

# El Abuso del Derecho como Principio del Derecho Aplicable Directamente en las Relaciones Jurídico Privadas

*Indira V. Ruiz Simpson*

**Resumen:** *El abuso del derecho es un principio de derecho. Cuando cualquiera de las partes en una relación jurídico privada decide abusar de un derecho, es necesario que el Juez aplique directamente (drittwirkung der gruentche directa) la norma constitucional-principios constitucionales normativizados-, para resolver la controversia, y no la norma sustantiva aplicable al caso. Alejarnos de la concepción positivista, del imperio del Juez es la boca de la ley, es lo más saludable, en estos momentos, en que el Derecho privado o civil sufre cambios profundos y es, sobre todo con la nueva fórmula del Estado de Derecho Neoconstitucional, mediante la aplicación directa de principios generales-constitucionalizados, sean las directrices para la solución de conflictos, sin necesidad de exigirse por medio de los instrumentos de tutela jurídica efectiva.*

**Palabras claves:** *abuso del derecho, constitución, principios jurídicos, neo-constitucionalismo, tutela judicial efectiva.*

**Abstract:** *The abuse of a right a principle of law. When any party in a private legal relationship decides to abuse of a right it is necessary for the Judge to apply directly (driwringung der gruentch direct) the constitutional norm-noative constitutional principles-,to resolve the controversy, and not the substantive norm applicable to the case. Moving away from the positivist conception, from the role of the jugde is the mouth of the law, it is the healthiest, at the moment, in which private or civil law undergoses profound changes and is, above all, with the neo formula of the Rule of Neoconstitucional Law, through the direct application of general constituicional principles, let the guidelines be used for the solution of confclits, without the need to demand through the instruments of effective legal protection.*

**Keywords:** *abuse of law, constitution, legal principles, neoconstitutionalism, effective legal protection.*

## **Introducción**

La aptitud de los hombres y la sociedad, de hoy en día, se ha insensibilizado, y en las relaciones jurídicas privadas aún más; quizás porque el Derecho Romano, que maximizaba la fórmula “*qui jure suo utitur nomen loedit*” (*quien usa de su derecho no puede ser responsable*), o “no abusaba de un derecho quien lo ejercitaba”, por lo que máximas como esta, no contribuyeron, directamente a reconocer el Principio de no abusar del derecho de otro, al contrario, llegaron a tal punto, que implicaban que mientras se tuviera reconocido un derecho, claramente se podía exigirlo. Y con la Revolución Francesa, “al consagrar en las relaciones privadas la omnipotencia de los derechos subjetivos, la eclipsó totalmente al influjo del axioma *qui jure suo utitur noeminen laedt*.”<sup>1</sup> Sin embargo, en las sociedades actuales, aun cuando se ha estudiado como teoría el Abuso del Derecho, lejos están los hombres de reconocerlo y actuar conforme a su derecho sin violentar el ajeno; si un derecho le es reconocido taxativamente, si su conducta o al ejercer su derecho, resulta abusiva temeraria y maliciosa, o -atípica y e ilícitas, no causa ni como humanos, ni asociados, ningún motivo de preocupación o manifestación de cambio de conducta, es por ello que en el derecho, lo que doctrinalmente se conoció como la Teoría del Abuso del derecho, más adelante su enunciado general es como un Principio general, como en el derecho consuetudinario o el reconocimiento en los precedentes judiciales, en otros casos se determina como regla y en alguna legislación, ya la encontramos recogida como principio constitucional.

El principio del abuso del derecho, se encuentra muchas veces, en los ordenamientos jurídicos como una norma que prohíbe la actuación o que señala no estar de acuerdo con ese actuar o no ampararlo, ya sea de forma, sustancial-como está inserta en los Códigos Civiles o constitucionalmente como en Colombia. Es por ello, que en estos casos, el derecho civil, al tratar de resolver los conflictos que resulten de esas relaciones jurídicas privadas abusivas, puede hacerlo por la vía de la aplicación directa de los derechos constitucionales en las relaciones privadas o de la teoría conocida, de la *Drittwirkung der gruentche*, directa.

---

1. HERNANDEZ VELASCO, H. (2009) *El abuso del Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1935-2009*. Bucaramanga, Colombia Universidad Industrial de Santander.

## El Abuso del Derecho concebido en la doctrina. El Problema de la Regla y el Principio.

El abuso del derecho, es un ejercicio anormal del derecho o "la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, a la moral y las buenas costumbre o los fines sociales y económicos del derecho"<sup>2</sup>. Los doctrinarios como Planiol, rechazaba el abuso del derecho porque no hay abuso cuando uso mi derecho sino cuando se traspanan; otros, como Ripert, señalaba que hay abuso del derecho intencionalmente, o sea, cuando se ejercita un derecho con intención de perjudicar a otro; los hermanos Mazeaud, lo pretenden aplicar a la noción de delito y de culpa, aplican las reglas de culpa. Otros como su mayor exponente, Jossierand, trata este por la finalidad, desde la función social. Y creemos que, esta es la más generalizada, porque resuelve la Teoría o el Principio general de No dañar a otro, Jossierand, explica que "no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas, no solo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar, con un fin lícito, justo y moral simultáneamente."<sup>3</sup>

Lino Rodríguez Arias (2010), en Panamá, concluye en un trabajo del tema del Abuso del Derecho:

El abuso del derecho surge cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se produce una alteración en el equilibrio que deba existir entre el interés social de que sean respetados los derechos individuales y los restantes intereses que a la sociedad como entidad orgánica cumple realizar.<sup>4</sup>

2. HERNANDEZ VELASCO, H.(2009) *El abuso del Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1935-2009*. Bucaramanga, Colombia Universidad Industrial de Santander. Web<. Repositorio.uis.edu.co, pág. 71-74.

3. Abuso del Derecho. Tesis . Citado por G.J.C.S. Numero 1903. Tomo XLII, Diciembre de 1936. Pág. 642.

4. El ejercicio del derecho individual será entonces abusivo, si su titular tenía conocimiento de las consecuencias antisociales que su obrar ocasionaba, por lo que para que un derecho pueda calificarse de abusivo, primero debe de considerarse si se produce una alteración en el equilibrio de los intereses de la sociedad, segundo que aquella sea motivada por desarmonía entre intereses individuales de una parte y los intereses de la sociedad como entidad orgánica de otra, y tercero que le titular al provocarla tenga conocimiento de las consecuencias antisociales que su obrar originaba; elementos que son los presupuestos para que el juzgador pueda establecer la sanción para una conducta abusiva; es decir el ámbito del juzgador se debe sujetas a estos presupuestos determinados, para sancionar las conductas de los sujetos procesales como autores de abuso del derechos. Rodríguez Arias, Lino.

Hasta hace una década encontramos el término, Teoría del Abuso del Derecho, y esto obedece a que el abuso del derecho, era eso una Teoría y no encuadraba perfectamente hasta ese momento, ni como Principio, ni como regla, porque en el derecho no escrito se imprimía, intrínsecamente, no hacer daño o causar daño a otro, pues los principios se reconocieron a prima facie, y después como máximas en el Derecho Romano antiguo, que se traducían en-No hacer daño a otro, y si ejercía un derecho, no había abuso en ello-

En tanto que, como principios las relaciones romanas exigían la buena fe, tampoco podían reconocer a éste como una norma abierta, sin concreción. En esta posición advierte, Ramiro Prieto Molinero, en un estudio sobre el abuso del derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de Argentina en el año 2012.

“la buena fe es el criterio básico de detección, la que da VERDADERA VIDA OPERATIVA a LA SITUACION ABUSIVA Y LA ALUSION de LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE QUE ES POSIBLE; SIN EMBARGO EL PROYECTO ACUDA TAMBIEN DE MANERA SIMULTANEA A LA MORAL Y A LAS BUENAS COSTUMBRES. Formulaciones arcaicas y vacías, lo razonable sería considerar a la buena fe como único parámetro moral válido para determinar la conducta abusiva. La tendencia actual en esta materia para identificar con precisión los criterios identificatorios, del abuso son finalistas, funcionales.”<sup>5</sup>

Asimismo, el Doctor Julio Lombardo (2017), a entrevista en la Universidad de Panamá, al igual que, en los apuntes del Doctorado en Derecho (2011), reconoce que el Abuso del derecho constituye un Principio General de Derecho, su base y sustento descansa en la buena fe y reconoce de toda conducta que se coloca en contra con el ordenamiento legal en su conjunto, es un acto ilícito por atentar contra esos principios.<sup>6</sup>

En tiempos más modernos, ha de reconocerse como un Principio el abuso del Derecho, y autores como Hernán Valencia Restrepo, sustentan lo que Planiol y Ripert no reconocieron como principio al abusar de un derecho, ya que en su obra Nomoárquica, Principialística, o Principios nos hace un reordenamiento

El abuso del Derecho. Teoría de los actos antinormativos. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), pág.31.

5. El abuso del derecho en el procedimiento consecuencias y responsabilidades de las partes. dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/480/1/TUAMDPCIV030-2015.pdf.pag.2.

6. Lombardo, Julio. (2017) Entrevista y Apuntes de Derecho de Doctorado en Derecho con énfasis en Derecho Civil de la Universidad de Panamá.

de conceptos estableciéndonos de la ciencia Nomoárquica, que los elementos y estructuras de los principios dentro de la naturaleza filosófica como normas (fundamentales, universales, tópicas y axiológicas) y de la naturaleza jurídica como normas (jurídicas, taxativas, explícita o implícitamente positivas y que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico), en cuanto a que los principios, son normas jurídicas porque tienen un supuesto y unas consecuencias, **y que antes la doctrina rechazaba que los principios tuvieran esa composición**, porque el supuesto es, en el caso del abuso del derecho, “por una parte que toda persona debe obrar lealmente en el cumplimiento de sus compromisos jurídicos (con la convicción de no estar violando derecho ajeno alguno) y por la otra, que todo titular de un derecho debe ejercerlo o abstenerse de hacerlo, sin causar perjuicios a nadie.”<sup>7</sup> Y agrega, Valencia Restrepo, que “en lo tocante a las consecuencias (constitución, modificación o extinción de derechos y obligaciones) en los principios se encuentran casi siempre tácitas, demasiados tácitas, si se quiere. A diferencia de la Regla, que en ella se encuentra una directriz o el principio taxativo. Y es que, en cuanto al Principio del abuso del derecho, no podemos delimitar la consecuencia que resulten de darse abuso de derecho en las relaciones jurídico-privadas, porque estarán en esa condición de tácitas, supeditado al principio de la buena fe, que sí se encuentra consagrado, como principio general en las relaciones jurídicas privadas o *–inter privates*.

La propuesta de Dworkin nos aclara, en base a esa diferenciación del Principio y la Regla, y que aunque dice el Profesor Dworkin, ambos reglas y principios “desempeñan en el ordenamiento una misma función”. Principios y reglas, son normas jurídicas y que se utilizan para construir y fundamentar las decisiones jurisdiccionales”<sup>8</sup> Diferencia las mismas, en cuanto la “perspectiva lógica en razón del carácter de la solución que ofrecen. Las reglas son aplicables por completo o no son aplicable, en lo absoluto, para la solución de un caso determinado. Las reglas le generan al juez siempre una disyuntiva extrema, le plantean un dilema de todo o nada. Si por el contrario, el supuesto de hecho previsto por la regla no se verifica, o a pesar de tener lugar, concurre una excepción estipulada por ella, el juez debe excluir su aplicación.”<sup>9</sup> No resultando así el Principio, para Dworkin, a diferencia de Valencia Restrepo, citado anteriormente, no ostenta la estructura condicional característica de las reglas que se componen de un supuesto de hecho y de una sanción y los principios ni determinan las

7. Valencia Restrepo. Óp. cit. 16.

8. Bernal Pulido, Carlos. (2014) El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 728

9. Dworkin, citado por Bernal Pulido, Óp. cit. Pág. 729

circunstancias de derecho o jurídicas en que deban ser aplicados ni establecen las consecuencias jurídicas y menos las excepciones. El principio como tal, según Dworkin, “*tienen una dimensión de la que carecen las reglas jurídicas: la dimensión de peso específico o importancia*” y “*las reglas están desprovistas de esta dimensión*”.<sup>10</sup>

“Alexy, por su parte, ha propuesto una diferenciación entre los principios y las reglas que afina, complementa y modifica los criterios de Dworkin.”<sup>11</sup> De acuerdo con Alexy, citado en la obra de Bernal Pulido, tanto las reglas como los principios son especies de género de norma. Y aunque, se base en los supuestos de Dworkin en cuanto a la regla no es posible formular la regla como tal, ni deducir con seguridad sus consecuencias jurídicas, por lo que solo diferencia una de otra por el grado, en establecer que los principios son más generales y abstractos que las reglas. Pero Alexy, en su obra *Teoría de los derechos*, va más allá, y acepta el segundo supuesto afirmado por Dworkin, que establece que “*las reglas son normas que contiene determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible*” y que “*solo pueden ser cumplidas o no*”.<sup>12</sup> También, Alexy, establece que los principios, se definen como “*mandatos de optimización*”, que pueden ser cumplidos en diversos grados y “que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.” Es, la diferencia entre reglas y principios, una diferencia cualitativa de carácter lógico, cita Pulido<sup>13</sup>, y no solo de grado.

Sin embargo, hay una marcada diferencia en la forma de aplicación, entre los principios y las reglas, y es que “la forma jurídica mediante la cual se aplican las reglas es la subsunción” y prevén un mandato definitivo; en cambio, los principios no prevén un mandato definitivo y señala Robert Alexy, que “la forma característica de aplicación de los principios es la ponderación”<sup>14</sup>.

Ahora bien, es necesario examinar ciertas legislaciones que fueron consagrando en su ordenamiento jurídico, tanto en los Códigos Civiles u otros Códigos y Constituciones, la teoría del Abuso del derecho, ya sea como regla o como principio y otros pueden reconocerlo de manera subsidiaria como señala Pietro Molinero, en la búsqueda del principio de buena fe como criterio básico de detección.

---

10. *Ibidem*.

11. *Ibid.*, Óp. Cit. Pág. 731.

12. Bernal Pulido, Óp. Cit. 733.

13. *Ibidem*

14. Bernal Pulido, *Ibid.*, pág. 734.

## El reconocimiento del Abuso del derecho en los Códigos Civiles y su constitucionalización en Colombia.

En los Códigos civiles decimonónicos, el abuso del derecho es un subsidiario pues requiere de un primer derecho objeto del abuso, para que entonces se considere que existe el abuso. Esta afirmación es por la manera en que han sido condensados en nuestros ordenamientos civiles, encontrado en Alemania así:

Artículo 226. El ejercicio de un derecho no es permitido cuando no puede tener otro objeto que causar daño a otro”; en España -1974-artículo 7 explícitamente que “Los derechos deberán ejercitarse conforme las reglas de la buena fe”; La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”<sup>15</sup> (Código Civil Alemán y Art. 7 Constitucional Española)

Sin embargo, la Código Civil Alemán, actual establece que quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres está obligado con él a la indemnización.

El Código Civil Peruano en el Art II. La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso la indemnización que corresponda.” También lo insertaron en el Código Civil Peruano de 1984.

El Código Civil Panameño o Patrio, dice el Profesor Lino Arias Bustamante que, “si bien no hace una referencia expresa a esta teoría del abuso de los derechos, cuenta, sin embargo, con un precepto donde se proyecta con bastante claridad la misma, que recoge en su art.622.”

Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reporta utilidad alguna, o no tanta que pueda compensarse con el perjuicio ajeno, será obligado a cagarlo.”<sup>16</sup>

15. Cuentas Ormachea, Enrique A. El abuso del Derecho.Dialnet-ElAbusoDelDerecho-5085322.pdf. pág.21.

16. Artículo 622 del Código Civil Panameño.

Y por parte, de nuestra Constitución Nacional de 1972 con sus reformas hasta 2004, establece en el artículo 48, en cuanto a la libertad de propiedad privada la limitante que es la obligación para su dueño por razón de la función social que debe llenar ya sea por motivos de utilidad o de interés social, siguiendo la posición doctrinaria atribuida por Josserrand.

La Constitución de Colombia de 1991, constitucionalizan normativamente el Principio del Abuso del Derecho, en el artículo 95, establece que “El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades y en el numeral primero de los deberes de la persona y del ciudadano a **“Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”**. Por lo que, en Colombia definitivamente considera una fuente de derecho, como ha dicho la Corte Constitucional, y este principio se aplica directamente en las relaciones jurídicas tanto públicas como privadas.” Esta constitucionalización del principio, también trae consigo advertir, otra diferencia, que señala Alexy, en cuanto a las disposiciones de derecho fundamental que “estatuyen normas de dos tipos: reglas y principios, estableciendo en términos generales, que “los principios en su conjunto forman una constelación de normas en la que se expresan el *“deber ser ideal”* que se desprende de cada disposición de derecho fundamental-**principios constitucionalizados**-interpretada en sentido amplio”<sup>17</sup> y en cambio, “las reglas expresan determinaciones de ese deber ser ideal que ha sido y a relacionado con principios contrapuestos y ha adquirido así su concreción definitiva”<sup>18</sup>.

### **Aplicación directa del Principio de Abuso del Derecho en las relaciones jurídico privadas.**

Una vez reconocido que para los efectos del Abuso del Derecho, el mismo representa un Principio, tanto por los conceptos evolutivos o según las pautas doctrinales como en las legislaciones, que lo integran en sus ordenamientos civiles positivos, o como otros que lo integraron directamente y sin reparo, en la norma superior constitucional. Pasamos ahora, a la aplicación del principio de abuso del derecho y luego si aplica la teoría de la *Drittwirkung der gruentche* directa, en los casos en que se presente en nuestra práctica jurídica. Como ya establecimos, en líneas superiores, Colombia constitucionalizó el Principio en su ordenamiento constitucional, por lo tanto, se tiene ya cristalizado y por ende, es aplicable directamente la norma a las relaciones jurídicas privadas, pero como

---

17. Bernal Pulido, *Ibíd.* Pag.737.

18. *Ibidem.*

vemos en su redacción su composición según lo estudiado en el punto anterior, no es una regla sino un principio y en este caso, contemplado constitucionalmente.

En nuestro País, Panamá, no se encuentra taxativo en el Código Civil y tampoco en la Constitución 1972 con sus reformas hasta 2004, como lo señalo desde hace años Lino Bustamante, y eso se debe precisamente porque en 100 años no hemos cambiado nuestro Código Civil, y la Constitución Nacional, a pesar de haber tenido varias reformas, no se ha delimitado el Principio del Abuso del Derecho, y por tanto, ¿será permitido dicho abuso por falta de una normatividad legal o porque la Constitución nacional tampoco lo inserta como parte de los reconocidos derechos constitucionales o principios constitucionalizados? Veamos las posiciones asumidas en nuestra máxima autoridad de Justicia, la Corte Suprema de Justicia, así se ve en tres fallos que datan del Siglo pasado:

La Corte, en sentencia de 13 de febrero de 1985, al abordar el problema manifestó lo siguiente:

“No puede sostenerse que hay abuso del derecho cuando éste se ejerce dentro de sus límites, como es la actividad desplegada por la parte interesada porque esa situación tenía respaldo legal”.

“Abuso del derecho se da cuando la responsabilidad nace del ejercicio de un derecho que causa perjuicio a otro, con dolo o culpa; luego entonces, cuando se extralimita y se sobrepasa los límites de ese derecho, ya no hay abuso sino carencia de derecho”. Sentencia de 13 de febrero de 1985. Registro Judicial, febrero, 1985, pp. 24 y subsiguientes. Y, en sentencia de 11 de septiembre de 1985 la Corte puntualizó: “El hecho lícito no puede engendrar responsabilidad y el titular de un derecho que lo ejerce sin traspasar los linderos de su contenidos, obra lícitamente. Esto significa que el ejercicio de acciones judiciales o administrativas no necesariamente pueden implicar abuso de derecho, porque para darse este supuesto debe haberse probado que hubo dolo o culpa con el deliberado propósito de dañar a su contraparte. “De aceptarse lo contrario, se estaría reconociendo la responsabilidad objetiva, que nuestro Código no reconoce, ya que seguimos en este aspecto la teoría clásica o de la responsabilidad subjetiva”. Sentencia de 11 de septiembre de 1985. Registro Judicial, septiembre, 1985, pp. 32 y ss. (5 AÑOS DE JURISPRUDENCIA DE LAS SALAS (PRIMERA DE LO CIVIL) Y TERCERA (DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMA: 1982-1985. Dulio Arroyo Camacho. Panamá, 1988).

Por demás, esta advertir que las posiciones de la Corte son propias del Estado de Derecho Legal, y de la aplicación de la norma específica al caso concreto. En cambio, si ha aceptado en diversos fallos la conducta de abuso de derecho a litigar de algunos abogados que reinciden en adoptar esa conducta procesal en todos los casos que representan alguna de las dos partes o terceros en un proceso. En ambos casos de los fallos, que insertan la situación doctrinal panameña del Abuso del Derecho, así:

La actuación anterior es a todas luces sancionable al tenor de lo dispuesto en el artículo 462 en concordancia con el ordinal 15 del artículo 199, ambos del Código Judicial, así como también sancionable por violación a claras disposiciones del Código de Ética del abogado, máxime cuando el Licenciado Carrillo Gomila es reincidente en este tipo de actitud procesal, que la Sala traduce en un abuso del derecho a litigar, derecho este que si bien la Ley pone en manos de los particulares para el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial, no puede ni debe ser utilizado desmesurada ni temerariamente, sino con lealtad, probidad y buena fe procesal. Por ello, en esta ocasión se advierte al profesional del derecho que, de continuar con estas prácticas, la Corte se vea en la necesidad, con fundamento en la Ley 9 de 18 de abril de 1984, solicitar la investigación correspondiente al Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados.<sup>19</sup>

Y en otro fallo, del mismo año, condenan al Colega litigioso, por no actuar conforme al Código de Ética, y vulnerador de los artículos 462 del Código Judicial y 215 numerales 1 y 2, donde se condensan los principios de buena fe, probidad, lealtad y señala el que podría reconocerse como el Principio de Abuso del derecho litigioso, “Obra sin temeridad en sus pretensiones o excepciones y en el ejercicio de sus derechos procesales.” Y lo expresó así:

El Pleno tiene necesariamente que hacer mención de la excepcional situación en que se encuentra el Licdo. Darío Carrillo Gomila, por razón no sólo de haber sido sancionado por la Corte por actuaciones similares anteriores, sino porque pende sobre el una advertencia reciente conte-

---

19. CARLOS MOLINARES CAHUANA RECURRE EN CASACION EN EL PROCESO ORDINARIO QUE LE SIGUE A COMPAÑIA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S. A. (COPA). MAGISTRADO PONENTE: José A. TROYANO. Panamá, VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE (1999).CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL.

nida en fallo de la Sala Civil de 27 de octubre de 1999, Y lo sanciono como 500.00 de multa, por falta a la ética.

Sin embargo, no ha emitido la Corte, algún tipo de interpretación en cuanto a la aplicación directa ni indirecta de las normas constitucionales en las alegaciones del Principio de Abuso del Derecho, o en caso subsidiario el de no actuar de buena fe conforme al Código Civil, sino que se atribuye a una norma específica de la labor como profesionales del derecho, igual que lo tienen las otras profesiones, esto se debe a que tampoco recogemos el Principio como regla en nuestro Código Civil. Siendo las tesis de aplicación directa o indirecta de las normas constitucionales en la resolución de conflictos entre particulares o en la relación jurídica de los particulares, producto de una tesis alemana conocida como la *Drittwirkung der Gruentche*, o denominada eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, la cual, la primera de ellas es decir la, que es la aplicación inmediata o directa, aquella que el juez, aplica directamente la norma constitucional-principio general constitucionalizado-o de derechos fundamentales, en la sentencia o decisión del caso. Cosa que nuestra hermana república, Colombia, ya resolvió al incorporar el Principio dentro de su contenido constitucional aunque como principio general.

La posición de la tesis de la aplicación indirecta, o mediata, es con la que definitivamente el Juez la integración de las normas que están en la Constitución (como clausulas generales-buena fe- con las normas que se encuentran en el Código Civil), es decir, lo que:

“para esta teoría, los derechos fundamentales obligan a los particulares en sus relaciones privadas pero sólo indirectamente, como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y, en esa medida, vinculan al legislador y al juez. No son, pues, los actos de los sujetos privados, sino las normas de Derecho privado elaboradas por el legislador, o las resoluciones judiciales dictadas por los jueces resolviendo litigios entre particulares las que están directamente vinculadas a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales obligan directamente a los poderes públicos y sólo indirectamente a los particulares. Tienen una repercusión cierta sobre el ordenamiento jurídico-privado, pero no en el sentido de que impongan a los individuos, en sus relaciones con los demás sujetos, un deber de acción o de omisión invocable en la vía judicial.<sup>20</sup>

20. Saraza Jimena. Rafael. *Jueces, Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid:

Para el Autor, Juan María Bilbao Ubillos, para la tesis de la *Drittwirkung* mediata es el juez, en el desarrollo de su función jurisdiccional, el vehículo a través del cual se concreta esa incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado.<sup>21</sup>

Delimitadas las dos teorías, sería más usual utilizar el método de la aplicación indirecta en nuestro país, ya que nuestro Código Civil aunque no consagra el Principio de la buena fe, en el artículo 13 claramente consagra que a falta de regulación aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho y la costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana. Teniéndose esas reglas como principios generales de derecho en los que se encuentra el Principio de Buena Fe, y esa costumbre con la moral cristiana, determinan claramente la forma mediata o aplicación indirecta del principio a través de esta forma-no actuar de mala fe, ni con maldad.

Sin embargo, nuestro problema es, que el abuso del derecho como principio jurídico o general del derecho, sea considerado para resolver cómo se aplicara directamente normas constitucionales en cuanto al Principio del Abuso del Derecho, en nuestras relaciones jurídico privadas. Porque, una de las formas para apreciar lo que se puede llamar la “constitucionalización del derecho privado es observar que con mayor frecuencia los conflictos se resuelven mediante la aplicación de los principios y valores constitucionales, los cuales se imponen al interprete en la medida en que el juez debe acatarlos al interpretar y aplicar el derecho”.<sup>22</sup>

Y para ello, si necesitamos aplicar directamente, es lógico advertir el contenido del segundo párrafo, del artículo 17 de la Constitución Nacional, introducido Mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2004, que incorporó la tendencia del Estado de Derecho Constitucional, o Neoconstitucionalismo, cuando dispone que los derechos y garantías como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, es decir, hay que tomarla como una norma objetiva de valor para su aplicación. De modo que si vinculamos el Principio de Abuso del Derecho, con el artículo 17 de la Constitución Nacional y desde la definición y perspectiva de

---

Universidad La Rioja. Pág. 107.

21. *Ibid.*, pág. 108.

22. Rengifo García, Ernesto. (2012) EL abuso del derecho. [En línea]. Disponible en: Garrido&Rengifo Abogados: <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf>.

Lino Bustamante, citado en líneas anteriores, que vale la pena recitar: “El abuso del derecho surge cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se produce una alteración en el equilibrio que deba existir entre el interés social de **que sean respetados los derechos individuales** y los restantes intereses que a la sociedad como entidad orgánica cumple realizar.<sup>23</sup> Es decir, que reconociendo este, como derecho subjetivo y que esa alteración *involucra equilibrio que deba existir entre el interés social de que sean respetados los derechos individuales*, es claro la normativa, para determinar la aplicación directa del principio en el evento que se presente un abuso, y con ello también recae en el ámbito de la dignidad humana de la persona- por el irrespeto a derechos individuales-, definitivamente que aplicaríamos directamente también el Preámbulo de nuestra Constitución, en el evento de promover tanto la dignidad humana, promover la justicia social-cosa contraria sería abusar de los derechos- y el bienestar general. Ahora bien, esta concepción es simplista en su razonamiento, pues señala Christian STARCK (“Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cita.*, pág. 74) citado por Sarazá, que “Los derechos fundamentales, en su conjunto, se conciben como un sistema de valores, expresión de una determinada conciencia de la dignidad humana, que pretende tener vigencia en todas las esferas del ordenamiento y servir de inspiración al legislador y al juez en materia civil”<sup>24</sup>, por tanto, ante las ritualidades exegéticas de las reglas, están los principios que el juez debe aplicar para la debida solución del conflicto, no dejando libre la conductas atípicas e ilícitas por parte de los actores en una relación de tráfico privado. Y en ese sentido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del año 2000, en el caso Omar Solano vs BCCI, estableció que “Los principios generales del derecho son uno de los instrumentos de los que se valen los operadores judiciales para atenuar el actuar descomedido de los asociados, **a sentirse amparados por una norma legal. En otras palabras el juzgador puede echar mano de estos principios, para dicta justicia, frenando los que cometen los particulares, so pretexto del ejercicio de un derecho.**”(El sombreado es nuestro)

En conclusión, ya es hora, que nuestros jueces ordinarios, sientan la necesidad de aplicar directamente en sus decisiones, usando para ellos los principios generales del Derecho sean constitucionalizados o no- tales como el Principio de Abuso del Derecho, los cuales según Hernán Valencia Restrepo, en el libro ya citado en este artículo que: El Fin de ellos es cuádruple: Humanizar, hacer justo, racionalizar y actualizar el derecho”, y es precisamente lo que necesita nuestro país tanto en la sociedad misma como en el Poder judicial.

23. Bustamante, Lino. Óp. Cit. pág.34

24. Sarazá, Jimena, R. Óp. cit. Pág. 74.

## **Conclusiones.**

1. El abuso del derecho es un principio general que se traduce en un ejercicio anormal de un derecho.
2. El desenvolvimiento del Abuso del Derecho se ha tornado desde una teoría, a un principio general, una regla, u otros una norma debidamente constitucionizada.
3. La doctrina ha evolucionado a tal punto de reconocerlo como un principio general de derecho, algunos de ellos por sí solo y otros concatenándolo al principio de la buena fe.
4. En los Códigos civiles como Alemania, España y Perú es reconocido el principio del abuso del derecho de manera explícita; en Panamá no lo recoge literalmente en el Código Civil, solo algunas normas llevan a colocar el interés social por encima del particular, como el derecho de propiedad, sin embargo, se ha aplicado jurisprudencialmente el Código Judicial, mediante los principios que reconoce el Código-lealtad, probidad, lealtad.
5. La Constitución de Colombia desde 1991, prevé taxativamente el Abuso del Derecho, al establecer que se deben respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.
6. La aplicación indirecta del abuso del derecho la podemos aplicar mediante el artículo 13 del Código Civil, en cuanto a la fórmula hermenéutica de resolución de un conflicto cuando no hay una norma expresa que lo resuelva.
7. Este principio, del abuso del derecho, en un caso concreto se aplicaría directamente en Panamá, conforme al artículo 17 de la Constitución Nacional que consagra la protección de los derechos y garantías individuales, y en caso de que se abuse de estos se estaría violentando esta norma, tanto en los derechos individuales de otra persona, por abusar otro de esos mismos derechos.

## **Bibliografía**

- ALEXY, R.(1988). *“Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En Doxa, Alicante: Universidad de Alicante No.5.
- BERNAL PULIDO,C. (2014) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Legislador. 4ta ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- HERNANDEZ VELASCO, H.(2009) *El abuso del Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1935-2009*. Bucaramanga, Colombia Universidad Industrial de Santander. Facultad de Humanidades, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Maestría en *Hermenéutica Jurídica y Derecho*.
- JOSSERAND,L(1946) *El espíritu de los derechos y su relatividad* (traducción al castellano de Eligió Sánchez Labios), ed. Cacica, Puebla.
- SARAZA JIMENA.R. (2008). *Jueces, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*.
- TOVAGLIARE,F., VAN ROMPAEY.L., BARBIERI L.(2016) *Aplicación directa de principios y normas constitucionales*. Uruguay: La Ley.
- VALENCIA RESTREPO, H.(1993) *Nomoárquica, Principialística Jurídica o Los Principios Generales del Derecho*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.

### REVISTAS Y APUNTES

- BERIZONCE,R. (2015). *El principio del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal*. Número Extraordinario de Revistas Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.29-39.
- LOMBARDO, Julio (2011). *Apuntes de curso de Doctorado en Derecho con énfasis en Derecho Civil*. Universidad de Panamá.
- VALENCIA RESTREPO, H.(1993) *Panorama de la Nomoárquica General*. Conferencia pronunciada en varias universidades con la mira puesta en dar una globalización del libro *Nomoárquica, Principialística Jurídica o Los Principios Generales del Derecho*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A. 442 páginas y de hacer más fructífera la lectura del mismo.

### CONSTITUCIONES Y CODIGOS.

- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política de Panamá.
- Código Civil Español.
- Código Civil Panameño.
- Código Civil Uruguayo.
- Código Civil Peruano.

### JURISPRUDENCIAS

- HERNANDEZ VELASCO, H.(2009) *El abuso del Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1935-2009*. Bucaramanga, Colombia Universidad Industrial de Santander. Facultad de Humanidades, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Maestría en *Hermenéutica Jurídica y Derecho*.

[www.organojudicial.gob.pa](http://www.organojudicial.gob.pa). Fallos.