

¿LOS ENEMIGOS DE TUS ENEMIGOS
SON TUS AMIGOS?
ABUSO DEL DERECHO
Y NEOCONSTITUCIONALISMO.
COMENTARIO A PROPÓSITO
DE UN PROYECTO DE REFORMA
CONSTITUCIONAL

ARE THE ENEMIES OF YOUR ENEMIES
YOUR FRIENDS?
ABUSE OF LAW AND
NEO-CONSTITUTIONALISM...
COMMENT ON A CONSTITUTIONAL
REFORM PROJECT

*Diego Miranda Reyes**

Resumen

En el presente artículo analizamos cómo impactaría la introducción de la figura del abuso del derecho, de origen iusprivatista, a la Constitución chilena. Se estudia un proyecto de reforma constitucional sobre la materia desde una perspectiva neoconstitucionalista.

Palabras clave: abuso del derecho, neoconstitucionalismo.

Abstract

In this article we analyze how the introduction of the figure of abuse of the right, of iusprivatista origin, would impact the Chilean Constitution.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Concepción. Magister en Derecho, LLM, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor clínica jurídica de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 7 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 28 de agosto de 2020. Correo electrónico: dmirandareyes@gmail.com

A constitutional reform project on the matter is studied from a neo-constitutional perspective.

Keywords: Abuse of the right, neoconstitutional perspective.

Introducción

El 24 de enero de 2017 ingresó al Congreso Nacional un proyecto de reforma constitucional¹ que, mediante una modificación al artículo 5º de la Constitución Política, persigue incorporar a su texto la figura del abuso del derecho. Con ocasión de dicha propuesta nos interesa analizar cómo impactaría la intromisión de esta doctrina de origen iusprivatista en nuestra Carta Política, vista, esta última, a la luz de los predicados del neoconstitucionalismo.

Se trabaja sobre la premisa que ambas instituciones detentan como elemento común el constituir una respuesta frente a una determinada manera de entender el derecho. Nos referimos al positivismo jurídico². Sin perjuicio de lo anterior, ellas nacen, se fundamentan y desarrollan en distintos escenarios del mundo jurídico, aspecto que no resulta inocuo si se pretende otorgar un tratamiento conjunto y adecuado a ellas.

Para realizar la tarea anterior, el primer apartado:

- i) se dedicará a exponer de modo general las ideas contenidas en el proyecto de reforma constitucional, como también
- ii) a señalar algunas ideas sobre el abuso del derecho y el neoconstitucionalismo, que más que pretender conceptualizarlos, tiene por objetivo destacar sus puntos de encuentro.

En el segundo apartado, se analizarán algunos de los temas que, a nuestro juicio, estas dos figuras ofrecen a la discusión constitucional. Así, se hablará:

- i) del origen de derecho privado del abuso del derecho y de la rai-gambre pública del neoconstitucionalismo;

¹ El proyecto corresponde a una moción presentada por los diputados de la república: Germán Becker, Bernardo Berger, Nicolás Monckeberg, Cristián Monckeberg, Paulina Núñez, Leopoldo Pérez y Jorge Rathgeb.

² Reconociendo la variedad de escuelas que pueden entenderse como pertenecientes a una filosofía iuspositivista, para los efectos del presente trabajo entenderemos por positivismo jurídico aquella corriente de pensamiento que defiende un formalismo legal donde todos casos posibles son subsumibles en reglas predeterminadas por la ley. Respecto a las corrientes del positivismo jurídico puede consultarse: Andrés BOTERO BERNAL, “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX”, pp. 63-170.

- ii) se tratará la procedencia de la hipótesis de abuso de los derechos fundamentales,
- iii) de la conexión para estos efectos entre derecho y moral y
- iv) de la existencia de lagunas axiológicas y su vinculación con la figura del abuso del derecho.

Finalmente, expondremos un par de conclusiones con relación a todo lo tratado.

I. Aspectos generales

1.1. IDEAS PRINCIPALES DEL PROYECTO QUE PERSIGUE MODIFICAR LA CARTA FUNDAMENTAL EN MATERIA DE ABUSO DEL DERECHO. BOLETÍN N.º 11.105-07

La moción inicia su propuesta con una afirmación en los siguientes términos:

“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”.

La forma de hacerlo que se propone para nuestra Constitución Política, es la siguiente:

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 ejercicio [sic]”³.

Así, sería una preocupación de la moción el desmarcarse de la acusación de ser la doctrina del abuso del derecho una institución con sede solo en el ámbito del derecho privado. En efecto, frente a ella señala: “lo cierto es que hoy nadie niega su incorporación al mundo del derecho público”⁴.

Sustenta su aserto en la doctrina de Álvaro Ortúzar, quien ofrece una reconstrucción del concepto de abuso del derecho que comprende al ámbito público. En ella se lo concibe como: “el ejercicio excesivo o injusto, caprichoso o arbitrario de un derecho, que priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio del derecho de otro”⁵. Sobre lo anterior, nos interesa destacar dos ideas.

³ *Boletín*, n.º 11.105-07, “Modifica la Carta Fundamental en materia de abuso del derecho”.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

La primera, es que este autor concibe el abuso del derecho en estos términos con una deliberada intención, o, como él mismo señala, con: “un objetivo preciso: utilizar los mismos términos con que la Constitución se refiere al recurso de protección”⁶.

La segunda, es que este autor (y el proyecto de reforma al hacerlo suyo) concibe el abuso del derecho como un *conflicto entre derechos*. Apreciamos que esta es una toma de postura con amplias consecuencias jurídicas, que alcanzan, incluso, la manera en que se concibe el derecho. Frente a esta alternativa, simplemente destaquemos que existen otras que ven en el abuso del derecho un conflicto entre principios y reglas⁷, un conflicto entre intereses contrapuestos⁸, una infracción al principio de la buena fe⁹, un conflicto entre la norma jurídica y la moral¹⁰, entre otros.

Más adelante, vemos que la moción hace extensiva de manera expresa la figura del abuso del derecho a los derechos fundamentales, al señalar: “incluso para el ejercicio de las libertades, resulta razonable aplicar como limitante el abuso del derecho”¹¹. Señala como ejemplo, el derecho de reunión (el proyecto lo califica como derecho a manifestarse) y el derecho de propiedad privada. Sobre ello nos referiremos más adelante en un apartado especial, dedicado a la materia.

Más adelante, se destaca que el artículo 5º de la Constitución ya contempla una regla de respeto a los derechos, pero: “con una clara connotación de limitación hacia el Estado”¹². En su texto, la moción afirma:

“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 Fundamental [sic]. Pero no existe una norma que sirva de sustento al sistema en particular, (...)”¹³.

Ello solo existiría fragmentariamente, por ejemplo y con relación a ciertos derechos fundamentales, en el recurso de protección. La consagración del abuso del derecho daría solución a esta situación. Como vemos, identifica el abuso de poder con el abuso del derecho, e indica al recurso de protección como mecanismo que cautela situaciones de esta naturaleza.

⁶ *Boletín*, n.º 11.105-07, *op. cit.*

⁷ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*.

⁸ Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*.

⁹ Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*.

¹⁰ Lino RODRÍGUEZ-ARIAS, “El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos”.

¹¹ *Boletín* n.º 11.105-07, *op. cit.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

Por último, constatando el vacío que significaría el no contemplar una norma que consagre el abuso del derecho, y “el problema que ello representa es que queda más bien entregado al criterio del juez de turno”¹⁴, es que se defiende su incorporación al texto constitucional: “a fin de entregar una solución objetiva y real a los casos de abuso tanto del gobernante como de los gobernados”¹⁵.

1.2. ABUSO DEL DERECHO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. UN ENEMIGO COMÚN

Conforme sugiere el título, en este trabajo postulamos que tanto la figura del abuso del derecho como el neoconstitucionalismo surgen para dar cuenta de un estado de las cosas contra el cual se rebelan: el iuspositivismo clásico y el formalismo legal. Ahora bien, previo a desarrollar esta idea resulta necesario destacar otra similitud que comparten, cual es los problemas que presenta su conceptualización.

En efecto, respecto al abuso del derecho¹⁶ creemos que su estudio nos conduce al análisis del derecho subjetivo, y este, a su vez, a preguntarnos por el derecho entendido en su conjunto, calificándolo para estos efectos como objetivo¹⁷. De dicha secuencia, la conclusión es que el concepto de esta figura se encuentra condicionada en último término por la noción de derecho objetivo que se sustente. A su vez, ello nos permitirá deducir y explicar la variedad de posturas que existen sobre la materia.

En este sentido, desde la filosofía del derecho quienes, por ejemplo, conciben el derecho como integrado tanto por reglas como por principios, defenderán que es este el escenario en el cual se debe enfrentar la figura del abuso del derecho¹⁸. Sin embargo, la circunstancia de admitir a los principios como normas integrantes del ordenamiento jurídico no permite agrupar a todos los autores que así lo consideren bajo una misma noción de derecho y, mucho menos, de lo que debemos entender por abuso del derecho. En este

¹⁴ *Boletín* n.º 11.105-07, *op. cit.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Otro tanto podrá decirse de la noción de derecho subjetivo, en tanto presupuesto del primero y donde en la actualidad quizá la mayor fuerza que desafía la forma de entenderlo sea, en lo que nos interesa, la fuerte irrupción del derecho constitucional y el efecto horizontal de sus disposiciones, donde nociones como, por ejemplo, la función social de la propiedad ofrece argumentos que invitan a reconducir su entendimiento.

¹⁷ Ello, por lo demás, está lejos de ser algo novedoso, y tal como se destaca en doctrina, “el propio Ihering nos ha dicho, el concepto de interés le obligó a tener en cuenta el de fin y el derecho en sentido subjetivo lo impulsó a tratar del Derecho en sentido objetivo”. José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, “Rudolf von Ihering”, p. 264.

¹⁸ ATIENZA y RUIZ, *op. cit.*, p. 43.

sentido, el autor Enrique Barros Bourie¹⁹, desde el derecho privado, funda la aceptación de esta figura en una infracción al principio de la buena fe²⁰. Otros, verán que el abuso al derecho ensalza la victoria de consideraciones de otro orden, básicamente morales, sobre las jurídicas. En esta dirección podemos recordar la obra de Lino Rodríguez-Arias Bustamante y su doctrina de los actos antinormativos²¹, que se sustentaría en la falta de adecuación entre la finalidad subjetiva, que es aquella que impulsa a obrar al individuo, y la finalidad objetiva, que encuentra como elemento externo al daño mientras que el interno estaría constituido por la falta de un motivo legítimo.

Desde otra mirada, encontramos a quienes entienden que:

“el derecho, en última instancia, termina siendo una lucha sostenida entre diversos intereses que entran en colisión y que deben seleccionarse y preferirse”²².

En virtud de este entendimiento del derecho, Pablo Rodríguez Grez desarrolla su doctrina al sostener:

¹⁹ BARROS, *Tratado de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 628 y ss. En otro de sus trabajos, el autor se avoca de forma exclusiva al estudio de los límites en el ejercicio de los derechos subjetivos y del abuso del derecho, donde, a nuestro parecer, trabaja sobre el mismo fundamento antes mencionado. Por ejemplo, cuando señala: “Por mucho que el ordenamiento normativo que lo reconoce defina el contenido del derecho subjetivo, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo *contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas*, que debe ser limitado por el derecho objetivo. Este es genéricamente el fundamento más aceptado para la doctrina del abuso del derecho”. Enrique BARROS BOURIE, “Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho”, p. 18. En la misma línea podríamos ubicar la opinión de otra voz autorizada del derecho privado chileno, cuando indica: “el ejercicio abusivo de los derechos es un verdadero pluritema, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él: el fraude a la ley, la teoría de la causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración de la ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno”. Fernando FUEYO, *Instituciones de Derecho Civil moderno*, p. 295.

²⁰ Precisemos que para este autor la buena fe se manifiesta como un principio, pero uno muy distinto, no obstante el alcance de términos, a aquellos que proponen un ordenamiento jurídico conformado, básicamente, por principios (en el sentido de normas jurídicas susceptibles de cumplimiento gradual) y reglas. La buena fe se concibe aquí como un principio general del derecho, propio del derecho privado y con fundamento en nociones de justicia conmutativa.

²¹ RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, tomo IV, n.º 16, p. 9 y ss.

²² RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, p. 138. Una noción como la expuesta le permite al autor postular, sin caer en incoherencias, que “puede ejercerse legítimamente un derecho de mala fe, con el propósito de perjudicar, siempre que con ello se persiga la satisfacción de un interés protegido por el ordenamiento normativo”, *op. cit.*, p. 141. Su diferencia con Enrique Barros Bourie es ostensible en este punto.

“el ‘abuso del derecho’ no conforma un principio general de derecho, sino una forma de reprimir la invocación de un derecho aparente con el fin de obtener la satisfacción de un interés no tutelado, sea por desvío o por exceso”²³.

Por último, mencionar lo que podemos calificar como una visión “genuina” del derecho, aludiendo a la definición de esta palabra en el derecho romano clásico. Aquí no bastará con determinar un elenco cerrado de condicionantes y requisitos, que, pasados en lista, determinen la concurrencia o no de un actuar conforme a derecho. Lo que constituiría la esencia del ejercicio de nuestro oficio es una aproximación directa a la *cosa jurídica*. Determinar si una conducta se erige como transgresora y abusiva del derecho es una labor propiamente jurídica, pues tiene lugar en el marco de un juicio, aspecto esencial de esta rama del conocimiento, y no encuentra razón de ser en la simple ley, que pertenecería a lo político²⁴.

Por su parte, el neoconstitucionalismo no corre mejor suerte respecto a su conceptualización, utilizándose su nombre para querer significar asuntos que pueden resultar dispares entre sí. Así, tal como apunta Susanna Pozzolo:

“el término ‘neoconstitucionalismo’, aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa expansión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa y redujo sus potencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conectados entre ellos”²⁵.

Alcanzamos igual diagnóstico si tenemos presente la obra de Paolo Comanducci²⁶, quien nos invita a distinguir entre un neoconstitucionalismo ideológico, uno teórico y uno metodológico al utilizar para estos efectos

²³ RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, p. 173.

²⁴ Conforme a este postulado fue cuando la ley, en tanto norma general y abstracta, resultó insuficiente para dar eficacia y razón al actuar del sujeto que fue preciso adentrarse en el ámbito que resulta, en esencia, jurídico, esto es, en el juicio. En palabras de Jorge Streeter, ello denota: “lo sustancial de ser juez está en su experiencia de conocer, y por ende poder decir lo que es justo en la causa singular descrita por los hechos que se le demuestran y por las peticiones de los litigantes”. Jorge STREETER, “La ciencia del derecho”, p. 291.

²⁵ Susanna POZZOLO, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, p. 209. Del mismo modo, en Susanna POZZOLO, “Apuntes sobre ‘Neoconstitucionalismo’”, p. 365. Mencionemos que la autora comenta que por neoconstitucionalismo se ha significado tanto el constitucionalismo en general como, también, un modelo de sistema jurídico dotado de características especiales, tales como el contar con una constitución larga y densa.

²⁶ Paolo COMANDUCCI, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, p. 89 y ss.

la división tripartita propuesta por Norberto Bobbio respecto del positivismo jurídico. En el medio chileno y desde una visión crítica, podemos observar la opinión de Eduardo Aldunate, quien concluye que este término puede utilizarse con tres sentidos:

- i) *histórico*, para referir a ciertos “rasgos” de la evolución constitucional observable en algunos países europeos y latinoamericanos pos Segunda Guerra Mundial, y donde la práctica jurisprudencial o, incluso, sus textos constitucionales, dan cuenta de determinadas características en la forma de entender la Constitución (fuerza normativa directa), los derechos fundamentales (valores o principios), la técnica para resolver sus conflictos (ponderación), entre otros;
- ii) *ideológica*, para significar la corriente de pensamiento jurídico que valora positivamente la visión histórica antes referida, y
- iii) *doctrinaria*, denominación que pretende agrupar el conjunto de propuestas que se han realizado en la materia, las que el autor evita llamar teóricas al no reconocerles un carácter completo y, en ocasiones, coherente²⁷.

Ahora bien, reconociendo la dificultad que supone definir y caracterizar tanto al abuso del derecho como al neoconstitucionalismo, lo que nos interesa destacar para efectos del presente trabajo es lo que, opinamos, constituye un elemento común a ellas y respecto a la cual estimamos existe general consenso²⁸, más allá de las distintas conceptualizaciones y enfoques que podemos encontrar entre los autores que han tratado estas materias. Nos referimos a que ellas constituyen construcciones orientadas

²⁷ Eduardo ALDUNATE LIZANA, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, pp. 79-102.

²⁸ Así, por ejemplo, cuando se señala: “pese a que algunos sostengan dudas sobre la reconstrucción del neoconstitucionalismo –que a veces parece presentarse como un movimiento de confines inciertos, refiriéndose más bien a una familia de posiciones culturales en lugar de una doctrina– se pueden evidenciar algunos aspectos útiles para connotarlo. Entre éstos, es central la insistencia en declarar la decadencia del positivismo jurídico y su sustitución con una perspectiva práctica mediada por valores”. POZZOLO, “Apuntes sobre...”, *op. cit.*, p. 366. En la misma dirección, respecto al neoconstitucionalismo, entre otros: Andrea PORCIELLO, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*, especialmente, pp. 41-140; Ignacio NUÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, p. 516; Paolo COMANDUCCI, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, p. 176; Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”, p. 309; desde un punto de vista crítico y con ocasión de la relación ponderación (neoconstitucionalismo) y subsunción (positivismo), ALDUNATE, *op. cit.*, p. 97. Respecto a la figura del abuso del derecho, entre otros: ATIENZA Y RUIZ, *op. cit.*, p. 34; Federico CASTILLO, *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho*, p. 123.

a refutar los predicados de una filosofía iuspositivista del Derecho o, al menos, de alguna de sus manifestaciones a la hora de entenderlo y aplicarlo.

De esta manera y conforme al camino anunciado, comencemos mencionando que en doctrina se ha señalado:

“en sociedades contemporáneas, constantemente afectadas por conflictos que tienen notables repercusiones éticas, la separación entre Derecho y justicia privaría de legitimidad a los propios instrumentos jurídicos y a la acción política”²⁹.

Este párrafo podría, a nuestro parecer, formar parte tanto de un texto que abogue por la superación de un formalismo jurídico que riña con las exigencias de justicia sustantiva, argumentando, por ejemplo, en defensa de la aceptación del abuso del derecho, como también, y que constituye la intención de la autora, de oponer esta línea de pensamiento con aquella existente en el Estado de derecho del siglo XIX, cuyo propósito era establecer la legalidad entre Estado y ciudadanos, impidiendo la arbitrariedad del primero y favoreciendo la seguridad jurídica del segundo.

En este sentido, la primacía de la Carta Política y su efecto normativo directo, implica, entre otros aspectos, el abandono de la primacía de la ley dentro del sistema de fuentes formales del derecho. En efecto:

“la Constitución ya no es sólo norma suprema dirigida a disciplinar en forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley. Es ahora la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social y que destruye el dogma liberal estatalista de la fuerza absoluta de la ley”³⁰.

Lo propio, cuando ya reconociendo en su sustrato una directa crítica a su oponente (positivismo jurídico) se reconoce que:

“el Neoconstitucionalismo, como modelo de Constitución, pareciera ser un dato, un hecho de la realidad, que revela lo realmente interesante para los teóricos y filósofos del Derecho: la aparente insuficiencia del positivismo teórico para dar cuenta de los actuales sistemas jurídicos y la eventual incapacidad del positivismo metodológico para operar en aquéllos”³¹.

En consecuencia, en tanto crítica al iuspositivismo, se le acusa de haber perdido su capacidad explicativa de una realidad que dista mucho de aquella del XIX, donde la primacía de la ley era indisputada.

²⁹ Susanna POZZOLO, *Constitucionalismo y positivismo jurídico*, p. 19.

³⁰ NUÑEZ, *op. cit.*, p. 517.

³¹ *Op. cit.*, p. 516.

De manera vinculada a lo que venimos diciendo, se afirma a propósito de los contenidos materiales y sustantivos que implican entender el derecho desde la óptica neoconstitucionalista, que:

“la Constitución, además, se comprende –al mismo tiempo– como límite y no solo como programa del poder político, ha establecido puntos intransitables para cualquier mayoría, protegiendo al individuo y a las agrupaciones sociales. Estas reglas marcan el confín entre lo que la política puede hacer y lo que no puede hacer”³².

Lo anterior, quiere decir que el legislador no podrá impunemente estructurar el contenido de un derecho subjetivo, fijando el alcance y sentido que debe tener, pues el juzgador constitucional deberá custodiar que en dicha labor no se de origen a una situación que pueda catalogarse como transgresora de los derechos fundamentales, que se muestran como límite material a la actividad legislativa o, dicho de otro modo, y recurriendo a las clásicas palabras de Herbert Krüger³³, si bien antes los derechos valían en el ámbito de la ley, hoy la ley vale en el ámbito de los derechos fundamentales. Lo anterior, impensado bajo una lógica iuspositivista clásica.

Por otra parte, y con relación al abuso del derecho, se postula que su aparición como figura de aplicación general se debe a la doctrina francesa del siglo XIX, destacando que ello

“no es casual, pues el Código de Napoleón vino a suponer la consagración históricamente más radical de dos rasgos jurídico-culturales que la figura del abuso del derecho estará destinada a corregir. El primero de estos rasgos es el llamado formalismo legal: la concepción según la cual la ley (el *Código*) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles (que se den en el ámbito de las relaciones privadas) sin que para la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez”³⁴.

En la misma dirección cuando se afirma:

“el abuso del derecho no supuso, en su momento, sino la recepción de una técnica que permitiría superar una concepción estrictamente positivista del ordenamiento jurídico y, junto a ella, la superación, asimismo, de una idea del derecho subjetivo claramente individualista”³⁵.

³² POZZOLO, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 68.

³³ Herbert KRÜGER, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, p. 12.

³⁴ ATIENZA Y RUIZ, *op. cit.*, p. 34.

³⁵ CASTILLO, *op. cit.*, p. 123.

De este modo, con base en estas primeras ideas de los autores citados, referidas tanto al neoconstitucionalismo como al abuso del derecho, podemos postular razonablemente que ellas ven en el positivismo jurídico, así entendido, un estado no deseado y al que debe dársele solución.

II. Asuntos específicos.

Abuso del derecho en el contexto de un Estado constitucional ¿Todavía amigos?

El proyecto de reforma constitucional que motiva el presente trabajo, da lugar a plantearse una serie de cuestionamientos en torno a aspectos medulares tanto de la figura del abuso del derecho como del neoconstitucionalismo.

Este es el caso, tratándose del primero, de su aplicación al ámbito público, de la concepción de abuso del derecho sobre la cual se trabaja, de su asimilación con el abuso de poder, de las causales que contempla, por mencionar algunos. Tratándose del segundo, puede cuestionarse el propósito perseguido al consagrar positivamente la figura del abuso del derecho en el texto constitucional, la valoración de la labor del juez en el estado actual de la cuestión o analizar cuáles serían los mecanismos de implementación de esta figura habida consideración del sistema concentrado de constitucionalidad existente entre nosotros.

Antes de abordar los temas específicos que dan forma a este apartado, resulta interesante destacar que una revisión general de los textos constitucionales latinoamericanos³⁶ nos permite constatar que solo dos de ellos contemplan una disposición que de manera expresa consagra la figura del abuso del derecho. Se trata de las Constituciones Políticas de los Estados de Colombia³⁷ y Perú³⁸.

³⁶ Resulta oportuno mencionar que la situación para el continente europeo es diversa. En efecto, la Carta sobre derechos fundamentales de la Unión Europea contempla en su artículo 54 una cláusula general de proscripción del abuso del derecho. En ella se establece: "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 realizar 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". Análoga disposición puede encontrarse en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³⁷ El numeral 1 del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia prescribe: "Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

³⁸ El inciso segundo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú prescribe: "La Constitución no ampara el abuso del derecho".

Sobre este punto, solo nos interesa destacar que Chile, para el caso de aprobarse el proyecto de reforma constitucional, si bien pasará a formar parte de este reducido grupo, presenta una diferencia sustantiva respecto de los otros ordenamientos jurídicos mencionados, cual es que entre nosotros impera, conforme a la posición mayoritaria, un sistema de control concentrado de constitucionalidad, mientras que en Colombia y Perú existe uno de carácter difuso, lo que evidentemente supone importantes consecuencias en la materia que estudiamos.

2.1. ORIGEN IUS PRIVADO DEL ABUSO DEL DERECHO
Y ORIGEN IUS PÚBLICO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.
SU INCIDENCIA EN EL CONCEPTO DE DERECHO

El abuso del derecho nace como un mecanismo para corregir los excesos del positivismo jurídico o, al menos, de una de sus maneras de entenderlo, lo propio es defendido respecto del neoconstitucionalismo.

De esta manera, de dicha *similitud* podría entenderse que no debiese existir mayor problema en que converjan, al incorporarse al texto constitucional la figura del abuso del derecho, y que este se aplique conforme a los predicados del neoconstitucionalismo. Sin embargo, creemos que no podemos descansar en esta primera aproximación al asunto, toda vez que existen ciertos aspectos que pueden poner en tela de juicio su veracidad. Uno de ellos tiene relación con las *lógicas* de acuerdo con las cuales operan estas doctrinas.

Por lo pronto, el abuso del derecho nace para poner coto a situaciones donde el ejercicio de un derecho subjetivo patrimonial resultaba excesivo y difícil de condenar al tenor de la ley que lo establecía. Así, se desarrolló al alero del caso concreto, con sede en la judicatura, lugar donde emana la que para algunos³⁹ constituye la expresión propia y primordial del derecho, esto es, la sentencia judicial. Suma a lo anterior, que esta actividad se desplegó en su origen con arreglo a las exigencias propias de la *justicia conmutativa*, pues esta era la lógica de los problemas que se planteaban ante la magistratura, básicamente referidos al ejercicio del derecho de propiedad, intentando el juez, en consecuencia, al emitir su sentencia cumplir con la premisa de *dar a cada uno lo suyo*.

Por su parte, observando el ámbito en el cual se desenvuelve el neoconstitucionalismo, resulta fácil observar que, a lo menos, no puede plantearse una identidad de enfoques. En efecto, siendo parte sustantiva de su actividad el juzgamiento de la ley a la luz del texto constitucional, ella

³⁹ STREETER, *op. cit.*, pp. 285-313.

reviste un marcado carácter político, lo que implica una visión que no puede detenerse en la realidad del caso concreto. Ahora, sin pretender consignar límites precisos entre lo político y lo que podríamos llamar propio del ámbito jurídico, al reconocer la naturaleza complementaria y evolutiva de ambos planos, lo cierto es que somos de la idea que no corresponden a terrenos que resulten simplemente identificables, pudiendo referirse a uno u otro sin distinción. Tienen un significado que les resulta propio.

Dicho esto, puede sugerirse que en la tarea política existe, en términos genéricos, una vocación que, con centrado enfoque cuantitativo, tiende a responder con mayor fuerza a la noción de *justicia distributiva*. Desde dicha premisa, resulta razonable cuestionarse si existen situaciones y realidades que analizadas desde una lógica conmutativa puedan entenderse como hipótesis de abuso de derechos subjetivos, pero que ponderadas a la luz de las finalidades de la justicia distributiva, puedan conducir a una respuesta diversa.

Dar a cada uno lo suyo (bajo la lógica de derecho subjetivo del estado liberal) no se condice, sí o sí, con un predicado de justicia que persiga el bienestar en términos cuantitativos, siéndole indiferente (en el sentido de no corresponder a su tarea primordial) su aplicación a un caso concreto. Ello, pues su mirada se sitúa en un plano más elevado, buscando dar solución a problemas de un carácter más estructural, lo que trae aparejado como precio a pagar el no encontrarse en situación de poder distinguir la variedad y riqueza del caso concreto.

Visto así, es difícil cuestionar un sistema en clave de principios y valoraciones, en cuanto a su nobleza (neoconstitucionalismo), pues presenta como contrapartida, el riesgo de prescindir de las circunstancias del caso concreto. Por lo demás, ello puede ser totalmente legítimo y deseable, atendidos los casos. Piénsese, por ejemplo, en una normativa legal inspirada en la búsqueda del *principio* de igualdad jurídica y material con sus recurrentes problemas de sobreinclusión o infrainclusión (consecuencia de sus características de generalidad y abstracción). En estos casos, respectivamente, se incluirá o excluirá a una persona o situación de la aplicación de los efectos buscados por la norma atendidos sus fines, dando lugar a una situación que podemos calificar de injusta para el caso concreto (juzgada la utilización particular del derecho conferido por la ley), pero que resulta ser de una plenitud legítima y eficaz en términos globales.

En este sentido, ambas figuras confieren un *rol preponderante al juez*, pero quizá *respondiendo a preguntas diversas*. Así, desde un punto de vista, se podrá afirmar:

“lo sustancial de ser juez está en su experiencia de conocer, y por ende poder decir lo que es justo en la causa singular descrita por los hechos que se le demuestran y por las peticiones de los litigantes”⁴⁰.

Por su parte, y desde otro ángulo, advirtiendo la doble naturaleza jurídico-política del texto constitucional, se podrá afirmar:

“la labor del juez constitucional tiene también esa doble naturaleza, es también una labor jurídica y política e implica que la Justicia Constitucional debe también poseer una doble legitimidad, jurídica y política”⁴¹.

Otro aspecto muy relacionado y ya esbozado, tiene relación con que la manera en que concebimos al abuso del derecho se encuentra directamente vinculada con la noción que en última instancia tengamos del derecho, entendida esta última voz como sinónimo de derecho objetivo. Lo propio podrá decirse respecto al entendimiento de los derechos fundamentales, toda vez que hoy se encuentra con vasta difusión la idea que ellos ostentan una naturaleza tanto subjetiva como objetiva.

En este sentido, la visión neoconstitucionalista tiene mucho que decir sobre la manera en cómo se entiende el derecho, por ejemplo, cuando se afirma que: “el Estado constitucional restauraría aquellos ligámenes entre Derecho y justicia que fueron cortados por el positivismo jurídico”⁴². De esta manera, la inclusión de la figura del abuso del derecho en un texto constitucional que será leído en clave neoconstitucionalista, nos dirá tanto del abuso del derecho como del derecho en tanto sistema, sirviendo de herramienta el primero para reafirmar los postulados del segundo.

Conviene recordar que la figura del abuso del derecho surge como una manera de combatir los excesos a que conducía una concepción de derecho subjetivo que enarbolaba la idea de libertad y absolutez. Ambos atributos que se defendían con la validez que les confería el estar *jurídicamente protegidos*, esto es, positivados en la ley y en el entendimiento de un positivismo jurídico ideológico, siguiendo la tripartición de Norberto Bobbio⁴³.

A su vez, en el contexto de un Estado constitucional hay quienes entienden que el derecho no es solamente un sistema coercitivo, sino un sistema finalizado, con contenidos morales y cuya labor fundamental es el desarrollo del bien común. Existiría, en consecuencia, un cambio de paradigma, y:

⁴⁰ STREETER, *op. cit.*, p. 291.

⁴¹ Tania BUSCH, “Aproximaciones al fundamento de la jurisdiccionalidad del control constitucional”, p. 277.

⁴² POZZOLO, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 31.

⁴³ Juan RUIZ MANERO, “Bobbio y el positivismo”, p. 13.

“lo que permitiría, en última instancia, calificar como ‘jurídico’ a un sistema normativo o a una norma específica sería, por lo tanto, el contenido de justicia que es expresado”⁴⁴.

Todo lo anterior, conduce a que se sostenga que:

“de estas modificaciones –como se ha dicho, introducidas por el Derecho del Estado constitucional– deriva el abandono de la perspectiva típica del liberalismo que centraba su interés sobre los derechos en función a la libertad para adoptar una perspectiva que concebía a los derechos en atención a la justicia y el anti-individualismo”⁴⁵.

Luego, de seguirse lo anterior, los postulados neoconstitucionalistas presionan el concepto clásico de derecho subjetivo, presupuesto y justificación de la doctrina del abuso del derecho, y empujan a una relectura del mismo, la que se debería efectuarse con arreglo a sus ideas constituyentes o, al menos, incluyéndolas a las tradicionales de libertad y absolutez, como son el caso de las exigencias de justicia y sociabilidad.

Por su parte, del tenor del proyecto de reforma constitucional se aprecia que por su intermedio se busca regular la actuación “de gobernantes y gobernados”, sin expresar con mayor detalle el alcance de su afirmación. Ello nos preocupa, pues como hemos señalado, la institución del abuso del derecho surge como una respuesta frente a un ejercicio ilícito de un derecho subjetivo. Por su parte, conforme a nuestra Constitución Política, las autoridades (“gobernantes”) actúan habilitados por las potestades que les atribuye el ordenamiento jurídico y no en virtud de derechos subjetivos (ello, por supuesto, sin perjuicio de las relaciones subjetivas que puedan emanar del ejercicio de sus potestades).

La diferencia entre ambas figuras escapa la mera claridad dogmática y se justifica y explica en responder a dos realidades e ideas matrices distintas, las que, incluso, en casos puede resultar opuesta. Por nombrar un ejemplo, el artículo 16 de la Ley n.º 20285, sobre acceso a la información pública, al regular la obligación de la autoridad pública de proporcionar la información requerida, prescribe en su inciso final que: “*Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades, dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*”. Lo anterior, en armonía con el proyecto de reforma podría entenderse como una consagración de esta doctrina en el plano de las potestades públicas. No somos de esa idea.

No todo abuso es abuso del derecho, queriendo decir con ello que esta figura obedece a sus fundamentos y tradición en términos tales que le

⁴⁴ POZZOLO, *Constitucionalismo...*, op. cit., p. 33.

⁴⁵ Op. cit., nota al pie 33.

han conferido una individualidad que proyecta y supone algo mucho más concreto que la simple adición de un derecho y de un ejercicio abusivo del mismo. Lo anterior, se entiende sin perjuicio de aceptar la posibilidad de una reconstrucción de ella, pero defendiendo la idea que dicha tarea deberá realizarse con prudencia y reconocimiento de los elementos que le confieren una autonomía propia, y que lo convierten en una técnica jurídica determinada. En este sentido, cuando se señala que:

“el Derecho Privado ha aportado a la evolución del derecho constitucional y, el mismo, debe ser posible de transformaciones, que atiendan la Justicia y la convivencia pacífica; pero, ese cambio debe hacerse sobre la base científica del mismo, para no caer en el error de llegar a su trivialización”⁴⁶.

II.2. ABUSO DEL DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL EJERCICIO PONDERATIVO

Bajo este título analizamos una arista particular de un asunto de carácter más general, cual es determinar el ámbito de aplicación de la teoría del abuso del derecho. A este respecto, pueden encontrarse opiniones en diversos sentidos. Así, existen autores⁴⁷ y jurisprudencia⁴⁸ que la conciben con gran amplitud, otros que le atribuyen un campo de acción más restringido⁴⁹, y otros que reconociendo en la institución un origen y aplicación más restringida proponen una reestructuración de su definición que permita hacerla aplicable a toda la esfera jurídica⁵⁰.

⁴⁶ Jaime ARRUBIA, “La constitucionalización del Derecho Privado”, p. 47.

⁴⁷ En este sentido, cuando se señala: “los ejemplos de abuso del derecho son infinitos, ya que es dado investigarlos en todas las ramas del derecho en las que dicha figura no tenga una reglamentación y una específica sanción de la ley (abuso de la imagen ajena, de la patria potestad y de la tutela, de los medios de ejecución manifiestamente excesivos)”. RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁸ Así, por ejemplo, cuando se ha resuelto: “que todos los derechos subjetivos son susceptibles de ser desviados de su uso regular, y cuando ello acontece se produce un mal uso o abuso de los mismos. Por eso, el abuso del derecho se ha inscrito dentro de la teoría general jurídica, de manera que su influjo se extiende a todas las ramas de dicho ordenamiento”. CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 11 de septiembre de 2014, rol n.º 22.267, considerando 7º.

⁴⁹ En este sentido, encontramos autores que excluyen la aplicación de esta doctrina a aquellos casos en que las partes hayan acordado o la ley dispuesto un equilibrio determinado, por lo que: “resta, entonces, un solo campo al acto abusivo (cuando se reclama sobre la extensión o restricción de la ‘prestación’ en que deviene el ejercicio del derecho) y este se reduce a los casos en que ni las partes ni la norma (la ley) han dispuesto el equilibrio básico original. Y esto ocurrirá en la parte de los casos”. RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁰ En tal sentido, al reconocer que: “(...) la figura del abuso del derecho se ha desarrollado históricamente en el ámbito del Derecho privado, en relación con el derecho

Presente lo anterior, aquí la discusión se centra en determinar la procedencia de aplicar la figura del abuso del derecho a los derechos fundamentales, situación que presenta sus propias particularidades, según señalaremos y donde el neoconstitucionalismo también tendría algo que decir.

De las jurisdicciones donde se ha tratado esta materia, destacamos el caso español⁵¹, donde, si bien puede entenderse que la figura del abuso del derecho resulta aplicable tratándose de derechos fundamentales (artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), nos resulta de utilidad al poder encontrar en ella tanto voces a favor como en contra.

En este sentido y por la pertinencia de aplicar esta figura a los derechos fundamentales se encuentra la doctrina sustentada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Sobre la base de entender a las normas jurídicas regulativas como estructuras de dos niveles –el de reglas y el de principios– estos autores postulan que, por regla general, se podrá abusar de los derechos fundamentales. La excepción la constituirían, por razones estructurales no sustantivas, aquellos derechos que no contemplen una libertad o un poder con ámbito de permisiones de ejercicio para sus titulares. Estiman que la dificultad que, en principio, existe para aceptar la incorporación de esta figura a los derechos fundamentales se explica:

“con la idea de que los derechos fundamentales incorporan razones ‘absolutas’, esto es, razones que no pueden ser derrotadas por ningunas otras; de ahí que se los vea como ‘triumfos’, como límites frente al poder de las mayorías”⁵².

Dicha constatación debe, a su juicio, ser precisada en dos sentidos. Hacia *dentro*, en el sentido de que el carácter absoluto de los derechos

de propiedad y, en general, con los derechos de contenido patrimonial, y ha tenido en este campo su área central de aplicación. Pero, como hemos visto, una reconstrucción racional de la figura –tal como la que se expresa en nuestra definición– posibilita su generalización más allá de los derechos de contenido patrimonial”. ATIENZA, Y RUIZ, *Ilícitos...*, *op. cit.*, p. 64.

⁵¹ La Constitución española no contiene mención al abuso de derecho como límite de los derechos en ella reconocidos, sin embargo, los artículos 17 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí lo hacen respecto a los derechos y libertades en ellas consagrados, debiendo, además, tenerse presente que la Constitución Española confiere a estos instrumentos un valor interpretativo explícito. Incluso, conforme lo afirma la doctrina de dicho país “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 español”. Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, p. 38.

⁵² Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, “Abuso del derecho y derechos fundamentales”, p. 56.

fundamentales solo es atribuible a su contenido esencial. Hacia *fuera*, pues ellos pueden encontrarse en situación de conflicto con otros derechos, ocasionando que, en definitiva, los derechos fundamentales se limiten entre sí.

En coherencia con su visión conflictivista de los derechos, en cuanto al método que resultaría idóneo para resolver los casos de abuso de derechos fundamentales, los autores postulan la utilidad del mecanismo de la proporcionalidad⁵³. En esta parte podemos advertir, nuevamente, un punto de cruce entre esta figura y el neoconstitucionalismo, toda vez que, según se ha destacado,

“quizás la principal novedad o propuesta metodológica del Neoconstitucionalismo sea el famoso principio de proporcionalidad (también llamado método de la ponderación)”⁵⁴.

En esta línea, resulta oportuno destacar cual es la técnica, y por esta vía, el espíritu que descansa en la aplicación del contenido sustantivo de la Constitución Política. A este respecto, por ejemplo, se ha dicho:

“la constitución sustantiva o principialista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez. Ambos vienen llamados a conjugar esas razones para alcanzar un *punto óptimo de recíproca satisfacción o, cuando menos, para evitar que ninguna de ellas quede anulada o definitivamente postergada*; y ello por el sencillo motivo de que todas son razones constitucionales”⁵⁵.

La técnica del abuso del derecho no persigue una actitud conciliadora, sino que, más bien, se expresa como una herramienta que se activa frente a una constatación, conforme a la cual, según algunas de las doctrinas que lo explican, la conducta *prima facie* permitida y encuadrable dentro del ejercicio de un derecho subjetivo resulta ilícita al contravenir el valor

⁵³ La función del abuso del derecho sería la de: “justificar el establecimiento de un límite, ya sea a un simple derecho subjetivo o a un derecho fundamental. Cuando se trata de esto último (y, en realidad, también cuando se trata del límite a derechos subjetivos, a derechos patrimoniales) 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 (o 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”. *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁴ Ignacio NUÑEZ, “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black holes & Revelations’”, p. 333.

⁵⁵ Luis PRIETO SANCHIS, “El constitucionalismo de los derechos”, pp. 219-220.

justicia (que se encuentre dentro o fuera de la norma), el principio que subyace a la regla, el interés jurídico protegido, el valor moral, entre otras, según la noción que de esta figura y del derecho se sustente.

En los términos de estos mismos autores, ante la verificación de infracción del principio subyacente en la regla u otro principio del sistema, la regla simplemente cede, no se busca su *punto óptimo de recíproca satisfacción*.

Recordemos que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero conciben el abuso del derecho como *un conflicto entre reglas y principios*, y no respecto de cualquier principio, sino aquel que sirve de razón de la regla, esto con el propósito explícito de mantener a esta figura como un asunto del todo jurídico y de esta forma no necesitar recurrir a nociones ajenas a este enfoque.

Si se sigue que los derechos fundamentales tienen la estructura de principios no se observa qué regla debe excepcionarse en su aplicación como consecuencia de la figura del abuso del derecho⁵⁶. Se trataría lisa y llanamente de una situación concreta que no puede entenderse con legitimidad comprendida en el ejercicio de un derecho fundamental. Todo ocurriría fuera del principio sin relación con regla alguna.

Una opción que permitiría mantener el concepto de ilícito atípico que estos autores postulan del abuso del derecho sería que consideren que los derechos fundamentales revisten la naturaleza de reglas, pues conforme su doctrina:

“son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una *regla que permite la conducta en cuestión*; sin embargo –y en razón de su *oposición a algún principio o principios*–, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder”⁵⁷.

Otra alternativa, que también desdibujaría, a nuestro juicio, la nitidez de su construcción dogmática, sería concebir al abuso del derecho del derecho ya no como un conflicto entre reglas y principios (en tanto ilícito atípico), sino que como un conflicto entre principios. Esta es la línea que parecieran seguir los mismos autores cuando afirman:

⁵⁶ En ese sentido Manuel Atienza y Juan Manero cuando destacan: “nuestro relativo desconocimiento de los hechos futuros hace que no podamos anticipar, caracterizándolas descriptivamente, todas aquellas circunstancias en las que las reglas, a la luz de los principios relevantes, deben ser excepcionadas”. ATIENZA y RUIZ, *Ilícitos...*, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 20. Lo destacado es nuestro.

“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 de 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)”⁵⁸.

Por otro lado, según mencionamos, también existen autores que rechazan la aplicación del abuso tratándose de derechos fundamentales. Es esta postura se encuentran entre otros, los autores Antonio Rovira y José Luis Serrano.

El primero, en su tesis doctoral, que tiene, precisamente, por objeto de estudio “el abuso de los derechos fundamentales” aborda diversos temas, entre los que destacan la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales (inalienables e imprescriptibles, por oposición a los derechos subjetivos) y la existencia de límites en el ejercicio de todo derecho o facultad, incluso los fundamentales.

En apretada síntesis, la conclusión a que arriba el autor puede entenderse sintetizada en el siguiente párrafo, cuando de modo categórico afirma:

“el abuso de los derechos fundamentales es jurídica y políticamente imposible, innecesaria, y contraria a la esencia y naturaleza que define a estos derechos, y su reconocimiento viola la finalidad y las garantías que tiene que reunir todo límite para no convertirse en limitación”⁵⁹.

Lo es jurídicamente, en razón de la especial naturaleza de los derechos fundamentales, que tornan: “imposible el trasplante de la teoría clásica del abuso al ejercicio de estos derechos”⁶⁰.

Lo es porque:

“el trasplante de esta doctrina se convierte en un arma, que en manos del Estado puede llegar a prohibir el ejercicio de cualquier derecho fundamental”⁶¹.

En este sentido, desarrollando esta conclusión en el cuerpo de su obra, el autor destaca que esta doctrina supone un instrumento que poseen los jueces y no existe ninguna garantía de que un aumento de su poder contribuya a que el magistrado la utilice de modo progresivo, siendo, por lo demás,

⁵⁸ ATIENZA y RUIZ, “Abuso del derecho..”, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁹ Antonio ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, p. 354.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 353.

⁶¹ *Ibid.*

el Poder Judicial el más conservador de todos. Situación que lo inclina a abogar por la inconveniencia de aceptarla respecto de los derechos fundamentales.

Por su parte, José Luis Serrano, arribando a la misma conclusión que Antonio Rovira, lo hace, a su juicio, por argumentos distintos, que apelan a la naturaleza de los derechos fundamentales más que a una precaución referida a la posición judicial. En efecto, señala:

“hay un límite estructural a los sistemas jurídicos que impide (o debería impedir en óptica garantista) el funcionamiento del principio de interdicción del abuso de derecho, cuando el derecho del que se abusa es un derecho de vida o libertad, esto es, un derecho fundamental, pero que esa limitación nada tiene que ver con la orientación de los jueces, sino con la propia estructura de la división de poderes y con la propia jurisdiccional del Estado”⁶².

Precisando su postura, y otra vez dejando evidencia de su diferencia con Antonio Rovira, manifiesta:

“la razón no es el incremento del poder de los jueces, sino al contrario la salvaguarda de la función jurisdiccional del Estado en cuanto derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello porque *ponderar un derecho equivale a evaluarlo, a medirlo*”⁶³.

A su juicio:

“todos estos derechos fundamentalísimos son irrenunciables, inalienables, inembargables, imprescriptibles... en una palabra: inconmensurables”⁶⁴.

De esta manera, es la conjugación de dos ingredientes lo que determina como resultado la improcedencia de aplicar la figura del abuso del derecho a los derechos fundamentales. Primero, el constituir la doctrina del abuso del derecho una institución jurídica que supone *ponderación*, que equivale a medición. Segundo, el ser los derechos fundamentales inconmensurables, esto es, por concepto no susceptibles de medición.

No nos resulta tan claro el ser el abuso del derecho una figura que supone ponderación. Por lo pronto, solo una visión conflictivista de los derechos podría entenderlo así. De esta manera, además de un problema estructural o de lógica operativa de la institución del abuso del derecho, lo que nos preocupa es estar obviando alguna propiedad inherente a los

⁶² José Luis SERRANO, “La clasificación de los constitucionales y el ejercicio abusivo de derechos fundamentales”, p. 290.

⁶³ *Op. cit.*, p. 290. Lo destacado es nuestro.

⁶⁴ *Ibid.*

derechos fundamentales que determine la improcedencia de referirse a una hipótesis de ejercicio abusivo de los mismos.

Respecto a la último, en una visión conflictivista, si se les entiende como mandatos de optimización los derechos fundamentales tendrán una vocación de expansión y el límite vendrá constituido, en efecto,, por haberse llegado a ese lugar que, atendida las posibilidades jurídicas y materiales concurrentes, determina que se ha alcanzado su mayor grado de concreción posible. Infringida esa línea, su ejercicio devengará en inconstitucional. Ahora, si el principio que lo inspira sigue consumándose no obstante haber traspasado esa frontera (trasgresión que se concluirá en una lógica proporcionalista), no lo será por estar actuando *fuera* del derecho fundamental o, dicho de otro modo, por haberse alcanzado el fin del derecho constitucional.

Algo distinto puede ser lo que ocurre en el ámbito de los derechos subjetivos propiamente tales, en oposición a los fundamentales, de tal manera que cuando acusamos a su respecto la aplicación de la figura del abuso del derecho estamos (también) diciendo que el titular está actuando *fuera del derecho*. En la hipótesis de abuso no se está ejerciendo el interés jurídicamente protegido⁶⁵ o se está yendo en contra del principio que funda la regla permisiva o del sistema⁶⁶ que se estima preponderante.

En este orden de ideas, no podríamos descartar la idea de que los derechos fundamentales son inconmensurables, lo que no es igual a desconocer los límites que se imponen a ellos como una manera de conciliarnos cuando dos o más concurren a una misma situación (ponderación, propia del neoconstitucionalismo). Esta línea que se traza obedece a exigencias que no podrían atribuirse a la naturaleza de los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, en razón de ella y por existir más de uno.

En estrecha relación con lo anterior, la consideración a la técnica del abuso del derecho y de la ponderación⁶⁷ da espacio a cuestionar su compatibilidad conceptual. En efecto:

“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*”⁶⁸.

⁶⁵ Empleando los términos de la obra de Pablo Rodríguez Grez.

⁶⁶ Empleando los términos de la obra de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

⁶⁷ Para estos efectos seguiremos a Arturo Muñoz Aranguren, quien señala: “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”. MUÑOZ, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 40. Lo destacado es nuestro.

Por su parte, la doctrina del abuso del derecho tiene como objetivo juzgar el ejercicio de un determinado derecho subjetivo que, atendidas las circunstancias del caso concreto, contravienen los principios jurídicos, los intereses o valores morales (según la doctrina que se siga) involucrados en él, pero que, en ningún caso, tiene como eje central de su actividad la existencia de un segundo derecho en juego. En este sentido, cuando se señala:

“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 legislador⁶⁹.

En suma, tratándose del abuso del derecho, a diferencia de lo que ocurre en la ponderación, el conflicto no se produce entre dos derechos subjetivos distintos, sino que entre reglas y los principios, entre intereses contrapuestos⁷⁰ o entre la norma jurídica y la moral⁷¹, según la noción que se siga, de tal manera que:

“en la ponderación existe una tensión, por así decirlo, externa, entre las dos 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 ejercitado”⁷².

Por último, desde un punto de vista lógico, la coexistencia de estas dos técnicas parece sugerir la necesidad de una secuencialidad entre ellas al momento de su aplicación. En el sentido que:

“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”⁷³.

Ello, toda vez que la ponderación presume un conflicto entre dos normas que, *prima facie*, resultan lícitas, luego, si el ejercicio del derecho es abusivo (ilícito) no habría ponderación que realizar⁷⁴. Por tanto, examen de licitud (abuso del derecho) debe preceder al de ponderación (que la presupone).

De esta manera, aquí podrían postularse los primeros elementos de divorcio entre abuso del derecho y su aplicación a los derechos funda-

⁶⁹ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁰ RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*

⁷¹ RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*

⁷² MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁷³ *Op. cit.*, p. 42.

⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 41-43.

mentales desde los predicados del neoconstitucionalismo (especialmente, con razón de su técnica ponderativa).

II.3. ABUSO DEL DERECHO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y MORAL

Quizá uno de los más importantes cuestionamientos que se le formula al neoconstitucionalismo es el de abrirle la puerta a la moral en asuntos que bajo la lógica positivista eran de conveniencia y naturaleza jurídicas. Incluso, y más grave aún, a una moral no entendida como algo objetivo, con el eminente peligro que se aplique *la moral del juez* que conoce del caso concreto.

En efecto, se destaca que las colisiones entre el neoconstitucionalismo y el positivismo metodológico

“se producen con su idea de la separación entre Derecho y Moral, de la cual se desprenden (1) la idea de las fuentes sociales del Derecho (el Derecho es el resultado de prácticas sociales), (2) la posibilidad de describir el derecho avalorativamente y (3) la consecuente inexistencia de una obligación moral de obedecer el Derecho”⁷⁵.

En esta línea, no resulta difícil encontrar entre los autores que podemos calificar de neoconstitucionalistas afirmaciones como que:

“las constituciones contemporáneas asumen un gran número de principios morales que si bien han sido positivados en su texto, solo serán plenamente comprendidos a la luz de una concepción del Derecho que no pretenda separar Derecho y moral”⁷⁶.

O, bien, de autores que explicando el alcance de lo que conocemos como neoconstitucionalismo precisen que:

“principios y directrices, los pilares de la rematerialización constitucional, implican que el Derecho se aproxime a la moral y que la moral se aproxime al Derecho”⁷⁷.

Por su parte, si recordamos que algunos conciben la figura del abuso del derecho como un conflicto entre una norma jurídica y la moral, además de tratarse de una institución que surge, al igual que el neoconstitucionalismo, como una crítica al formalismo jurídico propio del positivismo, parecería que su consagración en el texto constitucional constituye un

⁷⁵ NÚÑEZ, “Explorando el neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 338.

⁷⁶ POZZOLO, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁷⁷ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 519.

adecuado instrumento para concretizar el temido efecto moralizador al derecho. Sin embargo, estimamos que esto no es en todo momento cierto, pues tal conclusión va a depender de *la naturaleza y configuración que se le atribuya al abuso del derecho*.

Así, y tal como dijimos, quienes postulen que: “el abuso del derecho viene a significar una limitación de los derechos positivos por la intervención de la ley moral”⁷⁸ van a estimar la compatibilidad entre él y esta característica del neoconstitucionalismo como evidente.

Ahora, esta *vinculación derecho-moral posibilitada por la figura del abuso del derecho* no es compartida por todos, incluso por aquellos que también se muestran reacios a un entendimiento avalorativo del derecho. En este sentido quienes defienden que:

“hay, pues una relación intrínseca entre las normas y los valores, puesto que el establecer, por ejemplo, la obligatoriedad de una acción p implica necesariamente atribuir a esa acción un valor positivo. Pero, además, considerábamos que existe una preeminencia del aspecto justificativo o valorativo sobre el directivo (tesis esta estrictamente contraria a la de Hans Kelsen) en cuanto, por ejemplo, tiene sentido decir que calumniar es una acción disvaliosa y, por eso, está prohibida, mientras que, en nuestra opinión, no lo tendría (en contra de lo que piensa Hans Kelsen) decir que calumniar es una acción disvaliosa porque está prohibida”⁷⁹.

Quienes siguen esta línea de pensamiento no estarían de acuerdo con una conexión derecho-moral en los términos antes mencionados, porque:

“el razonamiento judicial no se encontraría, en tales supuestos, limitado a razones proporcionadas por el propio Derecho, sino que se abriría a todo aquello que puede ser alegado en una controversia moral ordinaria. El juez se encontraría en la posición de un legislador no limitado”⁸⁰.

De esta manera, la afinidad acusada no sería tal o, a lo menos, se vería fuertemente disminuida si se postula que el núcleo central de la problemática del abuso se encuentra en:

“que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho (y singularmente del derecho de propiedad) implica, puede, en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones”⁸¹.

⁷⁸ RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁹ ATIENZA Y RUIZ, *Ilícitos...*, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 60.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 35. Lo destacado es nuestro.

Luego:

“la figura del abuso del derecho resulta, así, en un *mecanismo de autocorrección del Derecho*: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas”⁸².

De esta manera, conforme a estos autores, el abuso del derecho opera como un instrumento de *autocorrección*, sin necesidad de recurrir a una moralidad extrajurídica, el valor de la norma se encuentra en ella misma o en el sistema del que forma parte, esto es, siempre *dentro del derecho*.

Por último sobre este punto, cabe reiterar la idea que la identidad entre neoconstitucionalismo y moral o entre abuso del derecho y moral, son cuestiones que en último término van a depender de la concepción que tengamos del Derecho en su conjunto. Por ello, estimamos oportuno lo expuesto por Luis Prieto Sanchíz, cuando reconociendo el carácter polisémico del neoconstitucionalismo, identifica cuatro acepciones al término, correspondiendo la tercera de ellas a entenderlo: “como Filosofía y *Concepto del Derecho*, que aborda la cuestión de la existencia o no de una conexión conceptual entre Derecho y Moral”⁸³.

II.4. NEOCONSTITUCIONALISMO, ABUSO DEL DERECHO Y LAGUNAS AXIOLÓGICAS

Adelantándose que la siguiente cita está argumentando sobre la conveniencia de utilizar la ponderación como técnica de aplicación de la teoría del abuso del derecho, piénsese si es razonable estimar que podría, igualmente, estar haciendo alusión a alguna de las características del neoconstitucionalismo. En efecto, en ella y refiriéndose a la labor legislativa, se dice que:

“eliminar por completo las lagunas axiológicas está fuera de su alcance; y, por lo que hace a los intérpretes, la única manera de no identificar ninguna laguna de esta clase (y de evitar la necesidad de ponderar en los casos correspondientes) sería adoptar una teoría fuertemente formalista de la interpretación, incompatible, a nuestro juicio, con los fundamentos del orden jurídico del Estado constitucional”⁸⁴.

⁸² ATIENZA Y RUIZ, *Ilícitos...*, *op. cit.*, p. 59.

⁸³ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 513. Lo destacado es nuestro.

⁸⁴ ATIENZA Y RUIZ, “Abuso del derecho...”, *op. cit.*, p. 57.

En línea con lo que hemos señalado, se ha defendido:

“aquello que distingue la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional. Tal modelo ha sido denominado ‘modelo axiológico de la constitución concebida como norma’ ”⁸⁵.

Por ella se quiere significar una Constitución integrada por un conjunto de normas que son expresión de un determinado contenido, ellas manifiestan una idea, un valor, que resulta vinculante.

Por su parte, en la laguna axiológica:

“lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto está reglado (de no ser así habría una laguna normativa). Falta en verdad en el enunciado normativo cuestionado una norma satisfactoria o justa y, más precisamente, una norma diferenciadora, es decir una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto”⁸⁶.

No es la falta de norma, es la falta de justicia que supone la aplicación de la primera a un caso determinado lo que genera la laguna axiológica:

“de este modo, el principio que prevalece en el caso examinado podrá sucesivamente ceder en el juicio de otro caso concreto. La relación axiológica, pues, se da cada vez para cada caso individual en base a los juicios de valor formulados por el juez individual”⁸⁷.

En este mismo sentido y desde el punto de vista de la inaplicabilidad de un precepto legal, se ha señalado que:

“la norma no desaparece del horizonte del Derecho, sino que obliga al sentenciador a preterir su deber primario de aplicar la ley –a olvidar el orden lógico de aplicación heredado y modelado por el Estado Legislativo de Derecho– y a resolver el conflicto directamente en base a un precepto constitucional (sin invalidar la norma desplazada) cuando la aplicación de la norma legal conduzca a un resultado que repugne con los principios y directrices constitucionales o bien la disposición primariamente aplicable omita la consideración de una propiedad relevante del caso que sí resulta ponderada por la norma constitucional. *La Constitución opera hoy como ese parámetro de justicia imprescindible en la detección (o construcción) de las lagunas axiológicas*”⁸⁸.

⁸⁵ Susanna POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, p. 342.

⁸⁶ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 525.

⁸⁷ POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad...”, *op. cit.*, p. 341.

⁸⁸ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 525. Lo destacado es nuestro.

La situación de ser la Constitución cuna de lagunas axiológicas da cuenta de una realidad que no ha pasado desapercibida por la doctrina, cual es que:

“en la actualidad, en tiempos del denominado Estado Constitucional de Derecho, los roles de las teorías omnicomprendivas del Derecho respecto de las lagunas parecen haberse alterado. Mientras en el pasado, la existencia de aquéllas era negada por las versiones más radicales del positivismo (verdaderamente el paleopositivismo) hoy lo es por el no-positivismo neoconstitucionalista”⁸⁹.

Ahora, este mismo autor ve en ello una característica del neoconstitucionalismo, a saber, la *omnipresencia constitucional*, que implicará, por un lado, que prácticamente cualquier conflicto resulta atingente a esta mirada, como también que cualquier principio de rango constitucional puede, atendido al caso, ser desplazado por otro de igual jerarquía. A su juicio:

“tal aparente debilidad intraconstitucional, lejos de revelar un defecto, da cuenta del inmenso potencial de las Constituciones en operatividad neoconstitucional: contribuyen a lograr –o más bien restablecer– un ideal pre codificador que la ilustración transformó de aspiración en realidad artificial: la plenitud del Derecho”⁹⁰.

Expuesta la fuerte relación existente entre el neoconstitucionalismo y las lagunas axiológicas, queremos dejar enunciada la eventual vinculación que ellas pueden tener con la figura del abuso del derecho. En efecto, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero conciben al abuso del derecho como una manera de enfrentar lagunas axiológicas, que, en su terminología, dan lugar a ilícitos atípicos⁹¹.

En tal sentido se pronuncian los autores mencionados cuando explicando una de las modalidades de dichos ilícitos, señalan que esta hipótesis está constituida por aquellos casos en

“los que el punto de partida es la existencia de una regla permisiva que cubre, en el caso en cuestión, la conducta correspondiente; la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta, sin embargo, incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso (que constituye, así, una *laguna axiológica* del sistema de reglas) y ese balance exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso”⁹².

⁸⁹ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 524.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 522.

⁹¹ De esta naturaleza, junto con el abuso del derecho, son las hipótesis de fraude a la ley y desviación de poder.

⁹² ATIENZA y RUIZ, “Abuso del derecho...”, *op. cit.*, p. 50.

De tal manera, lo que ocurriría en estos casos, es que se produce:

“un desplazamiento de una regla permisiva *prima facie* aplicable (pero incoherente con el balance entre los principios relevantes del sistema) por una nueva regla prohibitiva que refleje adecuadamente dicho balance. Este desplazamiento tiene lugar, a nuestro juicio, en la figura del abuso del derecho, (...)”⁹³.

En definitiva, teniendo presente, por un lado, que conforme a los postulados cercanos al neoconstitucionalismo la Constitución se transforma, siguiendo las palabras de Ignacio Nuñez, en

“una eficiente máquina de producción de lagunas axiológicas con criterio de contraste que se ubica en una norma jurídica positiva, suprema y axiológicamente rebotante: la Constitución”⁹⁴,

y, por el otro, que el abuso del derecho puede concebirse, según alguna doctrina, en un mecanismo que procura dar solución a estas demandas de justicia sustantiva, la afinidad para mantenerse en este punto.

Conclusiones

Como apreciación general, podemos observar que en sus relaciones con la ley, el neoconstitucionalismo y la figura del abuso del derecho resultan ser dos fenómenos que tienden a complementarse. Ahora, con relación a sus vinculaciones con la Constitución dicha sana convivencia no resulta tan pacífica o, al menos, no en todos sus aspectos.

Somos de la idea que existen ciertas consideraciones, de profundo significado, para sostener que los derechos fundamentales son *reconocidos* a las personas por la Constitución, no siendo dichas *razones* simplemente trasvasiables a los derechos subjetivos *creados* por el legislador. En este sentido, destacamos la importancia de reflexionar sobre ellas y, en definitiva, cuestionar una presunta identidad ontológica entre derechos fundamentales y derechos subjetivos.

El abuso del derecho se concibió teniendo al derecho subjetivo como piedra angular de su configuración, lo que, por lo demás, explica que la forma usual de estudiarla sea a partir de él. Dicho lo anterior, esto no supone la imposibilidad de una reconstrucción de esta figura que permita su aplicación en un contexto constitucional, pero sí implica que ello deberá realizarse ha-

⁹³ ATIENZA y RUIZ, “Abuso del derecho..”, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁴ NUÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 527.

ciéndose cargo de la naturaleza, función y lógica sobre la cual ella ha vivido, de tal manera, que los esfuerzos argumentativos serán más exigentes al pretender justificar su aplicación a una realidad que, en principio, le resulta ajena.

Desde un punto de vista de conceptual, el abuso del derecho y la técnica ponderativa propia del neoconstitucionalismo aplicable a los conflictos de derechos fundamentales, no deja de presentar serias dudas respecto a su compatibilidad. En efecto, la primera supone un examen de revisión *del* derecho subjetivo cuyo ejercicio se acusa desviado, mientras que la ponderación descansa en la existencia de dos derechos (en apariencia, lícitamente ejercidos) que entran en conflicto y respecto del cual debe resolverse la preferencia de uno sobre el otro.

Lo propio ocurre desde un prisma lógico, que sugiere la existencia de una secuencialidad en la aplicación de estas técnicas, debiendo el análisis de licitud del ejercicio del derecho subjetivo preceder al examen ponderativo que se desarrolla bajo la premisa, *prima facie*, de dicha licitud.

Por otra parte, la vinculación dada por la moral entre el abuso del derecho y el neoconstitucionalismo, solo se dará de manera necesaria en la hipótesis que se conciba a la figura del derecho como una confrontación entre la norma jurídica y la moral. Por lo demás, en ello subyace un pronunciamiento sobre nuestra idea de derecho.

Siendo una de las características que se le atribuye al neoconstitucionalismo el concebir un modelo axiológico de Constitución Política y el ser fuente de nutridas lagunas de la misma naturaleza, las que deben ser resueltas con arreglo a la misma, es posible encontrar doctrina que atribuye igual función a la figura del abuso del derecho.

En definitiva, la relación entre el neoconstitucionalismo y abuso del derecho pone a prueba el proverbio que reza que los enemigos de mis enemigos son mis amigos, pues no obstante tener ambos como rival al formalismo legal propio del iuspositivismo, cuando sus conexiones superan dicho objetivo y el uno invade el terreno del otro, apreciamos que su amigable convivencia se puede poner en tela de juicio e, incluso, llegar a sostener que lo perseguido por uno es debilitado por el otro, colocándose los antiguos aliados en actual situación de *conflicto*.

Bibliografía citada

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", en *Revista de Derecho*, vol. XXIII, n.º 1, Valdivia, 2010.
- ARRUBIA, Jaime, "La constitucionalización del Derecho Privado", en *Nuevo Derecho*, vol. 5, n.º 7, ciudad, 2010.

- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, 2ª ed., Madrid, Editorial Trota, 2006.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, “Abuso del derecho y derechos fundamentales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 18, Madrid, 2011.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”, Miguel CARBONELL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- BARROS BOURIE, Enrique, “Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho”, en *Derecho y Humanidades*, n.º 7, Santiago, 1999.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- BOTERO BERNAL, Andrés, “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX”, en Jorge Luis FABRA ZAMORA, Álvaro NÚÑEZ VAQUERO (coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, ciudad, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 1.
- BUSCH, Tania, “Aproximaciones al fundamento de la jurisdiccionalidad del control constitucional”, en *Derecho y Humanidades*, n.º 12, Santiago, 2006.
- CASTILLO, Federico, *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho*, Madrid, INAP, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía*, n.º 16, Ciudad de México, 2002.
- FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- KRÜGER, Herbert, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1950.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 41, Alicante, 2018.
- NÚÑEZ, Ignacio, “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, n.º 2, ciudad, 2012.
- NÚÑEZ, Ignacio, “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black holes & Revelations’”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, n.º 1, Talca, 2015.
- PORCIELLO, Andrea, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*, Lima, Palestra Editores, 2019.
- POZZOLO, Susanna, “Apuntes sobre ‘Neoconstitucionalismo’”, en Jorge Luis FABRA ZAMORA, Álvaro NÚÑEZ VAQUERO (coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 1.
- POZZOLO, Susanna, *Constitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Editorial Palestra, 2011.

- POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21, vol. 2, Alicante, 1998.
- POZZOLO, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Miguel CARBONELL, Leonardo GARCÍA JARAMILLO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PRIETO SANCHIS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, “El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo IV, n.º 16, Ciudad de México, octubre-diciembre de 1954, pp. 9-43 y tomo V, n.ºs 17 y 18, Ciudad de México, enero-junio de 1955, pp. 11-35.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, “Rudolf von Ihering”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 4, Madrid, 1987.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio, *El abuso de los derechos fundamentales*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1980.
- RUIZ MANERO, Juan, “Bobbio y el positivismo”, in *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, vol. 26, 2015. Disponible en <http://journals.openedition.org/revus/3324> [fecha de consulta: 27 de junio de 2020].
- SERRANO, José Luis, “La clasificación de los constitucionales y el ejercicio abusivo de derechos fundamentales”, en *Persona y Derecho*, n.º 54, Pamplona, 2006.
- STREETER, Jorge, “La ciencia del derecho”, en *Revista de Estudios Públicos*, n.º 86, Santiago, 2002.

Siglas y abreviaturas

coords.	coordinadores
ed.	edición <i>a veces</i> editor
eds.	editores
etc.	etcétera
http	Hypertext Transfer Protocol (Protocolo de transferencia de hipertexto)
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
LL.M	Masters in Law
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)

p. página
pp. páginas
ss. siguientes
UNAM Universidad Nacional Autónoma de
México
vol. volumen
vs. versus