

Dr. J. F. Fariá de Lima

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Dr. JOSE JOAQUIN FARIA DE LIMA
TELEF. 41.02.84 - 41.79.90

BOLETIN
DE LA
FACULTAD DE DERECHO

AÑO II

Número XII

MES IX .

PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO - CARACAS

PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO

DE LA

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

BOLETIN

DE LA FACULTAD DE DERECHO

**

*

**NOCIONES PRELIMINARES Y ORIGENES HISTÓRICOS
DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS**

Dr. José MUCI ABRAHAM, HIJO
Profesor de la Cátedra de Obligaciones I. y II., Sección "B"

1.- LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL CIVIL EN SUS PRINCIPIOS TRADICIONALES Y LA TEORIA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS.

A.- La responsabilidad por infracción de ley y el ejercicio de los derechos:

Desde los más remotos orígenes del derecho los actos perjudiciales, dolosos o culposos, cometidos en infracción de ley, se han estimado como fuentes de responsabilidad civil. Y la razón de ello se encuentra, a mi juicio, en el carácter jurídico primario y elemental del principio que ordena resarcir el daño ilegítimamente causado. Este principio, base fundamental e indispensable de toda comunidad de derecho -puesto que resume en última instancia el respeto y sanción de la juricidad- se encuentra consagrado en las legislaciones de todos los países. No de otra manera podría ser, ya que admitir la irresponsabilidad del sujeto que hace lo que la ley le prohíbe o que omite realizar lo que algún mandato legal le ordena, equivaldría a la negación misma del imperio de las reglas de derecho, esencialmente caracterizadas por la "coercibilidad": posibilidad lógica y axiológica de imposición.

Mas, si la obligación de reparar el daño causado en infracción de ley es evidente, no acontece lo mismo cuando el menoscabo inferido al patrimonio o a la persona de los demás ha sido el resultado del ejercicio de un derecho, del uso de una prerrogativa legal. Estará obligado a la reparación quien, al hacer uso de una facultad que la ley le acuerda y manteniéndose dentro de los límites objetivos y condiciones del derecho otorgado, ocasionó un perjuicio a otro? He aquí una célebre interrogante que ha generado confusión en la doctrina, posiciones antagónicas en la jurisprudencia y soluciones divergentes en la legislación. A ella responden dos

tesis extremas y radicalmente opuestas: la "teoría del libre uso" y la "teoría del abuso de los derechos". Cada una esgrime en su favor argumentos poderosos, que siembran de dudas el problema, de suyo difícil, de la responsabilidad. Los teóricos de mayor autoridad en la materia toman posiciones divergentes y hasta contrapuestas y, lo que es peor aún, dentro de las líneas generales de cada orientación las opiniones discrepan notablemente y los puntos de vista se multiplican con prodigiosa fecundidad. Todo ello aumenta el interés del problema y simultáneamente, acentúa la oscuridad que lo rodea. Ese panorama, complicado y anárquico, es el que me propongo bosquejar seguidamente.

B - La tesis del libre uso de los derechos.

Frente a la interrogante formulada una primera tesis, la del "libre uso de los derechos", partiendo de una lógica inflexible, asienta que nadie está obligado a resarcir el daño que cause al ejercitar una prerrogativa legal. Si la "culpa" es un acto contrario al derecho, sostienen sus propulsores, la facultad jurídica de ejecutar un acto determinado exime de toda responsabilidad al sujeto que lo realiza, quien, en consecuencia, si su conducta lesiona a los demás, nada estará obligado a reparar. Quien ejercita su derecho nada debe a los perjudicados con motivo de tal ejercicio, por grande que sea el perjuicio causado por la acción o abstención que haya tenido lugar. Esta es la posición inicial que, ante el problema generado por el uso de las prerrogativas legales, sostuvieron los teóricos del derecho. Según ella, el sujeto permanece fuera del imperio de la sanción legal mientras amolde su conducta a los límites objetivos de la norma jurídica. La actuación "secundum jus" comporta una

automática exclusión de la responsabilidad.

La formulación más antigua de esta tesis han creído encontrarla algunos autores en los textos romanos, donde sin exageración parecen comenzar y terminar la mayoría de los problemas jurídicos. El jurisconsulto Gayo, por ejemplo, afirmaba: "nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur" (1) y Paulo ratificaba dicho criterio al expresarse: "Nemo damnus facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet" (2). De lo anterior concluían, principalmente, que quien tapa las ventanas de sus vecinos construyendo en su propio terreno, no se expone, en principio, a ninguna reclamación: "Cum eo qui tollendo vicini aedes quibus non serviat, nulla est actio" (3). La misma solución se daba al caso de que se agotara un manantial en virtud de los trabajos realizados por otra persona, en sus propios terrenos (4).

La "teoría del libre uso de los derechos", que llegara a su apogeo en las épocas de más apasionado y extremo individualismo, ha sido modernamente criticada y se la pretende sustituir por una tesis contraria, la "teoría del ejercicio abusivo de los derechos, para la cual ni aun las prerrogativas legales escapan al dominio de la responsabilidad.

C.- La teoría del ejercicio abusivo de los derechos.

Para la "teoría del abuso de los derechos", el uso de una prerrogativa legal puede, en determinadas circunstancias, comportar la obligación de resarcir el daño causado con motivo u ocasión de tal uso. Dicha teoría entronca con la doctrina general del ejercicio de los derechos subjetivos, entendiéndose por ejercicio la actuación práctica del derecho, la dinámica de su contenido. En esa realización del contenido de

su derecho el titular encuentra límites, establecidos unas veces por el propio contenido del derecho y otras por disposiciones especiales de la ley. Dentro de la sistemática de las limitaciones intrínsecas del derecho subjetivo es donde debe encuadrarse la "teoría del abuso de los derechos", cuyo campo de aplicación es, en consecuencia, extensísimo.

Ahora bien, cabe preguntar, ¿cuándo el titular de un derecho que ha causado un daño a otro estará obligado a la reparación? A esta pregunta los autores responden: cuando en el ejercicio del derecho se hubiere incurrido en abuso. Esta respuesta es tan superficial y vaga que no resuelve en forma alguna la interrogante a que pretende hacer referencia. Siempre subsistirá el problema de saber qué se entiende por "abuso", cuándo se puede afirmar que el ejercicio de un derecho ha sido "abusivo". Una constelación de opiniones y teorías entroncan en este punto: para unos existirá "abuso" si en el titular existió intención maligna; para otros bastará la simple "culpa", o falta de interés legítimo, y hasta la desviación de los fines sociales y económicos que el legislador tuvo en mira al conceder esa prerrogativa jurídica. El examen de estas diversas teorías, que ahora apunto en forma esquemática, ocupará una buena parte de mi trabajo. Por los momentos sólo quiero limitarme a mencionar los problemas que sugiere la teoría reseñada, sin adentrarme aún en ellos. Séame permitido indicar por ahora que el problema de saber cuándo el titular de un derecho incurre en "abuso" al ejercitarlo es tan arduo y difícil, por no decir equivalente, como el problema de las "calificaciones" en materia de conflictos de leyes. En efecto, "calificar" en Derecho Internacional Privado es preguntar cuál es el ordenamiento jurídico competente para definir los términos que la norma de conexión emplea e indagar cuándo el titular de un derecho "abusa del mismo"; es preguntar cuál será el criterio que hemos de seguir, entre los múltiples que han sido formulados, para determinar la presencia del "abuso".

D. - Razones que explican el surgimiento de la nueva teoría.

Ninguna concepción jurídica nace a manera de "fiat", de pronto, súbitamente, sin que hechos y avontecimientos sociales la forjen y justifiquen. Este criterio es absoluto, no admite excepciones, por la sencilla razón de que los conceptos no se generan espontáneamente, sino que reconocen por causa motivaciones humanas y sociológicas de la más variada índole. Aplicada esta idea a la "teoría del abuso de los derechos", cabe preguntar: ¿Qué razones explican su formulación, la inquietud científica nacida a su alrededor y su generalizada consagración en las legislaciones más modernas?

Puédese afirmar que la teoría del abuso de los derechos constituye una reacción contra el exacerbado individualismo del siglo XIX. La filosofía de la época sólo se ocupó del hombre en particular y descuidó el aspecto eminentemente social del derecho. Con el propósito de asegurar al individuo el completo desarrollo de sus facultades y de hacer desaparecer los inconvenientes que el abuso del poder político oponía a ese desarrollo, se le reconocieron facultades absolutas de cuyo ejercicio en manera alguna sería responsable. "El error en que se incurría -afirma Josseland- era evidente, pues la independencia integral de las relaciones jurídicas es tan quimérica como la de los individuos; ella podrá concebirse en teoría, pero se desvanece tan pronto como los derechos entran en acción. En una sociedad cualquiera, esos derechos no son fines en sí mismos, sino simplemente medios, y la misión del legislador no consiste en asignar a cada uno de ellos un refugio inviolable, sino en organizar sus luchas, en condicionar, para amortiguarlo, el choque de los intereses antagónicos; en establecer el justo equilibrio de las fuerzas individuales, sobre todo teniendo en cuenta que hay derechos que poseen una considerable fuerza de expan-

sión, que los lleva a invadirlo todo". (5)

Frente al "derecho poder", acunado en el regazo del absolutismo, la necesidad de otorgar a las prerrogativas jurídicas individuales un fin común, que las armonizara y asumiera el papel de árbitro en sus conflictos, dio nacimiento a nuevas limitaciones, extrañas a la determinación objetiva de la ley. Esas limitaciones subjetivas impuestas a la voluntad del hombre por las exigencias de la vida práctica, reclamaron la formulación de un principio doctrinario que las explicara razonablemente. La "relatividad jurídica" constituye ese principio y, junto a él, la tesis del abuso de los derechos emerge con el teórico afán de adaptarlo a las crecientes demandas de la realidad. El principio lleva a cabo su tarea; convierte al "derecho poder" en "derecho-función social". Y para evitar el incumplimiento de sus prescripciones, se pide ayuda a la responsabilidad. Al mandato jurídico se adiciona así el correctivo de la punición.

El nuevo planteamiento encontró de parte de algunos la más radical oposición. La negación de los derechos, auspiciada bajo la fétula del despotismo, se creyó que renacía. Las limitaciones en marcha fueron combatidas y la teoría hubo de jugar su existencia en los más variados y atrevidos lances. Pero terminó por imponerse. A su alrededor nació una inquietud científica indescriptible, reveladora de las motivaciones justas que la inspiraban. Cada día su conquista de los espíritus fué aumentando hasta lograr el favor de los opositores más tenaces. La ley no pudo resistir el insurgente movimiento y, siguiendo los pasos de la jurisprudencia, abandonó el dogma secular que miraba a la "culpa" y al "derecho" como ideas incompatibles. El resultado ha sido por demás halagador; se ha inyectado equidad al derecho escrito, aumentando su grado de amplitud, haciéndolo más expansivo y más protector.

2.- ORIGENES HISTORICOS

A.- Consideraciones generales

En la materia del abuso de los derechos, como en tantas otras de la vida jurídica, la génesis histórica del principio ha tratado de situarse en lejanas épocas y se ha pretendido que lo consagran los más vetustos ordenamientos. Ese caracterizado esfuerzo de la doctrina en remontarse a la antigüedad se explica, en primer término, por el interés que existe en menoscabar la novedad de la institución, lo cual, una vez logrado, permite que sea más fácilmente aceptada por espíritus ríscosistas, anti-modernistas. Luego, recibe explicación igualmente, porque el temor a los resultados de una nueva idea se amortigua con el apoyo de la tradición. Esta es la explicación procedente, la mayoría de las veces, de ese afán desmedido en afirmar de todo principio una génesis remota. La tarea conduce siempre a interminables polémicas, que no arriban jamás a la normalidad del criterio uniforme. Hechas estas consideraciones, tócase ahora referirse a los orígenes históricos de la teoría del abuso de los derechos.

B.- Derecho Romano

El Derecho Romano, semental de casi todas las instituciones que se peñillan de "nuevas", se disputa en el criterio de muchos autores la paternidad de la teoría del abuso de los derechos. Mas, las opiniones sostenidas al respecto distan mucho de ser uniformes. La verdad parece ser que no se han encontrado en las inmemoriales recopilaciones textos generales que sancionen el ejercicio normal de los derechos. Tan sólo se han descubierto principios aislados aplicables a una u otra institución que, por su divergencia, permiten sostener criterios antagónicos. Sumariamente haré un resumen de esos textos o principios.

1.- Entre los principales textos que permiten afirmar que

los romanos desconocieron la teoría del abuso de los derechos merecen citarse los siguientes:

a) Ulpiano indicaba: "Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur". (A nadie lesiona, ningún daño hace, quien usa de su derecho) (6)

b) Un texto del Digesto afirmaba: "Non videtur vim facere qui suo jure utitur et ordinaria actione experitur" (7).

c) Un texto de Gayo dice: "Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur" (No se considera que obra con dolo a aquel que usa de su derecho) (8); y

d) Paulo expresaba: "Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod d facere jus non habet" (No hace daño sino el que hizo lo que no tenía derecho a hacer) (9).

En aplicación de los textos precedentes, los jurisconsultos romanos sostenían:

1) Que el propietario que agota el manantial del vecino mediante trabajos hechos en su propio fundo, resta luz a la construcción del vecino: "Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla est actio" (11).

Esta primera opinión, que niega la existencia de la teoría del abuso de los derechos en la legislación romana, es sustentada por Planiol (12) Sevatier (13), Colin y Capitant (14), Enneccerus, Kipp y Wolff (15), Calvo Sotelo (16), Appleton (17), Mezeaud (18) y muchos otros autores.

II - Entre los textos que permiten sostener una opinión contraria a la expresada, revisten excepcional importancia los siguientes:

a) Los adages "malitiam non est indulgendum" (19) y

summa jus summa injuria". (20).

b) Una afirmación de Gayo y Paulo, cuyo texto es el siguiente: "*male enim nostro jure uti non debemus*". (No debemos usar mal de nuestro derecho); y

c) La definición del derecho, que considera excluyente de todo absolutismo jurídico: "*jus est ars boni et aequi*". (21)

Al lado de estos textos, una serie de transformaciones jurídicas operadas en Roma parecen demostrar la admisión del nuevo concepto: la creación de la "teoría de la inoficiosidad", como medio de impedir los abusos que se cometían con motivo de la facultad de desheredación; el establecimiento de la "*exceptio doli generalis*" como medio de defensa en contra de los litigantes temerarios; la limitación, mediante una "*nota censoria*", del derecho de repudiación del marido y la limitación del primitivo derecho del padre a vender sus hijos, autorizándolo para ello únicamente en casos excepcionales, como la extrema miseria, evidencian que la legislación romana, progresivamente, fué regulando el normal ejercicio de los derechos, concebidos como facultades absolutas por la primitiva legislación quiritaria.

Entre los principales autores adictos a este criterio, merecen especial mención: Josserand (22), Alessandri y Somarriva (23), Puig Peña (24), Ripert (25) y Perreau (26).

C.- Antigua Derecho Español

Se pretende, igualmente, que el viejo ordenamiento jurídico español consagró la teoría del abuso de los derechos. Mas, a decir verdad, los textos son contradictorios. Mientras en la Partida VII, Título XXXIV, Ley XIV de la Ley de las Siete Partidas, que lleva por epígrafe "*como non faze injuria a otro quien usa de su derecho*", se establece: "E

que dixeran los sabios: que non faze tuerto a otro, quien usa de su derecho, en la Partida III, Título XXII, Ley XIII del mismo ordenamiento legal, por el contrario, se asienta: "Ca segund que dixeron los sabios antiguos, maguer el omi haya de poder fazer en lo suyo lo que quixiere, pero deuelo fazer de manera que non faga daño nin tuerto a otro"

No obstante la contradicción anotada, es posible afirmar que el viejo derecho español sancionaba en multitud de casos el ejercicio anormal de las prerrogativas jurídicas. Varios textos del Fuero Viejo, del Fuero Juzgo, del Fuero Real y de la Ley de las Siete Partidas permiten afirmarlo así. A continuación transcribiré algunos de esos textos, en los cuales se vislumbran, respectivamente, los conceptos de abuso del derecho de propiedad, del derecho a contratar y del derecho de recurrir a los procedimientos legales:

a) Abuso del derecho de propiedad. "Si algund, o algunos omes en solares yermos cerca algunas casas fechas, siquier sean suyas, siquier de otros, algund de aquestos que en solares yermos deven fazer casas, nin foyas ningunas, porque el agua que llovier en el un solar imbie en el otro solar a sabiendas" (27)

b) Abuso del derecho a contratar. "Si el señor le echare casa al mançabo o mançabu sin culpa del, otrosí le deve pechar la soldada dobrada" (28); y

c) Abuso del derecho de recurrir a los procedimientos legales. "Non bevenos tol' el tuerto de los que fazen mal a los buenos, e por ende estableçemos que todo ome que se que-ello a otro, e lo fiziere venir antel principe o antel juez de su tierra, pues que el tuerto fuere sabido, si lo fiziere venir a la corte, e no a la villa, e no a lo menos con tuerto, peche y sala de su tierra, e el tuerto a su demandado" (29). "Apecha los omes que se fizieren mal a otro por envidia, o por malquer"

lencia que han contra ellos. Y estos fizen contra los mercaderes, e contra los otros omnes, que han a fazer sus viajes por mar, o por tierra. Ca luego que sacan que tienen sus mercaderias, e sus cosas aparejadas para yr a un lugar, en demandas escatimosamente entre ellos antes los juzgamos por contorvarnos que se non pueden yr de la tierra, en la sazón que devian. Onde dezimos que los juzgadores non deven sufrir tal escatima, nin tal engano como este, quando lo vovieren" (50)

D Derecho Musulmán antiguo

Ha sido el derecho musulmán uno de los primeros ordenamientos en admitir, en forma bastante amplia, la teoría del abuso de los derechos. Desde el siglo II de la Hégira, es que ninguna disposición legal expresa regulara la materia, el ejercicio anormal de las prerrogativas individuales siendo objeto de sanción. Posiblemente este hecho encuentre explicación en los imprecisos límites que entre el Derecho y la Moral guardan los pueblos de la Media Luna: El Corán es, a un mismo tiempo, un catálogo de deberes morales y un catálogo de prerrogativas jurídicas. El derecho no penetra, por lo tanto, en la interioridad del hombre. Su dominio se limita a las manifestaciones externas del sujeto. Mas, cuando a él se suman las reglas morales, su poder no encuentra límites: La conducta del hombre, en todas sus manifestaciones, resulta sometida al imperio de sus normas. Esta confusión o simbiosis ético-jurídica ha permitido en el Derecho Musulmán la indagación del "móvil" que induce al sujeto a ejercitar su derecho. Si el ejercicio de la prerrogativa causó un daño a otro, el titular verá comprometida su responsabilidad aunque objetivamente se ciñera a los límites de su derecho, si el "móvil" del ejercicio fué el perjuicio ilegítimo de terceros. Siendo Derecho y Moral disciplinas amalgamadas e inseparables para la mentalidad musulmana, es lógico pensar que desde un primer momento, se exigiera en el ejercicio

de todo derecho la conformidad objetiva con la norma jurídica y la conformidad subjetiva con la norma moral. La ausencia del primer requisito determinaría la "ilicitud" del hecho y la falta del segundo configuraría el ejercicio abusivo de la prerrogativa otorgada. Muy significativas son al respecto las palabras de Al Djaouaziah: "La intención es el alma del acto, su corazón y sostén; el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico está subordinado al carácter correcto o incorrecto del móvil en que se inspiró su autor. Por lo demás, ¿no dijo el profeta que: a cada quien según sus intenciones?" (31). He aquí las razones que explican el rancio ableno de la teoría del abuso de los derechos en el ordenamiento musulmán.

No obstante lo dicho, la mencionada teoría no logró imponerse sino después de recia lucha, en la que fueron protagonistas los defensores del absolutismo jurídico (Al Chafey) y los representantes de la nueva tendencia moralizadora del derecho (Malek, Al Djaouaziah, Al Ghazaby, Mohamed Al Chai-bany, Abou Hanifah)

La escuela absolutista, vencida a la postre en la contienda sostenía que el titular de un derecho tenía amplia libertad para ejercitarlo y que con tal motivo jamás podía ver comprometida su responsabilidad, puesto que el Derecho tenía limitada su esfera de acción a la apariencia externa de los actos y le estaba vedado penetrar en el complejo dominio de las intenciones.

La moderna tendencia, que tuvo por corifeos a Melek y Abou Hanifah, sostenía, por el contrario, que no siendo el derecho un fin en sí mismo, el titular debía ejercerlo de acuerdo con los objetivos que el legislador tuvo en mira al concedérselo y que el uso del derecho deja de ser legítimo cuando acarrea a los demás un perjuicio excesivo.

La teoría del abuso de los derechos representa, en el or-

denamiento musulmán. al decir de uno de sus teóricos más autorizados, "una de las mejores herramientas sociales que la sabiduría del legislador divino y la experiencia de los jurisconsultos religiosos pusieron a disposición del mundo musulmán, para permitirle cumplir, a su turno, la tarea política y jurídica que invumbe a cada generación. Ella ha permitido a la jurisprudencia islámica atenuar el juego brutal de las fuerzas económicas y reaccionar contra las exageraciones del sentimiento individual del derecho, desarrollando la conciencia jurídica de los deberes hacia el prójimo, en vista de realizar, entre la moral y el derecho positivo, la máxima unión compatible con las debilidades y desfallecimientos humanos". (32)

E - Antiguo Derecho Francés

Los mismos juicios contradictorios emitidos por los autores respecto del Derecho Romano y del Derecho Español antiguo, han sido formulados también respecto del viejo Derecho Francés. Mientras unos sostienen, apoyándose en textos legislativos y opiniones de los autores de la época, que el mencionado ordenamiento desconoció la teoría del abuso de los derechos, otros, invocando argumentos de la misma índole, sustentaban un criterio divergente.

Los autores que afirman la existencia del mencionado concepto en el antiguo Derecho Francés, son los más numerosos. Entre ellos se cuentan: Josserand (33) Planiol y Ripert (34), Marson (35) y Savatier (36). Los textos en que estos autores fundamentan sus apreciaciones son los siguientes: Una Ordenanza de Francisco I., de 1539, en la cual se obligaba a los litigantes temerarios a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con motivo de las acciones incoadas; un texto del estatutario francés Guy de Coquille (Siglo XVI), en el cual

se expresa que el propietario de un campo tiene facultad para construir canales que dan salida a las aguas que perjudican la labranza, aun cuando con ello cause daño al vecino, siempre que no sea su intención perjudicarlo y no hubiera podido hacer uso de otro medio para proteger la cosecha; y un texto de Domat, en el cual el eminente autor afirmaba: "El que haciendo una obra nueva en su heredad usa de su derecho sin herir ni ley, ni uso, ni título, ni posesión, que podría someterlo a sus vecinos, no es culpable del perjuicio que pudiera producirles, si él no ha hecho ese cambio para perjudicar a los otros, sin utilidad para sí. Pues, en ese caso, sería una malicia que la equidad no admitiría". (37)

Para fundamentar la tesis contraria se han esgrimido como argumentos principales los siguientes:

a) Un texto de Pothier referente al ejercicio del derecho de propiedad, cuyo contenido es el siguiente: "El propietario que eleva su construcción y priva de vista al fundo vecino no debe reparación, porque no lesiona ningún derecho del dueño de éste; el vecino no tiene derecho de vista sobre la finca del primero; no hay, pues, conflicto de derechos; hay sólo un derecho que su dueño podrá usar como quisiere, aunque causare daño a terceros. Pero si el propietario ha construido una chimenea y lanza por ella espesos humos sobre el fundo del vecino, deberá reparación, porque lesiona el derecho del vecino a respirar aire puro". (38); y

b) Un texto de Domat en el cual afirmaba que el propietario que cava en su fundo y mengua con ello la fuente del vecino o que eleva un muro en su heredad y quita la vista del fundo contiguo, aunque lo hiciera con malicia y sin derivar utilidad, no está obligado a reparación alguna. (39)

F - La significación del "Grundrecht" prusiano de 1794

A fines del siglo XVIII, época en que se afirma con énfasis más rotundo el individualismo jurídico, surge la primera manifestación legislativa de la teoría del abuso de los derechos. He aquí un curioso fenómeno: en un mundo donde se le reconocen al hombre las facultades y prerrogativas más absolutas, y en el cual resulta herejía toda limitación, formúlase el primer anatema contra ese hipertrofiado absolutismo. Fué al "Landrecht" prusiano, de 5 de Febrero de 1794, a quien correspondió, mediante la aceptación de la nueva tesis, pronunciar el fallo condenatorio de la época. Frente a la doctrina vigente hasta entonces, de que los derechos son facultades que la ley reconoce al individuo para que éste las ejercite libremente, sin darle cuenta a nadie de sus actos y con el fin que mejor le plazca, levántase un planteamiento antagónico: "El que ejerce su derecho en el interior de sus límites propios, no está obligado a reparar el daño que resulte para otro. Pero debe repararlo cuando resulte claramente que, entre varios modos posibles de ejercer su derecho, ha elegido el que es dañoso a otro, con la intención de producirle un perjuicio" (40). Este es el texto prusiano que consagró por vez primera, en el mundo jurídico, de una manera general, la tesis limitativa del ejercicio de los derechos individuales.

El legislador prusiano no se limitó a sancionar con un precepto de índole general el ejercicio abusivo de los derechos sino que en casos particulares se dio a la tarea de aplicar específicamente el principio. Así, por ejemplo, en materia de propiedad dispuso: "Nadie puede abusar de su propiedad para lesionar a otro y producirle perjuicio. Se entiende por abuso todo uso de la propiedad que por su naturaleza no pueda tener otro fin que perjudicar a otro" (41).

Los principios expuestos no fueron tomados en cuenta al comienzo, por los teóricos del derecho. Incluso, la misma jurisprudencia alemana fué temerosa y vacilante en aplicar.

los. Desde luego que una actitud de tal naturaleza tenía su adecuada explicación: era difícil y aventurado, en un mundo para el cual la exaltación de los derechos del hombre representaba el deceso de la monarquía, tratar de poner diques a la violenta expansión de los derechos individuales, conculcados inveteradamente durante una etapa negativa de la historia.

Fué a fines del Siglo XIX, cuando se serenaron los espíritus, que la obra del legislador prusiano vino a ser apreciada en su justo valor. Se le tiene en cuenta durante los trabajos preparatorios del Código Civil Alemán (1900) y pasa a ejercer una decisiva influencia en las codificaciones posteriores. El "Landrecht", de herejía inicial pasa a monumento legislativo. Su importancia histórica se acrecienta, a medida que el individualismo jurídico se precipita por el plano inclinado de la caducidad.

G Observación final

Como fácilmente se comprenderá por lo expuesto, las referencias históricas a la teoría del abuso de los derechos son vagas, imprecisas y, las más de las veces, contradictorias. Textos de un mismo ordenamiento jurídico permiten sostener criterios divergentes y hasta opuestos. Los autores se sitúan en posiciones inconciliables y cuando el problema les resulta muy difícil de resolver, optan por silenciar el criterio que sustentan. Todo esto sume en la penumbra el origen histórico de nuestra teoría, cuya trayectoria es, por lo demás, accidentada. No ha bastado la oposición de que ha sido objeto, sino que además la investigación ha sido incapaz de señalar su génesis.

A mi juicio, el problema histórico no se resuelve única-

mente con datos, fechas, documentos y demás instrumental. Al lado de la historia está el sentido lógico que nos permite interpretarla correctamente, sin detenernos en sutilezas y dejando a un lado la actitud interesada de polémica. Y el sentido lógico nos indica que el presente como arte la estructura del pasado, que el ayer y el hoy no son conceptos antinómicos, sino que el segundo supone al primero y es su resumen evolucionado. Por eso, la teoría del abuso de los derechos es, necesariamente, el producto de un transcurrir en el tiempo, el fruto de un proceso cuya génesis se remonta a etapas indeterminables ya en la complejidad del acaecer histórico. La idea del abuso no ha surgido de "in proutu", sino que se ha ido macerando a lo largo de toda una trayectoria de evolución jurídica. Por eso encontramos referencias a ella en los diversos ordenamientos de la antigüedad, sin que nos sea permitido hablar en tales épocas de una elaboración total del concepto. La noción ha ido perfeccionándose hasta aflorar primero en la jurisprudencia, con el carácter de principio general y aparecer luego en el "Landrecht" prusiano de 1794. No hay contradicciones históricas, sino atisbos o gérmenes de un principio aun no madurado. Las presuntas antinomias de las viejas recopilaciones, aunque resulte paradójico, son el índice de evoluciones jurídicas en marcha: los nuevos conceptos se abren paso y coexisten con ideas vetustas amenazadas por la decadencia.

Dr. José MUCI ABRAHAM, HIJO

CITAS DEL CAPITULO.

- (1) Digesto. Libro L. Título XVII. Ley LV.
- (2) Digesto. Libro L. Título XVII. Ley CLI.
- (3) Digesto. Libro VIII. Título II. Ley IX.
- (4) Digesto. Libro XXXIX. Título II. Ley XXVI
- (5) Josserand. "De l'abus des droits". Págs. 1 y sig.
- (6) Digesto. Libro L. Título XVII. Ley CLIV.
- (7) Digesto. Libro L. Título XVII. Ley CLV.
- (8) Digesto. Libro L. Título XVII. Ley LV.
- (9) Digesto. Libro L. Título XVII. Ley CLI.
- (10) Digesto. Libro XXIX. Título II. Ley IX. Decisión de Proculus.
- (11) Digesto. Libro VIII. Título II. Ley IX.
- (12) Planiol. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo II. No. 870.
- (13) Savatier. "Des effets et de la saction du devoir moral en droit positif francais et devant la jurisprudence". Págs. 22 y 23.
- (14) Colin y Capitant. "Curso elemental de derecho civil" Tomo III. Pág. 831.
- (15) Enneccerus, Kipp y Wolff. "Tratado de Derecho Civil" Tomo I. Volumen II. Pág. 531.
- (16) Calvo Sotelo. "La doctrina del abuso del derecho co-

limitación del derecho subjetivo". Págs. 45 y 133.

- (17) Appleton. "Les excercices pratiques dan l'enseignement du droit romain et plan d'un cours l'abus des droits" Págs. 142 a 158.
- (18) Mazeaud. "Responsabilidad Civil". Tomo I. No. 555.
- (19) Digesto. Libro VI. Título I. Ley XXXVIII.
- (20) Cicerón. "De officiis". Libro I. Tít. X. Ley. XXXVIII.
- (21) Digesto. Libro I. Título I. Ley I. Proemio.
- (22) Josserand. "De l'abus des droits".
- (23) Alessandri v Somarriva. "Derecho Civil". Tomo IV. Pág. 928.
- (24) Puig Peña. "Introducción al Derecho Civil". Págs. 577 y 578.
- (25) Repert. "La regla moral en las obligaciones civiles" Pág. 133.
- (26) Perreau. "Revue generale du droit, de la legislation et de la jurisprudence". Tomo XXXVII. Pág. 483.
- (27) Fuero Viejo. Libro IV. Título III. Ley V y Fuero Real Libro IV. Título IV. Ley VIII.
- (28) Fuero Viejo. Libro IV. Título III. Ley V y Fuero RL. Libro IV. Título IV. Ley VIII.
- (29) Fuero Juzgo. Ley VII. Título II. Libro II.
- (30) Ley de las Siete Partidas. Título II. Partida III. Leyes VIII, VI y IIL.

- (31) *Josserand. "El espíritu de los derechos y su relatividad". No. 221. Pág. 239.*
- (32) *Mahmoud Fathy. "La doctrine musulmane de l'abus des droits". Págs. 28, 75 y 76.*
- (33) *Josserand. "El espíritu de los derechos y su relatividad". No. 3. Págs. 9 y 10.*
- (34) *Planiol y Ripert. "Tratado teórico y Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo V. Págs. 788 y 789.*
- (35) *Marson. "L'abus du droit en matiere de contrat". Págs. 11 y 12.*
- (36) *Savatier. "Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif francais et devant la jurisprudence". Pág. 23.*
- (37) *Guy de Coquille. "Lois civiles dans leur ordre naturel" Libro II. Título VIII. Sección III. Regla IX.*
- (38) *Calvo Sotelo. "La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo". Pág. 73.*
- (39) *Mazeaud. "Responsabilidad Civil". No. 556.*
- (40) *Code general pour les Etats Prussiens.*
- (45) *Idem.*