El abuso del derecho. Un estudio tres autores

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN*
Edison Lucio VARELA CÁCERES**

SYLOCK: Venid a casa de un escribano,
donde firmaréis un recibo prometiendo que si para el día no habéis pagado,
entregaréis en cambio una libra justa de vuestra carne,
cortada por mí del sitio de vuestro cuerpo que mejor me pareciere.
ANTONIO: Me agrada el trato: le firmaré…
SHAKESPEARE: *El mercader de Venecia*. 1597.

Sumario

Introducción 1. La teoría del abuso del derecho (o teoría de los actos antinormativos) *1.1. Criterios justificadores* **2. El abuso del derecho en el Derecho de Obligaciones. Noción** *2.1. Naturaleza autónoma 2.2. Requisitos 2.3. Efectos* **3. El abuso del derecho en el Derecho de Familia. Conclusiones**

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada; Especialista en Derecho Procesal; Doctora en Ciencias mención «Derecho»; Profesora Titular; Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado. mariacandela1970@gmail.com

** **Universidad de Los Andes**, Abogado *Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia; Profesor Instructor por concurso de oposición de Derecho Civil I Personas. **Universidad Bolivariana de Venezuela**, Profesor de Derecho de Familia.

Debo destacar que, para mí, este artículo es muy especial, pues desde hace algunos años he perseguido la idea de participar en un merecido homenaje a la memoria del profesor RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. Fue su obra el que me inspiró en la juventud, ciertamente, cuando me acerqué por primera vez al Centro de Investigaciones Jurídicas de la ULA, que él presidio con solvencia. En esa época conocí la Biblioteca

Introducción

El destino nos sonríe al colocarnos ante una posición privilegiada; por un lado, el poder obsequiar una colaboración para homenajear al destacado profesor Lino Rodríguez-Arias Bustamante y, por otra parte, el compartir créditos como coautores por segunda vez[1].

La elección del tema no es causalidad, es uno de aquellos al cual el maestro agasajado le dedicó bastantes meditaciones[2] y que, además, siempre ha sido atrayente para los civilistas.

---

que llevaría su nombre –conformada en su mayor parte por los libros de su colección personal– y leí el *Anuario de Derecho*, editado en el mencionado Centro y dirigido por el profesor Lino en un periodo, hechos que reforzaron el deseo del estudio científico del Derecho. Además, recuerdo que cuando visité por primera vez el Centro de Investigaciones Jurídicas, mi profesor de Filosofía de Derecho, Javier González, tuvo el gesto de obsequiarme el libro del profesor Lino: *Derecho y método*. ULA. Mérida, 1988, 191 pp. que devoré con entusiasmo y atesoro como un recuerdo de esa época pletórica de ensueño. A la fecha, no he hecho más que tratar de seguir su estela, aunque esté muy lejos de siguiera acercarme a tan excelsa figura, por todo ello dedico con afecto de discípulo y como hijo de Mérida de los Caballeros, a la que tanto obsequió el profesor Rodríguez-Arias Bustamante.

1 *Vid*. Domínguez Guillén, María Candelaria y Varela Cáceres, Edison Lucio: «La pensión compensatoria en el Derecho venezolano: Escasa aproximación legislativa». En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Nº 5 *bis*. Valencia-España, 2016, pp. 166-188, http://idibe.org/numeros-de-revista/.

2 *Vid*. *El abuso del derecho (teoría de los actos antinormativos)*. Unam. Prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. México D. F., 1955, 65 pp. (publicado inicialmente en dos entregas en: *Revista de la Facultad de Derecho*. Nos 16 y 17-18. Unam. México D. F., 1954, pp. 9-44, y 1955, pp. 11-35; y los primeros tres capítulos con el título: «El abuso del derecho en la historia y en la legislación comparada». En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nos 322-323. Madrid, 1955, pp. 129-153); *El abuso del derecho*. 2ª, EJEA. Buenos Aires, 1971, 198 pp. «El abuso del derecho». En: *Enciclopedia GER*. Tomo I. Editorial Rialp. Madrid, 1971; y «El abuso del derecho en la legislación iberoamericana». En: *Revista de Derecho Privado*. Vol. 55, Nº 3. Madrid, 1971, pp. 239-253 (también en: *Anuario de Derecho*. Nº 9. Universidad de Panamá. Panamá, 1971, pp. 31-43).

Así pues, el presente opúsculo se divide en tres secciones: la primera parte, en la cual se efectúa un desarrollo de la teoría general sobre el abuso del derecho y se indican los criterios de procedencia elaborados por la doctrina; seguidamente, se expone su aplicación en el campo del Derecho de Obligaciones, destacando su naturaleza, requisitos y efectos jurídicos y, finalmente, se exhiben unas breves notas sobre su empleo en el Derecho de Familia.

1. La teoría del abuso del derecho (o teoría de los actos antinormativos)

La teoría del abuso del derecho surge como una respuesta ante la concepción individualista de la propiedad, que la consideraba como una facultad absoluta[3]; si bien existían supuestos en el Derecho romano y en las legislaciones anteriores a la codificación que contenían como germen el limitar el ejercicio abusivo de los derechos[4], fue la jurisprudencia y doctrina en el siglo XIX[5], la que le dedicó un estudio sistemático al asunto, lo que permitió perfilar sus estructuras básicas[6].

---

3 Hoy en día la doctrina es unánime en sostener que no existen derechos absolutos, en su acepción de «ilimitados», pues todos los derechos tienen linderos racionales fundados en su carácter social, en el caso de la propiedad la Constitución después de destacar que tal facultad implica el «uso, disfrute y disposición», reafirma que la misma esta «sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establece la ley con fines de utilidad general o de interés general» (artículo 115). *Vid*. GARCÍA SOTO, Carlos: *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*. Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral. Madrid, 2014, pp. 64 y ss.

4 *Vid*. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: art. cit. («El abuso del derecho en la historia…»), pp. 129 y ss.

5 Señala RENGIFO GARCÍA, Ernesto: «El abuso del derecho», en: www.garridorengifo.com/.../doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf, «La figura del abuso del derecho surgió en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídicos-culturales del Código de Napoleón, esto es, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos y de manera particular el de propiedad». *Cfr.*, PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, Juan Ignacio: «Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código Civil español». En: *Anuario de Derecho Civil*. Nº 3. Madrid, 2016, p. 926.

6 Comenta DOMÍNGUEZ ESCOVAR, José María: *El abuso del derecho*. Tesis doctoral presentada en la UCV. Caracas, 1935, «la teoría del abuso del derecho puede considerarse como de reciente aparición, no obstante que en el Derecho antiguo no es difícil encontrar

Así, para comprender esta figura jurídica, se debe partir que toda conducta que se despliega según una norma jurídica que atribuye la facultad de actuar, se encuentra amparada por el derecho subjetivo en referencia y, en consecuencia, es lícita, justa o conforme a Derecho. Sin embrago, para que la anterior afirmación sea correcta se debe ponderar que todas las facultades traen implícitos unos límites racionales impuestos por la naturaleza social del Derecho y el respeto de la dignidad humana, así como por los fines que persigue el ordenamiento jurídico como sistema ordenador de la conducta –la justicia, el bien común, la paz social, etcétera–[7]. Entonces, cuando surge un desequilibrio entre el ejercicio de un derecho subjetivo amparado en una norma y los resultados dañinos que tal conducta produce en el entorno de relaciones –efecto que se juzga contrario a los objetivos generales del sistema normativo–, es necesario corregir dicha distorsión, y ello ocurre justamente a través de la teoría del abuso del derecho[8]. En palabras de JOSSERAND:

> En esta teoría los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu

---

francas alusiones. Su modernidad, más precisamente, se refiere a su sistematización doctrinal y a su consagración legislativa y jurisprudencial siempre crecientes» (reproducida en: *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara*. Anuario 1972. Barquisimeto, 1973, p. 152). *Vid*. también sobre el tema incluyendo su evolución: GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac y ZORZETTO Silvia: «Razonabilidad, abuso del derecho y argumentación jurídica». En: *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*. Tomo V. ACIENPOL. Caracas, 2015, pp. 3527-3561.

7 *Vid*. MAYORDOMO, Diego José: «Hermenéutica de la teoría del abuso de derecho». En: Perspectiva de las Ciencias Económicas y Jurídicas. Nº 2. Universidad Nacional de La Pampa. La Pampa 2013, p. 36, http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/perspe/v03n2a03mayordomo.pdf, los derechos deben ejercerse en forma normal y racional, movidos por intereses serios y legítimos.

8 Para PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA: art. cit. («Aproximación al concepto…»), p. 933, «el abuso del derecho es una técnica de detección de la actuación que sobrepasa los límites del contenido del derecho. La particularidad de la figura radica en que la superación del contenido del derecho no resulta inmediatamente, *a priori*, porque el acto es abstractamente compatible con el contenido del derecho, sino que se descubre en el momento del concreto ejercicio de las prerrogativas, averiguando *a posteriori* el interés concretamente perseguido por el sujeto».

> y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada[9].

Esta teoría no es más que una corrección –generalmente por medio de una indemnización económica– ante el choque de los fines superiores que todo derecho persigue y la conducta que excede los contornos fijados por dichos fines. Ciertamente, esa conducta que se excede claramente en los límites que vienen establecidos por los principios generales de convivencia, si generan un daño a los terceros o a la comunidad, ocasiona igualmente el deber jurídico de indemnizar el perjuicio causado.

Ahora bien, para arribar a la anterior fórmula se debió transitar un largo camino, pues no fue fácil el derrumbar algunas barreras formalistas que hicieron de la literalidad del Derecho su nicho natural[10]. En todo caso, en la actualidad, es indudable que para comprender adecuadamente el contenido de las instituciones jurídicas, no se puede únicamente atender a la literalidad

---

9 JOSSERAND, Louis: *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Editorial Temis. Bogotá, 1999, p. 4.

10 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: art. cit. («El abuso del derecho en la historia…»), p. 139, al respecto comentaba como fueron los jueces los que derrumbaron esa barrera, ya que «Las decisiones jurisprudenciales en este sentido ponen de manifiesto un afán muy loable de buscar una concordancia entre la realidad social y la letra de la ley, pues los derechos subjetivos no podían quedar reducidos en la práctica jurídica a meras nociones abstractas, sino que precisaban adquirir vigencia en medio del ambiente social para el que existían; no podían ejercerse arbitrariamente sino obedecer a una finalidad». *Cfr*., DOMÍNGUEZ ESCOVAR: ob. cit. (*El abuso del derecho*), p. 145, «La teoría a primera vista se nos aparece como una reacción contra el rancio absolutismo jurídico, a la manera de una conquista social tendida entre el Derecho estricto, por una parte, y la equidad y la moral por la otra, para proporcionar a aquel un alto grado de amplitud, haciéndolo más expansivo y más protector».

de las normas jurídicas en que ellas se encuentran contenidas, hace falta además un análisis histórico, finalista y sistemático. Los anteriores criterios son los que permiten, a la larga, poder desentrañar cuál es el ámbito de actuación de un determinado derecho y cuándo se ha excedido en el ejercicio del mismo.

Por otra parte, uno de los aspectos más discutidos de esta teoría es justamente su denominación: «abuso del derecho» y si bien hoy se encuentra tal expresión consolidada, ello no ha estado inmune a la crítica por parte de la doctrina que la juzga inapropiada[11], por ello Rodríguez-Arias Bustamante establece una corrección y postula que sería más adecuado denominarla: «teoría de los actos antinormativos».

Así, el autor citado califica a los actos antinormativos como aquellos en los que existe una falta de adecuación «entre la finalidad subjetiva que impulsa a obrar al individuo y la finalidad objetiva, que atañe siempre a toda institución jurídica abstractamente considerada; pues este desequilibrio de los elementos subjetivo y objetivo de cada institución en concreto produce una perturbación del orden jurídico, con mayor o menor repercusión en la comunidad»[12].

---

[11] Apunta Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*. Ediar. Santiago de Chile, 1983, pp. 254 y 255, que no ha faltado la crítica a la denominación aduciendo que un acto no puede ser al mismo tiempo conforme y contrario a Derecho, pero la expresión generalmente ha sido admitida. *Cfr.*, Brice, Ángel Francisco: «Bello y el ejercicio abusivo del derecho». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Nº 9. Caracas, 1956, p. 62, «La misma denominación, aunque es comprensible para todos, ha merecido profundas críticas, porque, en realidad, cuesta creer a primera vista, que pueda hablarse de abuso en el ejercicio del derecho que nos pertenece y así no ha gozado de la aceptación unánime la designación, de abuso del derecho». Casadío Martínez, Claudio: «El abuso de derecho y su inclusión en el Código Civil y Comercio unificado», en: http://aldiaargentina.microjuris.com/201302/28/el-abuso-de-derecho-y-su-inclusion-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-unificado, la noción de «ejercicio abusivo de un derecho» es amplia, difusa e imprecisa, llegándose a sostener que se trata de «norma válvula» habiendo sido delimitado su alcance por la labor de los tribunales y la doctrina de las últimas décadas, que han desplegado una ardua tarea tendiente a la «purificación del concepto».

[12] Rodríguez-Arias Bustamante, Lino: «El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos. Continuación». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Nos 17-18. Unam. México D. F., 1955, p. 31.

Vale añadir que para la consolidación de esta teoría en el Derecho español RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE proponía un añadido al artículo 4, que fungiera como principio fundamental del ordenamiento jurídico, en términos similares al Código Civil suizo[13]. Lo cierto es que, a la larga, el legislador le ha dado la razón, pues con la reforma de 1973[14], se incorporó en el Código Civil español una norma que reconoce la teoría del abuso del derecho como presupuesto general[15].

Lo anterior nos lleva a otra afirmación y es que, además de su aplicación al Derecho Civil patrimonial –obligaciones y derechos reales–, esta teoría también tiene empleo en otras ramas del Derecho Civil[16], como el ámbito contractual y su fase preliminar, no obstante constituir una fuente extracontractual[17].

---

13 Ibídem, p. 32; GONZÁLEZ CARVAJAL y ZORZETTO: art. cit. («Razonabilidad, abuso…»), p. 3544, nota 70, previo a su consagración la doctrina y la jurisprudencia lo fue perfilando como principio.

14 *Vid*. Ley 3/1973, de 17 de marzo, de bases para la modificación del título preliminar del Código Civil *(BOE*, de 21 de marzo de 1973) y el Decreto 1838/1974, de 31 de mayo (*BOE*, de 9 de julio de 1974) por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, que dieron lugar al actual articulado.

15 *Vid*. Código Civil español artículo 7: «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

16 ARRAIZ, Rafael Clemente: «Contribución al estudio del abuso del derecho». En: *Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*. Tomo I. UCV. Caracas, 1970, pp. 169-172, refiere entre los derechos susceptibles de abuso, entre otros: la propiedad, el usufructo, las vías de derechos como las acciones, las potestades –patria potestad, responsabilidad de crianza, educación–, las libertades, el comercio, la huelga, los contratos –como el de trabajo, mandato, compraventa y sociedad– (también en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Nº 42. Caracas, 1970, pp. 103-177). *Vid*. OSCAR, Ochoa: «Ausencia de abuso de derecho en el ejercicio de un derecho contractual». En: *Revista de Derecho Mercantil*. Nºs 7-8. Livrosca. Caracas, 1989, pp. 315-356.

17 Y así por ejemplo, se cita la prohibición de abuso de derecho entre los fundamentos de la teoría de la imprevisión que justifican la revisión del contrato. *Vid*. LUPINI BIANCHI,

En efecto, la formulación de la teoría del abuso del derecho fue seguida por una abundancia de trabajos doctrinales sobre la materia: su necesidad social y su imprecisión jurídica constituyeron el campo apropiado para la rapidez de su desarrollo y si en sus comienzos empezó aplicándose tímidamente al desarrollo, de la propiedad, en la actualidad se extiende a la casi totalidad del Derecho[18].

Ciertamente, esta teoría se ha extendido a áreas tan diversas, como, por ejemplo: en Derecho Procesal y Mercantil[19], Derecho Administrativo[20], Derecho Laboral[21] e incluso algunos también aspiran a su sanción penal[22].

Luciano: «Notas sobre la teoría de la imprevisión en el Derecho Civil». En: *Homenaje a Aníbal Dominici*. Ediciones Liber. s/l, 2008, pp. 313 y 314; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, 2017, p. 191, www.rvlj.com.ve. Véase también: TSJ/SCC, sent. Nº 1475, de 28-10-13, http:// www.tsj.gov.ve/decisiones/.../ 157970-1475-281013-2013-13-0593.HTML, «esta Sala estima que la nulidad del documento de dación de pago, por haberse producido el vicio del consentimiento que implica el uso de la violencia por parte del Banco, al obtener los beneficios adicionales e ilícitos, acreditan el abuso de derecho que ratifica la procedencia de dicha nulidad»; Corsi, Luis: «Algunos aspectos del desistimiento *ad nutum* del vínculo contractual: esbozo para su estudio». En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Vol. I. TSJ. Fernando Parra Aranguren, editor. Caracas, 2004 p. 383, «El ejercicio de mala fe o con abuso de derecho de arrepentimiento sea éste *ex lege* o pactado, originará la obligación de indemnizar el daño causado y la declaración de ineficacia del desistimiento».

18 *Vid*. Alessandri Rodríguez: ob. cit. (*De la responsabilidad extracontractual*…), pp. 273-289; Pittier sucre, Emilio: «El abuso de derecho». En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2007, pp. 588-590.

19 *Vid*. Mélich-Orsini, José: «El abuso del derecho en el proceso». En: *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1994, pp. 573-599. Véase indicando, acertadamente, que el ejercicio de acciones judiciales por sí mismo no supone abuso del derecho: TSJ/SCC, sent. N° 434, de 15-11-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-0434-151102-01795.html; TSJ/SCC, sent N° 101, de 28-02-08; TSJ/SCC, sent. N° 000506, de 07-08-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180571-RC.000506-7815-2015-15-185.HTML. Es sumamente discutido el ejercicio de las acciones judiciales con abuso del derecho: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. 28-07-11, asunto: BP02-V-2009-001268 http://anzoategui.

1.1. Criterios justificadores

Constituye un asunto importante el precisar los criterios que determinan la existencia de la figura. Sin embargo, este aspecto está envuelto en un mar de

tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-BP02-V-2009-001268-.html. Véase también, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «El daño moral en las personas incorporales: improcedencia de la prueba *in re ipsa*». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nº 6 (homenaje a la memoria de Arturo Luis Torres-Rivero). Caracas, 2016, pp. 59-63. PICÓ I JUNOY, Joan: *El principio de la buena fe procesal*. JMB. Barcelona, 2013, pp. 103 y 104, apunta: «entiendo que sí es posible el abuso del derecho en el ámbito procesal cuando, dentro de los límites formales de un derecho o expectativa procesal reconocido en una norma, hay una violación de los valores contenidos en ella o de las finalidades de la institución procesal que se pretende abusar, y además una voluntariedad en conseguir efectos u objetivos adicionales y diferentes a los previstos por la norma procesal de la que se abusa en perjuicio de la parte contraria». En Mercantil por ejemplo véase: González, Tania: *El abuso del poder comercial*. UCV. Caracas, 1998, pp. 100-118.

20 Comenta RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: «El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Nº 16. UNAM. México D. F., 1955, p. 33, que paralelamente a la teoría civilista del abuso de Derecho surgió la teoría administrativa de la desviación de poder. *Cfr*., CASTILLO BLANCO, Federico A.: *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho*. INAP. Madrid, 2008, pp. 15 y ss.

21 *Vid*. DUQUE SÁNCHEZ, José Román: *Comentarios jurídicos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, pp. 329 y ss. donde comenta jurisprudencia que ha establecido la procedencia de indemnizaciones a cargo del patrono por abuso de derecho en materia laboral.

22 *Vid*. CHIOSSONE, Tulio: *OMNIA estudios sociales, histórico-políticos y jurídicos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1983, pp. 363 y ss. «el abuso de algunos derechos consagrados en la Constitución y en las leyes, podría configurar un nuevo tipo delictivo con el cual posiblemente se suprimiría una situación deplorable existente en la República por el predominio del abuso del derecho, hasta ahora impune». *Cfr*., CHIOSSONE, Tulio: *Miscelánea jurídica. Estudios y conceptos*. UCV. Caracas, 1990, pp. 383 y ss. donde en un «Informe sobre el proyecto de Código Penal» sugiere la introducción de algunos tipos delictivos referente al abuso del derecho. Incluso MENDOZA TROCONIS, José Rafael: *Curso de Derecho Penal venezolano (parte general*). Tomo II. Librería Destino. Caracas, s/f, p. 78, es de la opinión que en los casos de «excesos de las causas justificantes existe abuso del derecho», como por ejemplo en el exceso a la legítima defensa.

doctrinas[23], aunque todas concuerdan en que además del aspecto axiológico –justicia, equidad, moral[24], etcétera[25]–, debe existir otro aspecto que justifique su procedencia. Entre los que la doctrina ha indicado, se ubican:

I. La intencionalidad: JOSSERAND comenta que en un principio esta teoría se fundamentaba en sancionar a aquel que tiene ánimo de perjudicar a través del ejercicio de un derecho: «La voluntad de causar un daño a otro es antisocial, pues antijurídica por la misma esencia, y en ningún caso, puede cuadrar con la finalidad, la misión de un derecho cualquiera que sea (…) invariablemente será constitutiva de la desviación de este derecho, reveladora de su abuso»[26].

---

23 Advierte CARRANZA, Jorge A.: *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970, p. 27, «la mayor dificultad que plantea el ejercicio abusivo de los derechos radica en la determinación del criterio con el que se establecerá cuando existe abuso». Por su parte, DOMÍNGUEZ ESCOVAR: ob. cit. (*El abuso del derecho*), p. 147, afirma: «Los patrocinadores y sostenedores de estas diversas opiniones, reivindican para cada una respectivamente, singular preponderancia, mas como tendremos ocasión de observarlo, todas encierran, una más que otras, algo de verdad».

24 Señala JOSSERAND: ob. cit. (Del abuso de los derechos…), p. 27, que no debe olvidarse que «el Derecho, a despecho de las concepciones objetivas que se abren paso actualmente, se inspira en la moral y de ella vive; cómo, bajo la máscara abstracta y fría de la técnica jurídica, vive y se encuentra infaliblemente la regla moral, grande animadora de toda organización social». O en palabras de DOMÍNGUEZ ESCOVAR: ob. cit. (*El abuso del derecho*), p. 160, «Cualquiera que sea la concepción filosófica del Derecho que se tenga, la presencia de la moral es en él incontestable, sea en el Derecho positivo sancionado por el legislador, sea en su aplicación cotidiana y casuística por el juez». BRICE: art. cit. («Bello y el ejercicio…»), p. 65, «Desde que el individualismo fue perdiendo posiciones, cobró preponderancia la idea de que por encima del derecho de que se es dueño existen valores sociales que deben respetarse y a los cuales está supeditado el ejercicio».

25 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: art. cit. («El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos»), pp. 11 y 40, «La teoría estudiada se propuso, desde su nacimiento, reincorporar nuevos principios justos al orden jurídico que se hallaba perturbado por un ejercicio de los derechos lesivo en lo social, declarando que de la actuación de los mismos también puede resultar un daño para terceros, preciso de reparación», añade «somos de la opinión de que todos los derechos presentan sus facetas moral, social e individual, combinadas de tal forma, que no pueden contemplarse unilateralmente a pesar de que en cada una de ellas predomine uno o más de dichos principios».

26 *Vid*. JOSSERAND, Louis: El espíritu de los derechos y su relatividad. Ediciones Homero. Trad. Aníbal ÁLVAREZ. Caracas, 2010, pp. 26 y 27. *Cfr*., ALESSANDRI RODRÍGUEZ:

II. La ausencia de interés: Observan otros autores que procede esta teoría cuando en el titular del derecho subjetivo falta un interés serio que justifique su conducta y aun así la realiza ocasionando un daño[27]. Comenta URBANEJA ACHELPOHL que según un criterio doctrinario «no existe acción sin interés, el derecho sin utilidad, es cosa que no amerita garantía. Esta falta de utilidad se llama en jurisprudencia francesa: 'ausencia de interés serio y legítimo'». Se ha criticado «que la utilidad en provecho del titular, no es clave para resolver todos los problemas del abuso del derecho, toda vez que hay derechos establecidos más bien en interés público que en interés de quien los ejerce, y hay situaciones de embarazosa determinación en que el titular puede actuar por medios diversos con provecho propio»[28].

III. El técnico o de la culpa: Para algunos, el fundamento de la figura es que el daño producido en ejercicio abusivo del derecho resulta de una conducta culposa, lo cual originaria el deber de corregir el menoscabo[29]. Entonces, «se

---

ob. cit. (*De la responsabilidad extracontractual*…), pp. 263-266; URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto: «Procedencia en el Derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal». En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Tomo II. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, p. 585; PALACIOS HERRERA, Oscar: *Apuntes de obligaciones*. Versión de clases dictadas en la UCV taquigrafiadas por Rafael MALDONADO G. Ediciones Nuevo Mundo. Caracas, 2000, p. 109; BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*. Tomo IV. UCAB. Caracas, 2012, pp. 106 y 107.

27 *Vid*. MOISSET DE ESPANÉS, Luis: «El abuso del derecho», en: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: www.acaderc.org.ar, p. 8, comenta que la apreciación de este elemento es muy subjetiva, pues se vincula con la valorización personal que el titular del derecho efectúa respecto del provecho que el acto le procura. Ciertamente, la inexistencia de utilidad para el titular del derecho es de carácter muy amplio, y comprende cualquier tipo de beneficio que pudiese obtener con el ejercicio de sus derechos (véase del mismo autor y en la misma página electrónica: «Introducción al abuso del derecho», pp. 1-30).

28 URBANEJA ACHELPOHL, Alejandro: «Breve estudio sobre el abuso del derecho». En: *Boletín de la Comisión Codificadora Nacional*. Nº 27. Caracas, 1940, p. 11.

29 BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial*…), t. IV, p. 107, sostiene que para esta posición abusa del derecho quien causa un daño culposamente, pero tal concepción tiende a confundir la figura con el acto ilícito. De seguir este criterio no sería preciso una norma jurídica expresa para contemplar la figura, sino que bastaría la existencia del principio genérico de responsabilidad civil por hecho ilícito.

trata de examinar si un buen padre de familia, colocado en las mismas circunstancias externas, se habría mostrado más prudente en el ejercicio de su derecho, a fin de impedir que se causaran daños a terceros»[30]. De allí que algunos la denominen «técnica en la ejecución», pues, como resalta DOMÍNGUEZ ESCOVAR, para esta posición: «el fundamento del abuso del derecho no debe buscarse sino en la técnica llevada a cabo en la ejecución del acto, es decir, en la falta cometida en su verificación, falta leve, no intencional, ajena a la voluntad del agente, que ocasiona un daño a otro»[31].

IV. El económico: Los sostenedores de este criterio postulan que se estaría ante el abuso, cuando la conducta desplegada en ejercicio de un derecho ha ocasionado un daño y no se ha alcanzado como contrapartida un beneficio económico para el agente, que justifique su accionar, lo cual la hace desproporcionada y origina el deber de indemnizar. Comenta OSORIO CANALES como crítica: «en realidad, el criterio económico más que todo, viene a ser una manera de probar el ánimo doloso exigido por el criterio intencional. Si el demandante prueba que el demandado no iba a obtener ningún beneficio al ejercer el derecho que causó el daño, está haciendo presumir gravemente que aquel ejercicio se hizo exclusivamente para perjudicarlo. Más que un criterio en sí, es un modo de determinar el móvil que inspiró la conducta del demandado»[32].

V. El finalista-social o de derecho-función: apunta JOSSERAND que «cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta (…) un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad»[33].

---

30 OSORIO CANALES, Oswaldo: «El abuso de los derechos». En: *Rayas*. Nos 5-6. UCAB. Caracas, 1962, p. 47.

31 DOMÍNGUEZ ESCOVAR: ob. cit. (*El abuso del derecho*), p. 149.

32 OSORIO CANALES: art. cit. («El abuso de los derechos»), p. 46. Apunta BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial*…), t. IV, p. 108, que la ausencia de un beneficio económico más que un criterio constituye una manera de determinar el móvil.

33 JOSSERAND: ob. cit. (*Del abuso de los derechos*…), p. 5. Cfr., BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial*…), t. IV, pp. 108 y 109. Véase: ARRAIZ: art. cit. («Contribución al estudio…»), p. 177; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: *Derecho Civil*. Editorial Pedagógica Iberoamericana. Trad. Leonel PEREZNIETO CASTRO. México D. F., 1996, pp. 789 y 790.

Para CASADÍO MARTÍNEZ: «habrá abuso del derecho cuando se ejerce un derecho en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se le otorgó, es decir, que estamos ante un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo o, dicho de otro modo, frente a una conducta que parece congruente con la norma de Derecho, que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito»[34].

De acuerdo con lo anterior, algunos autores han clasificado los criterios en subjetivos, objetivos o mixtos. Las «soluciones subjetivas» aglutinan los tres primeros criterios: intención, culpa e interés; por su parte, las «soluciones objetivas» corresponden con los dos últimos, a saber, económico y finalidad; es decir, «a diferencia de los defensores del criterio subjetivo, que atiende al elemento voluntario del sujeto que ejerce el derecho, aquí se pone de relevante manifiesto otro elemento del acto abusivo, su causa, considerada en sentido teleológico»[35]. Por último, las «soluciones mixtas o eclécticas» mezclan ambos criterios[36].

En cuanto a nuestro legislador, se aprecia que la norma que consagra la institución –segunda parte del 1185 del Código Civil–, asumió una posición mixta entre un criterio «intencional» cuando refiere que no debe excederse los límites de la buena fe y un criterio «finalista», esto es función del objeto para el cual

---

34 CASADÍO MARTÍNEZ: art. cit. («El abuso de derecho…»).

35 *Vid*. CARRANZA: ob. cit. (*El abuso del Derecho*…), pp. 27 y ss.

36 *Vid*. PITTIER SUCRE: art. cit. («El abuso de derecho»), pp. 580-588; ARRAIZ: art. cit. («Contribución al estudio…»), p. 172, se alude al criterio subjetivo o intencional de dañar o al objetivo de un ejercicio anormal del derecho contrario a los fines; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: art. cit. («El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos »), pp. 36-44, la tesis objetiva apunta a la función de los derechos y la subjetiva a investigar si la conducta del agente ha respondido a un motivo legítimo; CASADÍO MARTÍNEZ: art. cit. («El abuso de derecho…»); PEIRANO FACIO, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*. Edit. Temis. Bogotá, 1981, pp. 296-301; BEJARANO SÁNCHEZ: ob. cit. (*Obligaciones civiles*), p. 223; URDANETA SANDOVAL: art. cit. («Procedencia en el Derecho…»), pp. 687 y 688; MAYORDOMO: art. cit. («Hermenéutica de la teoría…»), pp. 45 y 46.

ha sido conferido[37]. Lo que denota, según veremos, que en este último caso no se precisa necesariamente «culpa».

Los derechos son facultades que otorga la ley, pero no para ser utilizados al antojo del sujeto, sino para ciertos fines; quien prescinde de estos y los usa en otros diversos, desviándolos de su misión social, causando un daño a otro; abusa de ellos y debe indemnizar[38]. Asevera Urbaneja Achelpohl, «el ejercicio de cada derecho llena una función social, que mal puede quebrantar su titular, ocasionando daño a otro al excederse en los límites que le son fijados, ya por la buena fe que es la expresión de un sentimiento de sana moral, o ya por el fin en vista del cual el derecho le ha sido conferido, fin que lo define su destino económico o social»[39].

El éxito de esta teoría es muy explicable si se considera que ella tiende a moralizar el Derecho[40], a humanizarlo, poniéndolo en armonía con la realidad[41].

---

37 Bernad Mainar: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial*…), t. iv, p. 114; Zambrano, Freddy: *Obligaciones*. 3ª, Atenea. Caracas, 2008, pp. 160 y 161; Moisset de Espanés: art. cit. («Introducción al abuso…»), p. 5, dos son principalmente, las concepciones que se han expuesto para caracterizar el ejercicio abusivo del derecho. Una de ellas da lugar a los sistemas que podemos denominar «subjetivos» que consideran que el acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto; la otra, de tipo «objetivo», atiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden esos fines. Para Josserand: ob. cit. (*Del abuso de los derechos*…), p. 5, «es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va en contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente 'intencional' tiende a sustituirse por un criterio 'funcional', derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada». Añade Urbaneja Achelpohl: art. cit. («Breve estudio…»), p. 11, que este espíritu que anima a los derechos es «cambiante con las épocas y los lugares; pero, cuya conformidad representa en cada momento histórico, el imperio de la solidaridad social». Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. 28-07-11, citada *supra*, distingue entre las posiciones subjetiva, objetiva y mixta.

38 Alessandri Rodríguez: ob. cit. (*De la responsabilidad extracontractual*…), p. 252.

39 Urbaneja Achelpohl: art. cit. («Breve estudio…»), p. 11.

40 Urdaneta Sandoval: art. cit. («Procedencia en el Derecho…»), p. 684, la función del abuso del derecho estriba en que es uno de los factores más importantes de la moralización del Derecho.

41 Alessandri Rodríguez: ob. cit. (*De la responsabilidad extracontractual*…), p. 256.

Vale indicar que, si bien algunos pretenden resaltar el aspecto intencional o culposo, otros señalan acertadamente que este no es estrictamente necesario en la figura que nos ocupa[42], afirmación que se desprende de la redacción del artículo 1185 del Código Civil que lo confirma cuando distingue dos criterios alternativos: exceder los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual fue conferido ese derecho. Siendo que este último supuesto es ajeno a la idea de intención o mala fe.

Ahora bien, para comprender las implicaciones de esta teoría, es conveniente examinar su aplicación en concreto, para ello se va a examinar su desarrollo en el campo del Derecho de Obligaciones, área donde ha prosperado con mayor profundidad y donde se comentarán sus requisitos y efectos:

2. El abuso del derecho en el Derecho de Obligaciones. Noción

Como se indico es el artículo 1185 del Código Civil el que luego de referirse al hecho ilícito, dispone:

> … 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.

En nuestro sistema, el abuso de derecho es consagrado por primera vez en el Código Civil de 1942 por inspiración del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones[43], se perfila como una fuente autónoma de las obligaciones,

---

42 MOISSET DE ESPANÉS: art. cit. («El abuso del derecho»), p. 17, no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso, ni tan siquiera culposo, como muy bien lo expresaba en un voto el doctor CICHERO, quien luego de recordar que uno de los supuestos de abuso del derecho es su ejercicio en contradicción con los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo.

43 BRICE: art. cit. («Bello y el ejercicio…»), p. 72, «Nuestro legislador copió *ad literem* el artículo 74 del Proyecto franco italiano». *Cfr*., GONZÁLEZ BAQUERO, J. R.: *La recepción del principio del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico venezolano*. Universidad de Carabobo. Valencia, 1976; OSORIO CANALES: art. cit. («El abuso de los derechos»), p. 47.

aunque para algunos constituye un caso particular de responsabilidad por hecho ilícito o de responsabilidad civil ordinaria[44].

Como se indicó, la teoría del abuso del derecho estudia la posibilidad de que una persona incurra en responsabilidad civil al causar un daño a otro en el ejercicio de un derecho subjetivo[45]. Supone un acto realizado en ejercicio de un derecho que, por la intención con que se realiza o por el fin esperado, produce como resultado un daño intolerable, lo que lo convierte en «abusivo», antisocial, irregular o anormal[46].

Se discutía en un principio cómo se podía dañar en ejercicio de un derecho. Pero rápidamente surgieron ejemplos paradigmáticos que evidenciaban la necesidad de reconocer la utilidad de la teoría del abuso del derecho, *verbi gratia,* el caso Doerr de 1901, en que se condenó a un ciudadano a demoler una enorme chimenea de adorno sin utilidad alguna que había levantado oscureciendo la propiedad de su vecino[47]. También se cita el caso Bayard,

---

44 *Vid*. Maduro Luyando, Eloy: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*. 7ª, UCAB. Caracas, 1989, p. 714; Rodríguez Ferrara, Mauricio: *Introducción al Derecho de Obligaciones*. 2ª, Ventanalegal Editores. Caracas, 2002, p. 61, figura discutida entre los autores. *Vid*. Goldschmidt, Roberto: «La teoría del abuso del derecho y el Anteproyecto brasileño de un código de las obligaciones». En: *Estudios de Derecho comparado*. UCV. Caracas, 1958, pp. 305-324 (también en: *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Universidad de Córdoba. Córdoba, 1942, pp. 350-376).

45 Pittier Sucre: art. cit. («El abuso de derecho»), p. 567.

46 Urdaneta Sandoval: art. cit. («Procedencia en el Derecho…»), pp. 682 y 683. *Vid*. Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, citada *supra*, «se puede definir el abuso del derecho como la materialización del uso u omisión de una facultad subjetiva contrario al principio general de la buena fe y al fin que persigue su otorgamiento. Debe tenerse en cuenta que el elemento principal que permite la determinación del abuso del derecho es la realización de la conducta ilegítima dentro de los parámetros objetivos de una facultad. Es precisamente, esta característica la que permite diferenciar el abuso del Derecho de las otras modalidades de actos ilícitos. La titularidad de un derecho no es razón suficiente para justificar actuaciones opuestas al bien común y a los fines del proceso».

47 Maduro Luyando: ob. cit. (*Curso de Obligaciones*…), p. 710; Rodríguez Ferrara: ob. cit. (*Introducción al Derecho*…), p. 62; Osorio Canales: art. cit. («El abuso de los derechos»), p. 41.

resuelto por la Corte de Casación francesa en 1915, referido al propietario de un inmueble que, para constreñir al dueño de un campo vecino –donde aterrizaban dirigibles– a comprarle su finca en un precio exagerado, edificó inmensas empalizadas terminadas en punta de hierro, que constituían gran peligro para los dirigibles. La Corte decidió que tales empalizadas no tenían utilidad alguna para el propietario constituyendo un abuso del derecho por lo que ordenó su demolición[48].

Se afirma, entonces, el deber de reparar el daño ocasionado no solo proviene de hechos u omisiones que son cometidos con dolo o culpa, sino también puede derivar del «ejercicio de un derecho» cuando el mismo es «abusivo» y causa un daño. De allí que el abuso del derecho sea fuente de responsabilidad civil[49], pues se trata de un correctivo indispensable del derecho subjetivo para conciliar los derechos individuales con los de la colectividad[50]. Se trata del ejercicio de un derecho que lo desvirtúa y lo niega, al punto que constituye una acción antijurídica[51].

2.1. Naturaleza autónoma

La doctrina discute si se trata de una fuente autónoma de las obligaciones o es una proyección del hecho ilícito. Se dice que surge como fenómeno político-cultural, como resultado del conflicto de derechos o como una manifestación del hecho ilícito[52].

Refiere PITTIER que para constituir una fuente autónoma tendría que tener elementos y consecuencias distintas a las otras fuentes de las obligaciones, siendo que para que se configure bastan los mismos elementos relativos a la responsabilidad civil en general entre los que se incluye la culpa. Pues aunque

---

48 PITTIER SUCRE: art. cit. («El abuso de derecho»), p. 571.

49 ALESSANDRI RODRÍGUEZ: ob. cit. (*De la responsabilidad extracontractual*…), p. 251.

50 ARRAIZ: art. cit. («Contribución al estudio…»), p. 155.

51 BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones civiles*. 5ª, UNAM-Oxford University Press, México D. F., s/f, pp. 220 y 221.

52 *Vid*. ARRAIZ: ob. cit. («Contribución al estudio…»), pp. 159-166.

con dinámica distinta a la culpa nadie ha pretendido que la responsabilidad por hecho ajeno o por cosas sea una fuente autónoma, sino un caso de responsabilidad objetiva. Por lo que para el autor el abuso del derecho supone una extensión del concepto clásico de culpa, pues el artículo 1185 del Código Civil contiene dos supuestos de responsabilidad extracontractual: por hecho ilícito y, por otra parte, el abuso del derecho. Sin embargo, el autor concluye que «estos dos supuestos están comprendidos en un concepto amplio de culpa y, en consecuencia, en ambas situaciones nos encontramos frente a un hecho ilícito»[53].

Urdaneta Sandoval refiere que la doctrina extranjera ha visto la naturaleza jurídica de la figura como un acto ilícito específico o *sui generis*, es decir, un acto ilícito abusivo. No obstante, concluye el autor, acertadamente, que en nuestro ordenamiento, se debe considerar el ejercicio abusivo de los derechos como una fuente autónoma de las obligaciones, que va desarrollando por vía jurisprudencial sus caracteres propios[54]. En el mismo sentido, Bernad Mainar indica que la mayoría de la doctrina tiende a ubicarlo como fuente autónoma desligada del mero hecho ilícito siendo que su ubicación en la sección del hecho ilícito «no desdice su jerarquía como fuente autónoma de las obligaciones», pues la expresión utilizada por el legislador –«debe igualmente reparación»– denota que se está ante un figura diferente a la que precede que es el hecho ilícito[55].

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la autonomía de la figura:

> Haciendo una apreciación integral del artículo anteriormente citado, se contemplan dos situaciones completamente distintas y naturalmente se fijan los

---

53 Pittier Sucre: art. cit. («El abuso de derecho»), pp. 603 y 604.

54 Urdaneta Sandoval: art. cit. («Procedencia en el Derecho…»), pp. 684 y 685. Cfr., Urbaneja Achelpohl: art. cit. («Breve estudio…»), p. 10, quien indica: «El abuso de derecho es un acto ilícito peculiar, cuya entidad mal se puede pretender confundir con la de los ilícitos ordinarios, impropiamente llamados delitos y cuasidelitos. Su fisonomía *sui generis* ha sido señalada muy distintamente».

55 Bernad Mainar: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial*…), t. iv, p. 113.

> elementos que diferencian la una de la otra. El primer parágrafo del artículo corresponde a una de esas situaciones en la que se trata de probar que el daño causado fue producto de un hecho intencional, negligente o imprudente de otro, lo cual pareciera sencillo y hasta elemental. En cambio, el segundo caso (…) presenta una situación grave y hasta complicada que representa un delicado y complejo problema jurídico, el cual se refiere a «precisar cuándo se ha hecho uso racional de un derecho, y cuando se ha abusado del mismo» o cuando el ejercicio de ese derecho excede «los límites fijados por la buena fe o por el objeto por el cual ha sido conferido ese derecho». Por lo tanto, el artículo 1185 del Código Civil, contempla dos situaciones jurídicas totalmente distintas: cuando se procede sin ningún derecho y cuando se abusa del derecho[56].

Adherimos a la tesis que ve la figura del abuso del derecho como una institución autónoma, porque si bien comparte caracteres comunes como el daño y la relación de causalidad con el hecho ilícito, dadas sus particularidades presenta aspectos propios[57]. Y se concluye que «si en realidad la teoría del

---

[56] Véase: TSJ/SCC, sent. Nº 0363, de 16-11-01, www.tsj.gov.ve/decisiones/.../RC-0363-161101-00132-00223.htm; TSJ/SCC, sent. Nº 122, de 26-04-00, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/122-260400-99%20928.HTML; TSJ/SCC, sent. N° 240, de 30-04-02. Agrega otra decisión que «la referida norma –único aparte del artículo 1185 del Código Civil– constituye una fuente autónoma de responsabilidad civil con caracteres propios perfectamente delimitados en su alcance y consecuencias», véase: TSJ/SCC, sent. Nº 000176, de 20-05-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html; TSJ/SCC, sent. Nº 554, de 24-09-03, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Septiembre/RC-00554-240903-99921-99053.htm; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del estado Lara, sent. Nº 03-05-15, exp. KP02-V-2014-000818, http://lara.tsj.gob.ve/ DECISIONES/2015/MAYO/653-4-KP02-V-2014-818-.HTML; Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del área metropolitana de Caracas, sent. Nº 30-01-13, exp, 10288, http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2013/enero/2144-30-10.288-.html.

[57] Como bien refiere la jurisprudencia citada, la sola circunstancia que supone excederse en un derecho, lo diferencia radicalmente del hecho ilícito que implica actuar sin derecho. De allí que se le ubique en un tema aparte, *vid*. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho*…), pp. 681 y ss.

'abuso del derecho' se redujese a contemplar hipótesis especiales de obrar ilícito, no sería necesaria ninguna norma nueva para reprimir esas conductas, ya que los actos ilícitos están sancionados de manera genérica y tales previsiones deberían bastar»[58]. El asunto pareciera superar el interés meramente teórico pues, por ejemplo, sostener que la figura no precisa la concurrencia de la culpa o intención dada su autonomía, es relevante desde la perspectiva de la carga probatoria del demandante.

2.2. Requisitos

La doctrina refiere las condiciones o requisitos del abuso del derecho, a saber:

> I. Es necesario un daño material o moral[59] experimentado por la víctima y causado por el autor del acto abusivo.
>
> II. Es necesario un acto abusivo de un derecho por parte de su titular. Que, según indica la norma, haya excedido en su ejercicio los límites de la «buena fe» o por el «objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho».
>
> III. La relación de causalidad entre el acto abusivo y el daño[60].

---

58 Moisset de Espanés: art. cit. («Introducción al abuso…»), p. 3.

59 TSJ/SCC, sent. Nº 184, del 30-03-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000184-30312-2012-11-627.html. Véase dudando de la procedencia del daño moral en el abuso del derecho en el ámbito contractual: Bernad Mainar: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial*…), t. iv, p. 112. Para Domínguez Guillén: ob. cit. (*Curso de Derecho*…), pp. 226 y ss. el daño moral es predicable en materia contractual. *Vid*. aceptando daño moral en el abuso de derecho: Domínguez Escovar: ob. cit. (*El abuso del derecho*), p. 146.

60 Maduro Luyando: ob. cit. (*Curso de Obligaciones*…), p. 715; Bernad Mainar: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial*…), t. iv, p. 111; Palacios Herrera: ob. cit. (*Apuntes de obligaciones*), p. 108; Urdaneta Sandoval: art. cit. («Procedencia en el Derecho…»), pp. 691 y 692; Zambrano: ob. cit. (*Obligaciones*), p. 139; Rodríguez-Arias Bustamante: art. cit. («El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos. Continuación»), p. 19; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, citada *supra*.

Obsérvese que propiamente «no exige la culpabilidad», pues el fundamento de la responsabilidad generada por el proceder abusivo es ilícito en sentido objetivo[61] y de allí que se afirma que la figura no precise la culpa[62], lo que corrobora su autonomía como fuente de las obligaciones[63]. La necesidad de probar la culpa revelaría la inutilidad del concepto toda vez que encuadraría simplemente en el hecho ilícito[64].

Se requiere precisar los dos supuestos de la norma contenida en el artículo 1185 del Código Civil: «exceder los límites fijados por la buena fe» –concepto básico del Derecho Civil[65]– o «el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese

---

61 URDANETA SANDOVAL: art. cit. («Procedencia en el Derecho…»), p. 694.

62 *Vid*. MOISSET DE ESPANÉS: art. cit. («El abuso del derecho»), p. 17.

63 *Vid*. BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial*…), t. IV, p. 107; MOISSET DE ESPANÉS: art. cit. («Introducción al abuso…»), p. 20, comenta: «entendemos que si bien es cierto que el acto abusivo suele ser ilícito, no se requiere indispensablemente que estén presentes en todos los casos el dolo o la culpa, sino que basta con que el acto exceda objetivamente los límites fijados por la ley. Si la figura se redujese a las hipótesis de actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud fue siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico; el aporte del nuevo texto, es el de brindar un arma a la justicia para enmendar los efectos de una conducta dañosa, que sin caer en el campo de lo ilícito, vulneran los fines perseguidos por la ley».

64 Véase: ZAMBRANO: ob. cit. (*Obligaciones*), p. 161; MOISSET DE ESPANÉS: art. cit. («Introducción al abuso…»), pp. 23 y 24, se insiste no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso, ni tan siquiera culposo.

65 *Vid*. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *Los principios sectoriales del Registro del Estado Civil*. UCV. Trabajo de ascenso a la categoría de profesor asistente. Caracas, 2017, p. 39, «el principio general de la buena fe es un postulado abstracto que ordena que todas las conductas se adecuen al comportamiento leal que se espera del hombre medio, y el sujeto concreto lo vulnera cuando su accionar no se ajusta a dicha expectativa». *Cfr.*, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1983, pp. 40 y ss.; GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge I.: «Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos paradigmáticos y 'nuevas dimensiones'». En: *Derecho y Sociedad*. N° 12. Universidad Monteávila. Caracas, 2016, pp. 182 y 183, con inclusión de nota 43, reseña que la buena fe puede formar parte de la precisión de conceptos como el abuso de derecho. Caso en que un criterio vago como la buena fe sirve para determinar cuándo se manifiesta otra noción no menos vaga como el ejercicio abusivo de un derecho (en el mismo sentido: GONZÁLEZ CARVAJAL y ZORZETTO: art. cit.

derecho». Está claro que este último es ajeno a la idea de culpa, a diferencia del primero, pues es discutible que no medie culpa cuando no somos capaces de percibir que nuestra actuación, aunque constituida en un derecho, excede los límites de la buena fe y propicia un grave perjuicio a un tercero, configurándose un ejercicio «abusivo» del mismo. En todo caso, se afirma que exceder los límites de la buena fe, debe ser probado, toda vez que la buena fe se presume[66], pero ello no acontece en el segundo supuesto, a saber, «el objeto en vista del cual le ha sido conferido».

Algunos refieren que ha de tratarse de un grave daño, ya que no cualquier daño es suficiente para configurar el ejercicio abusivo del derecho: debe ser grave, desproporcionado, anormal y excesivo; de tal magnitud que resulte una injusticia[67].

Incumbe a la víctima la prueba de la concurrencia del daño, la causa que lo motiva y la relación de causalidad entre el daño y el ejercicio abusivo de un derecho[68], lo cual no es más que la consecuencia lógica de la regla según el cual lo alegado debe ser probado[69].

(«Razonabilidad, abuso…»), p. 3549, nota 81); Domínguez Guillén: ob. cit. (*Curso de Derecho…*), pp. 546, 584-587; Mayordomo: art. cit. («Hermenéutica de la teoría…»), p. 52, la mala fe es ese sentimiento o disposición de ánimo de la parte en cometer perjuicios y daños a la contraparte a través de gestiones alejadas de la ley, empapada la teoría del abuso de ella.

66 Peirano Facio: ob. cit. (*Responsabilidad extracontractual*), p. 301.

67 Urbaneja Achelpohl: art. cit. («Breve estudio…»), p. 13, «para determinar el abuso del derecho, es impretermitible como elemento concurrente, el perjuicio ocasionado a otro; porque de no ser así, no cobraría vida la acción, cuya medida tasa, para restablecer el equilibrio en el conflicto de los intereses en pugna». *Vid*. Domínguez Escovar: ob. cit. (*El abuso del derecho*), p. 146, el daño debe «resultar, necesariamente, del hecho causado, y no importa que sea el *damnus emergens* o el *lucrus cesans* o el puramente moral, pudiendo ser ocasionado a un tercero, cual ocurre en la generalidad de los casos, o a la sociedad».

68 Bernad Mainar: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial…*), t. iv, p. 111.

69 *Vid*. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino: *Derecho de Obligaciones (según los códigos civiles y jurisprudencia española y panameña)*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965, pp. 97 y ss.

La actividad del juzgador en la interpretación de la figura será fundamental. De allí que MOISSET DE ESPANÉS comente:

> El juez, en razón de su tarea que lo pone a diario en contacto con los aspectos patológicos del funcionamiento social, es el primero en advertir el inadecuado uso que se da al dispositivo legal, y –con las armas que le brinda la teoría del abuso– procura poner un correctivo; si lo logra, el cambio social se habrá encauzado por senderos que hacen innecesario el cambio legislativo, pues las normas siguen brindando soluciones de justicia. Pero si las prácticas desleales cunden y se multiplican, habrá llegado el momento de que intervenga el legislador para consagrar nuevas fórmulas que atiendan adecuadamente a los problemas que se plantean, y en esa oportunidad le serán útiles todos los precedentes judiciales, que aportarán un cúmulo de experiencias que deberán ser tomadas en consideración por el legislador[70].

Por lo anterior, señala la dogmática que la redacción de la norma que lo consagra (artículo 1185 del Código Civil) no es precisamente la más feliz, dada la vaguedad de los criterios de procedencia que otorga un gran margen de actuación a la autoridad judicial propiciando cierta la inseguridad jurídica[71].

---

[70] MOISSET DE ESPANÉS: art. cit. («Introducción al abuso…»), p. 5.

[71] BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial…*), t. IV, p. 114; PALACIOS HERRERA: ob. cit. (*Apuntes de obligaciones*), p. 110; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: art. cit. («El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos. Continuación»), p. 28, «Esta concepción el único peligro que ofrece es un control arbitrario del juez sobre el ejercicio de los derechos, exigiéndose por su parte una muy delicada apreciación sobre los motivos legítimos de la acción, por lo que corresponde a un grado superior de la moralidad pública, secundada por una perfección de la técnica jurídica que permita apreciar los fines perseguidos en el ejercicio de los derechos»; GONZÁLEZ CARVAJAL y ZORZETTO: art. cit. («Razonabilidad, abuso…»), p. 3549, nota 81, sin lugar a dudas la problemática implícita en la teoría del abuso del derecho difícilmente será reducida y entendida en forma pacífica, sin embargo, reiteramos que el uso de la razonabilidad como concepto pragmático se presta a colaborar en situaciones conflictivas de aplicación de la figura, exigiendo de los operadores una justificación completa y contextual que explicite las razones para estimar que el ejercicio de un derecho subjetivo es *verbi gratia* ejercido sin razón suficiente. *Cfr.*, MAYORDOMO: art. cit.

Pero ello, sin duda, no es un problema exclusivo de la figura en estudio[72]. En efecto, URBANEJA ACHELPOHL afirma:

> Es verdad, que la consagración de la doctrina del criterio funcional o finalista del abuso del derecho, abre horizontes a las investigaciones psicológicas, morales, económicas, sociales; pero, esa verdad, lejos de constituir un reproche, acusa una superioridad, porque el Derecho como ciencia, no es la creación artificial de inflexibles elaboraciones dialécticas, sino el producto orgánico de la realidad de la consciencia de un pueblo, en cuya compleja formación entran factores psicológicos, morales, económicos, sociales, que al estimarse, dan al Derecho un alto valor positivo en su propósito práctico de combatir con adecuada eficacia, los pervertidos egoísmos humanos que al amparo de la ley, amenazan hasta socavar las propias bases de la sociedad[73].

2.3. Efectos

La figura produce como consecuencia jurídica la obligación de reparar el daño –material y moral– causado, bien sea a través de una satisfacción en especie o compensatoria[74]. Se afirma que «el hecho ilícito y el abuso del derecho son capaces de producir daños, los cuales no son tolerados ni consentidos por el ordenamiento jurídico, motivo por el cual generan responsa-

---

(«Hermenéutica de la teoría…»), p. 36, «La doctrina mayoritaria no cree justificado el temor de quienes piensan que esta facultad en manos de los jueces, pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes le reconocen».

72 Como apunta OSORIO CANALES: art. cit. («El abuso de los derechos»), p. 43, «cuando la atribución de un derecho se hace depender de la buena fe del poseedor, se está imponiendo al juez la obligación de investigar la mentalidad del agente. Estas investigaciones psicológicas del juez son diarias, no solo en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el extenso campo del Derecho privado».

73 URBANEJA ACHELPOHL: art. cit. («Breve estudio…»), p. 13.

74 MADURO LUYANDO: ob. cit. (*Curso de Obligaciones…*), p. 716, algunos pretenden reducir la indemnización a por equivalente a los que se rebate que bien puede acontecer la indemnización en especie, que «en principio» presenta prioridad; URDANETA SANDOVAL: art. cit. («Procedencia en el Derecho…»), p. 694; BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Derecho Civil Patrimonial…*), t. IV, p. 112.

bilidad civil, en las que están comprendidos tanto los daños materiales como los morales, por disposición del artículo 1196 del Código Civil»[75].

La corrección que opera a través de la teoría del abuso del derecho no solo se refiere al daño ya causado, sino que le incumbe el prevenir futuros efectos, o en los términos del Código Civil español, además de la respectiva indemnización puede generar «la adopción de las medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia en el abuso» (artículo 7.1).

3. El abuso del derecho en el Derecho de Familia

En esta área del Derecho, la doctrina ha sido unánime en sostener la posibilidad de la aplicación de la responsabilidad civil[76] y, en consecuencia, la teoría

[75] TSJ/SCC, sent. Nº 184, citada *supra*.

[76] *Vid*. Domínguez Guillén, María Candelaria: «Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia». En: *Revista de Derecho*. No. 32. TSJ. Caracas, 2010, p. 35 (también en: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Nº 2. La Ley. Buenos Aires, 2012, pp. 50-71); Domínguez Guillén, María Candelaria: «El daño en el Derecho Civil extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia». En: *IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*. Tomo I. Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados. Caracas, 2012, pp. 159-219; Hernández-Bretón, Eugenio y Ojer San Miguel, Uxua: «Reparación de daños en caso de divorcio». En: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo xxi: En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Irene de Valera, coord. Caracas, 2007, pp. 570-572; Henríquez Larrazabal, Luisa Andreina: *Fidelidad conyugal respuestas del Derecho*. Luis Felipe Capriles Editor. Caracas, 2011, pp. 311-342; Fueyo Laneri, Fernando: *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad*. ULA. Mérida, 1972, pp. 36 y 37; Otárola Espinoza, Yasna: *Incumplimiento de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil*. Reus. Madrid, 2016, p. 17, «La expansión y recepción de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia constituye una tendencia que poco a poco ha ido haciéndose un espacio en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, aunque no ha llegado a ser un principio unánimemente aceptado. La observación confirma que en casi todos ellos no existe una norma que permita la aplicación expresa de dichas normas, en particular, si el daño ha sido provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. Sin embargo, ha de admitirse que igualmente ha sido aceptada gracias al aporte de la jurisprudencia que

del abuso del derecho. Sin embargo, no se le ha dedicado un análisis profundo al tema, ya que, generalmente, se limitan los autores que estudian el abuso del derecho a mencionar algunas hipótesis en materia de matrimonio o del ejercicio de la autoridad parental[77] –hoy regulada esta última por el Derecho de la Niñez y de la Adolescencia[78]–.

Por nuestra parte, en esta oportunidad solo se va a comentar, brevemente, algunos casos que pudieran darse en la actualidad, partiendo de la idea que el Derecho de Familia es una de las áreas más dinámicas del Derecho Civil y, por ello, los supuestos que la doctrina tradicional mencionan como casos de posible abuso del derecho ya se encuentran superados al haberse regulado sus efectos por el Derecho positivo, transformando su comisión no en un exceso, sino en una conducta diametralmente ilícita.

Así pues, se indica que hipotéticamente en la institución del matrimonio, unión estable de hecho, alimentos entre parientes o filiación se pueden dar

---

desencadenó tal desarrollo, animada –en ocasiones– por la opinión de los autores o bien, simplemente por un imperativo de justicia».

77 Al respecto comentaba Osorio Canales: art. cit. («El abuso de los derechos»), p. 48, «La historia de la patria potestad desde el antiguo Derecho romano hasta nuestros días, se confunde con la teoría del abuso de los derechos; la mayor parte de las atenuaciones impuestas a las facultades del padre en el curso de los siglos, son tantos otros éxitos logrados por el concepto del abuso, que ha encontrado en la patria potestad un medio de cultivo singularmente propicio a sus incesantes reacciones». *Vid*. de la Iglesia Monje, María Isabel: «Mala fe, abuso de derecho y relaciones familiares». En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 743. Madrid, 2014, p. 1340, «Otro ámbito donde el abuso del derecho ha sido un recurso a utilizar se encuentra en los acuerdos relativos a las relaciones paterno-filiales tras la ruptura matrimonial. Generalmente el tema de disputa se centra en la guarda y custodia de los hijos menores –ya sea en los primeros acuerdos del convenio o en la solicitud posterior de una modificación de medidas–. Donde lo que menos prima es el interés de los menores y donde se puede comprobar la mala fe y enfoque sesgado de la situación por las partes». *Vid*. Restrepo Gutiérrez, Francisco: «El abuso del derecho en las potestades familiares». En: *Revista del Ministerio de Justicia*. Nº 34. Caracas, 1960, pp. 307-340.

78 *Vid*. Varela Cáceres, Edison Lucio: «Introducción al Derecho de la Niñez y de la Adolescencia». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nº 4. Caracas, 2014, pp. 129 y ss.

escenarios en los cuales el ejercicio de un derecho alcanza a devenir en una extralimitación de sus contornos, fijados por la buena fe o por su finalidad, representando una conducta abusiva.

Por ejemplo, se puede mencionar el supuesto del establecimiento de la filiación paterna por declaración de la madre en el acta de nacimiento. Caso incorporado a nuestro ordenamiento a través de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, el mismo ha sido justamente criticado por la doctrina[79] por cuanto contradice principios elementales de la institución, además de que la técnica legislativa usada es en extremo defectuosa. Aun así, el artículo 21 establece lo siguiente:

> Artículo 21.- Presentación por la madre. Cuando la madre y el padre del niño o niña no estén unidos por vínculo matrimonial o unión estable de hecho, que cumpla con los requisitos establecidos en la ley, y la madre acuda a realizar la presentación ante el Registro Civil, deberá indicar nombre y apellido del padre, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a la identificación del mismo. El funcionario o funcionaria deberá informar a la madre que en caso de declaración dolosa sobre la identidad del presunto padre, incurrirá en uno de los delitos contra la fe pública previsto en el Código Penal.

Es el caso que esa declaración unilateral puede devenir en un abuso del derecho cuando se hace la mención de un supuesto progenitor que en verdad no corresponde con la realidad biológica y, aunque el legislador advierte de la posibilidad de establecer sanciones penales, puede ocurrir que el señalamiento

---

[79] Domínguez Guillén: art. cit. («Notas sobre la responsabilidad…»), p. 43; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. 2ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2014, p. 234; Varela Cáceres, Edison Lucio: «La identidad biológica y la filiación: comentario a la sentencia del TSJ, en Sala Constitucional, Nº 1443 de fecha 14 de agosto de 2008». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Nº 134. UCV. Caracas, 2009, p. 255; Aguilar Camero, Ramón Alfredo: *La filiación paterna (consideraciones sobre el nuevo régimen legal y su fundamento constitucional*). UCV. Caracas, 2013, pp. 42 y ss.

de la paternidad no se efectúe con ánimo de engañar, sino que simplemente la madre tenga una duda e indica la que a su juicio es más probable. Ahora bien, si además partiendo de dicha afirmación la madre intenta una demanda de obligación de manutención –en los términos del artículo 367 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes– en la que se acuerdan, por razones de urgencia, alimentos provisionales ocurrirá que estos una vez cancelados se vuelven, por su naturaleza, una obligación natural[80] para el supuesto hijo que los aprovechó. Por medio de la teoría del abuso del derecho se podría obtener una reparación del daño material y moral que ocasionó la madre en este supuesto en ejercicio de una facultad en principio legal, pero que por exceder los límites en la buena fe y los fines sociales resultó en un claro abuso[81].

---

[80] *Vid*. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino: La obligación natural (nuevas aportaciones a la teoría comunitaria del Derecho). Reus. Madrid, 1953, *passim*; del mismo autor: «Construcción de la obligación natural como deber jurídico». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Nº 9. Unam. México D. F., 1953, pp. 121-154; Domínguez Guillén: ob. cit. (*Curso de Derecho*…), pp. 75 y ss.

[81] En España recientemente se analizó si procedía el pago de lo indebido en un caso de pensiones de alimento, donde posterior a su fijación se demostró que el obligado no era el padre biológico, el Tribunal Supremo Sala Civil, sent. Nº 202, de 25-03-15, lo desestimó, fundamentalmente bajo el argumento que «La no devolución tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, 'de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida'». Sin embargo, el fallo cuenta con un voto particular de los magistrados Antonio Salas Carceller y Francisco Javier Orduña Moreno, que nos parece más ajustado pues parte de que «… el moderno Derecho de Familia, referenciado en la Constitución española y las reformas realizadas, ha profundizado tanto en la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, como en la diferenciabilidad de sus respectivas responsabilidades de índole patrimonial» y añade: «No se trata en este caso de una cuestión de 'devolución de alimentos', que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto; que se dirige, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los alimentos y no lo hizo –al menos en la cuantía cubierta por el demandante– beneficiándose económicamente de ello (…) la debida exigencia de la responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de una obligación de alimentos que cobró, sin causa para ello, y con incumplimiento de su deber de patria potestad a pres-

Otra hipótesis, en que puede acontecer el abuso del derecho, es en el denominado «reconocimiento de complacencia», es decir, aquel efectuado por la pareja de la madre que se formaliza a sabiendas de que no se sustenta en un vínculo biológico, puede ocurrir que luego, generalmente cuando la relación afectiva entre la pareja termina, se impugne el nexo según las reglas que rigen estas acciones en nuestro Código Civil[82] y, de ser declarado con lugar, es evidente que toda esta situación puede afectar al supuesto hijo y que de producirse un daño el mismo sea objeto de reparación[83].

---

tarlos íntegramente, debe tenerse en consideración que su comportamiento, acreditado en el presente caso, constituyó una vulneración frontal y directa al principio general de la buena fe, tanto en su manifestación nuclear, como en sus respectivas aplicaciones (7.1 y 1258 del Código Civil). En efecto, convenció a su marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de su hija. Comportamiento doloso, a todas luces.

82 *Vid*. Varela Cáceres, Edison Lucio: «El principio de unidad de filiación». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nº 2. Caracas, 2013, pp. 252 y ss. Domínguez Guillén: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), pp. 291 y 316 y ss. Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del estado Cojedes, Sent. de 03-02-11, Exp. HPII - V - 2010 - 000245.

83 Estos casos han sido estudiados por la doctrina española, así como por la jurisprudencia, *vid*. Tribunal Supremo Sala Civil, sent. Nº 494, de 15-07-16, que señala: «Lo que caracteriza a los reconocimientos de que se trata es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza (…) El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica (…) Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 del Código Civil si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II del Código Civil si la paternidad es no matrimonial

Se pudiera también, mencionar los casos en los cuales se recurre a técnicas de reproducción humana, para producir una fecundación post mortem[84], en la cual el móvil de la generación no es la descendencia, sino excluir a los ascendientes de la herencia, en tales casos el progenitor sobreviviente podría estar incurso en un caso de abuso de los derechos.

En los supuestos en que se recurre a la gestación subrogada[85] o a la adopción y se le oculta al hijo tal situación, lo cual de enterarse –generalmente en la adolescencia– ocasionaría severos traumas de identidad en el hijo que podrían motivar la reparación por medio de la institución del abuso del derecho[86].

En materia de matrimonio, la doctrina se ha referido recientemente al tema de los excesos en las capitulaciones matrimonial es donde un cónyuge puede

---

y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción». *Vid*. Tribunal Supremo Sala Civil, sent. Nº 713, de 28-11-16, que ratifica el anterior criterio. Nótese que este tipo de reconocimiento lo considera lícito el referido tribunal, a diferencia del «reconocimiento por conveniencia» el cual se hace en fraude a la ley para obtener una ventaja indebida producto del establecimiento del nexo; por tanto el hecho de que no sea ilegal no lo excluye de que sea abusivo.

84 *Vid*. TSJ/SC, sent. N° 1456, de 27-07-06. Vid. Domínguez Guillén, María Candelaria: «Breve referencia a la filiación post mortem». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Nº 134. UCV. Caracas, 2009, pp. 195 y ss.

85 *Vid*. Domínguez Guillén, María Candelaria: «Gestación subrogada». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nº 1. Caracas, 2013, pp. 183 y ss. Véase recientes decisiones sobre maternidad subrogada (sent. del Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del área metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, de 09-01-13, asunto: AP51-V-2012-008654); reconociendo de la filiación en relación a dos mujeres (TSJ/SC, sent. Nº 1187, de 15-12-16, en particular el voto disidente).

86 Estas demandas de un hijo en contra de su progenitor son mucho más escasas. Empero, la doctrina menciona algunos supuestos, en materia de responsabilidad civil ordinaria, como, por ejemplo: la de una mujer que al llegar a los 18 años demando a la madre porque cuando estaba embarazada había tenido un accidente por conducir imprudentemente y resulto luego en que la niña nació con parálisis. *Vid. Derecho de daños. Ponencias y coloquios en la Jornada sobre derecho de daños celebrada en Barcelona el 12 de diciembre de 1991*. Bosch. Luis Ribó Durán, coord. Barcelona, 1992, pp. 152 y 153.

resultar seriamente perjudicado. En tal sentido, se han referido algunas alternativas aunque no necesariamente enfocadas en el abuso del derecho, aunque tampoco lo descartan, pues, como se ha apuntado:

> … ciertas reglas que rigen el derecho patrimonial no son enteramente descartables en la esfera del Derecho Civil familiar dada su proyección general (…) La responsabilidad civil pareciera difícil de concretar al caso que nos ocupa dada la necesidad de la prueba de la «culpa»; y similar consideración cabría reseñar –aunque pudiera ser más viable– ante la figura del «abuso de derecho» si se ha excedido los límites de la buena fe y se ha producido un perjuicio excediéndose el fin para el cual fue concebido. Los derechos derivados de la convención que impide una comunidad de gananciales no deben derivar en que un cónyuge con base en éstos se aproveche económicamente del otro en forma desproporcionada: ello escapa del alcance o del propósito para el cual aquel fue concebida la capitulación matrimonial aunque la situación parezca amparada por la ley[87].

Ordenamientos jurídicos foráneos, como, por ejemplo, algunas comunidades autonómicas de España, permiten los «Pactos en previsión de una ruptura matrimonial» (artículo 231-19 del Código Civil de Cataluña[88]), los mismos están condicionados a severos mecanismos de información para evitar los

---

87 *Vid*. Domínguez Guillén, María Candelaria: «Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nº 5 (homenaje a Fernando Parra Aranguren). Caracas, 2015, pp. 365 y 366. *Vid*. en sentido semejante: Ochoa Múñoz, Javier: «Reflexiones sobre la conveniencia de una reforma legislativa en el régimen de matrimonio y el divorcio en Venezuela. La precaria situación jurídica del cónyuge casado bajo régimen convencional de separación de bienes». En: *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil «Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil francés». Capítulo venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française*. Editorial Jurídica Venezolana. José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy, coords. Caracas, 2015, pp. 91-123.

88 *Vid*. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; *BOE* Nº 203, del 21-08-10, última modificación parcial: *BOE* Nº 57, del 08-03-17, a través de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, disposición final segunda.

posibles excesos[89]. En estos supuestos, el incumplimiento de las referidas reglas hacen ilegal el pacto y, en consecuencia, ineficaz, sin necesidad a recurrir a la cláusula general del artículo 7.2 del Código Civil español.

Múltiples podrían ser, pues, los ejemplos en el espectro del Derecho de Familia, tantos como sus instituciones, así como en el Derecho de la Niñez y Adolescencia, a saber, en el ejercicio de la patria potestad, responsabilidad de crianza o custodia, y de allí que se aluda por ejemplo «al abuso del derecho de visita –en su ejercicio–»[90], hoy denominado «régimen de convivencia». Lo que pudiera extenderse a otras figuras, como la tutela, regímenes de incapaces y otras instituciones familiares o de protección, siempre que se pretende exceder el límite de una «potestad» bajo el alegato de un pretendido derecho, toda vez que tales se ejercen en pro del interés de otro, más que en función de un «derecho».

En todo caso, es importante subrayar que, si bien las alternativas traídas a título ilustrativo no son comunes en el foro nacional, ello no las hace improcedentes, pues, como se ha dicho: «Las situaciones jurídicas en el ámbito familiar no deben quedar exentas de indemnizaciones; no debe medirse con estrechez y quedar inmunes por el particular ámbito en que se desenvuelven»[91]. Recuérdese que, como señaló Rodríguez-Arias Bustamante: «Los ejemplos de abuso del derecho son infinitos, ya que es dado investigarlos en todas las ramas del Derecho»[92].

---

89 En este modelo, el régimen económico matrimonial supletorio es la separación de bienes (artículo 231-10), los cónyuges tienen el deber de informar la gestión patrimonial de los gastos familiares (artículo 231-7), el notario tiene la obligación de informar a los otorgantes del pacto sobre sus implicaciones al variar el régimen supletorio y del deber de informarse recíprocamente sobre la gestión patrimonial; el pacto debe ser recíproco y preciso sobre las limitaciones o renuncias; exigen que el cónyuge que lo pretenda hacer valer pruebe que el otro al momento de suscribir el pacto disponía de información suficiente sobre el patrimonio, ingresos y expectativas si eran relevante según el contenido del pacto (artículo 231-20).

90 Romero Coloma, Aurelia María: *Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*. Reus. Madrid, 2010, pp. 52-55.

91 Domínguez Guillén: art. cit. («Notas sobre la responsabilidad…»), p. 39.

92 Rodríguez-Arias Bustamante: art. cit. («El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos»), p. 29.

Igualmente, se advierte que, para el lograr perfilar los anteriores supuestos como verdaderos casos de abuso del derecho, implicaría un análisis más complejo que involucre el estudio de la situación en concreto[93], que claramente sobrepasarían los objetivos de este opúsculo, pero que efectivamente son predicables en el ámbito del Derecho de Familia. Por ello aquí solo se han bosquejado algunas ideas a los fines que los operadores jurídicos las profundicen adecuadamente.

Conclusiones

La teoría del abuso del derecho mantiene su vigencia y continúa cautivando cada día nuevos seguidores, como lo evidencia los estudios recientes que le tratan y que aquí fueron citados. Por demás, es evidente que su éxito se debe en gran parte en que persigue incorporar elementos valorativos dándole un peso concreto para la resolución de los problemas que surgen ante el exceso en el ejercicio de los derechos. Ciertamente, cada vez se hace más necesario en el Derecho el aspecto moralizante para que sus instituciones funcionen correctamente, según los postulados de justicia, bien común y seguridad que persiguen por esencia. Por lo anterior RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE nos hace una invitación:

> Establezcamos, pues, la correlación entre la persona, el Derecho y la ética, respetando sus especificaciones con vistas a contemplar un ordenamiento jurídico firme en su contenido axiológico, que tome en cuenta el principio lógico-formal; empero que siempre prevalezca el mandato ético-social, máxime cuando nuestro tiempo la rama de la justicia social se parangona con la cuestión social[94].

---

93 Téngase en cuenta lo que nos dice PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA: art. cit. («Aproximación al concepto…»), p. 937, «El abuso del derecho se hace evidente en el momento del ejercicio del derecho por parte de su titular, es decir, en el momento real y dinámico, porque es en ese momento cuando se exterioriza el interés concretamente perseguido por el sujeto».

94 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Comunitarismo, Americanismo y Derecho (hacia una clase media universal*). Livrosca-ULA. Caracas, 1998, p. 164.

Entonces, como se observó ante los diversos criterios de procedencia, el legislador ha sido prudente o sagaz, pues ha zanjado la polémica al seguir una tesis mixta, permitiendo que se alegue tanto el abuso que tiene un soporte en el elemento subjetivo o volitivo como el supuesto en donde lo que se visualiza es una distorsión de la finalidad del derecho, respondiendo este último a un criterio objetivo.

Lo anterior es fundamental pues, además de ampliar su espectro a una variedad de escenarios donde a través de un ejercicio abusivo del derecho se genera un daño que debe repararse, la dualidad de facetas permite distinguir con nitidez este instituto de la figura del hecho ilícito, ya que en el caso objetivo no se requerirá culpa. Por lo anterior, adherimos a la tesis que promociona una autonomía de esta institución dentro de las fuentes de las obligaciones.

Finalmente, de todo el texto se habrá comprobado que la teoría del abuso del derecho o teoría de los actos antinormativos –como prefiere denominarla Rodríguez-Arias Bustamante– opera en cualquier área del ordenamiento jurídico y representa un desarrollo de un principio general del Derecho que se expresa en la idea de que todo daño injusto debe repararse. Por ello, no existen obstáculos –salvo mentales o atávicos–, para que esta doctrina pueda aplicarse y desarrollarse en el campo del Derecho de Familia. Por ahora, solo se ha incursionado tímidamente en este escenario complejo, se espera en un futuro ofrecer nuevos aportes en esta línea.

A la postre, el comprensivo lector podrá especular que este artículo no fue escrito por dos autores, sino por tres, pues es evidente el influjo directo de la doctrina de profesor Rodríguez-Arias Bustamante, lo cual, además, corrobora la cualidad preclara de sus enseñanzas.

* * *

Resumen: Los autores examinan un tema siempre interesante como es el abuso del derecho. Para ello, además de confrontar la obra de RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, estudian la doctrina más representativa y exponen sus opiniones sobre la teoría y criterios de procedencia del instituto. Posteriormente, incursionan en el análisis de la institución en el marco del Derecho de Obligaciones, para finalizar bosquejando algunos casos hipotéticos que se podrían dar en el Derecho de Familia, campo en el cual apenas empieza a aplicarse tímidamente la teoría de la responsabilidad civil. **Palabras clave**: abuso del derecho, buena fe, límites al ejercicio de los derechos.