

EL ABUSO DEL DERECHO*

Por: Ernesto Rengifo García**

Sumario: I. Concepto de principio.- II. Antecedentes históricos del abuso del derecho.- III. De la relatividad de los derechos.- IV. Explicaciones doctrinarias del abuso del derecho.- V. Naturaleza contractual o extra-contractual de la responsabilidad por abuso del derecho.- VI. Diferencia entre abuso del derecho y fraude a la ley.- VII. Aplicaciones prácticas de la teoría.- VIII. Valoraciones finales.-

I. Concepto de principio

Los principios son partes integrantes y esenciales (*potissima pars principim est*) de los ordenamientos jurídicos. Entendidos como elementos esenciales contribuyen a la creación y adecuación del ordenamiento y a su interpretación. De ahí que se diga que los principios son integrativos, creativos, interpretativos, delimitadores y productores. De acuerdo con Bartole, los Principios Generales del Derecho cumplen las siguientes funciones: “a) integradora, en el sentido de colmar las lagunas del dictado normativo; b) interpretativa, en el sentido de ofrecer al juez el modo de subsumir los presupuestos de hecho en un enunciado amplio; c) delimitadora, en el sentido de poner un dique a las competencias legislativas y negociales; d) productora, en el sentido de ofrecer valores sobre los cuales se funda íntegro del ordenamiento”¹. Y se agrega, obviamente, la función creativa. “En Colombia fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la

* El presente artículo es una adaptación, con pequeñas supresiones, agregaciones y correcciones, del primer capítulo de mi libro “Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ed., 2004.

** Profesor de derecho de contratos en la Universidad Externado de Colombia y Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la misma Universidad.

¹ S. Bartole, *Principi generali del diritto, dir. Costituzionale*, en EdD, XXXV, Milano, p. 514. Sobre el valor de los principios generales del derecho como substrato de la normatividad y del criterio de los juristas (legisladores, doctrinantes, jueces y prácticos), véase en especial, Fernando Hinestrosa, *Los Principios Generales del Derecho: Aplicación y Perspectiva*, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/junio 1997, num. 1, p.6.

interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de ‘jurisprudencia creadora’, y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto”². Y agrega Hinestrosa: “Los principios generales del derecho han adquirido un valor „integrador“ del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la „modernidad“, no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como „derecho flexible“. Por tal razón es inquietante la inclinación, no por explicable menos censurable, a la cristalización de la „jurisprudencia“, que se observa en distintos medios y ambientes”³.

En nuestro derecho la referencia legislativa inicial a los principios generales del derecho como criterios de integración e interpretación del sistema jurídico se encuentran en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. Como se verá, los principios generales del derecho se han redimensionado a tal punto que en muchos casos no tienen el carácter subsidiario que como fuente del derecho les da la norma decimonónica citada y que incluso les otorga el artículo 230 de la carta política de 1991 (“la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”), sino que pueden ser principales y obligatorios en razón a que si han sido fuente de decisiones de la Corte Constitucional devienen obligatorios dado que tratándose de jurisprudencia constitucional, la Corte en reiterados pronunciamientos ha señalado que sus decisiones tienen carácter obligatorio para todos, incluyendo a los jueces⁴.

² Fernando Hinestrosa, De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato, en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/junio 2000, num. 5, p.13, nota No. 60.

³ Ibídem, p. 17. Además precisa: “Bien puede sostenerse que los principios rezuman de la realidad social y de la experiencia jurídica, y que el intérprete los extrae (¿inventa?) de la „conciencia social“ mediante un proceso de abstracción y generalización, y que al sentarse un principio se introduce un quid novi en el ordenamiento o, a lo menos, se reafirma esa novedad adicional al conjunto de normas formalmente reconocidas”: ibídem, p. 8.

⁴ “La Constitución debe, en todo momento, con ley o sin ella, inspirar la actividad judicial. Incluso, si existe ley que regule específicamente la materia, ella debe interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable a su realización concreta. El sentido del término „doctrina constitucional“ fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a „norma constitucional“ y a „cualificación adicional“ efectuada por el intérprete autorizado y supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es „ley“, esto es, tiene carácter normativo (CP art. 4), o porque las sentencias que hacen tránsito

De modo pues que en razón del carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional, los principios generales del derecho cuando han servido de base a las decisiones de la Corte, devienen de aplicación principal y obligatoria y no meramente subsidiaria: “La interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del ordenamiento jurídico. Si en el sistema de fuentes las sentencias de la Corte Constitucional –por ser manifestaciones autorizadas y necesarias de la voluntad inequívoca de la Constitución-, prevalecen sobre las leyes, ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en sus fallos. La supremacía y la integridad de la Constitución son consustanciales a la uniformidad de su interpretación. Si el texto de la Constitución se divorcia de la interpretación que del mismo haya dado la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias privativas, de suerte que esta última se convierta en una de las tantas alternativas plausibles de entendimiento, la fragmentación hermenéutica que se propiciaría inexorablemente conduciría a la erosión del valor cierto y vinculante de la Constitución, puesto que entonces habría tantas constituciones como intérpretes”⁵.

Además, debe recordarse que a la luz del derecho tradicional y legalista, los casos jurídicos concretos se resolvían mediante la aplicación de reglas legales específicas y tanto los principios como el texto constitucional rara vez influían en las decisiones de los casos jurídicos concretos. Hoy, los principios y la Constitución tienen aplicación concreta en la solución de los casos jurídicos⁶. Un principio constitucional abstracto –y el abuso del derecho

a cosa juzgada constitucional vinculan a todas las autoridades (CP art. 243)”: Aclaración de voto a la sentencia No. C-083 de 1 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-640 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ “La Constitución informa el entero ordenamiento jurídico, cuyas normas se elaboran dentro de los cauces en ella previstos y conforme a los principios, valores y pautas supremas que ella dispone. No obstante el poder de irradiación que se le reconoce a la Carta y que se extiende al universo de las normas infraconstitucionales, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en señalar que el ámbito del contrato, en principio, está librado a la regulación legal y a la autonomía de las partes. Los litigios comerciales, por consiguiente, normalmente se ventilan ante la jurisdicción ordinaria y a la luz de las fuentes pertinentes y más próximas, las que suelen coincidir con la ley y el contrato. Sin embargo, el actor y el juez de la causa, en este caso, estiman que la controversia privada que enfrenta a un pequeño empresario, fabricante de velas, con una grande empresa que se niega a suministrarle la materia prima fundamental para su proceso productivo –parafina en bloques-, tiene directa relevancia constitucional, como quiera que la conducta de esta última se traduce para el primero en una

lo es en la Constitución de 1991- aplicado o aplicable mediante un argumento interpretativo, puede triunfar incluso sobre reglas explícitas que también regulen una situación jurídica concreta. Nota característica de los Estados Constitucionales es la relevancia creciente de los principios, la superación del legalismo, en la medida en que la ley queda sometida a la normatividad superior de la Constitución y de los principios constitucionales y la superación del formalismo jurídico, en la medida en que los principios jurídicos, frente a las reglas, reclaman entrar en la solución de los conflictos jurídicos.

Una de las formas para apreciar lo que se puede llamar la “constitucionalización del derecho privado” es observar que con mayor frecuencia los conflictos se resuelven mediante la aplicación de los principios y valores constitucionales, los cuales se imponen al intérprete en la medida en que el juez debe acatarlos al interpretar y aplicar el derecho. Hoy el juez no solo aplica la regla concreta para solucionar un conflicto, sino que también encuentra la solución, para casos específicos, en los principios y valores constitucionales⁷. De ahí que se hable de la fuerza normativa de la Constitución, o también, de la eficacia del texto constitucional, la cual puede ser inmediata, es decir, cuando se aplica directamente la norma constitucional o mediata que surge de interpretar una norma legal a la luz de los principios o valores axiológicos de la Constitución. En otras palabras: el sistema jurídico, debido a la vigencia de los derechos fundamentales (los cuales son principios), tiene el carácter de un sistema jurídico materialmente determinado por la Constitución. Esa determinación encuentra expresión en la aplicación directa del texto constitucional o mediante la interpretación de reglas específicas del sistema con base en los valores y principios constitucionales⁸.

afectación manifiesta de los derechos de igualdad, trabajo y protección de la familia, lesionados a causa de la paralización de la fuente exclusiva de sus ingresos”: Corte Constitucional, Sentencia T-375 del 14 de agosto de 1997.

⁷ Véase P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984. Sobre la diferencia entre principios y valores véase en especial Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. En este texto se lee, por ejemplo, lo que sigue en la página 147: “La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. [el] modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones”.

⁸ Robert Alexy, ob cit., p. 507: “El Tribunal Constitucional Federal trata de dar cuenta del „efecto de irradiación de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo. Para citar al Tribunal: “De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e

II. Antecedentes históricos del abuso del derecho

Ciertos y renombrados adagios romanos les han servido a los autores para prohiar o rechazar la figura del abuso del derecho en la experiencia jurídica romana. Los adversarios de su existencia esgrimen los siguientes: *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*⁹ (“Se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa”); *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet*¹⁰ (“Ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer”) y finalmente la máxima de Ulpiano *Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur* (“Quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa”). Por su parte, los defensores del abuso del derecho se valen de las siguientes reglas: *Male enim nostro iure uti non debemus*¹¹ (“No debemos usar mal de nuestro derecho); la máxima de Paulo *Non omne quod licet honestum est* (“No todo lo que es lícito es honesto”); la manida expresión ciceroniana *Summum ius, summa iniuria*¹² (“El estricto derecho, es la suprema injusticia”) y *Malitiis non est indulgendum*¹³ (“No hay indulgencia con la maldad”).

Para Iglesias la prohibición de los actos *ad aemulationem* no es del derecho romano clásico y en cuanto a la *immisio in alienum* afirma que ésta devenía ilícita cuando era relevante o superaba la tolerancia normal. Así mismo, Iglesias no acepta la institución del abuso del derecho en la experiencia jurídica romana en razón del principio *qui iure suo utitur*

impulsos para la legislación, la administración y la justicia”. En página 526 se lee: “Por lo tanto, la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo”.

⁹ D. 50.17.55

¹⁰ D. 50.17.151

¹¹ Gayo 1.53. Aquí se lee: “Pero hoy en día ni a los ciudadanos romanos ni a las demás personas que se encuentran bajo el imperio del pueblo romano se les permite maltratar a sus esclavos inmoderadamente y sin causa, pues según una constitución del sacratísimo emperador Antonino se determina que quien matare sin causa un esclavo propio será tan responsable como si hubiera matado un esclavo ajeno. Y también por una constitución de este príncipe se reprimió la dureza excesiva de los dueños, ya que consultado por algunos gobernadores de provincias sobre aquellos esclavos que se refugian en los templos de los dioses o junto a las estatuas de los príncipes, determinó que si se estimase intolerable la crueldad de los dueños se les obligara a vender a sus esclavos. En uno y otro caso se dispuso rectamente, pues no debemos usar mal de nuestro derecho (*male enim nostro iure uti non debemus*); y ésta es la razón de que también los pródigos se les prohíba la administración de sus bienes”.

¹² Cicerón, *De officiis*, 1.10.33

¹³ D. 6.1.38

neminem laedit; sin embargo, sostiene que había en Roma una “opinión pública vigilante” según la cual nadie podía usar de los propios derechos sin sufrir una inspección y un juicio¹⁴.

Josserand -para quien la teoría del abuso de los derechos no es tan moderna como se piensa-, rinde homenaje a la experiencia jurídica romana por encontrar en ella la fuente generatriz de su doctrina sobre la relatividad de los derechos subjetivos: “Los prudentes habían entrevisto y aun realizado en cierta medida los conceptos de la relatividad y del abuso de los derechos, como lo atestigua la máxima *Summum ius, summa iniuria*. Gayo decía que ya no debemos abusar de nuestros derechos; *male enim nostro iure uti nom debemus*, y el derecho pretoriano en su conjunto, constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto, del espíritu de oportunidad y de sutileza contra el espíritu geométrico. Solo que parece que los romanos se limitaron, en esta obra de humanización y socialización del derecho, a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño; para ellos el acto abusivo únicamente era el que se cumplía con intención nociva”¹⁵. La diferencia entre el derecho romano y el derecho francés se encuentra, para el ilustre profesor francés, en el hecho de que en el primero el acto abusivo era indefectiblemente un acto malicioso, en tanto que en el derecho positivo francés para que exista abuso, el acto debe ser antifuncional, esto es, contrario al espíritu, a la finalidad de un determinado derecho subjetivo. De intencional, pues, se ha pasado a un criterio social. “El derecho moderno y especialmente el derecho contemporáneo se forman del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiende a sustituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta, delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad”¹⁶.

Para Giuseppe Grosso la teoría del abuso del derecho no encuentra en la obra de la jurisprudencia romana ni un término propio ni una enunciación; el adagio *qui suo iure utitur neminem laedit* parece contener una tautología, el cual puede ser también invertido en el sentido que quien *neminem laedit* permanece en su derecho y está confirmado que en el funcionamiento elástico de las varias fuentes del derecho, con su individualizada fisonomía

¹⁴ Juan Iglesias, Instituciones de Derecho Romano, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 7ª ed., 1982, páginas 262 y 263.

¹⁵ Louis Josserand, Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos, Bogotá, Editorial Temis, 1999, página 5.

¹⁶ L. Josserand, Del Abuso ..., ob cit., p.5.

histórica, viene absorbido el fundamento del abuso del derecho, pero éste no asumió la propia individualización de un principio general¹⁷. Es decir, Grosso admite en la experiencia jurídica romana las limitaciones que el ordenamiento jurídico le impone al ejercicio de ciertos derechos (en las relaciones de vecindad, en la propiedad, por ejemplo), pero no acepta la doctrina del abuso del derecho como principio general. Y esto en efecto es así, porque el jurista romano es remiso a recoger en conceptos o categorías generales toda la riqueza y los matices que ofrece la vida práctica; empero, seguramente, como en casi todas las instituciones modernas, los cimientos no unitarios sino dispersos de modalidades que hoy serían calificadas como formas de abuso, se encuentran en el derecho romano¹⁸.

La postura tradicional y prevalente es de la idea de que el derecho romano desconoció la figura del abuso del derecho con base el dogma *Qui suo iure utitur neminem laedit*. Además, creemos que tampoco se podía abusar del derecho por cuanto la noción del derecho en el mundo antiguo era objetiva y no subjetiva, es decir, su función era darle a cada quien lo suyo (*ius suum cuique tribuere*) y no concederle facultades al individuo¹⁹. Si el derecho no era facultad, no era poder, no era situación de ventaja otorgada por el ordenamiento, entonces, no podía existir abuso del derecho. El abuso del derecho es, pues, hijo de una concepción subjetiva del derecho y no de una concepción objetiva del mismo.

La teoría de los actos de emulación sería el antecedente de la noción de abuso del derecho²⁰. La emulación consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno. Su teoría se desarrolló propiamente respecto de las relaciones de vecindad y cuando se supera una economía primitiva. En la edad media se advierten conflictos entre vecinos, muchos de los cuales no obedecían a razones de utilidad para los propietarios sino que estaban motivados por el deseo de causar un daño al vecino. De ahí que la teoría de los actos emulativos haya alcanzado un importante desenvolvimiento en el derecho intermedio todo con el fin de prohibir el ejercicio del

¹⁷ Cfr. GUISEPPE GROSSO. Abuso del diritto, en Enciclopedia del diritto, I, Milano, 1965, pp. 161 a 163.

¹⁸ Sobre el punto de la metodología del jurista en cuanto a su rechazo a los conceptos y categorías generales y abstractas véase mi ensayo intitulado Derecho subjetivo y concepto de ius, Revista Jurídica de la Universidad Externado de Colombia, vol. 6, No. 2, Bogotá, julio-diciembre de 1992, p. 93 a 106.

¹⁹ En efecto, en el Digesto 1.1.10.pr. se lee que “Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho” (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*) y en el Digesto 1.1.10.1 se dice que “los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo” (*Iuris paecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). De estos dos textos del jurista Ulpiano, quien vivió en el siglo III después de Cristo, se deduce que el concepto de derecho para el mundo romano difiere de manera radical del concepto moderno, entendido éste como facultad, potestad, posición de ventaja otorgada por el ordenamiento al individuo.

²⁰ En derecho romano vid. Digesto 8.5.8.5 y D. 43.8.2 pr.

derecho de propiedad sin utilidad para el dueño y sólo con la intención de dañar a otro. Hoy se considera al acto emulativo como un supuesto del abuso del derecho. Junto a esta teoría, digámoslo de corte subjetivista, surge también en el derecho intermedio otra teoría, también en relación con el derecho de propiedad pero de corte objetivo, llamada teoría de las inmisiones según la cual en el ejercicio del derecho de propiedad se permiten las inmisiones normales en el predio del vecino, como emisiones de humos, calor, exhalaciones, humores, pero no aquellas que le ocasionan al titular de éste un daño o perjuicio, o mejor, aquellas que son superiores a una tolerancia normal. Pero en puridad, las inmisiones están restringidas al derecho de propiedad y más específicamente a las relaciones de vecindad²¹; en cambio la noción de abuso del derecho es una noción más compleja y robusta en la medida en que se aplica en principio a todos los derechos subjetivos.

Creemos que para explicar el origen del abuso del derecho podemos prohiar la idea según la cual los derechos deben ser ejercitados según su uso normal, de tal manera que no ocasionen a los demás un daño apreciable; y que para determinar la normalidad del uso es necesario tener en cuenta el estado general de las costumbres y de las relaciones sociales que varían según el tiempo y los lugares y que, por eso, debe ser sometido a la apreciación de los jueces. Según Bonfante la teoría del uso normal se inspiró más que en la teoría de los actos de emulación en el concepto de *immissio*, tratando de establecer una línea de demarcación entre las inmisiones lícitas y las ilícitas. Además de las inmisiones directas, están también prohibidas las inmisiones indirectas que derivan de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal; sólo son permitidas aquellas que derivan de las necesidades de la vida cotidiana. Para Ihering la pura y simple prohibición de la *inmissio*, el principio *in suo hactenus facere licet, quatenus, nihil in alienum immitat*, es un concepto demasiado mezquino, dado que sin necesidad de introducir la menor sustancia en el fundo vecino se pueden causar a los vecinos gravísimas molestias. La prohibición debe alcanzar a todo influjo (*Eingriff*) directo o indirecto ejercido sobre el fundo vecino. Se deben, pues, prohibir todos los influjos que inician sus efectos en el fundo vecino, o sea, los directos, mientras que los influjos que comenzando sus efectos en el fundo del que realiza los actos, los prosiguen en el fundo vecino, o sea, los indirectos, solo deben prohibirse en el caso de

²¹ Por ejemplo, el artículo 844 del Código Civil italiano prescribe: “Inmisiones. El propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los humores, las sacudidas y similares propagaciones derivadas del fundo del vecino, que no superen la normal tolerancia, teniendo también en cuenta las condiciones de los lugares. En la aplicación de esta norma la autoridad judicial debe contemplar las exigencias de la producción con las razones de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso”.

que sean nocivos para la cosa o molestos para las personas en medida superior a la tolerable ordinariamente²².

Así pues, la teoría del uso normal del derecho, desarrollada inicialmente respecto de las relaciones de vecindad y respecto de los actos de emulación, puede ser reconducida, sin dificultades, al campo del abuso del derecho, deviniendo, por lo tanto, predicable o extensible a todos los demás derechos subjetivos.

III. De la relatividad de los derechos

La teoría de la relatividad de los derechos subjetivos fue acogida por nuestra Corte Suprema de Justicia en la segunda mitad de los años treinta del siglo pasado, inspirada en la obra del profesor Josserand titulada *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite l'abus des droits* (1927). Para nuestra Corte, “el antiguo adagio latino: *neminem laedit qui iure suo utitur*, que tomado en un sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que esto: el que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro²³. En otros términos, los derechos deben ejercitarse con prudencia, si no es así, su uso o ejercicio puede generar responsabilidad para su titular.

A la luz de concepciones individualistas del derecho era, filosóficamente hablando, imposible la figura del abuso del derecho: si yo soy titular de un derecho es contradictorio pensar que con su ejercicio yo esté violando o infringiendo el derecho. Empero consideraciones solidaristas comenzaron a impregnar la teoría general del derecho y con ello adquiere en toda su extensión arraigo en la mente del jurista la idea de que ejerciendo un derecho se puede causar daño a alguien. Es decir, bajo ese influjo, el derecho ya no se piensa como un sistema lógico cerrado, sino como un conjunto de reglas que están limitadas por su inserción en el conjunto de las relaciones sociales; en consecuencia, el abuso del derecho deviene fuente de responsabilidad distinta de la culpa, como se verá.

De modo pues que el abuso del derecho viene a ser la respuesta al ejercicio de derechos de una manera egoísta, sin tener en cuenta las relaciones sociales. La teoría del abuso del derecho es, por consiguiente, una respuesta de avanzada a aquella que consagró derechos con

²² Véase Pietro Bonfante, *Las relaciones de vecindad*, trad. Alfonso García Valdecasas, Madrid, 1932, p. 29 y ss. Según Bonfante, Ihering expuso su teoría de la inmisión en un brillante artículo intitulado *Jahrbucher für die Dogm. des Rechts*, vol. VI, 1863, p. 81 y ss. y en un sentido más amplio que la colocaba en consonancia con las exigencias de los tiempos en *Gesammelte Auhsatze*, Jena, 1882, p. 22 et seq.

un marcado acento individual como lo fue la época del racionalismo y la ilustración. Con la teoría del abuso del derecho ciertos derechos individuales de contenido determinado, toman una connotación o significación social.

La figura del abuso del derecho surgió en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídico-culturales del Código de Napoleón, esto es, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos y de manera particular el de propiedad. Por formalismo legal se debe entender la pretensión decimonónica de que la ley contiene todas las soluciones posibles a los problemas que se originan en la vida práctica, o mejor, en el ámbito de las²³ relaciones privadas y, en consecuencia, se hace innecesaria la ponderación racional del juez. De modo pues que su labor consistiría sólo en subsumir un caso propio de la vida privada dentro de la solución normativa previamente fijada por el legislador.

La primera sentencia francesa sobre el abuso data del 2 de mayo de 1855 en donde la Corte de Colmar afirmó que el ejercicio del derecho de propiedad “debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”. La sentencia se refería al caso de un propietario que edificó sobre su casa una voluminosa e inútil chimenea delante de la ventana de su vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole la luz. Un año después el Tribunal de Lyon sancionó a un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole acceso a la misma. El agua no era utilizada por el propietario sino que la dejaba perder en el río. El Tribunal de Lyon condenó al propietario dado que se había servido del “poder de abusar de su cosa, inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar”. Posteriormente, la sentencia del Tribunal de Compiégne, de 19 de febrero de 1913, en el caso conocido como Clement Bayard, se dijo que el titular de un derecho no puede ejercerlo “para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador”.

Para Atienza en las sentencias del Tribunal de Colmar y del Tribunal de Compiégne se encuentra el núcleo central del problema del abuso del derecho: “que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho implica, puede, en determinados casos que

²³ Cas., 21 de febrero 1938, XLVI, 61. En cas., del 31 de octubre de 1995, la Corte insiste: “A partir de la moderna concepción del derecho, conforme a la cual cada uno de los derechos subjetivos de que se encuentre investida a una persona tiene una misión social y económica que cumplir y una finalidad que le es propia, cuya utilización en contrario implica un abuso que genera la obligación de indemnizar los perjuicios que por ello se causen, la jurisprudencia nacional, con apoyo en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, dio cabida a este principio general, por encontrar que él es una regla imprescindible para regular la pacífica convivencia entre los asociados, que se encuentra inmersa en el espíritu general de la legislación”.

presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones”²⁴.

El origen del abuso del derecho proviene del cambio del método de interpretación de la regla jurídica. Del formalismo y de la interpretación literal de la norma se pasa a una interpretación funcional que tiene en cuenta las finalidades y los valores que subyacen a las reglas, a las normas jurídicas²⁵. La adecuación de las reglas a los principios es lo que hace, entre otras cosas, la jurisprudencia creativa. El abuso del derecho es pues hijo de una postura que ve en los principios el fundamento, el sustrato y la justificación de las normas que integran un ordenamiento jurídico y cuya aplicación implica la superación del legalismo y del formalismo jurídico.

IV. Explicaciones doctrinarias del abuso del derecho

1. El fundamento inicial de la teoría del abuso del derecho lo podemos denominar restrictivo en el sentido de que únicamente se abusaba del derecho subjetivo en tanto y en cuanto existiera en su titular la intención de dañar, esto es, cuando se ejercitaba sin utilidad o sin un interés serio y legítimo. No podía existir abuso fuera de la intención de perjudicar. Para Ripert la intención dañosa de perjudicar (*animus nocendi*) se manifiesta por la inutilidad del acto realizado o por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. De esta forma, el abuso del derecho devenía una fuente especial de responsabilidad distinta de la culpa²⁶.

2. Según Jossierand, padre de la teoría funcional, “cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual y cuasidelictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad”²⁷. Para el autor citado, pues, todo se reduce a discernir por una

²⁴ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 34 y 35.

²⁵ “El abuso del derecho y el fraude de ley surgen a partir de un cierto momento de desarrollo de muchos Derechos, cuando estos pierden el formalismo característico de las primeras etapas de su evolución y comienza a ser posible una interpretación de las normas que tenga en cuenta las finalidades y los valores que subyacen a las mismas y que, por tanto, vaya más allá de la interpretación meramente literal”: Atienza, *ob cit.*, p. 67 y 68.

²⁶ Véase Marcelo Planiol y Jorge Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, las obligaciones*, trad. Mario Díaz Cruz, La Habana, Cultural S.A., t. VI, 1936, p. 787 y ss.. Georges Ripert, *La regla moral en las obligaciones civiles*, Trad. Carlos Valencia Estrada, Bogotá, Ed. La Gran Colombia, 1946, p. 132 y ss.

²⁷ Casación del 21 de febrero de 1938, XLVI, 60. En esta sentencia se cita a Jossierand: *Evolutions et actualités, Conférences de droit civil, París, 1936*. Y se le cita con el propósito de desechar la teoría intencional de abuso del derecho y reemplazarla por el criterio funcional mucho más amplio y flexible.

parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra parte el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente; si hay discordancia, el ejercicio se convierte en abuso y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente. Así pues, según esta teoría debe existir simetría entre el motivo del titular y la finalidad del derecho ejercido, la asimetría o disconformidad entre ambos, implicaría un ejercicio abusivo del derecho. “El móvil se convierte así en el centro mismo del problema. Constantemente la jurisprudencia francesa y la belga se inspiran en el motivo legítimo o ilegítimo, que ha guiado al titular del derecho; constantemente se refieren a la noción del interés serio y legítimo, y el propio legislador francés obedece a veces a esta terminología: cuanto vale el móvil a que el agente ha obedecido, tanto vale, jurídicamente, el acto que ha cumplido bajo su influencia”²⁸.

3. Sin embargo, a la doctrina del abuso le surgieron agudos detractores. Para Planiol, por ejemplo, “esta nueva doctrina se basa íntegramente en un lenguaje insuficientemente meditado; su fórmula, ejercicio abusivo de los derechos, es una logomaquia²⁹, porque cuando ejercito mi derecho, mi acto es lícito, y cuando mi acto es ilícito es porque excedo mi derecho y porque obro sin derecho. No hay, pues, que dejarse engañar de las palabras; el derecho cesa cuando el abuso comienza, y no puede haber ejercicio abusivo de ningún derecho, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho []. Puede haber abusos en la conducta de los hombres, pero no es cuando ejercen sus derechos, sino cuando los rebasan”³⁰.

4. Los hermanos Mazeaud y André Tunc, no consideran que el abuso del derecho sea una fuente de responsabilidad distinta de la culpa; por lo tanto, a esa doctrina se le aplican los principios generales de responsabilidad dado que el abuso de un derecho es una culpa

²⁸ Jossierand, Del abuso..., ob.cit., p. 6.

²⁹ “Discusión en que se atiende a las palabras y no al fondo del asunto”, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

³⁰ Citado por Georges Ripert, La regla moral en las obligaciones civiles, trad. Carlos Valencia Estrada, Bogotá, Ed. La Gran Colombia, 1946, pág. 134. “Por lo demás, esta disputa no es una simple controversia de palabras. El propio Planiol está de acuerdo con ello: „Negar el uso abusivo de los derechos no es intentar que pasen como permitidos los actos dañosos tan variados que la jurisprudencia ha reprimido; es tan sólo formular la observación de que el abuso del derecho no constituye una categoría distinta del acto ilícito [...] En el fondo, todo el mundo está de acuerdo; tan sólo, allí donde los unos dicen: „Hay un uso abusivo de un derecho“; otros dicen: „Hay un acto cumplido sin derecho“. Se defiende una idea justa con una idea errónea”: Henri y León Mazeaud y André Tunc, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, reimpresión 1993, p.238 y 239. En Italia, el rechazo a la figura del abuso proviene de Scialoja para quien el instituto encierra en sí mismo una contradicción: Véase Antonio Scialoja, Il non uso é abuso del diritto soggettivo?, en Foro Italiano, 1961-I-256.

cometida en el ejercicio de ese derecho. En efecto, sostienen: “El abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. Esa culpa puede consistir en una intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual. Pero puede resultar igualmente de una simple imprudencia o negligencia, caso en el cual existe culpa cuasidelictual. La necesidad de aplicarle al abuso de derecho los principios generales de la responsabilidad surge también si se observa que el ejercicio de su libertad por el hombre está subordinado a las reglas de la responsabilidad y que es imposible, en realidad, oponer ejercicio de un derecho y ejercicio de una libertad”³¹. Se destaca de esta postura que el abuso no sería una fuente autónoma de obligaciones sino que se le ubicaría dentro de la categoría general de la culpa, es decir, como manifestación de la culpa y no como un acto independiente de ésta. Se abusa del propio derecho siempre que se incurre en una culpa en su ejercicio, definida la culpa según los criterios habituales. Por ejemplo, la culpa cuasidelictual (la cometida sin intención de perjudicar) es un error de conducta que no cometería un individuo cuidadoso colocado en las mismas circunstancias externas del demandado. Ese error de conducta puede ser cometido hasta por el que ejercita un derecho. Si esto es así, es decir, que el abuso del derecho se mantiene dentro del marco tradicional de la culpa, esa teoría "no puede inquietar a nadie".

5. Ilustres exponentes de la doctrina moderna francesa parecen estar de acuerdo con Planiol. Por ejemplo, el gran jurista francés Boris Starck, muerto prematuramente, dice que no pudo adherirse a la justificación de Josserand: “Nuestros diversos derechos subjetivos no existen sino en virtud de normas que reconocen –expresa o tácitamente- su existencia. No puede haber derechos subjetivos sin que el derecho objetivo no les suministre una base, una justificación. Es, pues, imposible evitar el dilema enunciado por Planiol: es evidente que el derecho cesa donde el abuso comienza³²32. También Ghestin y Goubeaux afirman que la argumentación de Planiol se ha mantenido porque tiene una forma rigurosamente lógica, en tanto que la justificación de Josserand, a pesar de su éxito, no convence plenamente, al menos en la forma en que fue presentada. El derecho objetivo no puede a la vez permitir y prohibir. El punto, pues, es determinar los límites del derecho y es aquí en donde interviene la noción de abuso³³.

6. Otros dicen (Levi y Santoro Passarelli) que antes que hablar del abuso se debe hablar del exceso del derecho, porque allí donde comienza el abuso, termina el derecho. De manera que, mejor que de abuso, se debería preferir hablar de exceso del derecho, porque allí donde

³¹ Henri y León Mazeaud y André Tunc. Tratado... ob cit., p.290.

³² Boris Starck, Obligations, Responsabilité delictuelle, París, Librairie de la Cour de Cassation, T. I, 4^a ed., 1991, p. 185.

³³ Ghestin y Goubeaux, Traité de Droit Civil, Introduction Générale, París, L.G.D.J., T.I, 1882, p. 615.

comienza el abuso, termina el derecho. Así, el comportamiento definido como abusivo no sería, más ni menos, que la superación de los límites formales del derecho. Empero, la misma doctrina italiana cuestiona lo anterior: “Viendo bien las cosas, no se puede aceptar que el principio del *uti iure*, rectamente entendido, justifique la tesis según la cual un comportamiento dado, en cuanto formalmente correspondiente al contenido de un derecho, no podría resultar abusivo y, por lo mismo, ilegítimo. En efecto, el hecho de que la norma reconozca un derecho, al que le fija los límites formales, no quiere decir que el acto de ejercicio suyo no se pueda colocar, en concreto, en contraste con los fines sustanciales que la propia norma preestablece o con otra norma distinta o con los principios generales del ordenamiento. De suerte que habría de reconocerse la presencia de un verdadero abuso cuando quiera que una actividad –no obstante presentarse aparente y exteriormente como conforme al contenido formal del derecho- no esté acompañada de la congruencia sustancial del acto con los fines del derecho mismo, y sea por ello el resultado de un traspaso de los límites (incluso) internos o por el contrario una cierta clase de límites externos, todo sin perjuicio de la ilicitud del acto en todos los casos³⁴.”

7. Pese a las críticas, la teoría del abuso terminó imponiéndose tanto en la jurisprudencia como en la legislación. En ella se ve, en últimas, una reacción contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecánica del derecho y representa, sin lugar a dudas, un instrumento de flexibilidad del derecho y su adaptabilidad a las realidades sociales y económicas. Su aplicación moderada dependerá del instinto de equidad y de justicia que aplique la judicatura, o mejor, de “su fina intuición de lo justo” utilizando las sugestivas palabras de Margadant a propósito de la definición que nos da la jurisprudencia romana³⁵.

Los elementos configurativos del abuso del derecho serían: a) una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma; c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario³⁶.

³⁴ Umberto Breccia y otros, *Derecho civil, normas, sujetos y relación jurídica*, Trad. Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tomo I, Vol. I, 1992, pág. 481.

³⁵ Guillermo Floris Margadant. *Derecho privado romano*, México, Esfinge, 2ª ed., 1965, p. 52. Véase en este mismo sentido a Emilssen González de Cancino, *Manual de Derecho Romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., 1991, p. 71 et seq. Sobre la creación jurídica intuitiva de los juristas romanos, véase Max Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. Juan Miquel, Valladolid, Facultad de derecho de la Universidad de Valladolid, 1964.

³⁶ Cfr. Jorge Mosset Iturraspe, *Interpretación Económica de los Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, p. 138.

8. Para la Corte Suprema de Justicia del año 1936, en una postura encomiable y de apertura mental, el abuso del derecho no solamente se da cuando existe en el titular del derecho subjetivo el ánimo de dañar a alguien (*animus nocendi*) sino también cuando existe una anormalidad en su ejercicio: “Por consiguiente el criterio rígidamente intencional, inspirador de la sentencia acusada, y que no es siquiera el preconizado científicamente por Ripert, para quien la intención dañada de perjudicar se manifiesta por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. Además del criterio del móvil dañado, expuesto en la teoría de Ripert, la ciencia señala otros criterios, destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio del derecho); el económico (ausencia de interés legítimo); y el funcional o finalista (desviación del derecho de su función social)³⁷. “Atendiendo al modo de producirse y a sus consecuencias,

se impone reconocer que el abuso del derecho implica o significa culpa en su ejercicio y que en rigor de verdad en esto consiste. Si se opta por el criterio de subjetividad, es en la intención de dañar en donde puede encontrarse; si se da prevalencia al criterio objetivo, es la anormalidad de ese ejercicio lo que lo determina”³⁸. De modo pues que según el criterio de Corte Suprema de 1936, el abuso era ya una noción mucho más comprensiva que no ceñía única y exclusivamente a aquel acto cumplido con intención de dañar. Se incurre en acto abusivo cuando existe el dolo, o cuando existe error de conducta³⁹ o anormalidad en el ejercicio del derecho⁴⁰.

9. Valencia Zea después de exponer varias hipótesis de abuso del derecho se adhiere a la concepción funcional del derecho para desde este punto de vista justificar la teoría del abuso: “[l]os derechos subjetivos de los particulares, tanto en su existencia como en su ejercicio, obedecen a una orientación determinada, y de esos derechos se abusa cuando existiendo el deber de ejercerlos no se ejercen, o se ejercen en sentido opuesto a su propio destino o contenido”⁴¹. Para el autor citado, pues, habrá abuso del derecho siempre que el derecho se aísla de su contenido, esto es, de las razones individuales o sociales que integran su

³⁷ Cas., de 21 de febrero de 1938, XLVI, 61.

³⁸ Cas., 24 de marzo de 1939, XLVII, 743.

³⁹ Error de conducta existirá, por ejemplo, en el escogimiento de vía judicial o en el embargo de mercancías. Cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente colocado en las mismas condiciones o circunstancias externas no habría cometido.

⁴⁰ “El abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de abril de 1942.

⁴¹ Arturo Valencia Zea, Derecho civil. De las obligaciones, Bogotá, Ed. Temis, t. III, 9ª ed., 1998, p. 304.

contenido, finalidad o espíritu. Como cada derecho en su existencia y en su ejercicio obedece a ciertas razones de orden individual y de orden social a la vez, aislarse de esas razones, por lo tanto, significa abusar del derecho.

10. El gran cuestionamiento que padeció la teoría de la finalidad social del derecho en el sentido de que auscultar la finalidad de un derecho era entregar peligrosamente los derechos a las tendencias personales del juez, esto es, a la arbitrariedad, provocó en Jossierand la necesidad de precisarla agregándole el motivo ilegítimo en el ejercicio del derecho; empero, esta última categoría también resulta abstracta y huidiza y alejada de la concreción⁴². El alcance de la teoría del abuso del derecho tiene que ser precisado, fijado por los jueces. En últimas, se puede afirmar que abuso del derecho sería lo que los jueces estimen que ello sea.

Total, sigue existiendo temor por el alto grado de subjetividad y discrecionalidad que maneja el juez, en el sentido de que ante ausencia de definición legal él debe decir qué es o qué no es un abuso. Empero, en la medida en que se dude cada día más de la legislatura y se confié más en la judicatura (esto parece ser sintomático en muchos países de occidente e incluso hoy se habla de la “expansión global del poder judicial”), el control de los jueces y de los tribunales sobre formas de abuso se incrementará y recaerá no sólo en modalidades de abuso de derechos subjetivos definidos, concretos, determinados, sino también en abusos en que pueden incurrir los particulares de facultades o prerrogativas contenidas en cláusulas generales. Por ser el concepto de abuso del derecho per se e in se abstracto, es tarea de la jurisprudencia concretarlo, afinarlo y enriquecerlo mediante sus pronunciamientos. Esa será la labor del juez para hacer que el concepto deje de ser calificado de abstracto y huidizo. En cuanto a la discrecionalidad del juez, valga decir que esta se puede manifestar en cualquier institución y no sería sólo predicable del abuso del derecho. No obstante, el mismo sistema jurídico establece medios de auto-corrección o de contrapeso que limitan la discrecionalidad del juez, sobre todo cuando tiene que aplicar principios o interpretar cláusulas generales. Se recuerda aquí que la Corte Constitucional ha precisado, con objeto de garantizar los principios de igualdad y de la seguridad jurídica, sin afectar el principio de la

⁴² "Considerando que, por justificable que sea, la teoría del abuso del derecho debe ser manejada con reserva y se limita a esta fórmula: que el abuso de un derecho es una desviación caracterizada con el fin de obtener un resultado evidentemente ajeno a los intereses legítimos para la salvaguardia de los cuales ha sido instituido ese derecho; - Considerando que ir más lejos, pretender determinar la finalidad remota de un derecho reconocido por la ley, querer limitarlo y dirigir su ejercicio, cuando ese ejercicio no está empañado por culpa alguna, según tal o cual concepción moral o social, es entregar peligrosamente los derechos a las tendencias personales del juez, es decir, a la arbitrariedad; suprimir toda estabilidad y toda seguridad en las relaciones jurídicas tal y como están establecidas por una legislación positiva: Rennes, 20 de junio de 1932: Gaz.Pal.,1932. 2. 516, citado por Mazeaud y Tunc, ob. cit., p.256, nota No. 9.

independencia del juez, que el precedente judicial de la Corte Constitucional obliga y que, por lo tanto, si el juez cambia de criterio deberá justificar de manera suficiente y razonable el cambio de criterio de la línea jurisprudencial⁴³. En otras palabras, hay un control a la actividad independiente del juez mediante la exigencia de una justificación suficiente y razonable cuando se presenta un cambio jurisprudencial. Esta sería, pues, una forma de control que el mismo sistema crea para limitar la discrecionalidad del juez. La Corte ha considerado que un cambio jurisprudencial inopinado y no suficientemente expuesto puede dar lugar a ejercitar la acción de tutela por violación del derecho de igualdad⁴⁴. Lo que importa destacar, entonces, es que el argumento de la discrecionalidad del juez en tema de abuso del derecho –el cual hoy está trasunto en norma constitucional- se morigerara con la exigencia que la Corte Constitucional le impone al juez para que justifique de manera suficiente y razonada la modificación de su criterio⁴⁵.

11. El Código Civil italiano del año 1942 no reconoce el abuso del derecho, pero si regula los actos emulativos y con base en éstos se afirma en Italia que la figura del abuso cabe en casos particulares. El acto de emulación sería una hipótesis de abuso del derecho⁴⁶. Para Pietro Rescigno, con el abuso del derecho lo que existe es un control al ejercicio de las prerrogativas que conceden las normas jurídicas, el cual es cumplido por los jueces bajo dos perfiles separados o destinados a encontrarse; esto es, el perfil de la moralidad del acto y el perfil de sociabilidad de la conducta humana. El primero es un tipo de búsqueda sensible a los juristas de formación católica que toman en consideración temas propios de su tradición como lo es la idea del derecho-función contrapuesto al derecho egoísta (cuya figura típica es la propiedad), o los principios de una justicia superior que se impone a la legalidad e impide la validez de actos que son formalmente irreprochables. La concesión laica del abuso quiere evitar las indagaciones a la conciencia humana y la sutil casuística moral que confunde los límites del pecado y de la ilicitud jurídica. El abuso, en la perspectiva laica, es de la idea según la cual el ejercicio individual de los derechos reposa en una investidura de la

⁴³ Sobre la obligatoriedad del precedente judicial, véase la sentencia T-123 de 1995, luego precisada por la Corte Constitucional en pleno mediante la sentencia C-037 de 1996.

⁴⁴ “La violación del precedente, pues, es una causal de tutelabilidad del derecho de igualdad si, se repite, el juez no ofrece justificaciones suficientes y adecuadas para fundar su fallo contrario”: Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000, p. 49.

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T 123 de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ El artículo 833 del Código Civil italiano dispone: “Atti d’emulazione. Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”. En el comentario a esta norma hecha por Trabucchi y Cian, *Comentario breve al Codice Civile*, Padova, CEDAM, 1984, p. 544, se afirma: “Se discute si el artículo 833 constituye una aplicación del principio general mediante el cual siempre estaría prohibido el abuso del derecho: mientras parte de la doctrina se esfuerza por llegar a tal conclusión, la jurisprudencia es del parecer que el abuso del derecho no constituye una particular figura de ilícito”.

comunidad de la cual se desprende su justificación y sus límites. Habría, en virtud de un acuerdo social acordado, un espíritu de cualquier institución (la propiedad, el crédito, la iniciativa económica, la libertad contractual) que no puede ser transgredido por el particular.

Para Rescigno los dos modos de entender el abuso del derecho subjetivo han buscado confirmación en el derecho positivo y lo cierto es que, en efecto, el ordenamiento controla el ejercicio de la libertad privada y el ejercicio de la autonomía negocial, así el tema del abuso históricamente se haya presentado más en el campo del ejercicio de la propiedad y del crédito que en el campo de los negocios. En cuanto al ejercicio de los dos primeros, cuando el control viene realizado por el juez, éste aplica normas de contenido bastante elástico, las cuales por su carácter general son dúctiles y simples. Dentro de estas -recuerda Rescigno- se encuentra aquella que impone al acreedor y al deudor la de comportarse de conformidad con la regla de la corrección⁴⁷, la cual si bien es propia de la materia de las obligaciones, puede aplicarse fuera de este campo en cualquier situación de poder o de obligación corriente entre sujetos privados. De modo pues que existen varias vías dentro del sistema para el control de los derechos subjetivos bajo el perfil del abuso. Un instrumento bastante utilizado es aquel de la “justa causa” requerida para la validez de actos destinados a modificar o a disolver una relación por voluntad unilateral de los sujetos. Respecto de estos actos se ha hablado de derechos discrecionales, no causales, en el sentido que la ley autoriza al particular a disolver un vínculo sin necesidad de auscultar las razones o las intenciones del autor. Empero, el control sobre el uso de esos derechos discrecionales se cumple mediante las nociones de justa causa o del motivo justificado, usados como criterios para apreciar la conducta en el ámbito de la relación y de las expectativas suscitadas⁴⁸.

12. El profesor español Manuel Atienza ubica el abuso del derecho dentro de una categoría general que él llama “ilícitos atípicos” junto con el fraude a la ley y la desviación de poder. La nota característica de estos tres ilícitos se encuentra en la discordancia entre la regla y un principio del sistema; es decir, entre las dos normas que conforman un sistema jurídico. En efecto, para Atienza un ordenamiento se desarrolla mediante principios y reglas, o mejor, la normatividad del derecho se da en un doble plano: el de las reglas y el de los principios. De esa dimensión regulativa del derecho compuesta por dos niveles, el de las reglas y el de los principios, es que Atienza justifica la figura del abuso del derecho cuando ambos entran en contradicción.

⁴⁷ El artículo 1175 del Código Civil italiano dispone: “Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”.

⁴⁸ Cfr. Pietro Rescigno. Manuale del Diritto Privato Italiano, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986, p. 267 et seq

Los principios sirven como justificación de las reglas, de las pautas específicas y lo ideal es la adecuación de las segundas a los primeros. El abuso del derecho consiste en la inadecuación de una conducta no con una regla o mandato específico sino con un principio del sistema o del ordenamiento jurídico. Para Atienza los ilícitos se dividen en típicos y atípicos. Los primeros consisten en la oposición entre los actos y las reglas, mientras que los segundos son conductas contrarias a principios de mandato. En los ilícitos atípicos se invierte el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo –y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Hay un cambio de status deónico: se pasa de lo permitido a lo prohibido porque el acto si bien no choca con la regla, sí se encuentra en oposición con el principio. “La figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanismo de auto-corrección del Derecho: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificativo de las propias reglas”⁴⁹. Para Atienza, pues, frente a una divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema actúa el abuso del derecho como mecanismo de salvaguardia de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

El abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, entendidos como ilícitos atípicos, tendrían, según el autor citado, los siguientes cuatro elementos en común: a) la existencia, prima facie, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema, d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos. Las tres figuras, abuso, fraude y desviación de poder, dan lugar a principios interpretativos dirigidos al operador del derecho, pero también a principios dirigidos al legislador para que legisle de manera que se eviten, en la medida de lo posible, las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar.

Respecto de si el abuso del derecho implica responsabilidad objetiva o subjetiva, cuestión crucial en nuestro derecho, Atienza afirma, con base en la jurisprudencia española, que el abuso puede ser subjetivo u objetivo. En efecto, una acción es abusiva siempre que se den las siguientes circunstancias: a) ejercicio de un derecho subjetivo; b) daño a un interés no

⁴⁹ Atienza, ob.cit., p. 59

protegido por una específica prerrogativa jurídica ya que si el interés es protegido no habría abuso sino colisión de derechos; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, “manifestada de forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho”⁵⁰.

Ahora bien, como el sentido de la institución es el de contribuir a la coherencia del derecho, al ajuste entre las reglas y los principios que las fundamentan y las limitan; o, más exactamente, a evitar que produzcan ciertas consecuencias contrarias a principios jurídicos, esto puede producirse también sin que exista intención por parte del agente. Además, la figura del abuso del derecho evita daños injustificados: “No es, o no es solo, el principio de la buena fe, sino también evitar daños injustificados el que justifica la figura del fraude al igual que ocurre con el abuso del derecho o con la desviación de poder”⁵¹.

Dicha postura se acomoda al realce que han tomado los principios a la luz del “nuevo derecho”. Se recuerda cómo a la luz del derecho tradicional y legalista, los casos jurídicos concretos se resolvían mediante la aplicación de reglas legales específicas y tanto los principios como la Constitución rara vez influían en las decisiones de los casos jurídicos concretos. Hoy, los principios y la Constitución tienen aplicación concreta en la solución de los casos jurídicos. Un principio del ordenamiento o un principio constitucional abstracto – y el abuso del derecho lo es en la Constitución de 1991- aplicable mediante un argumento interpretativo, puede triunfar sobre reglas explícitas y concretas que también pretenden regular una situación concreta o, incluso, se recuerda que en razón a la eficacia mediata de la Constitución, las reglas se interpretan de acuerdo con los valores y principios del texto constitucional⁵².

⁵⁰ Ibidem, p. 42.

⁵¹ Ibidem, p. 77.

⁵² Robert Alexy, ob cit., p. 511: “De acuerdo con la teoría del efecto mediato en terceros, cuyos representantes principales son Dürig y el Tribunal Constitucional Federal, los derechos fundamentales en tanto „decisiones valorativas“, „normas objetivas“ o „valores iusfundamentales“, es decir, en tanto principios objetivos en el sentido que se acaba de presentar, influyen en la interpretación del derecho privado. Esta influencia se llevaría a cabo, sobre todo, en la concreción de las cláusulas generales del derecho privado pero, puede, además, estar presente en toda interpretación de una norma de derecho privado y, en casos especiales, se extendería hasta la justificación de decisiones en contra del texto de la ley. No obstante la influencia iusfundamental, las normas del derecho privado deberían seguir siendo normas de derecho privado y los derechos y deberes por ellas fundamentados, derechos y deberes de derecho privado. Para la posición del juez, el efecto de irradiación debería fundamentar el deber de tener en cuenta en su interpretación la influencia iusfundamental en las normas de derecho privado”.

13. Finalmente, hay quienes se oponen a un concepto general de abuso del derecho y prefieren, por el contrario, aplicaciones legales específicas o particulares tal como existe en derecho francés y como se plantea por la doctrina italiana. Además, muchos se oponen a una responsabilidad sin culpa por abuso del derecho. Empero la teoría del abuso del derecho es cada vez más generalizada, ya no se le mira como un aspecto de la responsabilidad civil, sino como un tema propio de la teoría general del derecho y más específicamente, de los principios generales del derecho en la medida en que el ejercicio abusivo está relacionado con los límites internos de los derechos subjetivos y esto es propia y precisamente objeto de delimitación por parte de los principios que informan un ordenamiento jurídico⁵³.

14. Para el profesor peruano Fernández Sessarego hay actos lícitos e ilícitos y existen prohibiciones genéricas y prohibiciones específicas. El acto abusivo es un acto ilícito debido a la trasgresión de un deber jurídico, derivado de una prohibición genérica: “Por nuestra parte estimamos que el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial –o una omisión de la misma naturaleza-, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, sui generis, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma. [...] El acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del cual se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ejercicio o del no uso de un derecho. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la teoría general del derecho”⁵⁴.

El acto abusivo comienza siendo lícito, pero deviene ilícito (cambio de status deóntico) precisamente por afectar un deber jurídico de respeto al interés de los demás. De ahí que Fernández Sessarego lo califique como un acto ilícito sui generis que desborda el campo de la responsabilidad civil para ingresar en el de la teoría general del derecho. Es decir que el

⁵³ Sobre el punto, véase Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana, Responsabilidad Civil, Medellín, Editorial Diké, 1995, p. 13 y ss.. Así mismo Atienza, ob cit., pp. 93 y 94, dice: “Características del Derecho de los Estados Constitucionales son la importancia creciente de los principios, la superación del legalismo (la ley queda sometida a la normatividad superior de la Constitución, de los principios constitucionales), y del formalismo jurídico (los principios jurídicos, frente a las reglas, son razones no formalistas, en el sentido de que exigen entrar en el fondo de la cuestión)”.

⁵⁴ Carlos Fernández Sessarego, Abuso del derecho, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, pp. 139 y 143.

acto abusivo es lícito en relación con su aspecto formal, pero ilícito en cuanto supone la trasgresión del deber jurídico genérico, establecido para garantizar la convivencia social. Y ese deber jurídico de no excederse en el uso de un derecho subjetivo, de manera antisocial e inmoral, capaz de lesionar a otro o de no emplearlo adecuadamente en relación con su propia finalidad socio-económica, se encuentra implantado en toda situación jurídica subjetiva de poder o activa⁵⁵. Se trata, por ello, de un deber genérico que encuentra su fundamento en la cláusula general que prohíbe el abuso del derecho.

El mérito de lo expuesto consiste en el análisis del abuso del derecho desde una perspectiva no individualista, sino social; haberlo explicitado en su dimensión social. Se supera, así, una visión exclusivamente individualista del abuso del derecho, que lo considera únicamente como un exceso en el ejercicio de un derecho subjetivo o como una pura intención de causar daño o como desviación del derecho de su específica finalidad socio-económica o como el ejercicio anormal del derecho subjetivo, para situarlo en un campo supra-individual, social y consistente en la violación de un deber jurídico que impide lesionar un interés ajeno, no protegido por una expresa norma del ordenamiento jurídico. Y coherente con esa postura Fernández califica al abuso del derecho como acto ilícito *sui generis* para desprenderlo del campo de la responsabilidad civil y ubicarlo dentro del campo de la teoría general del derecho, cosa que no ha hecho la jurisprudencia francesa que sigue anclada a la idea de explicar la teoría del abuso a la luz de las reglas de la responsabilidad civil. En otras palabras, bajo una concepción individualista el tema del abuso del derecho es propio de la responsabilidad civil (dolo, culpa, riesgo creado); puesto en una dimensión social, el abuso se transforma en una figura autónoma y propia de la teoría general del derecho.

“Acto ilícito es así -dice Fernández- no sólo aquella conducta que contradice un artículo concreto del ordenamiento positivo sino aquel comportamiento que, aun encontrándose en consonancia formal y aparente con una determinada norma, resulta contrario a lo prescrito en los principios generales del derecho que impregnan e informan la totalidad del sistema jurídico. El acto abusivo es ilícito por transgredir la concreta norma jurídica que aloja el principio general que no ampara el abuso del derecho, [...] y, en ausencia de dicha

⁵⁵ Para Fernández Sessarego “el genérico deber jurídico” se encuentra alojado en un principio general del derecho o en defecto de una cláusula general, su tutela se sustenta en los principios generales del derecho, como la buena fe o las buenas costumbres. Pero además, ese deber jurídico se presenta en todas las situaciones jurídicas subjetivas activas o de poder. La noción de situación jurídica subjetiva, que es más rica y compleja, ha sustituido a la noción individualista de derecho subjetivo. “Se advierte así que el concepto de situación jurídica subjetiva disloca y trastoca las concepciones tradicionales de corte individualista sobre el abuso del derecho, ya que la afirmación de la doctrina clásica, en el sentido de que con el abuso del derecho se lesiona un interés ajeno no tutelado por una específica norma jurídica, ha sido superada en tanto que dicho interés, aparentemente no tutelado, está legalmente amparado a través de un genérico deber jurídico a cargo del titular del derecho subjetivo o jurídicamente protegido mediante los principios generales del derecho”: *Ibidem*, p. 160.

específica norma, es ilícito por violar algún otro principio general del derecho, como es el caso de la buena fe o de las buenas costumbres, principios de raíz moral de los que se nutre la conciencia jurídica colectiva”⁵⁶

Según Fernández, las características que determinan que el abuso del derecho se constituya en un ilícito especial son: a) el abuso del derecho no es un acto lícito, así en su inicio sea lícito; b) el acto abusivo no es una conducta situada entre lo lícito y lo ilícito. No es, pues, un *tertium genus* ubicado entre la licitud y la ilicitud. Se le identifica como un acto ilícito *sui generis* en cuanto deriva de una circunstancia particular como lo es la violación de un deber genérico y c) como ilícito *sui generis* no cae en el campo de la responsabilidad civil: “Si el *sui generis* acto ilícito en que consiste el fenómeno del abuso del derecho se indentificara, sin más, con el genérico acto ilícito, debería tratársele dentro de los principios que rigen la responsabilidad civil, por lo que podría pretenderse, según el caso, la exigencia de dolo, culpa o riesgo de parte del agente. Ello, sin embargo, no es así en el caso del abuso del derecho, donde no es indispensable indagar por esas motivaciones”⁵⁷.

Sin embargo y pese al encomiable esfuerzo del profesor Fernández Sessarego de calificar al acto abusivo como especial en orden a distanciarlo de la responsabilidad civil y de sostener que el daño no es elemento del abuso del derecho, sino un presupuesto del efecto compensatorio, en nuestro derecho el juzgador al encontrarse frente a una conducta abusiva deberá acudir a las reglas de la responsabilidad civil por cuanto en las normas en donde aparece la figura del abuso, no se prescriben sus consecuencias, sus efectos jurídicos. De ahí que el tema de la responsabilidad civil siga siendo útil en punto del resarcimiento de perjuicios cuando con el ejercicio de un derecho o sin su uso, se causa daño a alguien.

V. Naturaleza contractual o extra-contractual de la responsabilidad por abuso del derecho

El punto a discernirse es si la cuestión del abuso del derecho es susceptible de plantearse no sólo en la esfera extra-contractual, sino también en la órbita del contrato. La idea prístina es que el abuso del derecho era propio de la responsabilidad aquiliana. Para Mazeaud, por ejemplo, “el estudio de la teoría del abuso del derecho debe ser colocado sobre el terreno delictual y cuasidelictual”⁵⁸. Para el autor citado, cuando el abuso se comete en la

⁵⁶ *Ibíd*em, p. 152.

⁵⁷ *Ibíd*em, p. 157 y 158,

⁵⁸ Mazeaud y Tunc. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, tomo I, vol. II, reimpresión 1993, p. 246.

formación del contrato, en su cumplimiento o en su interpretación, la responsabilidad no puede ser sino delictual, lo mismo que cuando exista una revocación unilateral abusiva. En cambio, la responsabilidad es contractual cuando existe incumplimiento del contrato, ya que el supuesto de aquélla es la presencia de éste.

Para nuestra Corte Suprema “el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, animus nocendi, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada”⁵⁹. Sin embargo, para otros, el abuso del derecho engendraría una culpa contractual cuando se produce en el cumplimiento, en la interpretación o en la rescisión de un contrato.

El abuso se puede dar en el ejercicio de un derecho contractual, por ejemplo, en los contratos de duración indeterminada, en el contrato de mandato, en el contrato de compraventa, en el contrato de arrendamiento de cosas, en el contrato de sociedad⁶⁰.

En el año de 1994 la Corte Suprema de Justicia definió la posibilidad de aplicar la teoría del abuso del derecho a asuntos de naturaleza contractual: “En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aún encontrándose vinculado por el negocio y por la fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización”⁶¹. Basta agregar que el abuso puede ser cometido al momento de celebrar el contrato con la imposición de cláusulas abusivas, al ejecutarlo e incluso al extinguirlo unilateralmente una de las partes⁶².

⁵⁹ Cas. 21 de febrero de 1938, XLVI, 60.

⁶⁰ Sobre el abuso del derecho en el ejercicio de un derecho contractual, véase en especial Mazeaud y Tunc, ob cit., p. 259 et seq.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo.

⁶² Véase artículo 1280 de nuestro Código de Comercio. .

Empero, esta distinción hoy ya se presenta superada en la medida en que se le ha conferido autonomía conceptual al abuso frente al tema de la responsabilidad. El abuso del derecho, al desbordar los linderos de la responsabilidad, es tratado a nivel de la teoría general del derecho. El acto ilícito abusivo tiene un perfil jurídico propio, por lo que no implica, de suyo, un mero supuesto de responsabilidad extra-contractual. De cualquier manera y pese a su autonomía, para efectos de colocar a la víctima de un ejercicio abusivo de un derecho contractual o extra-contractual en una situación igual o semejante a la que se encontraba antes del daño, hay necesidad de aplicar los criterios indemnizatorios propios de la responsabilidad civil.

VI. Diferencia entre abuso del derecho y fraude a la ley

Sobre esta distinción puede haber muchas disquisiciones teóricas propias de la mentalidad moderna tan cercana a la abstracción y, al mismo tiempo, a la confusión. Quiero recurrir a dos textos del Digesto porque con sencillez absoluta nos aproximan al entendimiento de la diferencia. El primero de Paulo: “Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido”⁶³. El segundo es de Ulpiano: “Se comete, pues, fraude contra la ley, cuando se hace aquello que no quiso que se hiciera, pero que no lo prohibió que se ejecutara”⁶⁴.

El fraude es la elusión de los efectos de una prerrogativa legal, desconociendo su verdadero sentido o alcance. El fraude a la ley presupone no solo la existencia de una norma permisiva sino además de una norma que confiere poder. Pese a la dificultad de la distinción con el abuso del derecho, Atienza afirma: “En el abuso del derecho el elemento del daño tiene un carácter directo, en el sentido de que el daño se produce al realizar, sin más, lo permitido por una regla regulativa (por ejemplo, al extraer arena de una playa, se daña una instalación). En el caso del fraude y de la desviación de poder el daño tiene carácter indirecto o mediato: se produce porque el resultado del uso de la norma que confiere poder se conecta convencional o causalmente con un estado de cosas ulterior; la producción del daño, en definitiva, requiere la producción de un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley. Cuando a una acción que puede ser calificada simultáneamente de abusiva y de fraudulenta la calificamos como abusiva, hacemos

⁶³ D. 1.3.29: “Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit”.

⁶⁴ D. 1.3.30: “Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit”.

abstracción de esa mediación institucional; que es, por el contrario, lo que destacamos cuando la calificamos como fraudulenta”⁶⁵.

El fraude se aprecia cuando media un cambio institucional o normativo, es decir, se eluden los efectos o el sentido de la ley, pero a la vez surge un contrato, un acto administrativo, una ley que lo expresan. En el abuso del derecho no surge un cambio institucional, sino que basta el ejercicio anormal de un derecho para que pueda ser apreciado.

VII. Aplicaciones prácticas de la teoría

Tal como lo previó Josseland el dominio de aplicación del abuso del derecho es inmenso, sus perspectivas futuras, ilimitadas. En efecto, existen formas tradicionales de abuso reconocidas por nuestra jurisprudencia y formas más desarrolladas y sofisticadas de la figura.

En nuestro contexto fue la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años treinta del siglo pasado, la que moldeó la doctrina del abuso del derecho y la que en su esfuerzo por actualizar el derecho civil a las nuevas realidades le dio un sentido amplio y extraordinario a los principios generales del derecho en una actitud no formalista. Esta respuesta de la Corte Suprema a las nuevas exigencias de la vida práctica es el resultado de lo que Géný denominó el “poder pretoriano de la jurisprudencia” de parte de “juristas inquietos”⁶⁶. En efecto, con esa doctrina jurisprudencial elaborada por esa magnífica Corte

Suprema de Justicia, cuyo contenido material no se apoyaba necesariamente en textos legislativos, refulgió con mayor intensidad el derecho y la jurisprudencia. Cosa similar es lo que acontece a partir del año 1991 con la Corte Constitucional Colombina cuya Doctrina Constitucional resulta la mayoría de las veces obligatoria dado que, por ejemplo y tal como se afirmó, la violación del precedente es causal de tutelabilidad del derecho de igualdad si el juez no ofrece justificaciones suficientes, razonables y adecuadas para fundar un fallo contrario a la línea jurisprudencial.

Dentro de las formas tradicionales de abuso del derecho encontramos “excavaciones en predio propio con la mira exclusiva de sacar una fuente o manantial de su vecino”; “el acreedor que por espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, para empujarlo así aun hasta la ruina”; el litigante que “promueve temeraria controversia judicial”

⁶⁵ Atienza, ob. Cit., p. 127 y 128.

⁶⁶ Sobre el valor de la jurisprudencia en la obra de Géný, se recomienda de manera especial el magnífico trabajo de Eduardo López Medina, El derecho de los jueces, Bogotá, Legis, 2000, pp. 137 a 177.

y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso que le diese a la contraparte victoria judicial. También el que “pone un denuncia criminal contra otra persona, formulándolo a la ligera o imputándole perentoriamente, sin base sería la comisión de un hecho criminal”⁶⁷.

En síntesis, las primeras aplicaciones de la teoría del abuso del derecho se tuvieron en los siguientes casos: a) cuando se embargan en exceso bienes del deudor⁶⁸; b) cuando temerariamente se formula denuncia penal⁶⁹; c) cuando se insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado⁷⁰ y d) cuando se abusa del derecho a litigar⁷¹.

Después, la doctrina elaboró otras formas posibles de abuso del derecho sobre todo en el plano contractual desvirtuándose de esta manera la tesis según la cual el abuso del derecho constituía una especie particular de la culpa aquiliana: cláusulas abusivas en la predisposición unilateral del contrato (contratos de adhesión), terminación anticipada del contrato; no renovación del contrato; abstención a contratar; abuso en la ejecución del contrato⁷².

Modernamente se han expuesto las siguientes formas de abuso del derecho: abuso en la concesión del crédito; ruptura inopinada y brusca del crédito. En el derecho de la competencia el abuso de posición dominante. En el derecho urbano, dejar que las construcciones que son patrimonio artístico se deterioren para después construir. En el derecho societario, el abuso del derecho de voto y el abuso del derecho de retiro. En el campo de la propiedad inmaterial, el conflicto entre la propiedad material y propiedad intelectual puede resultar del ejercicio abusivo de un derecho.

En el derecho administrativo, el desvío de poder como causal de nulidad de los actos administrativos, no es más que una aplicación del abuso del derecho. Se recuerda aquí que la falsa motivación es objetiva, en tanto que el desvío de poder es subjetivo.

De esa mención de nuevas formas de abuso del derecho vale la pena decir que la institución de las cláusulas abusivas (desproporción relevante o significativa en el

⁶⁷ Cfr. Cas., 21 de febrero 1938, XLVI, 60, Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta.

⁶⁸ Cas., 30 de octubre de 1935, XLIII, 313; 9 de abril 1942, LIII, 302.

⁶⁹ Cas., 5 de agosto 1937, XLV, 419; 19 de agosto 1938, XLVII, 57; 23 de octubre 1942, LIV bis, 206; 7 de marzo 1944, LVII, 76; 21 de noviembre 1969, CXXXII, 177.

⁷⁰ Cas., 19 de mayo 1941, LI, 248.

⁷¹ Cas., 22 de junio 1943, LV, 550.

⁷² Casación de 19 de octubre de 1994, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo, CCXXXI, segundo semestre, 709 a 777.

contenido del contrato) tiene al abuso como componente generador del desequilibrio contractual. Y respecto del abuso de la posición dominante, el concepto del abuso del derecho es su prius histórico, lógico y conceptual. En efecto, el abuso de la posición dominante no es más que en un abuso del derecho de la iniciativa privada, un abuso del derecho de competir en el mercado o, en fin, un abuso del derecho a desarrollar actividades económicas en posición de dominio en el mercado. En otras palabras: el abuso de posición dominante es una moderna vestidura lingüística, una adaptación del abuso del derecho a los últimos años del siglo XX y específicamente al área del derecho de la competencia.

Hoy se plantea la posibilidad del abuso del derecho en el ejercicio de los derechos fundamentales: “La teoría del abuso del derecho, desarrollada en el derecho privado y acogida jurisprudencialmente en Colombia, incorporada al plano constitucional, no sólo se limita a excluir de la protección del ordenamiento jurídico la intención dañina que no reporta provecho alguno para quien ejerce anormalmente sus derechos en perjuicio de un tercero sino que, además, consagra una fórmula de equilibrio en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía. En otros términos, en el artículo 95 de la Carta Política subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales. [...] El artículo 95 de la Carta Política se refiere exclusivamente a derechos y deberes constitucionales que son materia a la que se contrae la obra del Constituyente, sin perjuicio de que la interdicción del abuso del derecho sea un principio general del ordenamiento. La norma que ordena „respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios“ (num. 1), es un desarrollo concreto de la precedente prescripción que se contiene en la misma disposición: “El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades”⁷³. El constituyente extendió positivamente la posibilidad del abuso incluso en el ejercicio de derechos fundamentales.

Es decir, habría dos niveles de abuso del derecho. Un abuso del derecho contenido en norma constitucional pero referido no a todo el ordenamiento, sino al ejercicio no razonable de los derechos reconocidos en el mismo texto constitucional; y, el tradicional abuso del derecho que se aplica a las prerrogativas o situaciones de ventaja que el ordenamiento otorga mediante leyes, reglas o normas jurídicas a los sujetos de derecho privado en la medida que el abuso del derecho es un principio general del ordenamiento⁷⁴.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-511 de 8 de noviembre de 1993, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁴ Respecto del derecho de huelga Atienza trae la siguiente hipótesis: “Pero ¿qué ocurre con una acción de huelga llevada a cabo por un pequeño número de trabajadores que por su posición estratégica tienen la capacidad de bloquear la producción de sectores económicos enteros –equivalentes, digamos, al 50% del PIB- y usan la

Como ejemplo de la existencia del abuso en materia de derechos fundamentales o de abuso en reglas que constituyen la concreción de derechos fundamentales, la Corte Constitucional respecto de la libertad de expresión hubo de decir: “[] Si bien no puede restringirse la libertad de prensa, y no puede tampoco someterse la difusión de ideas o informaciones a censura previa, sí puede el juez constitucional impedir la violación a los derechos al buen nombre y a la honra de la persona, ya sea por la prensa, la televisión o cualquier otro medio, como acto abusivo que no puede ser objeto de garantía constitucional”⁷⁵.

VIII. Valoraciones finales

1. La teoría del uso anormal del derecho inspirada en la teoría de los actos de emulación y en el concepto de la *inmissio* constituye el antecedente de la figura del abuso del derecho. Ese uso anormal del derecho, estudiado y explicado inicialmente a la luz del derecho de propiedad, se extendió a otros derechos, derecho de crédito y derecho de la contratación, para hoy ser aplicado a todos los derechos subjetivos. La figura del abuso es una forma de control de los derechos, especialmente del derecho de propiedad y de los derechos de crédito y de control a la autonomía privada en materia de contratación, sin descartar, por supuesto, que la figura se puede presentar en todos aquellos casos en que el ordenamiento otorga poder, prerrogativas o facultades a los particulares.

2. Se puede exigir responsabilidad no sólo al que actúa al margen de todo derecho, sino también al que causa daño con ocasión del ejercicio de un derecho de que es titular o también con ocasión de su no uso o de su no ejercicio (la abstención, no uso u omisión, es una modalidad de abuso del derecho). No obstante, el daño no es elemento constitutivo del abuso, sino un presupuesto del efecto compensatorio.

3. Se puede afirmar que la institución del abuso del derecho ha tenido el siguiente desarrollo histórico: a) Inicialmente fue considerado como una especie de culpa por cuanto

huelga para reivindicar salarios que multiplican –digamos que veinte veces- el que generalmente reciben trabajadores de cualificación similar? Parece que, ante la ausencia de una regla prohibitiva en la que subsumir el caso, esta acción de huelga se encontraría prima facie permitida. Pero ¿debe considerarse permitida esta acción a la luz de las razones que justifican, en general, la permisión de las acciones de huelga, aun cuando su realización no entrara en conflicto con derechos de terceros establecidos en reglas?. No parece haber modo de eludir la conclusión de que puede haber situaciones en las que quepa un uso no justificado – esto es, un abuso- de las reglas que constituyan una concreción de derechos fundamentales”: Atienza, ilícitos atípicos, ob cit., p. 65 y 66.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-94 de 2 de febrero de 2000.

se estimó que el ejercicio del derecho y aquélla no eran conceptos incompatibles; es decir, se podía incurrir en culpa incluso ejerciendo un derecho subjetivo; b) el abuso del derecho fue considerado como una fuente independiente de responsabilidad; esto es, una figura que no encontraba su justificación en la noción clásica de la culpa, o mejor, se estimó que era una fuente autónoma de responsabilidad diferente a la responsabilidad por culpa. En efecto, se dijo que tenía un perfil jurídico propio, por lo que no implicaba, por sí, un supuesto de responsabilidad aquiliana⁷⁶; c) el abuso del derecho no es tema exclusivo de la responsabilidad civil extra-contractual, sino también contractual; de ahí que se pueda decir que es también un instrumento de control del contenido negocial; d) se ha querido agravar la responsabilidad de quien abusa de sus derechos de acuerdo con la tendencia actual de aumentar la responsabilidad incluso en las actividades normales de la vida, extendiendo la tesis objetiva al abuso del derecho. De esta forma, la responsabilidad que se derivaría del abuso sería, en ciertos casos, responsabilidad objetiva, o sea, una responsabilidad que se basaría en los riesgos o peligros que resultan de ser titular de derechos que no se ejercen o

⁷⁶ Incluso se ha planteado como fuente autónoma de obligaciones como lo es el enriquecimiento sin justa causa. Véase mi artículo “El abuso del derecho como fuente autónoma de obligaciones”, en Estudios de Derecho Civil, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, T. III, 2003, p. 103 y ss. En efecto aquí se lee: “Podemos afirmar que desde una concepción individualista, el tema del abuso del derecho era propio de la responsabilidad civil (dolo, culpa, riesgo creado); puesto en una dimensión social, el abuso se transforma en una figura autónoma y por ello merece ser tratado como una fuente independiente de obligación que escapa al estrecho marco del contrato y del delito, de la responsabilidad contractual y de la extra-contractual. La obligación surge no sólo cuando se viola una norma específica o el deber abstracto o regla de conducta de no causarle daño a nadie (neminem laedere), sino también cuando se viola un principio general del ordenamiento. Como apoyo de lo anterior, obsérvese que el principio general del enriquecimiento sin justa causa, sin dejar de ser principio, también ha sido tratado como fuente no anónima, sino autónoma de obligaciones. [...] Así pues, el abuso del derecho a la luz de una concepción individualista era un mero apéndice de la responsabilidad civil y específicamente de la extra-contractual⁷⁶, razón por la cual no había la necesidad de estructurarlo como fuente independiente de obligaciones (la responsabilidad civil tradicional busca en esencia indemnizar la violación de derechos subjetivos individuales); puesto el abuso en su dimensión social y, si se quiere, supra-individual, en la medida en que conceptualmente la figura se presenta como una violación de un deber jurídico que impide lesionar un interés ajeno, ya sea individual o social, no protegido por una expresa norma del ordenamiento jurídico, merece ser tratado como fuente independiente de obligaciones en razón a que, se insiste aun a riesgo de fatigar, tiene un perfil jurídico propio que desborda los linderos de la tradicional responsabilidad civil. [...] Podríamos señalar que el sistema tradicional de las fuentes de las obligaciones, responde a un concepto individualista de la institución; la inclusión del abuso del derecho como fuente autónoma de obligaciones, implica a nuestro modo de ver la ampliación del abanico, un redimensionamiento del tema en el noble propósito de darle un trato o dimensión social a las fuentes de las obligaciones. No hay que olvidarse que en el abuso del derecho existe un ejercicio disfuncional de un interés jurídicamente protegido y sobre la valoración judicial de ese ejercicio entran, sin duda, consideraciones no solamente de estricto derecho, sino también éticas y sociales”: p113 a 115.

También, el reconocimiento del abuso del derecho como fuente autónoma significa encontrarle solución directa y concreta a mucho derecho social que a la luz de posturas individualistas no era de recibo. En el cielo de los conceptos con los cuales trabaja el jurista tradicional, no caben muchas situaciones terrenales que también merecen tratamiento y solución. De un derecho formal, “normal”, reglado y, por lo tanto, insuficiente, se pasa al reconocimiento de un derecho informal que encontraría en la aplicación de la teoría del abuso del derecho la manera de resolver los muchos conflictos que en él se presentan.

del ejercicio de ellos, en donde no se tomarían en cuenta para nada elementos de orden psicológico y, e) finalmente, el abuso del derecho más que ser calificado un tema de la responsabilidad civil, hoy en día ha despuntado un tema propio de la teoría general del derecho y de los principios o valores axiológicos que informan e impregnan un ordenamiento o un sistema jurídico.

4. Así como en materia de responsabilidad civil se presenta la división entre las tesis subjetivas y objetivas, ésta se ha trasladado a la teoría del abuso del derecho para efectos de determinar su existencia. La posición subjetivista deduce la existencia del abuso del derecho con base en tres criterios desarrollados por la jurisprudencia inicial a) falta de interés serio y legítimo para el agente; b) intención de causar perjuicio (*animus nocendi*) y c) acción culposa o negligente de parte del titular del derecho subjetivo. La posición objetivista deduce el abuso del derecho cuando existe un manifiesto ejercicio anormal o irregular de un derecho subjetivo, esto es, cuando se actúa de manera contraria a la función económico-social inherente a cada derecho subjetivo. La solución mixta fue formulada por Josserand al caracterizar el acto abusivo como una desviación del derecho de su función social; pero esa desviación se deducía de los motivos ilegítimos del agente o titular del derecho subjetivo. Habría pues una discordancia entre el factor objetivo, o sea, la específica función de un derecho y el factor subjetivo, o sea, el motivo ilegítimo del agente. El autor citado creó la figura del motivo ilegítimo con el fin de reducir la discrecionalidad del juez en la determinación de la función económica o social de un derecho y, por ende, en su libertad para configurar o fijar el abuso del derecho.

5. Si cada derecho tiene una finalidad, pensamos, le corresponde al intérprete descubrirla y determinar si el ejercicio o no de un derecho resultó abusivo con base en los principios y valores axiológicos extraídos de la Constitución y que van haciendo parte de la doctrina constitucional y no con base en el motivo legítimo del agente. El desarrollo constitucional le servirá al juez para determinar la finalidad de específicos derechos, así como le va creando unos límites a su labor interpretativa de tal manera que la determinación del espíritu del derecho no quede a su entero o discrecional arbitrio. Se recuerda aquí, que la violación del precedente judicial es causal de tutelabilidad del derecho de igualdad si el juez no ofrece justificaciones suficientes y adecuadas para fundar su fallo contrario a una determinada línea jurisprudencial. Para la Corte Constitucional su doctrina es obligatoria en el sentido de que “es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de

manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad”⁷⁷.

Significa lo anterior que la función específica de un derecho no se deduciría del motivo legítimo tal como lo planteaba Jossierand, sino del texto constitucional ora de la doctrina constitucional, ora de los valores y principios axiológicos de la Constitución. En este orden de ideas, se puede afirmar que el acto será normal o abusivo, no por los motivos legítimos del agente, sino en tanto y en cuanto se encuentre en consonancia con los principios y valores axiológicos extraídos del texto constitucional o de la interpretación dada por la Corte Constitucional. Se recuerda que los principios y los valores constitucionales informan e impregnan todo el ordenamiento jurídico⁷⁸ (efecto de irradiación del texto constitucional). Jossierand, hijo de su época, quiso superar una concepción individualista del abuso que lo afincaba en la intencionalidad del agente, pero al supeditar la configuración y determinación de la irregularidad del ejercicio del derecho al motivo ilegítimo, estaba perpetuando una concepción subjetivista y deleznable del abuso.

Los criterios para caracterizar el acto abusivo deben ser los valores y principios constitucionales. Habrá ejercicio anormal, irregular o abusivo de un derecho cuando éste sea contrario a los valores y principios constitucionales: buena fe, solidaridad, etc. En principio no se exigiría que el comportamiento del titular del derecho fuese doloso o culposo, intencional o negligente⁷⁹; pero tampoco se comparte la tesis de la total objetivización de la teoría del abuso dado que de ello podría resultar una equívoca aplicación de la teoría del abuso del derecho⁸⁰. Las diferentes formas de abuso con sus particularidades y matices, llevan a concluir que conceptos apodícticos e inconcusos y sobre todo apriorísticos en este

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia T-123 de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

⁷⁸ La Constitución no es un ordenamiento axiológicamente neutral. Contiene un sistema de valores que debe valer como decisión constitucional fundamental en todos los sectores del derecho. El derecho privado no puede estar en contradicción con ese sistema constitucional de valores y sus normas deben ser interpretadas en el espíritu de ese sistema axiológico.

⁷⁹ Alberto Spota, por ejemplo, sostiene que ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios –sine qua non- para que exista un acto abusivo. Véase Alberto Spota, Tratado. Parte general, Buenos Aires, Depalma, T. I, Vol. 2, 1947, p. 319.

⁸⁰ “En síntesis, y como apunta Borda, para resolver sobre la presencia de un ejercicio abusivo de un derecho, el juez debería tener en consideración la existencia de diversas situaciones, como son: 1) la intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros; 4) si el perjuicio ocasionado es normal o excesivo; 5) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres. Habría que añadir, además, que el magistrado debe tener en cuenta si el comportamiento del agente no concilia con la finalidad económico-social del derecho que la ley le concede”: Carlos Fernández Sessarego, ob cit., p. 134 y 135.

campo resultan, las más de las veces, desvirtuados por la riqueza variopinta de la jurisprudencia y de la vida práctica.

6. Se debe subrayar que el abuso del derecho se comete con el ejercicio del derecho subjetivo o sin su ejercicio. Y que el abuso del derecho se ocasiona cuando se afecta un interés no reconocido en norma jurídica, por cuanto si se afecta un interés reconocido en norma, se estaría ante un conflicto de derechos⁸¹; sin embargo, si bien el abuso del derecho no afecta un interés específico otorgado por una particular norma jurídica, sí representa, en palabras de Fernández Sessarego, una violación o una trasgresión a lo que él llama un deber jurídico de carácter genérico, es decir, a una prohibición que hace parte de un principio general del derecho. En resumen, en el abuso del derecho hay un conflicto entre una conducta y un principio general del derecho. “Se trataría así del incumplimiento de un genérico deber impuesto por el ordenamiento positivo al titular del derecho, dentro de una específica situación jurídica subjetiva”. Y si no hay norma expresa que consagre la prohibición del abuso, se estaría ante un acto que es contrario a los principios generales del derecho, “como aquel de la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran preponderantemente, en el valor de la solidaridad”⁸².

BIBLIOGRAFÍA.

- ALEXY, ROBERT. Teoría de los derechos fundamentales, ERNESTO GARZÓN VALDÉS (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL Y ROBERTO LÓPEZ CABANA. Responsabilidad Civil, Medellín, Edit. Diké. 1995.
- ATIENZA, MANUEL Y JUAN RUIZ MANERO. Ilícitos atípicos, Madrid, Trotta, 2000.
- BONFANTE, PIETRO., Las relaciones de vecindad, ALFONSO GARCIA VALDECASAS (trad), Madrid, Edit. Reus, 1932.
- BRECCIA, UMBERTO. Derecho civil, normas, sujetos y relación jurídica, FERNANDO HINESTROSA (trad.), t. I, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.

⁸¹ “Sí se puede presentar un conflicto de derechos cuando varios derechos, pertenecientes a un mismo tipo fundamental y atribuidos a distintos sujetos, tienen todos como punto de referencia objetivo un mismo bien y es posible identificar en su contenido concreto (no en el abstractamente prefijado por la norma) un punto de influencia recíproca y, por lo mismo, de incompatibilidad, dado que el ejercicio del uno implicaría una interferencia arbitraria en el del otro, que así resultaría impedido o, de todos modos, obstaculizado, en todo o en parte, temporal o definitivamente”: Humberto Breccia y otros, ob cit., p. 483.

⁸² Carlos Fernández Sessarego, ob cit., p. 144.

- FERNÁNDEZ SASSAREGO, CARLOS. Abuso del derecho, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1992.
- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Derecho privado romano, 2.^a ed, México, Esfinge, 1965.
- GHESTIN Y GOUBEAUX. Traité de Droit Civil, Introduction Générale, t. I, Paris, LGDJ, 1982.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. Manual de Derecho Romano, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.
- IGLESIAS, JUAN. Derecho romano, instituciones de derecho privado. 9.^a ed., Madrid, Edit. Ariel, 1989.
- JOSSERAND, LOUIS. El espíritu de los derechos y su relatividad, EGLIO SÁNCHEZ LARIOS Y JOSÉ M. CAJICA (trads), Puebla (Méx.), Edit. José M. Cajica, 1946.
- KASER, MAX., En torno al método de los juristas romanos, JUAN MIQUEL (trad.), Valladolid, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1964.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO. El derecho de los jueces, Bogotá, Legis, 2000.
- MAZEAUD, HENRY y ANDRÉ, y LEON TUNC. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, reimp., SANTIAGO SENTÍS MELENDO (trad.), Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1993.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE. Interpretación Económica de los Contratos, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.
- PERLINIERI, P. Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, 1984.
- PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. Tratado práctico de derecho civil francés, MARÍO DÍAZ CRUZ (trad.), t. VI, “las obligaciones”, La Habana, Cultural, 1936.
- RESIGNO, PIETRO. Manuale del Diritto Privato Italiano, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986.
- RIPERT, GEORGES. La regla moral en las obligaciones civiles, CARLOS VALENCIA ESTADA (trad.), Bogotá, Edit. La Gran Colombia, 1946.
- SPOTA, ALBERTO. Tratado de derecho civil. Parte general, t. I, vol. 2, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1947.
- STARCK, BORIS. Obligations, Responsabilité delictuelle, t.I, 4.^a ed., Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1991.
- VALENCIA ZEA, ARTURO Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE. Derecho civil. t. III, “De las obligaciones”, 9.^a ed., Bogotá, Temis, 1998.

ARTÍCULOS ESPECIALIZADOS.

- BARTOLE, S. “Principi generali del diritto, dir. Costituzionale”, en Enciclopedia del diritto, XXXV, Milano, Edit. Giuffr , 1986.
- GROSSO, GIUSEPPE. “Abuso del diritto”, en Enciclopedia del diritto, I, Milano, Edit. Giuffr , 1965.
- HINESTROSA, FERNANDO. “Los principios generales del derecho: aplicación y perspectiva”, Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2000.
- RENGIFO, ERNESTO. “Derecho subjetivo y concepto de ius”, Revista Jurídica
- vol. 6, n.  2, julio-diciembre de 1992, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

- SU-640 del 5 de noviembre de 1998, t. 10, 963, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

- C-083 del 1 de marzo de 1995, t.3, 55, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- C- 037 del 5 de febrero de 1996, ed. Extraordinaria, M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

SENTENCIAS DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

- T-511 del 8 de noviembre de 1993, t. 8, 446, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- T-123 del 21 de marzo de 1995, t. 3, 881, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- T-375 del 14 de agosto de 1997, t. 8, 795, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- T-94 del 2 de febrero del 2000, s.p., M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- Cas., 30 de octubre de 1935, XLIII, 310, M.P.: ANTONIO ROCHA.
- Cas., 5 de agosto de 1937, XLV, 419, M.P.: JUAN FRANCISCO M JICA.
- Cas., 21 de febrero de 1938, XLVI, 61, M.P.: ARTURO ARIAS PILONIETA.
- Cas., 19 de agosto de 1938, XLVII, 57, M.P.: HERNÁN SALAMANCA.
- Cas., 21 de noviembre de 1938, XLVI, 60, M.P.: ARTURO ARIAS PILONIETA.

- Cas., 24 de marzo de 1939, XLVII, 743, M.P.: RICARDO HINESTROSA DAZA.
- Cas., 19 de mayo 1941, LI, 283, M.P.: LIBORIO ESCALLÓN.
- Cas., 9 de abril de 1942, LIII, 302, M.P.: RICARDO HINESTROSA DAZA.
- Cas., 23 de octubre 1942, LIV bis, 206, M.P.: HERNÁN SALAMANCA.
- Cas., 22 de junio 1943, LV, 550, M.P.: RICARDO HINESTROSA DAZA.
- Cas., 7 de marzo de 1944, LVII, 76, M.P.: RICARDO HINESTROSA DAZA.
- Cas., 21 de noviembre de 1969, CXXXII, 177, M.P.: ERNESTO CEDIEL.
- Cas., 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 2.º sem., 709, M.P.: CARLOS E. JARAMILLO SCHOLSS.
- Cas., 31 de octubre de 1995, CCXXXVII, vol. II, 1269, M.P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.