

BOLETIN
DE LA
**Academia de Ciencias
Políticas y Sociales.**

Tomo XVI - Julio a Diciembre de 1951 - Nros 3 y 4
CARACAS - VENEZUELA

**RECEPCION ACADEMICA DEL DR. ALEJANDRO
URBANEJA ACHELPHOL**

En la sesión especial del día 18 de setiembre de 1951, tuvo efecto el acto de la incorporación al Cuerpo del señor Doctor Alejandro Urbaneja Achelpohl, electo para el Sillón N° 19, que ocupara el Sr. Dr. Cristóbal Benítez, de tan feliz recordación para la Academia.

Asistieron a esta reunión los Académicos doctores Alonso Calatrava, Angel F. Brice, José Ramón Ayala, Cristóbal L. Mendoza, Manuel Maldonado, J. M. Hernández Ron, F. Vetancourt Aristeguieta, Héctor Parra Márquez, Juan José Mendoza y señor Rafael Martínez Mendoza. Concurrieron igualmente los Académicos electos doctores Antonio Pulido Villafañe, Carlos Montiel Molero y Pedro Guzmán hijo.

Abierta la sesión, expuso el objeto de ella el señor Presidente Dr. José Manuel Hernández Ron, quien invitó al nuevo Académico a tomar la palabra y el Dr. Urbaneja Achelpohl leyó el siguiente discurso que recibió el más caluroso aplauso de la comisión.

Señores Académicos:

Conturbado mi ánimo por la largueza en el honor que me ha conferido el Cenáculo que representáis, grupo selecto de jurisconsultos de mi país, excuso para encontrarme aquí la escasez de mis conocimientos científicos con mi vehemente amor por adquirirlos.

El hombre de Ciencia está obligado a consagrarse a ella, perseverantemente, con la misma fe para sus investigaciones en bien de la sociedad, que el sacerdote ante el Altar de Dios para la felicidad futura de los fieles. En Derecho, como fenómeno sociológico que es, de momento a momento, sorprenden particularidades no estimadas con anterioridad que vienen a poner matices a soluciones dadas por definitivas, cuando no a alterarlas profundamente, conforme a las transformaciones que de continuo aporta el adelanto en las distintas ramas del saber. Abrir los ojos a estos sucesos, no es perder la fe en la Ciencia, sino iniciarse en sus misterios,

Señores Académicos! Habéis querido que yo, sólo un devoto del Derecho, se cuente entre vosotros, los sentimientos de mi gratitud responden a los de vuestra sin par bondad; pero, os pido tolerancia como sabios que sois, para recoger las migajas intelectuales de mi contribución, que me preparo a corregir mis yerros, y como sempiterno estudiante, a enriquecer el espíritu con las observaciones de vuestra sabiduría, llamada a considerar las opiniones y doctrinas más opuestas, en pos de la verdad para el progreso de las Ciencias Políticas y Sociales, y mejoras de la Legislación venezolana.

El honor de haber sido yo elegido Miembro de este Cuerpo de Luces, sube a extremo sumo a causa de haberse me designado para ocupar el Sillón que dejó la eterna ausencia del doctor Cristóbal Benítez, esclarecido y vigoroso intelectual, quien rindió la jornada de la vida, cuando la

Patria aún recogía los frutos que le ofrendaba en sus estudios sociológicos, históricos, económicos, políticos, agronómicos.

Nació el doctor Cristóbal Benítez en Villa de Cura, población del Estado Aragua, en 1887. Su vocación a las letras se despertó en él desde muy joven, habiendo adquirido el título de doctor en Derecho en la Universidad Central de Venezuela. Su producción fué múltiple y variada, propia de un entendimiento polifacético, entre ella señalamos: "Apuntes prácticos para el cultivo de la viña y la fabricación de vinos en Venezuela"; "Les Loirsirs de la Pensée", escrita en lengua francesa; "Sociología Política": "Las Ideas Constitucionales del Libertador", "El Peligro Ruso y la América Latina"; "Los Horizontes de la Política"; "Las Deudas Públicas". También el doctor Benítez desempeñó cargos importantes en la República, como el de Rector de la Ilustre Universidad de los Andes y el de Ministro de Venezuela en España. Presidente del Congreso Nacional. En la Unviersidad Central de Venezuela obtuvo por oposición la cátedra de Sociología. Y fué además Individuo de Número de la Academia Nacional de la Historia.

Sus obras han sido encomiadas por reconocidos críticos. Bern Reymondo, afamado ensayista francés, refiriéndose a "Les Loirsirs de la Pensée", escribió: "Confieso que he leído este pequeño y sugestivo libro con un interés creciente. Las conferencias y discursos que lo componen no han perdido nada al ser impresos, cosa en verdad rara para conferencias. Los aforismos son sagaces, fuertes, y algunas veces amargos y crueles como la verdad misma. Ellos revelan a menudo la singular penetración de un espíritu a la vez severo e indulgente idealista e incisivo de un espíritu evidentemente libre de fraseología convencional que no teme ir al fondo de las cosas".

Y Lindolf Collor, pensador brasileiro, escribió sobre "Los Horizontes de la Política" por Benítez: "Ser éste un es-

critor brillante y sobre todo sincero. Poseedor de la virtud fecunda de los entusiasmos. Que con una clara intuición de los fenómenos políticos juzga casi siempre el fascismo, la dictadura española, el caos de Portugal, la situación inglesa. Que compara y juzga sin discutir teorías, porque la convicción de Benítez es que los Gobiernos para ser fecundos deben adaptarse a las realidades ambientales”.

Junto a esas voces autorizadas, están también las venezolanas de Pedro Emilio Coll y Tulio Febres Cordero, glorias de las letras patrias, de Eduardo Arroyo Lameda y Carlos Paz Castillo, actuales forjadores de nuestra cultura, quienes han apreciado la obra medulosa del finado académico, en la cual por encima de los puntos de vista que escruta con elevado criterio, se afirma el moralista, por lo que en todo tiempo guió sus pasos por el camino de una escrupulosa honestidad. Sirvan de ejemplo sus virtudes y valoremos para nuestra marcha hacia el futuro, las enseñanzas de su obra.

Me ha sugerido la personalidad del doctor Cristóbal Benítez, el trabajo que he presentado para mi admisión como Miembro Activo de la Academia:

Del Abuso de Derecho

Validos de la denominación abuso de derecho consagrada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, designamos el presente trabajo que nos hemos atrevido a elaborar guiados por la luz de los maestros, la lectura de cuyas obras en las que reina diversidad de opiniones, nos han hecho meditar con atención y cuidado sobre el tema.

Ciertamente que es impropio el nombre compuesto de términos que se contradicen, como si estuviésemos también autorizados para decir: la inmoralidad de la moral y la fealdad de la belleza; pero, en tratándose de nombres, no siempre se avienen a las cosas que distinguen y hay que aceptarlos contra la voluntad y gusto de uno, cuando las

autoridades los aplican y después el uso los generaliza. Procede entónces darles estimación con la cosa que verdaderamente indican. Si bien no pocas veces la impropiedad de un nombre ha traído oscuridad a más de una idea, por lo que en guardia hay que estar contra el torcimiento de las palabras que sacrifica las intenciones.

Se expresa con el nombre abuso de derecho: la oposición en un derecho entre su elemento formal que lo exhibe ejercido con justicia y su elemento intrínseco que lo acusa ejercido con injusticia. De aquí que al campo abarcado por su extensión, se haya pensado cambiársele el nombre de abuso de derecho por el de: "acto abusivo, disimulado bajo la apariencia del ejercicio de derecho" (1). Este louage de services a durée indéterminée, d'après la loi du 27 décembre 1890.

más adecuado, pero por ser aquél más breve, extrañamente paradójico, se ha impuesto con el raro consorcio en armonía de los vocablos abuso y derecho, para sintetizar el concepto.

Si pretendiéramos decir: "el abuso en el derecho" podrían objetar los rigoristas que abuso es el mal uso, y que este mal uso en el derecho puede haberlo sin distingos en su alcance. Que la denominación no comprendería sólo el grupo de las infracciones al cual nos contraemos, indicado como diferente de los delitos y cuasidelitos. El legislador patrio desde el año de 1916, no habla de delitos ni de cuasidelitos en materia civil, sino de hechos ilícitos, aun cuando son evidentes en esa nomenclatura suprimida, las entidades escalonadas y el lazo común de ilicitud que las une. Cuando ellos son cometidos, rompen tanto con el elemento formal que exhibe el derecho consagrado, como con el elemento intrínseco que entraña el derecho mismo, mientras que en los hechos calificados de abusos de derecho, se enseña que únicamente el segundo de aquellos elementos es

(1) L. Duffan-Lagarosse. Du droit dommages-interés dans le

el quebrantado por la ejecución de la persona autora (1) y (2).

En el sistema general de la responsabilidad civil hay también la del riesgo que incumbe al patrono por los accidentes y enfermedades profesionales de sus obreros, provengan dichos accidentes y enfermedades del servicio mismo o con ocasión directa de él. La responsabilidad del riesgo en forma prudentemente disciplinada es una conquista del legislador venezolano, primero en la Ley de Minas de 1915 y después en la Ley del Trabajo.

Nos cabe observar: que si por abstracción especulativa en un derecho nos es dado separar el elemento externo del elemento interno que lo integra, confesamos que la forma no vale sino por el espíritu que conste, de manera que la infección antijurídica de éste inutiliza a aquélla. La letra de la norma cede en presencia del pensamiento del legislador que la anima. Pensamiento que ha de buscarlo el intérprete sin ceñirse sólo a las reglas del lenguaje establecidas por la Gramática, sino además con raciocinio en las bases filosóficas y científicas de las normas legales, conforme a las circunstancias de tiempos y de lugar, por lo que para tener conocimiento cierto de los principios jurídicos se requiere ayuda de la Filosofía, de la Sociología, de la Economía, de la Historia, de la Biología.

La Filosofía con sus verdades fundamentales y las Ciencias, en auxilio de la interpretación de la Ley, a fin de determinar el pensamiento del legislador, no estáticamente en el pasado como clave de solución, sino en el presente, para las relaciones nuevas o transformadas, dentro de los límites previamente fijados por el legislador, según el conjunto íntegro de la legislación en vigencia, ya que el

(1) Louis Josserand, "De L'Esprit des Droit y de leur Relativité. Theorie dite de L'Abus des Droit", números 26 y 261.

(2) Miliöié Markovitch, "Le Theoric de L'Abus des Droits en Droit Comparé", números 92 y 93.

intérprete mal podría usurpar la atribución peculiar del Poder Público llamado a dictarla. Y así, sin forzar arbitrariamente las expresiones escritas al animarlas con la noción de que el derecho lejos de ser una masa inerte es algo vivo, podemos invocar la frase de Saleilles: "Más allá del Código Civil, pero por el Código Civil" (1).

Desde el punto de vista que la corrupción del espíritu jurídico desvaloriza la forma de la norma legal, caben las observaciones de Planiol: "uso abusivo de los derechos es una logomaquia, pues, si uso de mi derecho, mi acto es lícito y es ilícito cuando traspaso mi derecho y actúo sin derecho, **injuria**, como decía la **Ley Aquilia**. Negar el uso abusivo de los derechos no es intentar hacer pasar por permitidos los actos dañosos muy variados que la jurisprudencia ha reprimido; es solamente hacer esta observación: Que todo acto abusivo, por el solo hecho de ser ilícito, no es el ejercicio de un derecho, y que el abuso de derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito. Es necesario, pues, no ser engañado por las palabras: el derecho cesa donde el abuso comienza, y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez, conforme a derecho y contrario a derecho" (2).

La teoría de la ilicitud interna de los actos exteriormente revestidos de juridicidad, tiene origen en la realidad de los hechos, surgió como limitación justa a los derechos subjetivos para asegurar entre las personas una mejor convivencia social. No es una novedad creada por la pluma de modernos autores.

En virtud de concernir la teoría del abuso de derecho a los derechos subjetivos, conviene señalar la naturaleza de éstos: ¿Estará en la voluntad humana, como afirma Je-

(1) Francisco Geny, "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado", Prólogo.
mo II, número 871.

(2) Marcel Planiol, "Traite Elementaire de Droit Civil", to-

llinek? ¿En el interés, como lo sostiene Ihering? ¿En la armonía de ambos elementos, como lo piensa Merkel? A esas preguntas cabría responder de este modo: a la primera, que la incapacidad priva a los seres humanos de voluntad, de suerte que la ausencia de la facultad de determinarse negaría en ellos los derechos subjetivos; a la segunda, que entre los intereses hay unos renunciables y otros nó, pero que la reclamación de todos requiere voluntad en el titular, por lo que se volvería a la primera hipótesis; a la tercera, que la intentada armonía entre la voluntad y el interés, el interés querido que la ley protege, deja en pie la misma objeción general. Sin embargo, esta objeción se desvanece con la distinción entre el goce y el ejercicio del derecho. La incapacidad no es óbice al goce de los derechos, a la aptitud para ser titular, los incapaces pueden tener tal goce, mientras el ejercicio de los derechos que es cosa diferente, por ser su actividad, no puede corresponder a aquéllos, sino a sus representantes.

León Duguit niega la teoría del abuso de derecho, porque según él: "con arreglo a la doctrina de la solidaridad, el individuo no tiene ningún derecho; no tiene sino deberes" (1). La doctrina es revivencia de la ideología de Platón, predicada siglos antes de Jesucristo, puesta al día por sus adeptos, quienes proclaman idéntico principio: "el individuo es nada, el Estado es todo". Manto con el cual han solido encubrirse tiranías.

Admitida la teoría según la cual el interés querido es el fundamento de los derechos subjetivos, aún podemos formular otra pregunta: ¿a qué fin? La observación nos hace responder: que el interés querido está en el propio ser individual y se manifiesta como un llamamiento de su naturaleza; es una expresión de su vida.

Ahora bien, toda potestad individual implica limita-

(1) León Duguit, "Manual de Derecho Constitucional", párrafo 56.

ciones. La ausencia o escasez de ellas ocasiona desórdenes y odiosas desigualdades sociales: la de los poderosos y la de los desamparados carentes de oportunidades para su levantamiento educativo y económico. Pero, también el exceso por el Estado en las limitaciones de las actividades de la potestad individual al extremo de reducirla un *mínimum* de subsistencia a causa de reglamentarla un *máximum* en su desenvolvimiento, conduce a la decadencia, por la muerte en unos de la iniciativa en las obras de progreso, y en otros, del entusiasmo en la voluntad de trabajar. Todos esperan los favores del Estado.

Ha de buscarse el equilibrio entre ambos extremos: de la personalidad individual y de la personalidad social, como solución de una adecuada idea de justicia, sin olvidarse que la verdadera causa de los derechos subjetivos arranca de orgánicas funciones fisiológicas y psicológicas del ser humano, cuyo dinamismo y satisfacción reclaman las leyes de la Biología, y que una intensa y sana campaña educativa, el estímulo al sentido de previsión y una amplia protección a la pequeña propiedad, sin entender por ésta la irrisoria, hacen más, mucho más, por el bienestar de la sociedad, que restricciones que ahoguen la libertad por el empeño del Estado en imponer, sin lograrla jamás, la igualdad de hecho entre los individuos que gobierna.

Los autores no están de acuerdo en opinar que en la Roma de la Historia Antigua se tuviera conocimiento de los actos abusivos de derecho. Hay quienes lo afirman (1); ha quienes lo niegan (2). Nosotros nos inclinamos por la opinión afirmativa.

En efecto, las luchas en el periodo clásico entre el Derecho Civil y el Derecho Pretoriano, lo atestiguan. El pri-

(1) Ambrosio Colin y H. Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil", tomo III, págs. 757 y 758. — Marcel Planiol, "Traite Elementaire de Droit Civil", tomo II, número 870.

(2) José Calvo Sotelo, "La Doctrina del Abuso del Derecho como Limitación del Derecho Subjetivo", pág. 133.

mero era estricto, conservador y formalista, objeto de veneración religiosa; pero, su intérprete, el pretor romano que al principio lo confirmó, entró luego a suplirlo y finalmente a corregirlo. Esto último por medios ingeniosos que desviaban la aplicación del Derecho Civil a fin de que triunfara la equidad, ya que al magistrado romano investido de la **jurisdictio**, estaba vedado derogar el Derecho Civil.

La **querela inofficiosa testamenti** fué consagración pretoriana, fundada en que el testador al violar la piedad debida a sus parientes consanguíneos, en el testamento otorgado conforme al Derecho Civil, hacía un acto reprobado por la naturaleza, como la obra de una mente no sana. Ni el dolo ni la violencia producían ineficacia en los contratos formados según el Derecho Civil, la víctima sufría su debilidad o su simplicidad. Para remediar estas situaciones el pretor consagró la **actio doli mali** y la **exceptio doli mali**, la **actio quod metus causa** y la **exceptio quod metus causa**, según que los contratos se hubiesen o no ejecutado. Consagró también el pretor la **in integrum restitutio** en favor de la parte que sufría un perjuicio apreciable en un contrato válido según el Derecho Civil, para considerarlo como no ocurrido, y entre las causas de procedencia de esa acción rescisoria, señaló el dolo o la violencia en el consentimiento. Disposición alguna había en el Derecho Civil para impedir al deudor disponer de lo suyo antes que el acreedor le reclamase. El pretor Paulo consagró la acción pauliana en favor del acreedor perjudicado para anular los actos del deudor que a sabiendas lo habían hecho insolvente o le habían agravado su insolvencia.

Calvo Sotelo, después de manifestar que sólo hubo atisbos en Roma del abuso de derecho, concluye por opinar relativamente a la acción pauliana, "que no cabe considerarla como aplicable al abuso de derecho, en razón a ser discutible si el deudor usó su derecho al enagenar parte de su patrimonio que en realidad no es suyo, puesto que se encuentra afecto a un crédito y como verdaderamente puede decirse que no tiene tal derecho, no cabe colocar como an-

tecedente del abuso de derecho la acción pauliana" (1). Nosotros nos inclinamos a mirarla como antecedente, pues, la regla general de que los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, en principio es aplicable en el momento que éstos hacen efectivos sus derechos. Se consideran prenda común con anterioridad a ese momento y sin derecho el deudor para enagenarlos, precisamente en virtud de la acción pauliana, que pone limitaciones de probidad a la libre disposición de los bienes del deudor en resguardo de los derechos de sus acreedores. El concepto simple de la norma expresivo de progreso en el Derecho Romano fué el de que: "el deudor da acción sobre todos sus bienes a sus acreedores". Cuando se habla de la acción pauliana y se dice que los bienes del deudor son la prenda común de los acreedores, la palabra prenda no se estima en sentido técnico. Así, con sentido impropio figura en el artículo 1.864 de nuestro Código Civil.

El pretor hizo una labor incesante de humanización del Derecho Civil, el cual sin ser derogado directamente con normas generales, objetivas y dogmáticas, se combatía con éxito por aquel magistrado en el edicto que publicaba sobre el entendimiento de sus funciones al aceptar el cargo. En ese entendimiento, obra de aguda sagacidad, a base de supuestos y condiciones, manifestado en fórmulas entregadas luego a los litigantes para que acudieran al Juez en busca de sentencia, estaba la desviación del absolutismo de los derechos quiritarios. Las limitaciones equitativas contra los abusivos rigores jurídicos.

En la transformación del espíritu del Derecho Romano, los jurisconsultos ejercieron una influencia, copiosa y eficaz, en todo el período del Derecho Clásico. En tiempos de Augusto llegaron a tener condición oficial y las **responsa prudentum** adquirieron fuerza de ley.

(1) Calvo Sotelo, "La Doctrina del Abuso del Derecho como Limitación del Derecho Subjetivo", págs. 134 y 135.

Se citan textos de los juriconsultos romanos como pruebas de no haber admitidos la noción de los actos abusivos de derecho. Entre esos textos, los siguientes: "Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur" (No se considera que obra con dolo aquel que usa de su derecho), de Gayo; "Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod fecere jus non habet" (No hace daño nadie, sino el que hizo lo que no tenía derecho de hacer), de Paulo; "Neminem laedit, nemo damnum facit qui suo jure utitur" (A nadie lesiona, ningún daño hace, quien usa de su derecho), de Ulpiano; "Non videtur vim facere, qui iure suo utitur, et ordinaria actione experitur" (No se considera que hace violencia, el que usa de su derecho y ejercita la acción ordinaria) de Paulo; "Durum hoc est, sed ita lex scripta est" (Duro es esto, mas así está en la ley escrita) de Ulpiano.

Los textos citados, entre varios análogos, que pudieran dar fundamento para deducir que los juriconsultos romanos rechazaron la noción del abuso del derecho, se comparan con otros muy distintos también de los juriconsultos romanos. Esos textos distintos rezan así: "Jus est ars boni et oequi" (Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo), definición de Celso que por sí misma proclama no deberse hacer mal uso de los derechos; "Nemo potest mutare consilium suum in alteris iniuriam" (Nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro) de Papiniano; "Male enim nostro jure uti non debemus" (No debemos usar mal nuestro derecho) y "Non omne quod licet honestum est" (No todo lo que es lícito es honesto), textos de Gayo y Ulpiano; "summum jus, summa injuria" (Máximo derecho, máxima injuria) y "malitis non est indulgendum" (La malicia no merece indulgencia). De estos dos últimos principios, el primero es atribuido a Cicerón.

Meditados los textos transcritos, bien se ve que no podrían aplicarse los del primer grupo, ni los de índole análoga, en los supuestos de malicia o deshonestidad o mal ejercicio en los derechos, pues tales supuestos son los fundamentos para negar los derechos en los textos del se-

gundo grupo y en las normas análogas a ellos; por lo que el caso no es de oposición entre los diversos textos para aseverar que son contradictorios y concluir que los jurisconsultos romanos no tuvieron concepto de los actos abusivos de derecho, sino de explicar unos textos con otros, para establecer la natural armonía interpretativa. En este sentido Colin y Capitant han dicho: "El adagio "Nemo damnum facit qui suo jure" no significa más que esto: "El que ejercite su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro. Comprendida de este modo la vieja regla romana, lejos de encerrar el contenido antisocial que se le ha atribuido, aparece, por el contrario, como útil y beneficiosa" (1).

El desarrollo del Derecho en Roma se señaló primero por el impulso de las reivindicaciones de los plebeyos, y después, por la fusión con los pueblos conquistados, sin menguar su gloria que recibiera desde los tiempos más antiguos el pensamiento filosófico de Grecia. Una es la humanidad, y entre sí los pueblos que la forman, reciben y transmiten las ideas en la evolución histórica, con el poder de la civilización.

La Escuela Estoica de Zenón que proclamó el Derecho como razón universal con honesta finalidad anterior y superior a las legislaciones que lo consagran, abrió sus puertas en Roma y por ellas penetraron Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, quienes así adoctrinados afirmaron la equidad sobre el Derecho Estricto.

En el Bajo Imperio, la función de los magistrados desaparece con el **Edictum Perpetum** de Juliano, y de los grandes jurisconsultos de Roma, sólo se hace memoria. No hubo fuerza alguna que pudiera detener el término de la vida histórica de la dueña del mundo antiguo, que destruída por la corrupción, expiró en los albores del Cristianismo Redentor.

(1) Ambrosio Colin y H. Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil", tomo III, pág. 758.

Pasemos del Derecho Romano al Antiguo Derecho Español, que ambos son básicos en nuestra legislación civil, el primero a través del segundo y de los Códigos de Francia y de Italia, los cuales para el legislador patrio han sido obras de acabada sabiduría.

En el Antiguo Derecho Español también encontramos la noción de los actos abusivos de derecho. Según la ley 13, título 1^o de la Primera de las Siete Partidas, "las leyes deben entenderse en el sentido más sano y provechoso", lo cual equivale a declarar que en todas las causas debe tenerse en cuenta la equidad antes que el rigor del derecho. En la ley 14, título 34 de la Partida Séptima, se establece que: "no hace agravio a otro quien usa de su derecho", regla que ha de interpretarse no sólo en concordancia con la anterior sobre el entendimiento de las leyes, sino además con la que contiene la ley 1^a, título 38, Partida Tercera, la cual define la propiedad: "señorío o poder que el hombre tiene en su cosa para hacer de ella o en ella, lo que quisiese, según Dios y según fuero". Ahora bien, someter el ejercicio del derecho de propiedad a la conformidad del Ser Supremo, quien tiene por atributos la Bondad y la Justicia Infinitas, es rechazar toda idea de deshonestidad y de maldad, por lo que la expresión del concepto está enaltecida por la moral cristiana que limita el ejercicio del derecho contra los abusos del titular.

Interesante por tocar también a la noción del abuso de derecho es la ley 19, título 33, Partida Tercera, según la cual: "puede cualquiera hacer un pozo en su fundo, aunque quita o disminuya el agua del pozo de su vecino, salvo lo hiciere maliciosamente sin haber menester, por causar daño a otro; pues, en este caso puede el vecino usar del remedio de la denuncia para que no se haga, y aún pedir después de hecho que se cierre". Así, pues, el derecho de hacer pozo en un fundo fué condenado por razón de su ejercicio, cuando había en el titular alto grado de inmoralidad por la intención dañina y la ausencia de personal utilidad. La reprobación establecida en esa norma, como

la moralidad que inspira a las precedentes y otras análogas, fueron hijas de una limpia conciencia cristiana, como la de Don Alfonso el Sabio, quien impuso el sello de su personalidad en la obra perdurable de las Siete Partidas.

Entre las Leyes del Antiguo Derecho Español que rigieron entre nosotros, comenzamos por las Siete Partidas, no obstante ocupar el último lugar en el orden de aplicación por los tribunales venezolanos de las Leyes de la República y de España, según la Ley Unica, Título XII, del Procedimiento Judicial de 1838, por representar las Siete Partidas el mayor esfuerzo de la cultura jurídica de la época con sanos principios de moral cristiana limitadores de la rudeza abusiva de las costumbres medioevales. En el prólogo de la obra, como motivo para elaborarla, escribió el Rey filósofo y legislador: "para ayuda et esfuerzo a los que después de nos reinaren", y ciertamente que contribuyó con los monarcas posteriores a fundar la unidad nacional de España. La España de las Siete Partidas. El reproche que ha solido imputársele de constituir una legislación exótica: trasunto del Derecho Romano, a pesar de los muchos fueros que también la informan, es en principio cualidad. ¿Qué no fué después el Código Napoleón, tenido por modelo en el mundo civilizado, sino trasunto del Derecho Romano, con rectificaciones de tiempo y de lugar? Ni las costumbres francesas con preponderancia germánica, ni las ideas reaccionarias de la Revolución Francesa, le hicieron perder el carácter de su origen romano de **Corpus Juris**. Y ello, porque el Derecho es un fenómeno social formado por las lecciones de la experiencia, y es con la valorización de éstas en el tiempo y en el espacio, y no con su menosprecio y arbitraria destrucción, que se avanza por el camino del perfeccionamiento.

En orden histórico a las Siete Partidas siguen las Leyes de la Nueva Recopilación de Castilla, acusadas de falta de método y claridad, con muchas contradicciones, anhelo infructuoso de Isabel la Católica en su testamento, preocupada aún para después de su muerte por la supe-

ración del pueblo español y por la necesidad de civilizar a los indios.

Detengámonos por momentos ante las Leyes de la Recopilación de Indias, conjunto de leyes dictadas por el Consejo de ese mismo nombre, creación humanitaria de los Reyes Católicos poco después del descubrimiento de América. En esa Recopilación no obstante paréntesis de sus yerros antidemocráticos y antieconómicos propios de las leyes de la época, palpita en forma viva el sentimiento de equidad con la protección al desamparado, por medio de disposiciones, cuyo propósito evidente era impedir toda especie de atropellos y abusos de derecho, que con ferocidad y rapacidad hacían los conquistadores y encomenderos en los nativos de América. Leyes burladas por la lejanía de las Colonias y la complicidad de los interesados en la inhumana explotación.

Entremos ahora a estudiar los criterios aplicados para determinar la noción del abuso de derecho.

Tenemos en primer término el de la intención de dañar en quien ejerce el derecho sin salirse de la letra de la norma que lo consagra. En principio, la intención nociva en un acto es incompatible con su conformidad jurídica. El criterio tiene antecedentes históricos en el Derecho Romano y en el Antiguo Derecho Español, en los cuales sus legisladores e intérpretes, en no escasas normas, fijaron atención en el elemento moral de éstas, para hacerlo prevalecer. Georges Ripert que estudia la regla moral en las obligaciones, al tratar del dominio propio de la teoría del abuso de derecho, señala la intención de dañar (1).

Se ha dicho que el criterio psicológico fundado en la intención del sujeto no expone una idea exacta, porque los hombres pasan su vida dañándose los unos a los otros; que la vida en sociedad es una lucha perpetua y universal;

(1) Georges Ripert, "La Regla Moral en las Obligaciones Civiles", número 93.

que toda acción, todo trabajo, es un hecho de concurrencia económica o social; que todo hombre, toda nación que adquiere una superioridad en una rama cualquiera de la actividad, reemplaza a otros, despoja a sus competidores, los perjudica, y tiene el derecho de perjudicarlos. Que tal es la ley de la naturaleza y que la humanidad no tiene interés en sustraerse a ella, porque es el sólo estímulo de su energía.

La crítica anterior la formula Planiol (1); pero, observamos: que si es innegable la lucha por la vida como característica de los seres orgánicos, que cumplen en general la ley de Darwin de la selección natural, confirmada por el predominio de los más aptos y fuertes, esa lucha entre los seres humanos debe mantenerse dentro de los límites de la conducta moral, que en las sociedades primitivas está dominada por el imperio de los sentidos que afirman el egoísmo, y en las sociedades civilizadas, por el imperio de la inteligencia que desarrolla el noble sentimiento del altruísmo.

Variable la moral en el tiempo y en el espacio, como todo fenómeno sociológico, conforme a ella el derecho ha sido aplicado. Por esta razón en la historia de los pueblos, leyes como la de la esclavitud que antaño fueron estimadas como buenas, hogaño nos parecen odiosas, inconcebible que nuestro moderno legislador las aprobase: justificadoras de una Revolución. Y asimismo la moral del porvenir será distinta: abstenciones hoy indiferentes, mañana podrán causar hondos desasosiegos anímicos y el legislador para ese entonces habrá de sancionarlas ante el grado de reprobación social.

En la extensión de la moral está comprendido el derecho, constituido éste por la parte de las reglas de aquélla que infringidas acarrean mayor grado de reprobación social. Y he aquí porque el Estado las transforma en leyes. Por tanto, en la lucha por la vida mal puede violarse la moral que fundamenta a las normas legales, sin violación

(1) Marcel Planiol. "Traite Elementaire de Droit Civil", tomo II, número 871.

de éstas. Así, no debieran darse casos de sentencias inmorales de acuerdo con la ley, infaustos precedentes que en la sociedad aumentan la zona de los perversos y de los imitadores sin escrúpulos. Los círculos concéntricos de Bentham que indican el del radio menor para el derecho y el del mayor para la moral, evidencian que lejos de haber antagonismo entre el uno y la otra, el primero tiene su base en la segunda.

Desde el Derecho Romano y el Antiguo Derecho Español nos viene la distinción entre el dolo malo y el dolo bueno, separados por un límite, correspondiendo a los jueces del mérito la apreciación de los hechos para establecer si las maniobras practicadas por el autor han sido o no determinantes del contrato. Si en el mundo de los negocios, el dolo bueno escapa a las sanciones y consecuencias legales, en cambio el dolo malo vicia los contratos y genera acción por daños y perjuicios.

La libre lucha en la Ciencia, el Arte, el Comercio, la Industria, campos de actividades provechosas para la sociedad, es plausible por el afán de mejoramiento impulsador del progreso, siempre que para el éxito no ejecuten los competidores hechos ilícitos que estén en las previsiones legales: usurpaciones, falsificaciones, competencias desleales.

Se ha estudiado en doctrina el criterio intencional cuando en la cuestión por resolver concurren dos móviles en el acto: uno perjudicial para el tercero y otro provechoso para el titular del derecho ejecutor del acto. Julien Bonnacase piensa que las consecuencias de la intención de dañar se paralizan, cuando ejercido el derecho dentro de sus propios límites, se acompaña de un provecho para su autor (1).

(1) Julien Bonnacase, "Supplement de Traite Theorique et pratique de Droit Civil de G. Baudry-Lacantinerie", tomo III, número 229.

Nosotros nos inclinamos, desde el punto de vista del criterio psicológico, por quienes afirman que debe prevalecer en la cuestión propuesta, el móvil principal al cual el titular del derecho ha obedecido. Esta opinión nos parece razonable, porque entre el móvil perjudicial para el tercero y el móvil provechoso para el sujeto, ejecutor del acto, uno de ambos debe ser el más querido y recibir una mayor fuerza psicológica para su realización. Ese móvil definirá o no el acto como abusivo de derecho. La prueba podrá ser más difícil, pero el concepto de justicia no se sacrifica.

Excluidos del criterio intencional quedan aquellos derechos, que la doctrina con Josserand denomina no causados (1), los cuales por razones excepcionales rechazan toda inquisición sobre su móvil, son derechos absolutos, como la negativa de consentimiento para que los menores contraigan matrimonio, por parte de los llamados por la ley a darlo, salvo la del tutor, según el artículo 63 del Código Civil, y el derecho que tiene el testador respecto a quienes debe la legítima para desheredarlos de la porción disponible, conforme a los artículos 883 y 888 del mismo Código.

La doctrina entre los derechos no causados señala el de no contratar. Es entendido no haber por parte de quien alegue ese derecho, algún hecho voluntario de su parte, como en la promesa formal y la aceptación oportuna. Advertimos: que los contratos de adhesión, sin discusión previa entre las partes, perfeccionados con la sola aceptación del adherente, se prestan a abusos, cuando quien hace la oferta goza de un monopolio de hecho o de derecho del cual se vale para atribuirse facultades que repugnan hondamente a la moral o cuando establece cláusulas a su favor como la eximente de responsabilidad, circunstancias que conducen a aseverar haber ilicitud en quien hizo la oferta o haber cláusula destructora de la noción misma del acto jurídico. Las res-

(1) Louis Josserand, "De L'Esprit des Droits et leur Relativité. Theorie de l'Abus des Droit", número 278.

tricciones que una persona hace de su libertad en provecho de prerrogativas ilícitas de otra o sin obligaciones correlativas, son ineficaces por causa ilícita o ausencia de causa, conforme al artículo 1.157 del Código Civil.

En el campo psicológico, admitido el criterio de la intención de dañar para determinar el abuso de derecho, hubo necesidad de completarlo para comprender los casos de responsabilidad por perjuicios producidos a causa de ejercicio imprudente o negligente en los derechos. Y el sistema así ampliado se denominó de la culpa o técnico.

El sistema abarca los diferentes grados de la culpa conforme a la doctrina clásica: lata, leve y levísima. Culpa lata cuando no se observa el cuidado y diligencia que todos los hombres, aún los menos solícitos, suelen practicar; culpa leve cuando no se observa el cuidado y diligencia que comúnmente practican los buenos padres de familia, tipo medio de los hombres; y culpa levísima, cuando no se observa el cuidado y diligencia que practican los padres de familia muy cuidadosos y diligentes.

Nuestro legislador no consagra un sistema para la graduación de las culpas. La graduación resulta de los principios generales o de las normas particulares. Para la existencia del hecho ilícito carece de trascendencia el grado de la culpa, estimable sí en la fijación judicial de los daños y perjuicios. Pero, de todos modos, el Código Civil, en su artículo 1.185, fundamenta en la culpa la responsabilidad civil, noción ampliada con el criterio psicológico de que tratamos, según sus partidarios.

El nuevo sistema comprende no sólo el de la intención nociva, por cuanto la culpa lata equivale al dolo, sino que además se extiende hasta por la responsabilidad de la culpa levísima en el ejercicio de los derechos que causan daño a otro. Los delitos y los cuasidelitos con el criterio de la culpa en la noción del abuso del derecho, ofrecen distintas formas de manifestarse. En este sentido puede afirmarse

que: el abuso de derecho es una variedad del hecho ilícito.

La doctrina estudia como elementos constitutivos de los delitos y de los cuasidelitos: 1º el hecho ilícito; 2º la imputabilidad del hecho a su autor; y 3º el perjuicio causado por el hecho. Los dos últimos no han ofrecido dificultad en lo tocante a la noción del abuso de derecho, pero acerca del primero se ha sostenido: que el ejercicio por una persona de su derecho, no puede constituir un elemento de delito o de cuasidelito. Y hasta Calvo Sotelo, partidario de la teoría del abuso, escribe: "ser un poco atrevido admitir la culpa en el ejercicio de un derecho" (1). Por nuestra parte, somos de parecer que violar una norma legal en el pensamiento del legislador que la inspira, aun cuando por su sola forma aparezca inviolada, es violarla, esto es, cometer un hecho ilícito.

Se ha alegado que el criterio psicológico transforma al Juez en investigador de conciencias para reconocer y negar derechos, y que esa transformación es peligrosa, porque la rebusca está llena de incertidumbres. "Es sustituir la falta jurídica por la falta moral", exclama Esmein (2). Mas, observamos: no haber peligro de arbitrariedad judicial, puesto que el Juez conforme a su prudente arbitrio valora los elementos probatorios para determinar la culpabilidad del sujeto, atribución que desde antaños legislaciones han tenido los jueces en materia contractual y extracontractual. Siendo de advertir: que la falta jurídica es una falta moral, porque las normas legales tienen fundamento moral, por cuyo resguardo ha de velarse como necesario para la convivencia de los seres humanos en sociedad.

Las leyes inmorales niegan el derecho y están fuera de la función esencial propia del legislador. Ilegítimas por carecer de espíritu jurídico, no son sino medios destructores

(1) Calvo Sotelo, "La Doctrina del Abuso del Derecho como Limitación del Derecho Subjetivo", pág. 165.

(2) A. Esmein, "Sirey.-Lois et Arrêts", tomo año 1.898, nota págs. 17 al 21.

de la sociedad y con frecuencia sirven para entronizar el despotismo. Si bien no cabe confundir el abuso de las leyes con las leyes inmorales: el exceso en aplicar normas legítimas con la aplicación de leyes pervertidas que acusadas de ilegitimidad, constituirían una contradicción y no verdaderas leyes, científicamente consideradas. La anulación de los contratos por causa ilícita violadora de las buenas costumbres o del orden público, presupone al legislador moralista y guardián de la armonía social. Y si para evitar la excusa en alguien de cumplir las leyes, se ha establecido no alegar la costumbre o práctica en contrario por antiguas y universales que sean, tal principio no arrebatara el derecho que como garantía individual corresponde a los ciudadanos para ser regidos por leyes ajustadas a la moral básica imperante, y de pedir cuando no lo estén, su anulación por inconstitucionalidad ante el más Alto Tribunal de la República (véanse artículos 7º y 1.157 del Código Civil, y 33 y 123 atribución 9º de la Constitución Nacional).

Las objeciones al criterio psicológico del abuso de derecho, dieron nacimiento al criterio económico o de la falta de interés legítimo. Raimundo Saleilles, una de las cumbres francesas de mayor saber jurídico de los últimos tiempos, en busca de la verdadera noción del abuso de derecho expresó varios conceptos. Uno conforme con el criterio psicológico de la intención de dañar en relación con los derechos no definidos suficientemente por el legislador; después expresó un concepto distinto, definidor del criterio funcional que estima el destino económico o social del derecho subjetivo; y por último, expresó un tercer concepto concebido en los siguientes términos: "Un acto cuyo efecto no puede ser más que perjudicar a otro, sin interés apreciable y legítimo para el que lo cumplió, no podrá jamás constituir un ejercicio lícito de derecho". Este concepto fué presentado por su autor a la Sociedad de Estudios Legislativos de Francia ocupada en considerar las reformas al Código Napoleón.

El criterio económico responde a la definición dada por Ihering de los derechos subjetivos: "intereses jurídica-

te protegidos”, puesto que si la protección de la ley implica la existencia de intereses, es de toda evidencia que al faltar éstos, no puede haber protección. En Derecho Procesal es el pensamiento de nuestro legislador en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil: “sin interés no hay acción”.

El interés no debe ser trivial, ni engañoso, sino serio, y además, debe ser legítimo, esto es, no contrario a las leyes. Cuanto a la índole de los intereses, pueden ser materiales o morales. La existencia de éstos o de aquéllos o la de ambos en el titular, conforme al criterio que estudiamos, rechaza la noción del abuso en los actos que practique. Tratándose de derechos subjetivos fundados en interés de un tercero o del interés público, derechos llamados —facultades desinteresadas o altruistas—, como los de la patria potestad y el de criticar, habrá en ellos abuso, si al ser ejercidos se apartan de los intereses que deben servir, sin provecho para el tercero o para el público.

Entre los autores, hay quienes vinculan el criterio económico al criterio psicológico, a semejanza del expuesto por Saleilles; otros, lo presentan aislado como Brethe, para quien la noción del abuso de derecho está en “la ausencia del interés legítimo en el titular, criterio objetivo, —explica—, que tiene la ventaja de no contener la idea de falta, a diferencia del criterio subjetivo y psicológico de la intención de dañar o del motivo legítimo” (1).

Sin embargo, Baudry-Lacantinerie y Barde, quienes niegan la noción del abuso de derecho, objetan el criterio económico por ser también de índole psicológica, y así escriben: “La apreciación de la utilidad que un acto procura a su autor, es esencialmente subjetiva, y necesita como la investigación directa de la intención, investigaciones extremadamente delicadas” (2). Por nuestra parte observamos que

(1) Jean Brethe, “Sirey-Lois et Arrêts”, tomo año 1.925, nota págs. 217 y 224.

(2) G. Baudry-Lacantinerie y Barde, “Traité Theorique y Practique de Droit Civil”, tomo XV, número 2855.

el criterio económico puede verse, además, de modo finalista como el que luego vamos a estudiar, llamado funcional, por considerar en el abuso la desviación de la función económica o social del derecho. En efecto, si los derechos no valen sino para satisfacer intereses serios y legítimos, es porque la finalidad de la protección jurídica establecida por el legislador radica en que los intereses tengan esos caracteres. De no tenerlos, los derechos se desvían de su función económica o social y se niega el espíritu de las instituciones. También el criterio de la culpa puede verse de modo finalista, ya que se propone impedir que la culpa en el ejercicio del derecho desvíe a éste con perjuicio de terceros.

El modo finalista de considerar tanto el criterio económico como el de la culpa sobre la noción del abuso de derecho, demuestra la generalidad típica del criterio funcional. En Francia con motivo de las discusiones del Código Civil alemán, publicado en 1896, que con raíces históricas en *Landrecht* prusiano de 1794, reconoció el abuso de derecho, Raimundo Saleilles y Francisco Geny, estudiaron bajo diversos aspectos el concepto y dieron principio a la sistematización de la doctrina, coronada con la obra magistral de Luis Jossérand.

En la discusión de la teoría, nos llama la atención la réplica de Jossérand a Planiol cuando éste afirmó: “no haber abuso de derecho, porque el derecho cesa donde el abuso comienza”. Dice la réplica: “haber dos acepciones bien conocidas de la palabra derecho, la cual se refiere tanto al conjunto de reglas sociales, a la juricidad (*Derecho Francés, Derecho Administrativo, Derecho Civil*), como a una prerrogativa determinada (la propiedad, las servidumbres, la patria potestad);” . . . “no haber contradicción en que un mismo acto sea a la vez conforme a tal derecho determinado, y sin embargo, contrario al derecho considerado en su generalidad y en su objetividad” (1).

(1) Louis Jossérand, “De L'Esprit des Droit et de leur Relativité. - Théorie dite de l'Abus des Droit”, número 245.

No nos inclinamos en favor de la réplica de Jossierand. El Derecho es un fenómeno social sometido a la ley sociológica de la evolución. El objetivo nace del subjetivo, como la generalización abstracta del hecho concreto, por lo que el primero es con respecto al segundo: "el cristal donde se mira". La imágen desfigurada jurídicamente, negación de lo que debiera ser, denuncia que el derecho subjetivo no existe. Cabe ocurrir la interpretación errónea de una norma rectora de la prerrogativa determinada de un sujeto, frente a la verdadera noción de dicha prerrogativa en el orden jurídico establecido al cual pertenece. Pero, mal puede decirse que el error valga como derecho subjetivo y carezca de valor como derecho objetivo. Consideramos en este punto acertada la observación de Demogue: "el derecho subjetivo no es más que un aspecto de derecho objetivo, de modo que no se concibe que el uno esté en oposición con el otro" (1).

Baudry-Lacantinerie y Barde al criticar la teoría del abuso de derecho aluden especialmente al criterio funcional cuando dicen: "Por muy seductora en principio que parezca esta opinión no nos adherimos a ella. Propone referirse al fin económico y social del derecho; pero, ¿ese fin en que momento es necesario considerarlo? ¿Se trata del fin económico y social que el legislador tuvo en vista cuando consagró el derecho? ¿No se trata más bien de aquel que conviene asignarle actualmente al derecho, teniendo en cuenta las transformaciones que son producidas en la sociedad después que aquel ha recibido su consagración legislativa?..... La teoría del abuso del derecho insiste sobre esta idea: que es necesario adaptar la jurisprudencia al destino económico y social que conviene actualmente atribuirle al derecho. Pero entonces ¿en qué se convierte el pretendido criterio? Los jueces podrían siempre decir que el destino se ha modificado en tal o cual medida debido a la evolución social. Podrían también declarar que un cierto derecho no tiene ya fin económico, y que por consiguiente, se abusa desde que se hace uso de él" (2).

(1) R. Demogue, "Traité des Obligations en General", tomo IV.

(2) G. Baudry-Lacantinerie y Barde, "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil", tomo XV, número 2855.

Observamos a la crítica de Baudry-Lacantinerie y Barde: que la intención del legislador en el momento de sancionar la ley, no puede ser la de que se prescinda del estado económico y social existente en el momento de su aplicación, puesto que él formula sus preceptos para el porvenir, sin fuerza para atarlos inmóvilmente al pasado. Interpretar una norma legal es averiguar su verdadero sentido. Conforme al artículo 4º de nuestro Código Civil, los medios de interpretación se reducen a dos: el literal y el lógico. El literal se hace con las reglas del lenguaje establecidas por la Gramática, cuyo fundamento es lógico también, cuando no se imponen los mandatos de la Estética. El medio de interpretación lógico, se hace con raciocinio en las normas legales para buscar sus bases filosóficas y científicas, que lejos están de considerar el Derecho como manifestación sustraída a las ideas económicas y sociales del medio ambiente donde se aplica. El Derecho evoluciona, por lo que los textos legales son susceptibles de consecuencias no pasadas por la mente del legislador en el instante que los formuló.

La interpretación analógica para resolver los casos no previstos en la ley, por casos semejantes o materias análogas, se apoya en un principio lógico: "cuando concurre la misma razón, debe concurrir también la misma disposición de derecho". Y nada más lógico que en las lagunas de los casos no previstos en la ley, cuando en ella no los haya semejantes o no haya materias análogas para aplicar la interpretación analógica, se acuda a los principios generales de la legislación en vigor, como propios para resolver el punto, obligado como está el Juez a fallar por mandato de la Ley. Ahora bien, esos principios generales, sobre bases filosóficas y científicas, deben estar en armonía con las contingencias de tiempo y de lugar.

Nos parece que Josserand va demasiado lejos para el jurista al criticar a Porcherot, cuando éste dijo: "se abusa del derecho, si permaneciéndose dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vista el legislador; se desvía, por así decir, el derecho del destino

normal para el cual ha sido creado". Jossierand alegó: "sustituyamos al legislador por el ideal colectivo del momento, por los principios generales del comercio jurídico de actualidad y la definición de Percherot sería de una perfecta exactitud" (1).

Ahora bien, si las consecuencias de las normas legales pudieron no haber pasado por la mente del legislador en el instante en que los formuló, no significa ello que el intérprete olvide al legislador hasta el punto de no ver en la intención de éste: la finalidad de buscar el ideal colectivo del momento, los principios del comercio jurídico de actualidad para la aplicación de las normas legales, sin alterar arbitrariamente el elemento extrínseco que las exhibe. Y decimos esto, porque es regla de hermenéutica que: "cuando conste la intención del legislador, debe hacerse la interpretación más bien según ella, que según las palabras de la norma legal".

No debemos en momento alguno dar la espalda a la obra del Poder Legislativo. El espíritu de una norma legal debe buscarse no aisladamente, sino en el contexto de toda la legislación en vigor. Es sabido que el contraste de situaciones opuestas, hace ver el espíritu de las normas legales que las disciplinan. En la interpretación hay que condenar la interpretación abstracta y deductiva de los solos textos ante todo, porque ello equivale a ignorar el derecho que no es una creación especulativa de vacíos silogismos. Hay que valerse de la interpretación lógica en el campo experimental, buscando con raciocinio en las normas legales, sus bases filosóficas y científicas, conforme a las contingencias de tiempo y de lugar.

En el actual Código Civil venezolano de 1942, en la Sección "De los hechos ilícitos", el artículo 1.185, seguidamente a los hechos que causan daño a otro con intención,

(1) Louis Jossierand, "De L'Esprit des Droits et de leur Relativité. Theoric dite de l'Abus des Droit", número 294.

o por negligencia o por imprudencia y obligan a repararlo, consagra la teoría del abuso de derecho en los siguientes términos: "Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho".

La norma legal trascrita reproduce la del artículo 74 del Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones. Según se lee en la Exposición de Motivos de ese Proyecto, sus redactores a saber: Henri Capitant, Ambroise Colin, Georges Ripert, Alfredo Ascoli y Roberto de Ruggiero, al tratar el abuso en el ejercicio del derecho, discutieron menos su fuente de responsabilidad, que la manera de formular tal principio por la ambigüedad de la expresión, cuyas palabras componentes son contradictorias.

Nosotros empleamos la expresión como un nombre consagrado ya en la doctrina y en la legislación de otros países. El legislador patrio al hacer suya la norma del Proyecto Franco Italiano, considera el abuso de derecho como una variedad del hecho ilícito y distingue en su ejecución dos situaciones en atención a los límites fijados al derecho: por la buena fe o por el objeto en vista del cual ha sido conferido. Ejercido dentro de esos límites, el perjuicio que pudiera ocasionar a terceros, no obliga al titular; pero, ejercido fuera, hay ilicitud, y en consecuencia, acción en favor de los terceros perjudicados.

Para ejercer el derecho en los límites fijados por la buena fe, es menester actuar con sujeción a lo que honradamente puede exigirse o cumplirse, esto es, guiado por el proceder recto a que impulsan los sentimientos del honor y de la estimación. Y para ejercer el derecho en los límites del objeto en vista del cual ha sido conferido, es menester actuar sin desviar el derecho de su función social que sigue el curso del desarrollo de la sociedad en la obra sancionada por el legislador.

El Código Civil del Brasil en su artículo 160 establece: "No constituyen actos ilícitos: 1° Los cumplidos en estado de legítima defensa o en ejercicio regular de un derecho reconocido". De este artículo a **contrario sensu** se deduce: que el ejercicio irregular de un derecho reconocido constituye un acto ilícito. La norma no fija su criterio en el elemento psicológico: intención nociva, negligencia o imprudencia del titular. Más bien responde al criterio finalista por el extravío del espíritu jurídico. Ejercicio irregular lo habrá cuando el derecho se aparta de su destino económico o social; por tanto, la teoría brasilera del abuso de derecho es funcional.

El Código Civil del Perú, en su artículo 2° establece: "La ley no ampara el abuso de derecho", y en el artículo 1.137: "No son actos ilícitos: 1° Los practicados en el ejercicio regular de un derecho". Este último artículo reproduce la teoría brasilera; pero, en presencia del citado artículo, 2° ha habido incertidumbres acerca del verdadero alcance de la noción del abuso de derecho en la legislación peruana, si bien se ha aseverado que el artículo 2° se refiere al alcance que posteriormente le dá el artículo 1.137. Caso en el cual resulta innecesario el artículo 2°.

El Código Civil de México en su artículo 1.912 establece: "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció con el fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho". El legislador mexicano acogió, pues, el criterio psicológico de la intención nociva vinculado al criterio económico. Combinación de criterios que corresponde a la tercera fórmula de Saleilles.

El Código Civil de la República Oriental del Uruguay, en su artículo 1.321 establece: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que pueda resultar no le es imputable". El artículo habla de exceso en el uso, esto es, de ejercicio abusivo de derecho, cuyo campo ilícito de acción está fuera de los

límites fijados por la buena fe o por el objetivo en vista del cual se confirió el derecho, campo ilícito de acción que corresponde al criterio del artículo 74 del Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones.

El Código Civil alemán trae varios artículos, el estudio meditado de los cuales define la teoría del abuso de derecho en dicho Código. El artículo 226 dice: "No se permite ejercer un derecho cuando su ejercicio sólo puede tener por objeto causar perjuicio a otro". El artículo 826 establece: "El que de un modo contrario a las buenas costumbres cause intencionalmente perjuicio a otra persona". El artículo 826 establece: "El que de un modo contrario a las buenas costumbres cause intencionalmente perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación". El artículo 138. "Será nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres, y en particular aquél por el cual, explotando cualquiera la desgracia, la lijereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o dar por él o por un tercero, en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan del valor de esta prestación, de tal modo que según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella". El artículo 157 dice: "Los contratos deberán interpretarse como exige la buena fe y la intención de las partes, determinadas según costumbre". Y el artículo 242 establece: "El deudor está obligado a efectuar la prestación según lo exigen la buena fe y la intención común de las partes, determinada por los usos y costumbres".

De los artículos transcritos resulta que según el Código Civil alemán, hay abuso de derecho cuando el acto se hace con la sola intención de perjudicar o con desconocimiento del principio de la buena fe o con reprobación de las buenas costumbres.

El Código Civil suizo en su artículo 2° establece: "Cada quien está obligado a ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley".

Este artículo no consagra el criterio psicológico de la culpa, ni el económico del abuso de derecho. Condena en general el abuso manifiesto de derecho. El abuso definido como ejercicio de un derecho contrariamente a la buena fe se deja a la apreciación judicial, y asimismo se deja a la apreciación judicial, el carácter manifiesto, esto es, indudable, de visible evidencia del abuso.

El Código Civil de Turiquia, en su artículo 2º dice: "Cada uno está obligado, en el ejercicio de sus derechos y en la ejecución de sus obligaciones, a someterse a las reglas de la buena fe. El abuso de un derecho que perjudique a un tercero no es protegido por la ley". Este artículo reproduce el de igual numeración del Código Civil suizo, pero con la supresión del carácter de manifiesto para el abuso, sin ello significar eximir de plena prueba de su existencia a quien lo alegue.

El Código Civil soviético en su artículo 1º prescribe: "Los derechos civiles se encuentran protegidos por la ley en los casos en que no se ejercieren contrariamente a su objetivo económico social". El artículo transcrito consagra el criterio funcional, pero hay la abdicación de la libertad individual en favor del Estado, por estar éste constituido por los dirigentes del soviét quienes fijan el objetivo económico social de los derechos. En la Orden del Comité Central Ejecutivo Panruso sobre la entrada en vigor del Código Civil, el artículo 5º dice: "La interpretación extensiva del Código Civil podrá admitirse en los casos en que lo exigiere la salvaguardia de los intereses del Estado Obrero y Campesino y de las masas trabajadoras". Por este artículo se ve, que se trata de la legislación de una sola clase, eliminadora de las otras, pues, se dan a los magistrados encargados de aplicar la ley facultades legales, bajo el nombre de interpretación extensiva, en favor de dicha clase. Ahora bien, es principio que la interpretación extensiva procede cuando la razón de la misma ley se extiende más allá de sus palabras. Mas, para el Código Civil soviético, su ampliación a los casos no expresados obedece a

la salvaguardia de los intereses del Estado Obrero y Campesino y de las masas trabajadoras. La razón es en realidad exclusivamente monopartidista del grupo dirigente.

El Código Civil italiano en su artículo 833, reconoce la teoría del abuso de derecho al expresar: "El propietario no puede hacer actos que no tengan otro fin sino dañar u ocasionar molestias a otros". Sin duda el legislador italiano estimó conveniente hacer esa declaratoria, denominada actos de emulación, entre las Disposiciones Generales del Título de la Propiedad, por constituir ésta el derecho individual del cual se ha abusado más con frecuencia. La jurisprudencia de ese país, durante el régimen del Código Civil anterior, había ya reconocido la teoría del abuso de derecho con la interpretación de los artículos 1.151 y 1.152 del mencionado Código, relativos al resarcimiento del hecho ilícito por culpa, artículos que corresponden al 2.043 del vigente, que los sintetiza al metodizar y aclarar mejor la materia.

El Derecho Norteamericano es una reproducción del Derecho Inglés, porque los ingleses al establecer sus colonias en Norte América, implantaron el derecho que los regía en su país. Ambos Derechos son designados de ordinario con un solo nombre: Derecho Angloamericano, el cual se caracteriza por su dualidad: el **common law** o derecho común estricto, formado por la jurisprudencia de los tribunales de derecho, cuyo origen remonta a las costumbres de las tribus germánicas que invadieron a Inglaterra, y el **derecho de equidad** formado por la jurisprudencia de los tribunales de equidad, como un derecho supletorio para subsanar las deficiencias y mitigar los rigores del estricto **common law**, observándose una tendencia general a la fusión de ambos derechos (1).

Contra el principio de Derecho Angloamericano de la inmunidad en el ejercicio de los derechos comunes, se señalan tres excepciones: la **malicious prosecutio**, la **malicious abus of proces**, la **maintenance**. El abuso en la primera ocu-

(1) Oscar Rabasa, "El Derecho Angloamericano", pág. 145.

re por el ejercicio malicioso de acciones penales o por denuncias falsas o calumniosas ante la autoridad represiva; el abuso en la segunda, por el ejercicio de acciones temerarias particularmente graves, como la de la quiebra; el abuso en la tercera, por intervenir sin interés una persona en un pleito, en sustitución de una de las partes que renuncia.

En general se puede decir que tanto el Derecho Inglés como el Derecho Norteamericano, baluartes del elemento de la personalidad individual contra el avance derrumbador del elemento de la personalidad social, en la actualidad dan entrada a éste con prudente limitación, por lo que los derechos subjetivos pierden el absolutismo en su ejercicio.

Señores Académicos!

El abuso de derecho es un hecho ilícito mediante el cual, bajo la traidora apariencia de legalidad, se daña a otro. Es contrario a la moral de las normas sancionadas por el legislador. Estas aplicadas sin aquélla se transforman en armas para cometer hechos ilícitos en nombre de la Ley. Los pueblos anhelantes de una vida mejor, están llamados a reprimir el abuso de derecho a fin de no establecer la paradoja de la Justicia Inmoral en pugna con el criterio jurídico que distingue y pone límites entre los intereses humanos. Y así, no subyugar perjudicialmente unos a otros en el orden impuesto por el Estado, ya que ese mandamiento prohibitivo, necesario a la armonía de las libertades individuales, es razón de ser de las sociedades y alma de sus legislaciones, el cual debe arraigarse en la conciencia de los jueces al interpretarlas en la función de restablecer el equilibrio roto en los conflictos de las causas procesales, que mientras exista la humanidad: sus seres modelados desigualmente por cualidades y defectos, se moverán por sentimientos de rectitud o despreciables miras.

Caracas, 14 de julio de 1951.

Alejandro Urbaneja Achelpohl.