

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO

*Héctor Elías Hernández Velasco**

RESUMEN

El interés del presente trabajo es establecer, de forma general, el tratamiento que se le ha dado a los principios generales del derecho específicamente al abuso del derecho por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Ello con el fin de comprender qué son los principios generales del Derecho y cómo estos se han materializado en la realidad jurídica Colombiana. De igual manera, se pretende determinar cuáles son los criterios que tuvo en cuenta la Corte Suprema para la configuración de tal principio.

Palabras clave: Norma jurídica, principio, abuso del derecho, regla, jurisprudencia.

GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM: CRITERIA FOR DEFINING THE ABUSE OF LAW

ABSTRACT

The interest of this study is to establish, in a general way, the treatment that has been given to the general principles of law and specifically to the abuse of law by the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of Colombia. This paper aims to understand the general principles of law, and how they have been materialized in the Colombian juridical reality. Similarly it attempts to determine the criteria that the Supreme Court took into account for the definition of those principles.

Keywords: Legal rule, principle, abuse of law, rule, jurisprudence.

* Profesor Titular. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Universidad Industrial de Santander. Historiador, Abogado, Especialista en Derecho Procesal Civil y Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho. UIS. Este ensayo hace parte del Proyecto de investigación titulado: "Los Principios Generales del Derecho a la Luz de la Constitución Política de 1991", financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones y Extensión de la Universidad Industrial de Santander, dentro de sus programas de investigación 2012.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN

Los principios generales del derecho en algunas legislaciones europeas y latinoamericanas, como en la colombiana, datan de la segunda mitad del siglo XIX. Al menos en teoría, los principios generales se constituyeron en fuente o criterio auxiliar a los cuales pueden recurrir los administradores de justicia en todos los eventos en que no exista ley aplicable al caso y donde no es posible aplicar la analogía *legis o iuris* como criterio hermenéutico para evitar las lagunas legales u otras fuentes del derecho como la Costumbre. En ese contexto, se puede entender cómo los principios generales representaron una de las formas que permitieron cuestionar o, si se quiere, en parte romper el exacerbado formalismo en que se sumió el ordenamiento jurídico patrio después del proceso de Independencia hasta nuestros días.

En Colombia, el reconocimiento directo de los principios generales en la Ley 153 de 1887, artículo 8º, consagró que cuando no hay 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. Pero sería solamente a mediados de los años treinta del siglo pasado, gracias a los trabajos de la llamada Corte de Oro, en pleno apogeo de la llamada “revolución en marcha” del presidente López Pumarejo, cuando propiamente este tipo de criterios auxiliares pudieron en forma directa ser reconocidos y aplicados, como ocurrió con los principios del abuso del derecho, enriquecimiento sin justa causa, error común, fraude a la ley, la imprevisión de los contratos, principios que en la doctrina y la jurisprudencia francesa de finales del siglo XIX ya empezaban a tener un gran desarrollo, con pensadores como Geny, Jossierand, León Duguit, entre otros.

Estas normas, como lo ha establecido la jurisprudencia y la doctrina desde ese momento hasta nuestros días, se caracterizan por un alto grado de abstracción, debido a que no evidencian de manera explícita un supuesto fáctico o lo presentan de manera fragmentaria, de modo que no es posible determinar con antelación los casos en los que serán aplicados. Por esta razón, suelen calificarse de normas abiertas para distinguirlas de las reglas legales llamadas cerradas, en las que sí es posible fijar directamente los supuestos de hecho¹.

De esta manera, el presente trabajo se propone como objetivo describir el tratamiento que se le ha dado a los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano y cómo estos adquieren significado en la práctica judicial, al ser fuente creadora e integradora del orden jurídico.

Metodológicamente en el presente trabajo se sigue la revisión histórica de la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde el año de 1935 hasta nuestros días, ello, con el objeto de poder establecer la forma como se dio la recepción de los principios por parte de la

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 21031 de 2005. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema y cómo estos principios adquieren el nivel de norma jurídica a la cual pueden recurrir los administradores de justicia cuando no hay regla aplicable al caso, como ocurrió con el abuso del derecho; principio que gracias a los trabajos de la Corte Suprema de mediados de la década del treinta del siglo XX logró reconocerse y aplicarse a una variedad de situaciones. Se espera mostrar, adicionalmente, que este principio se erigió en norma que propendió por evitar el ejercicio absolutista de los derechos subjetivos en cualquier área del Derecho.

I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Un giro radical en torno a la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho se produjo durante la década del treinta del siglo XX por parte de la Corte Suprema de Justicia de Colombia; ello debido, entre otras razones, por el interés del presente trabajo, a la aplicación que se le dio al artículo 8° de la ley 153 de 1887. Con el reconocimiento de estas reglas generales se dejó planteado que un ordenamiento jurídico no está compuesto solo por reglas, sino que existen principios, los cuales también son fuente de Derecho que conforman el ordenamiento jurídico, a ellos puede recurrir el fallador cada vez que no exista norma aplicable al caso; estas tienen el carácter de normas de derecho sustancial² para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas³.

En esas condiciones podemos entender, y de ahí resulta el gran mérito de la Corte Suprema, Sala Civil, de ese momento histórico que la aplicación del artículo 8° de la Ley 153 de 1887 abrió el camino para que cada uno de los principios generales del Derecho en forma progresiva se fueran adaptando a la realidad jurídica colombiana. Con una mentalidad abierta, la Corte de ese periodo introdujo el espíritu de jurisprudencia creadora, que le dio vida a 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, fraude a la ley, abuso del derecho y error común junto a otros⁴ principios que el juez indefectiblemente deberá aplicar según ese mandato que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional⁵.

Desde sus primeros planteamientos en torno a qué son los principios dentro del ordenamiento jurídico del Estado, la jurisprudencia de la Corte Suprema y la doctrina dominante han sostenido que estos constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia⁶. En ese contexto, y de forma fehaciente, se encuentra, como ya se decía, que un ordenamiento jurídico no está compuesto solo de reglas en un sentido formal, es decir, normas que tienen un

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 05360-3103-001-2003-00164-01. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

3 Ibid.

4 Ibid. En el mismo sentido ver: Revista de derecho privado Universidad Externado de Colombia, enero/junio 2000, No. 5, p. 13.

5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 05360-3103-001-2003-00164-01. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla. Además: Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Exp. 11001-3103-008-1998-00081-01.

6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 21 de febrero. Magistrado Ponente: Willian Namén Vargas.

supuesto hipotético y una consecuencia, que provienen en su proceso creativo de una autoridad legítimamente constituida como es el Congreso de la República.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, podemos afirmar que mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darles valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica⁷. Es claro, en esa medida, que las reglas jurídicas están diseñadas para ser aplicadas a casos concretos y en la materia específicamente definida por el legislador, en tanto los principios tienen unos alcances más universales pudiendo abarcar en su aplicación diversos casos que no se agotan en un mero supuesto normativo como ocurre con las reglas, en su lugar, cobijan un espectro mayor y cubren una diversidad de situaciones que no se reducen a un mero supuesto de hecho. De esa forma, se deduce que una de las notas características de los principios es, como en repetidas ocasiones lo ha manifestado la jurisprudencia de la Corte Suprema, su alto grado de abstracción⁸.

En ese marco, se comprende que tanto las reglas como los principios constituyen una fuente de derecho a la cual puede recurrir el fallador, pues ambos hacen parte del ordenamiento jurídico del Estado, ciertamente, en el entendido de la específica aplicación que se le pueda dar a una u otra, ya que como bien es sabido existe una jerarquía normativa que se debe respetar; los principios son criterios auxiliares, los cuales solo se aplican en la medida en que no haya regla o costumbre que regule el caso. En este sentido, los principios sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico⁹.

Visto de esa forma el alcance de los principios generales, podemos afirmar que estos ya no solo representan una fuente de Derecho accesoria o residual en la actividad judicial a falta de regla aplicable al caso; su papel en realidad va mucho más allá al constituirse en una fuente a la que el juez puede recurrir para que se evite cualquier forma de denegación de justicia o fallos injustos que puedan partir de los rígidos supuestos de las reglas; los principios no son meras normas supletorias sino son verdaderas fuentes a las cuales pueden acudir los falladores en su actividad¹⁰.

Desde los procesos de codificación en el siglo XIX, el legislador ya no era visto como un agente omnisciente que eleva en una regla todos los posibles supuestos hipotéticos que pudieran surgir de la práctica social, hecho de donde se deriva que ninguna codificación puede ser vista como una obra hermética y autosuficiente¹¹, como en algún momento y a la luz del Código Napoleónico en Francia se quiso ver por pensadores como los de la llamada escuela de la exégesis durante el siglo XIX, quienes pretendieron ver en la Ley y

7 CONSEJO DE ESTADO. Fallo 31447 de 2007. Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

8 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Agosto 16 de 2007. Ref. No. 25875 31 84 001 1994 00200 01. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

9 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 05360-3103-001-2003-00164-01. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla. También ver: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Exp. 11001-3103-008-1998-00081-01.

10 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Agosto 16 de 2007. REF. No. 25875 31 84 001 1994 00200 01. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

11 Ibid.

específicamente en el Código 1804 la única fuente de derecho a la cual podía recurrir el fallador en la resolución de los conflictos judiciales.

En la nueva dinámica de la teoría del derecho y en la misma práctica judicial, los principios dejan de ser meros criterios supletorios y los jueces, de igual forma, abandonan la vieja concepción de ser solamente, de acuerdo con Montesquieu, la boca de la ley. En el actual marco jurídico colombiano los jueces se convierten en artífices o creadores de derecho a través de sus providencias judiciales, pero no solo con efectos vinculantes inter-partes sino con efectos *erga omnes*, como ocurre con los fallos de la Corte Constitucional y progresivamente como se va viendo con los proferidos por la Corte Suprema y el Consejo de Estado. Cabe recordar que los principios en nuestro medio lograron adoptarse y configurar en cada uno de ellos sus ingredientes normativos, gracias al papel jugado por la Corte Suprema de los años treinta¹².

En términos generales, con la incorporación de los principios generales del derecho como fuente a la cual pueden recurrir los administradores de justicia, se produjo en el ordenamiento jurídico del Estado una ruptura con el exacerbado formalismo dominante desde el siglo XIX, dándose con ello un mayor dinamismo en los procesos creadores de las normas jurídicas por parte de los administradores de justicia, como ocurrió con el reconocimiento de cada uno de los principios generales del Derecho, que permitieron resolver situaciones litigiosas en las cuales las reglas no consagraban esos supuestos hipotéticos.

Cada uno de los principios generales permite ser un elemento corrector de situaciones injustas y se erigen en elementos integradores del orden jurídico en la resolución de los conflictos en diversas materias, donde como bien se ha expresado, el Legislador no reconoció regla específica al caso, como ocurrió con el enriquecimiento sin justa causa, la imprevisión de los contratos, el error común, la buena fe o el abuso del derecho. En estos principios, el fundamento se da en la búsqueda de la justicia material, en la equidad o en la confianza que todos debemos tener en las relaciones sociales con trascendencia jurídica.

El enriquecimiento sin justa causa, por ejemplo, se constituyó en un principio que permite corregir cualquier desequilibrio económico, cuando no exista una justa causa, es decir, cuando una persona incrementa su patrimonio a expensas de otro sin que haya obrado ninguna fuente de obligaciones como el acto jurídico, el hecho jurídico o la Ley. Este principio, que por demás se consagró en fuente de obligación civil y que hoy en día es permisible su aplicación en otras áreas del Derecho, tiene supeditada su procedencia a la circunstancia de que el empobrecido no haya contado con un medio diferente para restablecer el equilibrio roto por el desplazamiento patrimonial¹³.

La imprevisión de los contratos se configura cuando ellos impliquen prestaciones periódicas de bienes y frente a una situación imprevista, imprevisible e irresistible¹⁴, que genere un cambio drástico en las cargas económicas que deba soportar una de las

12 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá D. C., 21 de mayo de 2002. Ref: Expediente No. 7061. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez.

14 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XLV. Sentencia Casación, 29 de octubre de 1936. p. 457.

partes al cumplir sus obligaciones; esta parte afectada tiene derecho a que se restablezca el equilibrio económico en el contrato¹⁵. En otras palabras, cuando en la ejecución del contrato afloran circunstancias extraordinarias, registrándose casi siempre fenómenos económicos que producen alteraciones significativas a los precios o dificultades graves en la importancia o suministro de productos y bienes que hacen que uno de los contratistas no cumpla con su obligación o incluso los dos contratistas, lo cual se traduce en que el equilibrio del contrato se afecta de manera ostensible, a tal punto que la norma prevé que, si es posible, el juez ordene los reajustes para el equilibrio del contrato conforme a la equidad, igualmente, dispondría la terminación del contrato¹⁶.

El principio del error común tiene como fundamento la protección contra la ley misma al que no ha cometido ninguna culpa, por lo tanto, el fin de este principio es proteger a terceros de buena fe, al reconocerse efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible y ha hecho ceder ante ella la realidad jurídica. El error en que este ha caído engendra todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuir porque tal error fue inevitable. La apariencia invencible se coloca en el mismo pie de igualdad que la realidad; de estos presupuestos se desprende el criterio jurisprudencial, de ahí el “error communis” aparece como una regla de orden público protector del interés social que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Siendo una de las manifestaciones de ese movimiento poderoso que “sacrifica el interés individual al interés social y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante”¹⁷.

En la pléyade de principios que se aceptaron en la década del treinta del siglo pasado, de igual forma, cobró importancia el principio de la buena fe, el cual como máxima tiene que la actuación de una persona debería darse con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con la actuación de mala fe; y se entiende que procede de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud¹⁸. Las complejas características de la vida moderna exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos¹⁹. En esa medida, la buena fe se entiende como uno de los principios que más ha trascendido en la legislación nacional, en su jurisprudencia y en la doctrina nacional. Al igual que los otros principios referenciados, durante la década de los treinta del siglo XX, la Corte Suprema y Tribunales de Distrito Judicial asumieron el estudio de esta norma en su contexto histórico, partiendo desde los albores del derecho romano, con su reconocida “bona fides”, pasando por los canonistas, los cuales apelaron a la “fides católica” para resolver los conflictos que siempre han surgido entre la ética y la legalidad.

15 *Ibidem*.

16 CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá D.C., 14 de agosto de 1997. Radicación número: 1011. Actor: Director Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Consejero ponente: César Hoyos Salazar.

17 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 16 de agosto de 2007. Ref. No. 25875 31 84 001 1994 00200 01. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

18 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo LXXXVIII, p. 223. Sala Civil. Sentencia de 23 de junio de 1958. También ver: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 30195. 27 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader.

19 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T-427 de 1992. Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Martínez Caballero.

En forma general, cada principio requiere un estudio particular, como se viene realizando en el desarrollo de la investigación general en la cual se circunscribe este trabajo, por ello, el interés está restringido al análisis de los criterios que tuvo en cuenta la Corte Suprema para la configuración del principio del abuso del derecho, a la luz de los criterios sentados por la Corte Suprema de Justicia.

2. EL ABUSO DEL DERECHO

El reconocimiento del abuso del derecho fue una corriente mundial que se gestó inicialmente en Europa a mediados del siglo XIX y se difundió durante el siglo XX a los países latinoamericanos, entre los que se cuenta Colombia; se dio como reacción abierta al ejercicio absolutista de los derechos, siendo desarrollado y aplicado a una variedad de situaciones y bajo unos criterios definidos por la Corte Suprema. Ello debido a que la legislación colombiana no reconoció medios o fórmulas positivas a la teoría del abuso del derecho, como lo tiene dicho la Corte Suprema; lo que hasta hoy existe en la materia sobre el derecho nacional es producto de la estructuración jurisprudencial de la teoría jurídica sobre los principios generales consignados en el Código Civil²⁰.

Los criterios que la Corte Suprema de Justicia elaboró en forma decidida se dieron en la década del treinta del siglo XX con la llamada Corte de Oro. En ese momento, la Corte tuvo en cuenta para la configuración de la figura del abuso, los planteamientos teóricos de Josserand, Ripert, Henri y León Mazeaud, Colin y Capitant, Geny, entre muchos otros. La labor hecha por el alto tribunal fue y sigue siendo muy encomiable, debido a que logró que se tuvieran en cuenta como normas jurídicas a los principios generales del Derecho en todos aquellos eventos en que no existiera regla aplicable al caso y en los cuales una persona resultara afectada o perjudicada en sus intereses patrimoniales y extrapatrimoniales. El momento histórico en el cual fue adoptada la figura responde a los cambios políticos, económicos y sociales que se venían dando a nivel mundial y nacional, estos ameritaban una reconsideración del papel del individuo frente al Estado y frente a los demás miembros de la sociedad. En torno a ello, sentó la Corte el criterio según el cual:

Gracias a encomiables esfuerzos impulsados por necesidades de la vida práctica que se hicieron sentir en el mundo occidental a partir de la segunda mitad del siglo pasado y debido, así mismo, a una saludable tendencia ideológica de humanización del Derecho privado en todas sus manifestaciones que por la misma época tuvo expresivos desarrollos en la jurisprudencia francesa, hoy en día se tiene por sabido que, por obra de la llamada teoría del 'abuso del derecho', a propósito del ejercicio de cualquier facultad encajada en una situación jurídica individual activa y de contenido patrimonial, preciso es de distinguir entre el 'uso' y el 'abuso' en dicho ejercicio, puesto que aun cuando (...) procede a afirmar con fuerza los derechos subjetivos porque de su reconocimiento depende la dignidad de la existencia humana, vivida en la plenitud de su dimensión personal (...) no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido consagrados, y se utilicen

20 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo 54^o. Bogotá 23 de octubre de 1942, pp. 204-209, Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

en cambio como armas de agresión para so juzgar y explotar a los demás. De ahí que el titular de los derechos, no debe salirse de madre; no se la debe considerar como un fin absoluto al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo (...) Si es legítimo el ejercicio de los derechos, no puede tolerarse su abuso (...) (Jorge Joaquín Llambias. Tratado, Tomo II, Cap. X, número. 1265, bis)²¹.

El reconocimiento y aplicación de la figura del abuso, como se irá viendo progresivamente, puede darse en cualquier evento en que una persona en forma abusiva ejerza sus derechos subjetivos y ocasione un perjuicio. En esa medida, el mérito de la Corte es la precisión para el ordenamiento jurídico colombiano de los criterios que permiten definir la figura del abuso del derecho: son ellos el criterio social, funcional o finalista, el criterio intencional y el de la culpa.

2.1. Criterio social, funcional o finalista

La “Corte de Oro” en la elaboración de este criterio partió de los planteamientos que Josserand venía desarrollando en Francia como respuesta al ejercicio absolutista de los derechos. A finales del siglo XIX las concepciones absolutistas de los derechos habían entrado en crisis, al punto que la Corte colombiana en 1899 ya daba cuenta de esa discusión. Según el criterio que se fue moldeando, queda dado que los derechos son prerrogativas causadas en su origen y consecuentemente limitadas en su existencia, como tal no podrán ejercerse con fin distinto de aquél para el cual los ha reconocido el legislador²².

Conforme a estos planteamientos, los derechos tienen su razón de ser, una misión que cumplir y un fin del cual no le es posible al titular del derecho desviarse, ello debido a que, como lo reitera la jurisprudencia de la Corte: los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven más que al individuo; por lo tanto, no son absolutos sino relativos, se ejercitan dentro del plano de la respectiva institución, acorde con espíritu que los inspiran; no es lícito imprimirles una falsa dirección sin el abuso de ellos²³.

El abuso del derecho surge del ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, a saber, el sujeto actuaría conforme al supuesto de hecho de la norma, pero propiamente en la práctica existiría un exceso en su ejercicio o una desviación de la finalidad que le es propia a cada derecho económico o socialmente²⁴. En derechos como el de propiedad, por ejemplo, el titular del derecho de dominio debe ceder al interés social, como sería en la construcción de obras públicas o en no perjudicar a sus vecinos en las relaciones de vecindad. La jurisprudencia francesa registra diversos casos desde mediados del siglo XIX que permiten ilustrar la figura, como fue el caso en que un propietario construye sobre su propio predio una chimenea falsa para privar a su vecino de luz (Rengifo García,

21 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Junio 23 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo. También ver: Gaceta Judicial. Tomo. XLIII, pp. 310 y ss. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo. XLVI, Número. 1932-1939. pp. 793 y ss. Año 1938. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo LVII, p. 74. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo. CCXXXI, Vol. I. p. 744. Segundo semestre 1994.

22 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XLVII, Pág. 742- 749, Bogotá Marzo 24 de 1939. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.

23 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XLVII. Agosto 24 de 1938. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

24 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Sala de casación civil- Bogotá, 27 de mayo de 1943- Tomo 55. Página 315-320. Magistrado Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza.

2004, p.45), o el ejemplo que trae a colación el profesor Tamayo Lombana (2005, pág. 119), del dueño de un predio que cuelga frente a las ventanas de su colindante el maniquí de un ahorcado “de aspecto repugnante”, o el propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su predio para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino (Rengifo, 2004, pág.45-46).

En los anteriores eventos, a priori, se podría afirmar que el titular del derecho de dominio no hizo otra cosa sino ejercer los atributos que tiene sobre la cosa, y como tal no comprometería su responsabilidad, ni tendría por qué resarcir los perjuicios que le pudiese irrogar a sus vecinos, pero visto ese ejercicio a la luz de la teoría de la relativización de los derechos subjetivos, no cabe duda que todo el que ocasione un daño, ya sea con dolo o con culpa, como dispone el artículo 2341 del Código Civil colombiano, deberá resarcirlos. Ello, como se ha venido explicando, con fundamento en el criterio jurisprudencial dominante de la Corte Suprema. De este modo, nadie se puede apartar del fin económico y social, en un ejercicio anormal del derecho²⁵.

La doctrina que terminó dominando, incluso hasta hoy en día, dejó establecido que quien abuse de sus derechos y cause daño a otro compromete su responsabilidad y deberá resarcir los perjuicios. Dicha doctrina se vio reforzada a partir de la Constitución de 1991, la cual a su vez tuvo como referente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente el artículo 29, en el que se dispuso que “*toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad*”, estas consideraciones doctrinales fueron incorporadas al orden interno con el llamado “Bloque de Constitucionalidad”²⁶. Concomitantemente, el artículo 95 de la Constitución Colombiana dispone que son deberes de la persona y del ciudadano: “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”²⁷.

En forma general, se puede afirmar que este criterio se materializa conforme al postulado que cada uno de los derechos subjetivos de que se encuentra investida una persona tiene una misión social y económica que cumplir y una finalidad que le es propia, cuya utilización implica un abuso que genera la obligación de indemnizar los perjuicios que por ello se causen.

2.2. Criterio intencional y el de la culpa

En torno a este criterio, se parte de la noción de que toda persona en sociedad no puede ejercer sus derechos subjetivos con la intención de causar daño a otra persona, so pena de incurrir en responsabilidad civil, la cual en materia de la teoría del abuso del derecho, parte del supuesto de la existencia del dolo o de la temeridad o imprudencia en quien ejerce sus derechos subjetivos. Para la Corte Suprema, desde los años treinta del siglo XX, este tipo de responsabilidad ha sido entendida como un tipo particular de culpa *aquiliana*²⁸, en torno a la cual, siguiendo textualmente el criterio jurisprudencial dominante, se ha

25 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo 42, Número 1901-2. Sentencia de 6 de septiembre de 1935. También ver: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo LI. Bogotá, abril 10 de 1941. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

26 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

27 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: T-1676 de 2000. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

28 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo. XLVI. p. 60. Sentencia de 21 de febrero de 1938.

ido 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 intencionada²⁹.

Esta responsabilidad se registra, como lo muestra el magistrado Hernán Salamanca en sentencia de 1938, cuando el derecho se ejerce de una manera mal dirigida, en otras palabras, distinta de su propia y natural destinación o fuera de sus límites adecuados, casos estos en los que la intención maliciosa cede su lugar preferentemente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento constitucional de la culpa, y que componen los llamados actos excesivos³⁰. La culpa, en concordancia con el magistrado Salamanca en otra providencia, es el elemento determinante en este criterio particular para la configuración de la teoría del abuso del derecho, en la cual se puede incurrir cuando una persona, como se insiste, tiene la intención de perjudicar a otra o cuando se incurre en error de conducta, la cual, según el tratadista Mazeud, es aquel error que no lo habría cometido una persona avisada, situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño. Es preciso resaltar que la jurisprudencia y la doctrina no consideran ya la culpa como una noción solamente subjetiva, sino también objetiva y que, por lo tanto, puede existir a consecuencia de hechos ejecutados sin la intención de dañar³¹.

Sumado a los planteamientos de los hermanos Mazeud en relación con el error de conducta, la Corte en sus primeros fallos en torno a la figura del abuso, trajo a colación los planteamientos de Colin y Capitant, para quienes no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, esto es el *animus nocendi*, basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado³².

Por su parte, Beudant plantean que no solo hay abuso del derecho cuando se ejercita con la intención de dañar, sino también cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente puesto en las mismas condiciones no habría cometido³³. Conforme con Larombière, para que una perfecta irresponsabilidad garantice el ejercicio de un derecho hay que ejercitarlo prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar y sin exceder los justos límites³⁴. Para Marcel Ripért, como lo muestra el jurista Javier Tamayo Jaramillo), la teoría del abuso del derecho:

29 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo No. 1927. pp. 419- 422. Agosto de 1937.

30 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XLVII. pp. 54-59. Agosto 24 de 1938. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

31 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo LI de 10 de abril de 1941. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.
32 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo No. 1927 de 5 de agosto de 1937. pp. 419- 422. Ver también: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 21 de febrero de 1938. Magistrado ponente: Arturo Tapias Pilonieta. Tomo 46, numero 1932 Pág. 56 – 63. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Sala de casación civil. Bogotá, 4 de abril de 1940. Tomo 49- Páginas 208- 217. Magistrado Ponente: Fulgencio Lequerica Vélez.

33 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XLVII. Pág. 742- 749. Marzo 24 de 1939. Magistrado Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza.

34 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Sala de casación civil. Bogotá, 4 de abril de 1940. Tomo 49- Páginas 208- 217. Magistrado Ponente: Fulgencio Lequerica Vélez.

no sólo exige la intencionalidad como fundamento del abuso del derecho, sino que también afirma que esta institución no se enmarca dentro del universo de la responsabilidad civil, sino que pertenece más bien al deber moral de cumplir fielmente con los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico (2010, p, 589).

Algunos ejemplos que enuncia la Corte permiten ilustrar la configuración de este criterio culpabilista. El propietario que ejecuta excavaciones en su predio con la mira exclusiva de secar una fuente o manantial de su vecino; o el acreedor que por su 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 hasta la ruina; o el litigante que, confiando en su causa, promueve temerariamente una controversia judicial y, después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella, sin una justa causa³⁵.

En estos eventos en los que se configura la intención o la falta de cuidado o diligencia en el ejercicio de los derechos subjetivos, necesariamente lleva a la configuración de un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana* por el hecho propio, contemplada en el artículo 2341 del Código Civil. En esa medida, debe entenderse que cuando se configura este tipo de criterio, es necesario que el demandante no solo demuestre la configuración del abuso del derecho con la calidad de culposo, adicionalmente, es necesario que demuestre el daño que le haya sido irrogado o que haya padecido, además, la relación de causalidad, pues como especie de la responsabilidad civil, será fuente de indemnización cuando se pruebe que existen los tres elementos clásicos de la responsabilidad³⁶. En otras palabras, hay que demostrar simultáneamente:

1. Existencia de una conducta culposa por parte de quien ejerce un derecho.
2. Causación de un daño a los intereses de otro.
3. Relación directa de causalidad entre la conducta culposa y el daño irrogado³⁷.

La teoría del abuso del derecho, a la luz del criterio que se viene abordando, ha sido admitida y sostenida por la Corte de manera uniforme en reiterados fallos de casación, al punto de constituir una doctrina incorporada definitivamente en la jurisprudencia nacional. De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, se puede concluir que hay abuso del derecho cuando su titular lo ejerza dolosamente o culposamente, en otros términos, cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar o bien sin diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios.

En esa medida, como lo plantea el magistrado Hernán Salamanca, corresponde necesariamente al arbitrio judicial la indagación a través de todas las pruebas, la intención y los móviles para poder deducir si el uso de un derecho objetivamente legal es acto lícito por moverse dentro de la órbita jurídica normal o ilícito, capaz de ser fuente de responsabilidad, por desviarse de sus fines honestos y serios en forma inmoral o

35 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. No. 1927. pp. 419- 422. Agosto 5 de 1937. Ver también: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XLVI. Números: 1932-1939.

36 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Junio 8 de 1999. Referencia: Expediente No. 5157 Ponente: Nicolás Bechara Simancas.

37 TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sentencia septiembre 13 de 2007. Magistrado Ponente: Ricardo Zopó Méndez.

antisocial³⁸. Lo aquí dicho se puede reforzar con el criterio jurisprudencial que dejó sentado el Tribunal de Bogotá en el año 2007:

En tratándose de responsabilidad aquiliana derivada de abuso de los derechos, especial atención merece el primero de los requisitos citados, esto es la existencia de una conducta culposa constitutiva de ejercicio abusivo de un derecho, por cuanto al no consagrarse en nuestro derecho positivo una definición legal de lo que debe entenderse por abuso, "(...)su existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esta figura adquiere relevancia. Por eso, con evidente acierto expresaba en I.926 H. Capitán en un escrito dedicado al tema (Sur l'Abus des Droits, Revista Trimestral de Derecho Civil, París) que con el rigor exigido en un comienzo por las distintas corrientes de pensamiento, es imposible en verdad diseñar una fórmula única aplicable a cualquier clase de derechos que permita definir el "abuso" en su ejercicio, toda vez que en algunas situaciones que por lo común corresponden al campo de la responsabilidad civil extracontractual se requerirá en el autor la intención de perjudicar o bastará la culpa más o menos grave y aún la simple ausencia de un interés o utilidad, mientras que ante situaciones de otra naturaleza habrá por necesidad que acudir (...) a la finalidad de la institución del derecho de cuyo ejercicio se trata, e incluso, las buenas costumbres reinantes en la correspondiente actividad; en suma, nada hay de insensato en entender, guardando consonancia con estas directrices básicas, que los tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos(...)"³⁹.

CONCLUSIÓN

En términos generales se puede establecer que con el reconocimiento de los principios generales del Derecho como criterio auxiliar, al menos teóricamente, se dejó planteado que un ordenamiento jurídico no puede estructurarse solo a partir de reglas cerradas provenientes de una sola autoridad soberana. Contrariamente, en aras de evitar lagunas y denegación de justicia, se tuvo que echar mano al reconocimiento de otras fuentes y criterios a los cuales podían recurrir los jueces para fundamentar y decidir los litigios puestos a su consideración; con ello, como se insiste, se estableció que un ordenamiento jurídico debe ser coherente y estructurarse de tal forma que, en ningún momento, pueda ser fuente de vacíos que den lugar a fallos injustos o que lleven a inhibiciones por parte de los jueces, por inexistencia de norma aplicable al caso. Precisamente, esto fue lo que trataron de materializar el legislador de 1887 y la jurisprudencia de la Corte Suprema después de 1935, al reconocerse los distintos principios y en ellos, de forma específica, el abuso del Derecho.

Desde mediados de la década del treinta del siglo XX, la Corte Suprema dejó establecido que se configura el abuso del derecho cuando una persona ejerce sus derechos subjetivos contrariando el espíritu que guía cada derecho o actuando con la intención de dañar, igualmente se puede dar el abuso del derecho cuando se actúa faltando a las precauciones

38 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta judicial. Tomo 54^a. Bogotá 23 de octubre de 1942- pp. 204-209. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

39 TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sentencia septiembre 13 de 2007. Magistrado Ponente: Ricardo Zopó Méndez. Ver también: Henri y León Mazeaud cit. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*, Edit. Temis, 1.994, p. 317. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 19 de octubre de 1994. Magistrado Ponente: Esteban Jaramillo Schloss.

o a la diligencia en el ejercicio de un derecho. De configurarse uno cualquiera de estos criterios, necesariamente surge para la persona que ejerció en forma absolutista sus derechos el deber de resarcir los perjuicios. De acuerdo al artículo 2341 del Código, el demandante deberá demostrar cada uno de los elementos de la responsabilidad: daño, nexos y la culpa.

La aplicación de esta teoría puede darse en cualquier área del Derecho. Por ejemplo, en materia del derecho de propiedad privada, en los embargos excesivos, en los denuncios penales, en las relaciones contractuales o en el ejercicio de las acciones constitucionales como la tutela o la acción pública de inconstitucionalidad. Hay que tener en cuenta que después de 1991, el principio del abuso del derecho adquirió el rango de principio constitucional, al consagrarse expresamente en el artículo 95 de la Carta Política, hecho que incide en la irradiación que adquiere tal principio en cualquier área del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Exp. 11001-3103-008-1998-00081-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Octubre 7 de 2009. Ref: Exp. No 05360-31-03-001-2003-00164-01. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 16 de agosto de 2007. Ref. No. 25875 31 84 001 1994 00200 01. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 30195. 27 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 21031 de 2005. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá D. C., 21 de mayo de 2002. Ref: Expediente No. 7061. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia. Junio 23 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia. Junio 8 de 1999. Referencia: Expediente No. 5157 Ponente: Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo. CCXXXI, Vol. I. Segundo semestre 1994.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo LXXXVIII. p. 223. Sala Civil. Sentencia de 23 de junio de 1958.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Sala de casación civil- Bogotá, 27 de mayo de 1943- Tomo 55. Página 315-320. Magistrado Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo 54^a. Bogotá 23 de octubre de 1942, pp. 204-209, Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo LI. Bogotá, abril 10 de 1941. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo LI de 10 de abril de 1941. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Sala de casación civil. Bogotá, 4 de abril de 1940. Tomo 49. Páginas 208- 217. Magistrado Ponente: Fulgencio Lequerica Vélez.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Sala de casación civil. Bogotá, 4 de abril de 1940. Tomo 49. Magistrado Ponente: Fulgencio Lequerica Vélez.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo XLVII. Bogotá. 24 de Marzo de 1939. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo. XLVI. p. 60. Sentencia de 21 de febrero de 1938.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo XLVII. pp. 54-59. Agosto 24 de 1938. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo No. 1927. pp. 419- 422. Agosto de 1937.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo. XLVI, Número. 1932-1939. pp. 793 y ss. Año 1938.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo XLVII, Bogotá Marzo 24 de 1939. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.

Corte Suprema de Justicia. Tomo XLVI. Número 1932. Sentencia de 21 de febrero de 1938. Magistrado ponente: Arturo Tapias Pilonieta.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo No. 1927 de 5 de agosto de 1937.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo XLV. Sentencia Casación, 29 de octubre de 1936.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo 42, Número 1901-2. Sentencia de 6 de septiembre de 1935.

CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado. Fallo 31447 de 2007. Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá D.C., 14 de agosto de 1997. Radicación número: 1011. Actor: Director Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Consejero ponente: César Hoyos Salazar.

CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional. Sentencia: T-1676 de 2000. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia. T-427 de 1992. MP: Doctor Alejandro Martínez Caballero.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (1994). *Introducción al Derecho*. Edit. Temis.

Rengifo Garcia. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Tamayo Jaramillo, Javier. (2010). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.

Tamayo Lombana. Alberto. (2005). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, p.45

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sentencia septiembre 13 de 2007. Magistrado Ponente: Ricardo Zopó Méndez.