Barcelona: José M.^a Bosch, editor-Librería Bosch, S. L.
- ROVIRA VIÑAS, A., 1983: *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona: Ediciones Península.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., 2009: «El abuso de derecho: del Código Civil al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Constitución Española», en VVAA, *Estudios de Derecho Español y Europeo: Libro Conmemorativo a los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Santander: Universidad de Cantabria, pp. 827-842.
- STINSON, J. M., 2010: «Why Dicta Becomes Holding and Why It Matters», *Brooklyn Law Review*, vol. 76, pp. 219-264.
- SUNSTEIN, C., 1999: *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press.
- TAGGART, M., 2002: *Private property and abuse of rights in Victorian England*, Oxford: Oxford University Press.