

# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE LOS DERECHOS CONTRACTUALES: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LAS RAÍCES MORALES DE ESTE RÉGIMEN.

Recibido: Oct. 18, 2021 Evaluado: Nov. 17, 2021 Aceptado: Nov. 29, 2021

Joaquín Acosta Rodríguez  
Mónica Lucía Fernández Muñoz  
Universidad La Gran Colombia

## Resumen

En Colombia la prohibición del abuso del derecho ha alcanzado rango constitucional. Así, se aumenta el deber en el operador jurídico de darle efecto útil a tal disposición, también en el ámbito contractual. Sin embargo, la noción de abuso se observa altamente problemática, y de esta manera ha sido vista como una amenaza a la seguridad jurídica. No obstante, su empleo se verifica en la jurisprudencia iusprivatista de manera creciente en la mayor parte de las ramas del Derecho. La especialidad contractualista de ninguna manera constituye excepción a esta tendencia. En consecuencia este imperativo exige investigar la concreción del abuso en los vínculos contractuales a fin de resaltar, inventariar y analizar todas las manifestaciones de abuso en el ámbito contractual. Para tales efectos y partiendo de investigaciones doctrinales precedentes en Derecho francés de contratos se efectuará una aproximación histórica de la teoría del abuso del derecho. De esta manera la presente exploración irá desde los precedentes del derecho romano hasta los albores de la Era moderna, mediante la comprensión del abuso contractual en tanto que conducta merecedora de sanción a la culpabilidad de los contratantes.

**Palabras clave:** abuso del derecho, abuso de prerrogativa contractual, derecho comparado de contratos, historia del derecho de contratos.

**Los autores:** Abogado universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Comercial y Máster en Derecho Privado *université Paris II (Panthéon-Assas)*. Doctor en Derecho de los Negocios *université de Bordeaux*. Docente investigador de la facultad de Derecho de la universidad La Gran Colombia. Correo: [joaquinacosta2001@yahoo.fr](mailto:joaquinacosta2001@yahoo.fr)

Ph. D. (Becaria) en Persona y Tutelas Jurídicas por la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa (Italia). Abogada de la Universidad del Cauca. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia. Tutora de la Maestría en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás. Docente Universitaria. Correo electrónico: [monicaferranandez@usantotomas.edu.co](mailto:monicaferranandez@usantotomas.edu.co)

The constitutionalization of the prohibition of abuse of contract rights: a historical approach  
TO THE MORAL ROOTS OF THIS REGIME.

**Joaquín Acosta Rodríguez**  
**Universidad La Gran Colombia**

**Abstract**

In Colombia, the prohibition of abuse of rights has reached constitutional status. Thus, the duty of the legal operator to give useful effect to such provision is increased, also in the contractual sphere. However, the notion of abuse is highly problematic, and thus has been seen as a threat to legal security. However, its use is increasingly verified in business jurisprudence as most branches of Law. The contract specialty is by no means an exception to this trend. Consequently, this imperative requires investigating the specificity of abuse in contractual ties in order to highlight, inventory and analyze all manifestations of abuse in the contractual sphere. For this purpose, and based on previous doctrinal investigations in French contract law, a historical approach of the theory of abuse of law will be carried out. In this way, the present exploration will go from the precedents of Roman law to the dawn of the modern Era, through the understanding of contractual abuse as conduct worthy of sanction to the guilt of the contracting parties.

**Keywords:** abuse of law, abuse of contractual prerogative, comparative contract law, history of contract law.

**The author.** Lawyer Santo Tomás university. Advanced degree in Trade Law and Master in Private Law *université Paris II (Panthéon-Assas)*. Ph. D. in Business Law *université de Bordeaux*. Teaching researcher of Law faculty of La Gran Colombia university. E-mail: [joaquinacosta2001@yahoo.fr](mailto:joaquinacosta2001@yahoo.fr)

## Introducción

El numeral 1º del artículo 95 de la Constitución colombiana exige « respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios »<sup>1</sup>. Por su parte el abuso se define como « acción y efecto de hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o alguien »<sup>2</sup>. Para el profesor Cornu, se trata en Derecho del « uso excesivo de una prerrogativa jurídica »<sup>3</sup>. La prohibición de abuso constituye actualmente uno de los medios supremos que permiten sancionar al demandante deshonesto justo cuando piensa que va a triunfar<sup>4</sup>. De esta manera se trata, una vez más, de garantizar la equidad y así las justicia<sup>5</sup>. De esta manera y tal como acontece con la buena fe la noción de abuso es naturalmente problemática<sup>6</sup> y por ende aparece poco compatible con la seguridad jurídica<sup>7</sup>. Sin embargo recientemente la cualificación de abuso se multiplica en todas las direcciones<sup>8</sup>: derecho civil, derecho de sociedades, derecho de la competencia, derecho penal, derecho fiscal o derecho laboral. El mismo fenómeno se aprecia en Derecho de contratos<sup>9</sup>. En consecuencia este imperativo exige investigar la concreción del abuso en los vínculos contractuales a fin de resaltar, inventariar y analizar todas las manifestaciones de abuso en el ámbito contractual. No obstante el desarrollo del abuso en el contrato es un fenómeno esencialmente reciente<sup>10</sup>. Desde luego, la noción de mala fe podría absorber la cuestión del abuso. Aumentando la confusión, la jurisprudencia emplea ocasionalmente los dos términos sin aparentemente distinguirlos. El creciente empleo de las dos nociones – actualmente en Colombia de rango constitucional- así como su frecuente sinonimia impone entonces confrontarlas<sup>11</sup>. Se puede, para tales efectos, partir de investigaciones doctrinales

---

<sup>1</sup> Art. 95 CP: « La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (...).

<sup>2</sup> Real Academia Española, diccionario de la lengua española. Disponible en el sitio web <https://dle.rae.es/abusar>

<sup>3</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 6<sup>ème</sup> éd., PUF, 2004. Texto original: « *l'usage excessif d'une prérogative juridique* » (todas las traducciones del francés son libres del autor).

<sup>4</sup> Georges Ripert, « *Abus ou relativité des droits* », in RCLJ, 1929, 33, n° 1.

<sup>5</sup> Georges Durry, obs. sous, 12 oct. 1971, RTD Civ. 1972, 395, p. 398.

<sup>6</sup> Pierre Godé, « *Observations sous le décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant détermination les premières clauses réputées abusives* », RTD Civ. 1978, p. 744 s., esp. p. 746.

<sup>7</sup> Denis Mazeaud, « *Le juge face aux clauses abusives* », en *Le juge et l'exécution du contrat, colloque IDA Aix-en-Provence*, PUAM, 1993, p. 23 s., esp. p. 26.

<sup>8</sup> Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 2, p 2.

<sup>9</sup> Joaquín Acosta – José Gual. J. M. “La delimitación de la libertad contractual en virtud de exigencias sociales”. En *IUSTA*, (55). 2021. <https://doi.org/10.15332/25005286.6850>

<sup>10</sup> *Op. cit.*, n° 5, p. 5.

<sup>11</sup> Los defensores de una concepción amplia de la buena fe encontrarán en los desarrollos siguientes aspectos y conceptos que habrían asimilado a la mala fe. En este punto, la querella será –creemos- mayoritariamente semántica. Los fenómenos que unos denominarán « mala fe » corresponderán para otros al « abuso ». No obstante, ¡Qué importa el término, en tanto que la lógica del fenómeno sea decantada!!!

precedentes<sup>12</sup>. De esta manera tales hallazgos en Derecho francés de contratos anuncian una síntesis del estado del debate que podría desembocar en una auténtica teoría<sup>13</sup>, la cual aclarará los elementos que la cualificación de abuso observa con los principios fundamentales del Derecho de contratos. Tal enfoque permitiría superar la desconcertante diversidad abigarrada de presentaciones contradictorias otorgadas a la teoría del abuso del derecho no sólo en Colombia<sup>14</sup> sino igualmente en la doctrina jurídica foránea<sup>15</sup>.

## Metodología

Siguiendo el método empleado en investigaciones precedentes<sup>16</sup>, daremos inicio al presente ejercicio a través de la dimensión histórica de la teoría del abuso del derecho. En consecuencia la presente exploración irá desde los precedentes del derecho romano hasta los albores de la Era moderna, mediante la comprensión del abuso contractual en tanto que conducta merecedora de sanción a la culpabilidad de los contratantes.

**La mirada sobre el derecho francés para mejor comprender la problemática latinoamericana.** Sin ninguna duda el derecho francés, pionero de la codificación, ha constituido un modelo que ha sido ampliamente difundido no sólo en Europa, sino que su influencia se ha extendido a otros sistemas de obediencia romanista, tales como los derechos de América latina<sup>17</sup>. Ahora bien, en lugar de efectuar un estudio que consistiría en cantonarse en una comparación estricta del derecho de contratos en los regímenes jurídicos colombiano

---

<sup>12</sup> Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000; adde Abbas Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Paris, LGDJ, 2001; Pascal Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », en *CD entr.* 1998, n° 6, p. 30; Sophie Stijns, « Abus, mais de quel(s) droit(s)? réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels », en *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1990; Georges Ripert, « *Abus ou relativité des droits* », in *RCLJ*, 1929, n° 1; Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus de droit*, Paris, 1927, rééd. Dalloz, 2006; en el caso del Derecho colombiano v. Ernesto Rengifo, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado, 2004.

<sup>13</sup> Es decir un sistema explicativo racional. V. en tal sentido André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF 1993, v° « théorie », sens général: « construction spéculative de l'esprit rattachant des conséquences à des principes »; adde sens 3°: « ce qui est l'objet d'une conception méthodique, systématiquement organisée ».

<sup>14</sup> V. en tal sentido Ernesto Rengifo, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado, 2004.

<sup>15</sup> Milivoje MARKOVITCH, (M.), *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Thèse Lyon, 1936, p. 17 s.

<sup>16</sup> Joaquín Acosta, "Libertad, derecho y democracia: un análisis desde el paradigma del contrato (individual y social)", en *Estudios de Derecho*, 2019, 116-135.

<sup>17</sup> Sobre la difusión del *Code Napoléon* en América Latina v. Matthew Mirow, « The power of Codification in Latin America. Simón Bolívar and the Code Napoleon », en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 2000, p. 83 s.; Alejandro Guzmán, *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000; *Id.*, *Estudios de historia dogmática y sistémica sobre el código civil chileno-colombiano*, Diké, Bogotá, 2009; igualmente, "El código Napoleón y el Código Civil de Chile", en *Boletín de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* 10, 1994, p. 1361 s.; Carlos Ramos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Universidad Católica del Perú, Lima, 1997; Christian Larroumet, dir. *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine*, Actes du colloque international organisé par l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2004; Jorge Cortabarría, "El Code Napoleón y sus comentaristas como fuentes del Código Civil argentino", en *IUSHISTORIA Revista electrónica*, n° 1, marzo de 2005.

y francés, el análisis se situará en una perspectiva en donde el eje principal será el derecho francés. Este sistema constituirá la referencia principal en materia jurídica contractual. Ello permitirá aprehender, a medida que se avance en la temática, las perspectivas abiertas para el derecho latinoamericano en referencia con el derecho francés<sup>18</sup>. Se estima, en efecto, que el ámbito jurídico regional extraerá ingentes beneficios en virtud de tal enfoque. Según los doctrinantes de nuestro país<sup>19</sup>, también el estudio del derecho de obligaciones y contratos recibe mayor riqueza cuando tiene en cuenta las fuentes de donde emana la organización jurídica nacional (Hourquebie, 2012, p. 70). « Referirse a los orígenes de ese derecho [colombiano] constituye una base de comprensión de sus orientaciones y principios. El derecho civil francés constituye una referencia ineludible para quienes pretenden profundizar la teoría jurídica colombiana »<sup>20</sup>. El derecho francés ocupará entonces la mayor parte de este trabajo. Ello permitirá una mejor comprensión del derecho colombiano<sup>21</sup> y en general latinoamericano, fuertemente influenciado por la tradición jurídica francesa.

### **Las grandes etapas de la historia de la prohibición del abuso del derecho.**

Si bien hay autores que afirman que la teoría del abuso del derecho es connatural a la tradición jurídica misma<sup>22</sup>, en realidad ello correspondería a asimilar tal noción a otras instituciones vecinas tales como la buena fe o la equidad. Y, tal como se verifica entre buena fe y buenas costumbres, un enfoque histórico permite la identificación de las diferencias funcionales de estos conceptos, a pesar de las similitudes<sup>23</sup>. En esta perspectiva la intención de causar daño

---

<sup>18</sup> Ciro Güechá – Jessica Güechá). « Réparation des dommages pour violation de confiance et attentes légitimes : une analyse des systèmes juridiques Français et Colombien ». En *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(2). 2021. <https://doi.org/10.15332/19090528.6782>

<sup>19</sup> V. gr. José Bonivento, *Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Mercantiles*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2019; Guillermo Ospina – Eduardo Ospina, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Bogotá: Ed. Temis, 2016; Jaime Arrubla, *Contratos Mercantiles, contratos atípicos*, Medellín, 2013, t. III; Raimundo Emiliani, *Curso Razonado de las Obligaciones, La obligación Civil y sus Fuentes Voluntarias*, Tomo I – Parte Primera, Bogotá, Ed. Universidad Sergio Arboleda, 2001, *passim*.

<sup>20</sup> Texto original : « Se référer aux origines de ce droit constitue une base de compréhension de ses orientations et de ses principes. Le droit civil français constitue une référence incontournable pour ceux qui veulent approfondir la théorie juridique colombienne », en Adriana Cely, *Les Fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés, Étude franco-colombienne*, thèse Paris II, 2011, p. 13.

<sup>21</sup> Rodrigo Torrejano – Henry Bocanegra. “Con el futuro que soñamos los neogranadinos: proposiciones de avance económico para una nueva realidad social (1778-1813)”. En *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(2). 2021 <https://doi.org/10.15332/19090528.6784>

<sup>22</sup> V. gr. Abbas Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, Paris, LGDJ, 2001 n° 58, p. 29 : « nous estimons que la notion de l’abus dérive de la nature même du droit ; c’est pourquoi tout système de droit comportait déjà certaines règles interdisant une sorte d’abus des droits » ; adde Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, Paris, LGDJ, n° 108, quien vincula el principio « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » y la teoría del abuso del derecho.

<sup>23</sup> La buena fe fue creada en el siglo I a. C. para solucionar las dificultades derivadas de la interpretación literal de los contratos, mientras que las buenas costumbres nacieron durante el reinado de Diocleciano en el siglo III d. C. para luchar especialmente contra las estipulaciones de sucesión futura y los abusos de los terratenientes contra los “*humiliores*” en las ventas de los bienes inmuebles; posteriormente en la Edad Media la noción va a ser utilizada para privar de eficacia un juramento cuyo cumplimiento conduciría a un obrar ilícito; y en los tiempos modernos el espíritu jansenista también va a refrenar la fuerza de la libertad contractual en nombre de las buenas costumbres, otorgando al juez un poder de apreciación contrario a las ideas revolucionarias, que consideraban conveniente confinar al juez a la aplicación mecánica del Derecho. V.

es el primer criterio de la culpabilidad en el ejercicio de un derecho contractual que será denominado « abuso »<sup>24</sup>. En efecto, pareciera que todos los especialistas concuerdan en declarar responsable al acreedor cuando obra bajo el imperio de esta acción reprochable: la intención de perjudicar genera sin ninguna duda responsabilidad cuando provoca perjuicio<sup>25</sup>. Esta *communis opinio* de ninguna manera observa, hablando honestamente, nada de moderno o específico. La condena al ejercicio de un derecho que observe *animus nocendi* es, en efecto, una solución prácticamente constante, tanto con anterioridad como posterioridad a la codificación moderna<sup>26</sup>. En consecuencia y para fines de demostración, se expondrá en un primer momento la evolución histórica de la sanción al dolo, en tanto que precedente invocado de la prohibición de abuso del derecho desde la época romana.

**Represión de la malicia con anterioridad a la Codificación moderna.** La represión de la malicia ha sido consagrada tanto por el Derecho romano como por *l'Ancien droit*<sup>27</sup>. Sin embargo, en uno y otro caso, no parece que el ejercicio concomitante de un derecho haya constituido la sustancia del problema<sup>28</sup>. En consecuencia, convendrá explorar el desarrollo de esta represión de la malicia desde sus raíces antiguas (§ 1). Adicionalmente, será menester recrear la influencia que tanto el Derecho Canónico como *l'Ancien droit* han determinado respecto a tal noción (§ 2).

## § 1. EL APOORTE DEL DERECHO ROMANO.

**La represión de la malicia en Roma.** Los autores que sostienen que la teoría del abuso del derecho se aplicaba mucho antes que fuese doctrinalmente expuesta remontan, siguiendo la tradición romanista, los primeros antecedentes en la época romana<sup>29</sup>. En consecuencia se comenzará por el análisis de la *exceptio doli generalis* (A) para a continuación efectuar una apreciación crítica (B).

### A. LA EXCEPTIO DOLI GENERALIS.

---

en tal sentido Jean Lévy – André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, n° 567 s.

<sup>24</sup> Pardo Nohora, Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia argentina, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9, No. 1, pp. 32 – 49. 2014

<sup>25</sup> Palomares J & Calonje N, Tratados de libre comercio Colombia-Asia: Cuestión preliminar y perfiles de negociación en *Revista IUSTA* Vol 43 (1), pp. 17-41, 2015

<sup>26</sup> Patarroyo S & Benavides P. Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9 (No.1) pp. 7 – 31. 2014

<sup>27</sup> La expresión « *Ancien Droit* » corresponde en Francia al sistema jurídico vigente durante el « *Ancien Régime* », es decir durante la monarquía y hasta el advenimiento de la revolución francesa. En adelante se instauró – al menos formalmente- un « *Nouveau Droit* » (el Derecho francés contemporáneo) basado en principios y dogmas jurídicos nuevos.

<sup>28</sup> Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 17, p 29.

<sup>29</sup> V. v. gr. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, Paris, LGDJ, n° 108 ; Cfr. Abbas Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Paris, LGDJ, 2001, n° 60, p. 29 : « Au contraire, d'après nous, il ne faut pas chercher pour la règle de l'abus de droit une origine étrangère, ni un commencement précis. Si on remonte dans le passé de n'importe quel système de droit, on y trouvera une origine et le moment de l'épanouissement de la règle en question ».

**Las raíces de la sanción al dolo.** En Roma existía la *exceptio doli generalis*, cuando menos en las obras de Gayo, quien manifestara: « *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* »<sup>30</sup>. De esta frase han sido deducidas dos instituciones: *i*) la *exceptio doli praeriti o specialis*<sup>31</sup> que procede por el hecho de obrar dolosamente en el pasado y la *exceptio doli praesentis o generalis*<sup>32</sup> que procede por el hecho de obrar dolosamente en el presente. Según los romanistas alemanes<sup>33</sup>, esta institución conoció una ampliación considerable en Derecho romano. Poco a poco se fue prescindiendo de la condición de dolo, de mala fe o incluso de la exigencia de culpa. Una simple contravención objetiva a la *bona fides* o a la equidad terminó siendo suficiente. De esta manera se incurría en dolo cada vez que la acción en justicia del demandante contravenía la equidad. Gracias a tal concepción extendida la *exceptio doli generalis* se convirtió en el medio para introducir nuevas instituciones conocidas en el Derecho Privado actual tales como el derecho de retención o la compensación.

Los jurisconsultos romanos frecuentemente han plasmado en el Digesto doctrinas que condenan a quien obra con la intención de perjudicar a otro, por el simple hecho de tal intención<sup>34</sup>. A título de ejemplo, debe resaltarse, en primer lugar, la frase de Celso quien a propósito de la acción en reivindicación indica « *neque malitiis indulgentum est* »<sup>35</sup>. Así mismo, Ulpiano aprueba a Marcelo por haber considerado, a propósito del propietario que obstruye en su inmueble la corriente de agua que alimenta la del vecino, que « *Sane non debet habere [de dolo actionem] si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit* »<sup>36</sup>. Igualmente Javoleno estima que el propietario que contamina con humo a su vecino dispone de la acción *de iniuriis*, si la causa de la acción de injuria se concede a aquel cuyos bienes han sido perseguidos por un falso acreedor, siempre y cuando este último supiera carecer de crédito legítimo<sup>37</sup>. También Gayo señaló : « *male enim nostro iure uti non debemus aussì bien à propos des maîtres excessivement cruels envers leurs esclaves que des prodigues qui dilapident le patrimoine familial* »<sup>38</sup>. En consecuencia la jurisprudencia romana se negó a reconocer determinadas acciones en justicia debido a la inmoralidad del demandante, según el célebre principio « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »<sup>39</sup>

<sup>30</sup> Gayo IV, 119 (Si en este asunto Aulo Agerio no obró ni obra dolosamente).

<sup>31</sup> Excepción de dolo especial.

<sup>32</sup> Excepción de dolo general o presente.

<sup>33</sup> Béatrice Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais* », Paris, Dalloz, 2001, n° 1479, p. 424.

<sup>34</sup> V. esp. Etienne Perreau, « Origines et développement de la théorie de l'abus du droit », en *Revue générale du droit*, 1913, p. 481.

<sup>35</sup> Dig. VI, I, *de rei vindicatione*, 38.

<sup>36</sup> Dig. XXXIX, III, *De aqua et aquae pluviae arcendae*, 1, 2, (no debe sufrir la acción de dolo si no obró para perjudicar a su vecino sino para mejorar su predio); *adde eod. loc.*, 2, 9: Paulo, quien contempla el caso en el cual el propietario obra *ut vicino noceatur*.

<sup>37</sup> Inst. Just., 4, de iniuriis, 1.

<sup>38</sup> Inst. I, 53 (no debemos hacer mal uso de nuestro derecho). En el caso de crueldad con la cual los amos ejercían su poder, Gayo precisa que la regla se impuso mediante una Constitución del Emperador Antonino. Al aprobarla, afirmó el famoso *male enim...* posteriormente indicó que por la misma razón (*qua ratione*) se explica la interdicción de los pródigos, quienes estropean con su intemperancia el uso de su derecho a administrar sus bienes.

<sup>39</sup> Dig., XII, 5, 8 (nadie puede alegar su propia torpeza o negligencia).

el cual sigue siendo aplicado por los jueces y ocupa un papel importante en las discusiones doctrinales<sup>40</sup>.

## B. APRECIACIÓN CRÍTICA.

Se podría encontrar en las anteriores citas la prueba de la voluntad del Derecho romano de reprimir la intención dolosa misma, como sin ningún género de dudas el Derecho griego antiguo lo hacía<sup>41</sup>. Sin embargo, semejante afirmación exige las correspondientes matizaciones, ya que como lo indica el profesor Stoffel-Munck<sup>42</sup>, el Digesto ofrece un número comparable de ilustraciones que permiten sustentar la tesis inversa. En efecto, el mismo Gayo estima que « *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* »<sup>43</sup>. Yendo un poco más lejos Paulo, quien inicialmente afirmará que « *non omnes quod licet honestum est* »<sup>44</sup>, sin embargo también sentencia: « *nemo damnun facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet* »<sup>45</sup>, e incluso, convergiendo con Gayo: « *non videtur vim facere, qui suo iure utitur* »<sup>46</sup>.

La explicación de estas aparentes contradicciones puede ser presentada de dos maneras. En primer lugar, se ha sostenido que las opiniones que afirman la impunidad de quienes ejercen su derecho son las excepciones a una regla general contraria<sup>47</sup>. No obstante, dado que ninguna regla epistemológica impide que tal planteamiento sea invertido, éste resulta poco convincente<sup>48</sup>. Por otra parte, se pretende explicar tales contradicciones mediante el expediente de reubicarlas en una cronología. Los comentarios rigurosos serían formulados a propósito de reglas arcaicas y estrictas, mientras aquellos que permiten la represión de la malicia corresponden a reglas más « modernas »<sup>49</sup>. Esta interpretación observa el mérito de reconocer una evolución comprobada en el Derecho romano. En efecto, éste se moralizó. La institución del pretor ha así permitido la corrección de los excesos del estricto *ius civile*<sup>50</sup>. El

---

<sup>40</sup> V. en tal sentido las referencias citadas en Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, Paris, LGDJ, n° 104 s.

<sup>41</sup> V. en tal sentido Louis Gernet, « Note sur la notion de délit privé en droit grec », en *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Sirey 1959, p. 393 s., esp. p. 396.

<sup>42</sup> Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 18, p. 30. Contra Abbas Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Paris, LGDJ, 2001, n° 61, p. 30, para quien tales reglas, « *ne changent rien. En effet, elles sont considérées comme les principes généraux qui justifient, d'ailleurs, la nécessité des règles sanctionnant l'abus de droit. S'il en était autrement et s'il n'y avait pas de règle déclarant que tout exercice de droit est protégé, aucune raison ne se manifesterait d'exclure certains exercices des droits de la protection légale* ».

<sup>43</sup> Dig., L, XVII, de diversis regulis iuris antiquis, 55 (nadie obra mal al ejercer su derecho).

<sup>44</sup> Dig., L, XVII, de diversis regulis iuris antiquis, 144 (lo que es lícito no es necesariamente honesto).

<sup>45</sup> Dig., L, XVII, de diversis regulis iuris antiquis, 151 (nadie obra mal si no ha hecho aquello a lo cual no tenía el derecho de hacer).

<sup>46</sup> Dig., L, XVII, de diversis regulis iuris antiquis, 155 (nadie hace el mal si simplemente ejerce su derecho).

<sup>47</sup> Charles Appleton, « Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits », en *Revue internationale de l'enseignement*, 1924, p. 142 s., esp. p. 150.

<sup>48</sup> Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 19, p. 30.

<sup>49</sup> V. en tal sentido Gerardo Broggin, « L'abus de droit et le principe de la bonne foi : aspects historiques et comparatifs », en Pierre Widmer – Bernard Cottier, (dir.), *Abus de droit et bonne foi*, ed. Univ. De Fribourg, 1994, p. 3 s., esp. p. 6.

<sup>50</sup> Papiniano escribió en efecto que el Derecho pretoriano es « *quod praetores introduxerunt adjuvendi*,

desarrollo de la moral estoica incitó a los pretores indudablemente a que el Derecho romano fuese menos indiferente a las manifestaciones de malicia presentes en los litigios. Así mismo, la condena a la intención de perjudicar se encuentra libre de cualquier duda en los contratos *bonae fidei*<sup>51</sup>.

Sin embargo, de los anteriores elementos no es posible deducir de esas reglas una teoría del abuso del derecho, tal como lo han pretendido algunos defensores modernos. En efecto, el derecho romano no es un derecho abstracto y general, elaborado sobre una arquitectura de grandes principios que inspiran las soluciones. Por el contrario constituye un derecho casuista, extremadamente concreto, el cual indudablemente no concibió la noción abstracta de una responsabilidad general por culpabilidad<sup>52</sup>. La responsabilidad se articula por el conducto de la noción de delito y el tercer capítulo de la *lex Aquilia*, si bien contempla una serie de casos que han sido objeto de una interpretación extensiva, no puede verdaderamente ser presentado como el equivalente del artículo 1382 del *Code* francés, modelo del artículo 2341 de nuestro Código civil<sup>53</sup>. Por otra parte, no pareciera que el derecho romano hubiera concebido la idea técnica del derecho subjetivo, en tanto que autorización individual otorgada abstractamente contra todos<sup>54</sup>. Esta noción, que supone el establecimiento de un sistema jurídico basado en la autonomía del individuo, no correspondería al espíritu romano y su edificación teórica en realidad correspondería a época muy posterior<sup>55</sup>. Sin género de duda resulta un tanto exagerado atribuir al genio romano la edificación de una teoría cuyos materiales no disponía y así jamás predicó. En consecuencia, parece cuando menos dudoso que el derecho pretoriano romano constituya « la marcha triunfal del abuso », retomando la expresión del maestro Josserand<sup>56</sup>. Es mucho más probable que los romanos jamás hayan concebido tal teoría, y que los impresionantes ejercicios de ingenio elaborados para demostrar lo contrario resulten más bien de una necesidad académica de legitimación a través de la historia que de un objetivo de verdad histórica<sup>57</sup>. La consideración de la malicia

---

*supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia* » (Dig., I, I, 7, I); (aquello que los pretores introducirán como debiendo ser añadido, sustituido o corregido en aquello que ofrece el Derecho Civil).

<sup>51</sup> Gerardo Broggin, « L'abus de droit et le principe de la bonne foi : aspects historiques et comparatifs », en Pierre Widmer – Bernard Cottier, (dir.), *Abus de droit et bonne foi*, ed. Univ. De Fribourg, 1994, p. 3 s., esp. p. 5; Pierre Bonassies, *Le dol dans la conclusion des contrats*, Thèse Lille 1955, p. 26 s.

<sup>52</sup> Henri MAZEAUD – Léon MAZEAUD – André TUNC, (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Conventions de responsabilité, clause pénale, assurances de responsabilité, fonds de garantie*, Paris, 1983, t. I, n° 22 s. ; Georges Ripert – Jean Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris, LGDJ, 1957, n° 963.

<sup>53</sup> Jean-Luc GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 193. Únicamente en su etapa final el Derecho romano gracias a los bizantinos reconocerá una acción cuasi-general para los daños causados a otros.

<sup>54</sup> Sängner R. La garantía de la propiedad y el principio de proporcionalidad como límites de la carga tributaria en Alemania en *Revista IUSTA*, N.º 42 (1), pp. 73-99. 2015

<sup>55</sup> V. en tal sentido Christophe Jamin, « Typologie des théories juridiques de l'abus de droit », in *Contr. conc., consom.* 1996, n° 92, p. 7 ; Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2<sup>ème</sup> ed. 1990, p. 69 s.; *Id. Philosophie du droit*, t. 1, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 1986, p. 134 s.

<sup>56</sup> Texto original : « la marche triomphale de l'abus », en Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus de droit*, Paris, 1927, rééd. Dalloz, 2006, n° 2.

<sup>57</sup> El profesor Jamin habla así de una « *fonction de légitimation* » por el Derecho romano, considerado entonces como un modelo cuasi-imposible de superar. V. en tal sentido « Typologie des théories juridiques de l'abus de droit », en *Contr. conc., consom.* 1996, n° 92, p. 7 .

en Derecho romano sólo demuestra entonces la constante condena autónoma del *animus nocendi*. Ésta también se encuentra en *l'Ancien droit*<sup>58</sup>

## § 2. LA SANCIÓN AL DOLO EN *L'ANCIEN DROIT*.

**Un fundamento religioso.** Que la intención de dañar juega un papel relevante en *l'Ancien droit* de ninguna manera sorprende a los especialistas. La poderosa influencia de la religión cristiana sobre el Derecho impone esta solución<sup>59</sup>. Esta referencia religiosa es ocasionalmente explícita en las obras doctrinales de la época. En efecto se la encuentra naturalmente en los juristas cristianos Ripert y Boulanger, quienes claramente indican que la regla moral tradicionalmente considerada producto de una moral laica, es en realidad la que el cristianismo ha legado al mundo<sup>60</sup>. El maestro Carbonnier constató a su turno que la moral es la máscara con la cual la religión se cubre para hacerse aceptar por aquellos que no la estiman<sup>61</sup>. Respecto a la cuestión del abuso del Derecho propiamente dicha, un autor confirma incluso el papel eminente de esos principios de nuestro derecho positivo, en el fondo tomados de la moral judeo-cristiana, la cual fundamenta las normas de nuestra civilización<sup>62</sup>. Se tiene en consecuencia que fuentes marcadamente religiosas influenciaron una primera corriente doctrinal la cual cuando menos constituye un germen de la teoría del abuso<sup>63</sup>. En consecuencia se comenzará por el análisis de *l'ancienne jurisprudence*<sup>64</sup> (A) para a continuación efectuar una vez más una apreciación crítica (B).

### A. *L'ANCIENNE JURISPRUDENCE*.

**Las grandes sentencias de la *jurisprudence ancienne* en materia de intención de perjudicar.** *L'ancienne jurisprudence* ilustra la influencia religiosa en un determinado número de situaciones características de lo que posteriormente se denominará abuso del derecho<sup>65</sup>. Por ejemplo se registra una sentencia del *Parlement d'Aix*, del 1º de febrero de 1577<sup>66</sup>. Este fallo sanciona a un cardador de lana que, cantando sin descanso en su taller, atormentaba maliciosamente los estudios de su vecino, un abogado. Demolombe, a pesar de

---

<sup>58</sup> Rodríguez Eduardo, El pasaje del estado y el derecho a la postmodernidad en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11 (N. 2) pp. 11-37. 2016

<sup>59</sup> Sobre esta influencia v. Henri GILLES, « La culpabilité dans l'ancien droit », en *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIV, PU Toulouse 1976, p. 36.

<sup>60</sup> Georges Ripert – Jean Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris, LGDJ, 1957, n° 10 : « sans qu'on doive d'ailleurs méconnaître ce que le christianisme doit lui-même à la philosophie grecque » (sin que por otra parte se deba desconocer lo que el cristianismo mismo debe a la filosofía griega), añaden estos autores.

<sup>61</sup> Jean Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 83.

<sup>62</sup> Julien Lemée, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, thèse dact. Paris XII, 1977, n° 558, p. 400.

<sup>63</sup> Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 12, p. 24.

<sup>64</sup> Esto es, la jurisprudencia proferida durante la vigencia de *l'Ancien droit*.

<sup>65</sup> Blanco Carolina, El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, atendiendo el escenario de la pandemia por el Covid-19 en el Estado colombiano en *Revista Novum Jus*. Vol 15 Num 1. DOI: 10.14718/NovumJus.2021.15.1.2. p.p. 17-40, 2020

<sup>66</sup> Destacada por Boniface/Bonifacio en *Recueil des arrêts de Provence*, t. III, livre II, título I, chap. II.

ser hostil a la idea de responsabilidad por el ejercicio abusivo de un derecho, se abstiene de criticar esta solución, ya que, según él, el cardador no ejercía su « derecho » a cantar, sino que más bien « afectaba » el canto<sup>67</sup>. Ahora bien, tal matización resulta frágil<sup>68</sup>. Más bien parece que, vinculada o no al ejercicio de un derecho, la actitud del cardador fue reprochada al tener como objetivo el mortificar al abogado, tal como lo resalta el *Parlement*. Se puede entonces considerar que la sanción se fundamenta en la represión a la intención de perjudicar<sup>69</sup>.

La idea según la cual la malicia debe ser reprimida —en sí misma— en *l'Ancien droit* se detecta de una manera más neta de la lectura de los jurisprudencias. Así por ejemplo, desde el siglo XIII, Philippe de Beaumanoir se toma la molestia en sus « *Coutumes de Beauvaisis* », de recomendarle al alguacil de abstenerse de aplicar estrictamente la regla de Derecho cuando una crueldad inútil resultase<sup>70</sup>. En el siglo XVI, Guy Coquille dictaminó que el propietario de un predio puede extraer pozos para escurrir el agua que interfiere con el arado —aunque el vecino termine perjudicado— siempre y cuando no se pretenda perjudicarlo, así como quien haga el trabajo no pueda, mediante otros medios, drenar el agua de su terreno<sup>71</sup>. Pierre de L'Hommeau indica en el mismo sentido que a nadie está permitido efectuar en su predio algo inútil, al tiempo que perjudica a un tercero<sup>72</sup>. Otros autores efectúan planteamientos análogos<sup>73</sup>; bastará con citar al más ilustre de todos: Domat, quien considera que quien adelantando una nueva obra en su terreno usa su derecho sin desconocer ley, costumbre, o título de posesión que podrían subyugarlo con sus vecinos, no es responsable de los daños que puedan sufrir; a no ser que tal novedad se haya edificado para perjudicar a otros, sin mayor utilidad para sí. En ese caso se trataría de una malicia que la equidad no podría tolerar<sup>74</sup>.

Se evidencia que los ejemplos son concernientes a las relaciones de vecindad, las cuales durante un largo periodo constituirán el típico caso en que la mala intención hace degenerar

---

<sup>67</sup> Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 1859, n° 650.

<sup>68</sup> Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 21, p. 32.

<sup>69</sup> V. en tal sentido Etienne Perreau, « Origines et développement de la théorie de l'abus du droit », en *Revue générale du droit*, 1913, p. 488.

<sup>70</sup> Horace Clarac, « Droit et pitié dans les coutumes de Beauvaisis de Philippe de Beaumanoir », *Mémoire DES*, Paris 1952, citado en Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 21, p. 32.

<sup>71</sup> « Coutumes du Nivernais », chap. X, art. 1, citado en Georges Appert, *note sous Trib. de Sedan*, 17 déc. 1901, S. 1904, 2, 217.

<sup>72</sup> *Maximes générales du droit français*, art. 420, en Georges Appert, *note sous Trib. de Sedan*, 17 déc. 1901, S. 1904, 2, 217.

<sup>73</sup> Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XII, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 1859, n° 648 reenvía a Bannelier sur Davot (« Des droits de voisinage, Liv. II, tit. VIII, § 2, n° 45) así como a Dunod (« Des prescriptions », part. I, chap. XII); Georges Appert, *note sous Trib. de Sedan*, 17 déc. 1901, S. 1904, 2, 217, se refiere a las *Coutumes de Paris, de Normandie, de Reims ou de Sens*; Etienne Perreau, « Origines et développement de la théorie de l'abus du droit », in *Revue générale du droit*, 1913, p. 481 s., cita adicionalmente a Ferrière, Dareau y Fournel; adde Antoine d'Espeisses, citado por Guy Rousseau de Lacombe, ed. de 1750 (t. I, partie 2, titre Ier, art. 4, sect. 1, p. 645): « *la stipulation d'un servitude absolument inutile est nulle: Non est indulgentum malitiis hominum* ».

<sup>74</sup> *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. IV, Paris, 1822, livre II, titre VIII, Section III, n° 9. La cita es frecuentemente atribuida, por error, al *Livre III* de la primera parte *des Lois civiles*.

como culpable un acto habitualmente protegido por el derecho<sup>75</sup>. En materia contractual se resalta no obstante, a propósito de las cláusulas de cesión de arrendamiento o de sub-arrendamiento, que la negativa de autorización injustificada por parte del arrendador provocaba la exoneración en responsabilidad del arrendatario<sup>76</sup>. Pothier por su parte cita una jurisprudencia del *Châtelet d'Orléans* así como del *Châtelet de Paris* señalando que cuando el arrendatario, encontrándose obligado a restituir el inmueble, presente al *seigneur d'hôtel* (arrendador) un sub-arrendatario « *oeque idoneum* », es decir que para todos los efectos le sea indiferente al *seigneur d'hôtel* que sea éste o el arrendatario principal quien ocupe el inmueble, en tal caso el único efecto de la cláusula es que el *seigneur* puede retomar su edificación y lograrla declaración de terminación del arrendamiento. Pero si no quiere retomar el arriendo, no debe ser atendido ni se le debe permitir que obstaculice la ejecución del sub-arriendo<sup>77</sup>.

## B. APRECIACIÓN CRÍTICA.

Es menester hacer gala de extrema prudencia a la hora de extraer conclusiones de este breve repaso de *l'Ancien droit*. Si bien resulta claro que la máxima *Malitiis non est indulgendum* ha sido más o menos explícitamente acogida en determinados ámbitos, un estudio histórico de conjunto sigue pendiente<sup>78</sup>. En materia contractual, particularmente la hipótesis del ejercicio malicioso de las prerrogativas del acreedor no parece haber llamado en especial la atención de los jurisconsultos. No obstante, cuando Domat ve en la fuerza obligatoria de las convenciones un corolario del « amour mutuel », y considera que todos los contratos son de buena fe, para nada resulta irrealista deducir que la malicia por él condenada en las relaciones de vecindad estaría igualmente prohibida en las relaciones entre contratantes<sup>79</sup>. De esta manera, criticar con autores como D'Aguesseau los « fallos sentimentales » inspirados por la caridad<sup>80</sup>, de ninguna manera implica que se permita prosperar impunemente la malicia.

La ausencia de comentarios relativos a la hipótesis de un acreedor que usaría su derecho contractual por puro malicia y *animus nocendi* no parece entonces significativa. Este silencio parece explicarse mejor por la rareza práctica de tales supuestos, no exigiendo en

---

<sup>75</sup> Se puede establecer como una temática aparte los casos de abuso en el ejercicio de mecanismos procesales. En efecto se trata de un problema real ampliamente analizado, como lo demuestran *Les Plaideurs de Racine* o, más jurídicamente, una *ordonnance* de Francisco I de 1539, la cual dispone que se otorguen judicialmente daños y perjuicios proporcionales a la temeridad de la acción. Citado in LAURENT, (F.), *Principes de droit civil français*, t. XX, Bruxelles, 1876, n° 412.

<sup>76</sup> García, M & Fino G. Los impuestos territoriales en Colombia y la inequidad social, ¿la voluntad de la clase dominante erigida en ley? En *Revista IUSTA*, N.º 41, julio-diciembre de 2014, pp. 61-75. Documento extraído el 2 de febrero de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2471/2408>. 2014

<sup>77</sup> Robert Pothier, *Traité du contrat de louage*, n° 283, t. IV, ed. de Bugnet, Œuvres de Pothier, Paris 1848, p. 99.

<sup>78</sup> Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 23, p. 34.

<sup>79</sup> V. en tal sentido Jean Domat, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris, Orléans, 1764, n° 29.

<sup>80</sup> Citado en Pierre Bellet, « Le juge et l'équité », en *Études René Rodière*, Dalloz 1981, p. 9.

consecuencia un desarrollo particular en los tratados de la época. No pareciera que tal omisión corresponda a una posición doctrinal en la materia.

Sin embargo, pareciera temerario deducir que un concepto específico de abuso del derecho por malicia haya sido concebido en *l'Ancien droit*. Desde luego, contrariamente al Derecho romano, los instrumentos técnicos de tal teoría están aparentemente reunidos. Un principio general de responsabilidad ha sido establecido cuando menos desde el siglo XIV, el cual cristalizaría la idea de un derecho subjetivo concebido como un poder cuya titularidad le es reconocido al individuo<sup>81</sup>. No obstante, en su tesis doctoral Stoffel-Munck considera que en esta época el derecho subjetivo no era concebido como el alfa y omega de las relaciones entre particulares<sup>82</sup>. Este más bien se enfocaba en proteger al individuo contra la arbitrariedad del poder público. De esta manera la noción se habría construido contra el absolutismo del rey, y no contra el propietario o el acreedor, quienes nunca han sido asimilados –al menos hasta la presente fecha- a un monarca dotado de poder absoluto<sup>83</sup>. La lectura de los tratados de la época da la impresión de que las relaciones de derecho privado fueron analizadas de manera menos dogmática<sup>84</sup>. La búsqueda concreta de un justo equilibrio entre las partes procesales pareciera dominar el razonamiento judicial, más que la aplicación de soluciones deducidas a partir de una visión abstracta de la sociedad, en la cual cada individuo detentaría derechos subjetivos absolutos contra los demás. El espíritu de geometría, el espíritu de sistema, no pareciera ser propio a *l'Ancien droit* civil. Considerar que la sanción a la maldad del acreedor es improcedente en virtud del ejercicio de un derecho subjetivo, y que tal situación goza de una presunción de licitud, implica la formulación de un problema cuyos términos habrían indudablemente parecido incongruentes a los mejores jurisconsultos de ese tiempo. Resulta más verosímil estimar que *l'Ancien droit* ha en realidad considerado que la malicia constituye en sí una incorrección que en consecuencia exige una represión, independientemente del hecho de que se manifiesta a través de un acto que, objetivamente, es habitualmente justo<sup>85</sup>.

## Conclusión

La represión de la intención de producir daño ha sido entonces concebida mucho antes de la codificación moderna. Sin embargo, la ausencia de la noción técnica de derecho subjetivo absoluto, impide asimilar por completo esta solución a la teoría moderna del abuso del derecho. Así las cosas, correspondería ver en la sanción al dolo anterior a la codificación ante todo una reacción de las autoridades contra las violaciones más chocantes a los principios de civilidad y honestidad. No obstante, este repaso histórico lejos está de deconstruir el interés de la teoría contemporánea del abuso del derecho. En efecto, la Historia demuestra que ha sido necesario reprimir la malicia –también contractual- así ésta sea manifestada mediante un acto que habitualmente se exhibe lícito.

---

<sup>81</sup> V. en tal sentido Michel Villey, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », en APD, Sirey 1964, p. 98.

<sup>82</sup> Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ 2000, n° 24, p. 34.

<sup>83</sup> Quiroz M. Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico en *Revista IUSTA*, Vol 41 (2), pp. 77-97. 2014

<sup>84</sup> Navas-Camargo, Fernanda. 2020. «El Sur Global y la realidad social de América Latina: hacia la construcción de nuevos paradigmas». *El Sur Global y la realidad social de América Latina: hacia la construcción de nuevos paradigmas* 14 (2), 11-21. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/3689>.

<sup>85</sup> *Ibid.*

De esta manera resulta útil tomar nota de la manera en la cual ha sido aprehendida la cuestión del ejercicio malicioso de un derecho con anterioridad a la codificación moderna. Así, se contará con una herramienta conceptual que facilitará el contraste con la manera en que el problema ha sido encarado durante los últimos dos siglos<sup>86</sup>.

Por otra parte, la evolución histórica de la represión a la malicia ilustra una tendencia en el Derecho Privado: la de remontar los orígenes de las instituciones civilistas al *ius civile*. Tal ejercicio no siempre es fiel a la verdad histórica. Y peor aún, ha contribuido a idealizar el Derecho romano. Lejos de ser una tendencia inocente, esta tradición ha contribuido a reforzar el conservadurismo innato del jurista en el Derecho Civil contemporáneo. De esta manera, toda propuesta que se aleje de la auténtica tradición romanista tiende a ser vista con natural desconfianza, así se trate de una innovación conveniente y necesaria para la innegable necesidad de adaptar la disciplina a desafíos inéditos como la post-industrialización, la sociedad de consumo, la era electrónica o la globalización. Realidades mayoritariamente desconocidas por el mundo clásico, cuyos valores no siempre convergen con los de nuestro tiempo. A menudo percibido como un instrumento inmutable, heredado del Derecho Romano, el contrato en realidad se encuentra íntimamente ligado a las ideas filosóficas y económicas preponderantes de cada época<sup>87</sup>. En consecuencia la principal finalidad de su marco jurídico debería ser la adaptación de sus reglas a los valores y principios imperantes, en lugar de rendirle homenaje al genio de los jurisconsultos romanos apeándose anacrónicamente a sus concepciones jurídicas.

## Referencias

- Acosta, Joaquín. “Libertad, derecho y democracia: un análisis desde el paradigma del contrato (individual y social)”. *Estudios de Derecho*, 2019, 116-135
- Acosta, Joaquín – Gual, José. “La delimitación de la libertad contractual en virtud de exigencias sociales”. *IUSTA*, (55). 2021. <https://doi.org/10.15332/25005286.6850>
- Ancel, Pascal. « Critères et sanctions de l’abus de droit en matière contractuelle ». *C D entr.* 1998, n° 6, p. 30 s.
- Appert, Georges. *Note sous Trib. De Sedan*, 17 déc. 1901, S. 1904, 2, 217.
- Appleton, Charles. « Les exercices pratiques dans l’enseignement du droit romain et plan d’un cours sur l’abus des droits ». *Revue internationale de l’enseignement*, 1924
- Arrubla, Jaime. *Contratos Mercantiles, contratos atípicos*, Medellín, 2006, t. III

Blanco Carolina, El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, atendiendo el escenario de la pandemia por el Covid-19 en el Estado colombiano en *Revista Novum Jus*. Vol 15 Num 1. DOI: 10.14718/NovumJus.2021.15.1.2. p.p . 17-40, 2020

Bellet, Pierre. « Le juge et l’équité ». *Études René Rodière*, Dalloz 1981, p. 6 s.

---

<sup>86</sup> Aspiramos efectuar tal ejercicio en futuras publicaciones.

<sup>87</sup> François Terré – Philippe SIMLER – Yves Lequette, *Les obligations*, 2012, Paris, Dalloz, n° 305.

- Bonassies, Pierre. *Le dol dans la conclusion des contrats*. Thèse Lille, 1955
- Bonivento, (J.). *Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Mercantiles*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2019
- Broggini, Gerardo. « L'abus de droit et le principe de la bonne foi : aspects historiques et comparatifs ». Pierre Widmer – Bernard Cottier, (dir.). *Abus de droit et bonne foi*, ed. Univ. De Fribourg, 1994, p. 3 s.
- Carbonnier, Jean. *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1998
- Cely, Adriana. *Les Fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés, Étude franco-colombienne*. Thèse Paris II, 2011
- Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 6<sup>ème</sup> éd., PUF, 2004
- Cortabarría, Jorge. “El Code Napoléon y sus comentaristas como fuentes del Código Civil argentino”. *Iushistoria Revista electrónica*, n° 1, marzo de 2005
- Demolombe, Charles. *Cours de Code Napoléon*, t. XII, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 1859
- Durry, Georges. *obs. sous* 12 oct. 1971, RTD Civ. 1972, 395 s.
- Emiliani, Raimundo. *Curso Razonado de las Obligaciones, La obligación Civil y sus Fuentes Voluntarias*, Tomo I – Parte Primera, Bogotá, Ed. Universidad Sergio Arboleda, 2001
- García, M & Fino G. Los impuestos territoriales en Colombia y la inequidad social, ¿la voluntad de la clase dominante erigida en ley? En *Revista IUSTA*, N.º 41, julio-diciembre de 2014, pp. 61-75. Documento extraído el 2 de febrero de 2018 de [http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2471/2408\\_2014](http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2471/2408_2014)
- Gazzaniga, Jean-Luc. *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992
- Gernet, Louis. « Note sur la notion de délit privé en droit grec », in *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Sirey 1959, p. 393 s.
- Gilles, Henri. « La culpabilité dans l'ancien droit ». *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIV, PU Toulouse 1976, p. 33 s.
- Godé, Pierre. « Observations sous le décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant détermination les premières clauses réputées abusives », *RTD Civ.* 1978, p. 744 s
- Güechá, Ciro– Güechá, Jessica. « Réparation des dommages pour violation de confiance et attentes légitimes : une analyse des systèmes juridiques Français et Colombien ». *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(2). 2021. <https://doi.org/10.15332/19090528.6782>
- Guzmán, Alejandro. *Estudios de historia dogmática y sistémica sobre el código civil chileno-colombiano*, Diké, Bogotá, 2009
- *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000
- “El código Napoléon y el Código Civil de Chile”, in *Boletín de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* 10, 1994, p. 1361 s.
- Jaluzot, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais*. Paris, Dalloz, 2001
- Jamin, Christophe. « Typologie des théories juridiques de l'abus de droit ». *Contr. conc., consom.* 1996, n° 92, p. 7 s.
- Josserand, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus de droit*, Paris, 1927, rééd. Dalloz, 2006
- Karimi, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Paris, LGDJ, 2001
- Larroumet, Christian. (dir.) *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine*, Actes du colloque international organisé par l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2004
- Lemée, Julien. *Essaie sur la théorie de l'abus de droit*. Thèse dact. Paris XII, 1977
- Lévy, (Jean – CASTALDO, André. *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002

- Markovitch, Milivoïé. *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*. Thèse Lyon, 1936.
- Mazeaud, Denis. « Le juge face aux clauses abusives ». *Le juge et l'exécution du contrat, colloque IDA Aix-en-Provence*, PUAM, 1993, p. 23 s.
- Mazeaud, Henri – MAZEAUD, Léon –TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Conventions de responsabilité, clause pénale, assurances de responsabilité, fonds de garantie*, Paris, 1983, t. I.
- Mirow, Matthew. « The power of Codification in Latin America. Simón Bolívar and the Code Napoleon ». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 2000, p. 83 s.
- Navas-Camargo , Fernanda. 2020. «El Sur Global y la realidad social de América Latina: hacia la construcción de nuevos paradigmas». *El Sur Global y la realidad social de América Latina: hacia la construcción de nuevos paradigmas* 14 (2), 11-21. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/3689>.
- Ospina, Guillermo – Ospina, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Bogotá: Ed. Temis, 2009
- Palomares J & Calonje N, *Tratados de libre comercio Colombia-Asia: Cuestión preliminar y perfiles de negociación* en *Revista IUSTA* Vol 43 (1), pp. 17-41, 2015
- Pardo Nohora, Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia argentina, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9, No. 1, pp. 32 – 49. 2014
- Patarroyo S & Benavides P. Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9 (No.1) pp. 7 – 31. 2014
- Perreau, Etienne. « Origines et développement de la théorie de l'abus du droit ». *Revue générale du droit*, 1913
- Pothier, Robert. *Traité du contrat de louage*. T. IV, ed. de Bugnet, Œuvres de Pothier, Paris, 1848
- *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris, Orléans, 1764
- Quiroz M. Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico en *Revista IUSTA*, Vol 41 (2), pp. 77-97. 2014
- Ramos, Carlos. *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Universidad Católica del Perú, Lima, 1997
- Rengifo, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado, 2004
- Ripert, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949
- « Abus ou relativité des droits », in *RCLJ*, 1929
- Ripert, Georges – Boulanger, Jean. *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris, LGDJ, 1957
- Rodríguez Eduardo, El pasaje del estado y el derecho a la postmodernidad en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11 (N. 2) pp. 11-37. 2016

Sänger R. La garantía de la propiedad y el principio de proporcionalidad como límites de la carga tributaria en Alemania en *Revista IUSTA*, N.º 42 (1), pp. 73-99. 2015

Stijns, Sophie. « Abus, mais de quel(s) droit(s)? réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels ». *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1990

Stoffel-Munck, (Ph.), « L'abus dans le contrat, essai d'une théorie », LGDJ 2000

Terré, François – Simler, Philippe– Lequette, Yves. *Les obligations*, 2011, Paris, Dalloz

Torrejano, Rodrigo –Bocanegra, Henry. “Con el futuro que soñamos los neogranadinos: proposiciones de avance económico para una nueva realidad social (1778-1813)”. En

*Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(2). 2021 <https://doi.org/10.15332/19090528.6784>

Villey, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2<sup>ème</sup> ed. 1990, p. 69 s.

---- *Philosophie du droit*, t. 1, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 1986, p. 134 s.

---- « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD*, Sirey 1964, p. 98.

ENVEDICION