



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---

---

---

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**“ABUSO DEL DERECHO”**

**TESIS**

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**

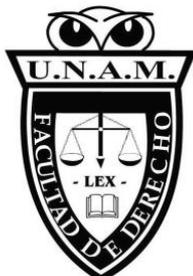
PRESENTA

**DAVID ALBERTO BAZÁN ZEMPOALTECA**

ASESOR DE TESIS:

LIC. RAFAEL MANUEL ROCHER GÓMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., 2017.





Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ABUSO DEL DERECHO.....	3
1.1 Observación General.....	3
1.2 Surgimiento y evolución del abuso del derecho.....	3
1.2.1 El significado de abuso del derecho en Roma y en el Derecho Romano.....	3
1.2.2 Edad Media.....	7
1.2.2.1 Actos de emulación.....	9
1.2.2.2 Teoría de las inmisiones.....	10
1.2.3 El Código de Napoleón de 1804.....	12
CAPÍTULO II.....	17
DEL ABUSO DEL DERECHO.....	17
2.1 Generalidades del abuso del derecho.....	17
2.2 Características y problemática de la figura en estudio.....	18
2.3 El problema de la delimitación semántica.....	30
2.4 Otras denominaciones.....	34
2.5 Las distintas teorías del abuso del derecho.....	36
2.5.1 Marcel Planiol.....	37
2.5.2 Louis Josserand.....	38
2.5.3 Julien Bonnecase.....	44
2.5.4 Raymond Saleilles.....	49
2.5.5 Robert Joseph Pothier.....	52
2.5.6 Atilio Aníbal Alterini.....	53
2.5.7 José Manuel Martín Bernal.....	55

2.5.8 Rafael Rojina Villegas.....	60
2.5.9 Manuel Bejarano Sánchez.....	64
CAPÍTULO III.....	67
REGULACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN DIVERSOS PAÍSES.....	67
3.1 Legislaciones finalistas o de criterio intencional.....	68
3.1.1 Alemania.....	68
3.1.2 Suiza.....	72
3.1.3 Rusia.....	72
3.2 Legislaciones de criterio funcional, o de relatividad de los derechos.....	73
3.2.1 Francia.....	74
3.2.2 Bélgica.....	77
3.2.3 Italia.....	78
3.2.4 España.....	79
3.3 Doctrina absolutista.....	82
3.3.1 Reino Unido.....	83
3.3.2 Estados Unidos de América.....	84
CAPÍTULO IV.....	88
EL ABUSO DEL DERECHO EN MÉXICO.....	88
4.1 Breves antecedentes en la legislación nacional.....	88
4.2 Naturaleza jurídica.....	90
4.2.1 Criterios jurisprudenciales.....	97
4.2.2 Tesis personal sobre la naturaleza jurídica del abuso del derecho como principio general del derecho.....	101
4.3 Evolución del abuso del derecho.....	104
4.4 Diversas figuras análogas de abuso.....	108
4.4.1 Respeto del derecho de acudir a los tribunales.....	109
4.4.2 Práctica ilícita.....	109

4.4.3 Negligencia profesional.....	113
4.4.4 Detención ilegal.....	116
4.4.5 Abusar del sistema.....	118
4.4.6 Oportunismo legal.....	121
4.4.7 Abuso del proceso.....	123
4.4.8 En relación al embargo.....	126
4.4.9 En materia de contratos.....	126
4.4.10 En el Derecho Administrativo.....	127
4.5 Breves casos de abuso del derecho [o de figuras análogas] en el Derecho Público.....	129
4.6 Consideraciones finales sobre el abuso del derecho desde el punto de vista del sustentante.....	137
CONCLUSIONES.....	141
BIBLIOHEMEROGRAFÍA.....	149

## INTRODUCCIÓN

El propósito de la presente tesis es ofrecer al lector un breve análisis histórico, doctrinal, comparativo y jurídico a la teoría “el abuso del derecho” -o cualquiera de sus denominaciones- con la finalidad de replantear esta figura jurídica e incorporarla como principio general del derecho por encima de la norma jurídica.

Con lo anterior se lograría que este término jurídico no continúe siendo inaplicable, desplazado ni olvidado. Por ello consideramos conveniente realizar este trabajo, ya que se exponen y proponen un posible replanteamiento e incorporación en la legislación nacional retomadas de las distintas coyunturas del abuso del derecho basándonos en las diversas teorías y textos jurídicos realizados por distintos autores y legislaciones adecuándolo al derecho civil mexicano, tema que sin duda continúa siendo ampliamente discutido y del cual esperamos ofrecer un espacio de reflexión que permita esclarecer las preguntas e inquietudes a quienes buscan respuestas sobre esta ambigüedad jurídica.

Para lograrlo, investigamos sus antecedentes históricos, los cuales nos remontaron a estudiar su significado desde el Derecho Romano, la Edad Media, así como el Código Napoleónico de 1804. Posteriormente examinamos las características y problemáticas que han surgido, atravesando por las distintas denominaciones que ha recibido, como también sus principales teorías -de manera especial- la aportada desde la doctrina francesa hasta las contribuciones más recientes en el resto del mundo. Después encontramos un apartado de derecho comparado en el cual se observan los criterios propuestos por los diferentes sistemas jurídicos y cómo se regula la figura jurídica en otros países, por lo que este estudio nos permitirá tener un panorama que nos permita ver más aplicaciones e interpretaciones de esa figura a nuestro país.

Asimismo analizaremos el uso abusivo del derecho desde su historia y regulación en el Código Civil para la Ciudad de México así como su significado en diversos criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las probables figuras análogas y citando algunos ejemplos que permitan desarrollar nuestra hipótesis de si este término debe considerarse

como un principio general y no como una norma aislada en el Código Civil. Finalmente exponemos nuestras conclusiones esperando convencer al que quiera conocer el sentido y espíritu de la teoría para su correcta aplicación.

La metodología seguida para realizar este trabajo de investigación fue en primer lugar localizar el tema y la problemática en concreto; segundo, recopilar la documentación y colocarla en orden sobre el mismo; tercero, volver a examinar el tema a partir de los documentos clasificados y por último la hicimos de manera que quien la lea comparta y comprenda nuestra aportación del trabajo de investigación coincidiendo con el punto de vista expuesto o bien pueda acudir a los documentos para reconsiderar el tema por su cuenta.

Nuestra pretensión es fundamentar estas reflexiones utilizando la mayor cantidad de literatura especializada para exponer con claridad el tema e intentar interrelacionar los diversos puntos de vista, ofreciendo un panorama inteligente y útil desde el punto de vista informativo para que sea comprendido por quien decida estudiar el problema a tratar.

Para sustentar el objetivo de esta tesis, es decir que el término jurídico “abuso del derecho” sea considerado como principio general, es indispensable la comparación de otras ideas, las cuales desde sus perspectivas hacen resaltar los defectos y aciertos teórico-prácticos que ha tenido el uso o aplicación de este término. Aquí, como en tantas ocasiones, aprendemos de todas.

Esta tesis se defiende con argumentos de la teoría del derecho, de la filosofía jurídica (jurisprudencia) y de los ordenamientos jurídicos internacionales que apoyan este trabajo. Aquellos no son decisivos, pero son lo bastante contundentes para justificar la atención que se requiere para una reformulación más precisa del abuso del derecho en nuestro país.

## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ABUSO DEL DERECHO

#### 1.1 Observación General.

Esta tesis iniciará su análisis en Roma, no sólo por la enorme importancia del Derecho Romano y la influencia que ejerce hasta la actualidad; sino porque además, los temas que tienen que ver con el Derecho, han sido reflexionados desde su origen por los romanos y como acertadamente afirma Rudolph Von Ihering, “*nuestro pensamiento jurídico, nuestro método y nuestra forma de intuición, toda nuestra educación jurídica, en una palabra, son romanos.*”<sup>1</sup>

Asimismo, observamos que este fascinante tema ha provocado interrogantes desde la Roma antigua, pasando por la Edad Media, así como su introducción al Código Napoleónico, proporcionando diversas interpretaciones, explicaciones, así como soluciones a lo largo de la historia hasta llegar a nuestros días.

#### 1.2 Surgimiento y evolución del abuso del derecho.

##### 1.2.1 El significado de abuso del derecho en Roma y en el Derecho Romano.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> IHERING, Rudolph Von. “*El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo*”, Tomo I, traducción Enrique Príncipe y Satorres, Ed. Comares, España, 1998, p. 11.

<sup>2</sup> La expresión “*Derecho Romano*” la tomo de la afirmación de que “*es una creación bizantina, cuando Italia era el reino de Teodorico el Grande (454-526 d. C.), ideología que se encuentra detrás de la obra de Justiniano (482-561)*” bajo la dirección de Tribonianus (470-543), donde “*no tiene que ver con la cultura ni idiosincrasia de la Roma de Cicerón (106-43 a. C) [...] cuyos rasgos característicos habrían de perpetuarse en el Corpus Iuris [Civilis].*” Los bizantinos son quienes le dan carácter de “*Derecho Romano*” al ver hacia el pasado y estudiar sus instituciones, con la aparición del *Codex Iustinianus* en 527; del *Digesto* en 533, que constituyó un logro aún mayor. Junto a ellos, una colección de *novellae* (i.e., legislación imperial) promulgadas por Justiniano. Desde estas apariciones del *Codex* completan la compilación: “*Codex, Digesto, Institutiones y Novellae*. Por tal motivo, fue en Europa medieval “*el descubrimiento, sistematización, enseñanza y aplicación del derecho romano*”. Consultado en TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Los Publicistas Medievales y la Formación de la Tradición Política de Occidente. Estudio Histórico Sobre la Recepción de la Ciencia Jurídica y su Impacto en las Ideas Políticas*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005. pp. 11 y 22 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la Racionalidad y la Ciencia del Derecho*”, México, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, pp. 162 y 163.

La Teoría “*abuso del derecho*”, “*abuso de los derechos*” o “*ejercicio abusivo de los derechos*”<sup>3</sup> encuentra sus primeras referencias en el derecho romano,<sup>4</sup> declarando como máxima que “*quien usa de su derecho a nadie perjudica*” (*qui iure suo utitur neminem laedit*). Establecida en la Ley 55 del Título XVII del Libro L del Digesto, así como en las leyes 151 y 155 del mismo título y libro.

Siguiendo ese principio, el mismo Digesto, en otro párrafo, afirma:

*Cuando alguno hiciese alguna cosa en su propio suelo usando de su derecho aunque prometiese al vecino por el daño que amenaza, no se obliga a él por esta estipulación; verbigracia: si inmediato a mis edificios tuvieses los tuyos, que los levantas usando de tu derecho, o si a tu predio inmediato llevasen el agua que venía al mío, haciendo algún acueducto cubierto o foso; pues aunque en este caso me quitas el agua, y en aquél me quitas las luces, esto no obstante, por esta estipulación no me compete acción; porque no parece que causa daño el que priva a otro de aquello que disfrutaba por causa lucrativa; pues es muy diferente que uno cause daño a otro o que le prive de aquellos de que se utiliza.*<sup>5</sup>

De igual manera, en otro párrafo del mismo Digesto, se lee la siguiente regla:

*Si hago un pozo en mi casa y por esto se cortaron los manantiales del tuyo, ¿acaso estaré obligado? Trebacio dice que no me obligaré por el daño que cause; porque no se juzga que resulte el daño por vicio de mi obra, respecto que uso de mi derecho. Pero si lo profundizo*

---

<sup>3</sup> Posteriormente se explicará su distinción; para este capítulo el uso de la expresión es indistinto.

<sup>4</sup> En todos los libros consultados [véase la Bibliografía] no se encontraron registros anteriores a este periodo.

<sup>5</sup> Véase ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano” Tomo V., Volumen II, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1981, p. 161. [Dig. 39. 2. 26.].

*tanto que no puede subsistir tu pared, tiene lugar la estipulación por el daño que amenaza.*<sup>6</sup>

Conforme a las anteriores citas, podría deducirse erróneamente que en el Derecho Romano no existía “responsabilidad civil” al causar daño en el ejercicio de los derechos;<sup>7</sup> sin embargo, esos mismos principios también se establecían para la propiedad ejercidos “*conforme a la razón, a la equidad y a la naturaleza y se fijó un límite de carácter negativo para su ejercicio, cuando el titular tenía la intención de perjudicar a tercero, sin obtener ningún provecho.*”<sup>8</sup>

Por tal razón, “*los jurisconsultos romanos, fundándose en la razón, en la equidad y en el derecho natural, prohibieron el ejercicio mismo del derecho de propiedad cuando se hiciera con la intención de dañar, es decir, con dolo, y sin ninguna utilidad para el propietario.*”<sup>9</sup>

Cabe destacar que en el Derecho Romano, la propiedad era ilimitada, en el sentido de ser exclusiva y absoluta, sometida al propietario bajo todos los aspectos. Por tanto, no existían las servidumbres legales. Las servidumbres de paso y de acueducto sólo podían constituirse contando con la voluntad del propietario gravado, así, si alguien quería pasar por el fundo vecino, o asegurarse una *melior condicio* en orden a las aguas, trayéndolas desde aquél hasta el propio, debía pactar con el *paterfamilias* titular.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Ídem. [Dig. 39. 2. 24. 12.].

<sup>7</sup> Al respecto, Rojina Villegas, explica que “*se han querido interpretar los textos del Digesto, considerando que no podía existir responsabilidad civil en el ejercicio de los derechos, aunque se causara daño a tercero; pero esta interpretación, que está desmentida a propósito de la propiedad y de las servidumbres en los ejemplos que nos presenta el derecho romano, ha sido abandonada en la actualidad. En el propio derecho romano tenemos, por ejemplo en la copropiedad originada por la medianería, un caso que nos demuestra que no podía ejercitarse el derecho derivado de ésta para elevar el muro medianero, simplemente para privar de luz o de sol a uno de los copropietarios.*

*Existía en la medianería el derecho libremente concedido a los copropietarios de elevar su muro; pero debía haber alguna utilidad al hacerlo. Cuando uno de ellos quería elevarlo con la sola intención de perjudicar a su vecino, para privarle de la luz o del sol, se consideró ilícito ese ejercicio.”* *Ibidem*, p. 162.

<sup>8</sup> *Ídem*, p. 161.

<sup>9</sup> *Ídem*, pp. 161 y 162.

<sup>10</sup> IGLESIAS, Juan. “*Derecho Romano*”, 12ª ed., Ed. Ariel, España, 1999, p. 156.

Otra característica de la propiedad romana es que tenía virtud absorbente, esto es, que todo lo que se encontraba en la propiedad -tesoros, plantas, semillas, edificios, aluviones, etc.- pertenecía al propietario. Ya que, “*este principio de la accesión responde al carácter orgánico de la propiedad, y no a una determinación positiva -legal-, como ocurre en el Derecho moderno.*”<sup>11</sup>

Por lo tanto, las relaciones de vecindad no representaban, en esta época, “*verdaderas limitaciones del dominio, sino obligaciones de carácter negativo, constituidas para tutelar el pleno ejercicio de los derechos dominicales de cada vecino.*”<sup>12</sup>

Como hemos señalado, una cosa es que el propietario pueda usar libremente lo que es suyo, y otra muy distinta es que invada la esfera de libertad del vecino. Puesto que la “*immissio in alienum*”, es decir, la injerencia en propiedad ajena, cuando afecta notablemente a otro, puede resultar como ilícita, lo cual significa que esa invasión efectiva del derecho de otro deja de significar ejercicio de un derecho propio.<sup>13</sup>

En virtud de lo anterior, los derechos privados en Roma atendían directamente al bien del individuo, pero interesaban -en última instancia- al denominado “*bien común*”. De esta forma, al despilfarrador de sus bienes se le sometía a interdicción, porque “*no debemos usar mal de nuestro derecho*” (*male enim nostro iure uti non debemus*).<sup>14</sup> El campesino estaba obligado a cuidar

---

<sup>11</sup> *Ídem*, p. 157.

<sup>12</sup> *Ídem*.

<sup>13</sup> Al respecto, Juan Iglesias, señala que está permitido al propietario de una casa que construya un baño en ella, aunque con ello humedezca la pared vecina -*quamvis umorem capiat partes*-, pero se le puede prohibir la realización de una obra que *absidium umorem habeat et id noceat vicino* (Dig. 8, 2, 19 pr.). Se puede hacer en el propio fundo *fumum non gravem, puta es foco*, pero no se juzga que *ex taberna casaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutum talem admittit* (Dig. 8, 5, 8, 5-6) *Ídem*, p. 158.

<sup>14</sup> De acuerdo con Iglesias, Gayo no dice “*abuti*”. Se puede hablar de “abusar” con referencia a la dureza excesiva e injustificada en el trato de los esclavos, pero no con relación al pródigo. El despilfarrador no *abusa*, aunque consuma su fortuna; usa mal de ella. *Ídem*.

celosamente de su campo, a ararlo, a no traerlo a descuido, y tal obligación se halla sancionada con una pena censoria.<sup>15</sup>

Fue a partir del siglo III a. C, que el régimen de la propiedad sufrió profundas transformaciones. Con Diocleciano, el fundo itálico fue sometido a tributación, con Justiniano se suprimió la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales,<sup>16</sup> elevando al rango de propiedad civil –*dominium*– las situaciones clásicas del “*in bonis habere = possessio vel ususfructus*”. Igualmente, se abolió el principio de que la propiedad no puede constituirse “*ad tempus*”, es decir, de manera perpetua. Por lo que de esta forma, las limitaciones de la propiedad, de por sí numerosas en la época romano-helénica,<sup>17</sup> se acentuaron aún más en la legislación justiniana, la cual se explicará en la siguiente sección.

### 1.2.2 Edad Media.<sup>18</sup>

Como se ha visto, la antigua Roma no resolvió eficazmente la problemática de la teoría del “*abuso del derecho*” ni sus alcances.

Para que fuera comprendida a un nivel superior fue necesario esperar la renovación de las bases jurídicas realizadas en la Edad Media, herencia que dejó el Derecho Romano, no sólo en este periodo, sino hasta nuestros días.

En el medioevo, el abuso del derecho adquiere y requiere de un acomodo del Derecho Romano, tarea que exigió talento y técnica de interpretación muy ejemplar. Este logro fue gracias a las escuelas de derecho, principalmente en Bolonia,<sup>19</sup> ya que “*las “universitates” llevarían en lo sucesivo la avanzada del*

---

<sup>15</sup> *Ídem*.

<sup>16</sup> *Ídem*. [Codex 7, 31, 1; Inst. 2, 1, 40.].

<sup>17</sup> *Ídem*.

<sup>18</sup> Por “Edad Media”, “medioevo”, “época medieval” etc. nos referimos a los siglos situados entre la “caída de Roma” (siglo V), en especial el ascenso y consolidación de la cristiandad, entendida como organización y estructura de las comunidades que profesan el cristianismo bajo el mando de una autoridad dirigente, y la segunda mitad del siglo XV (1453-1492).

<sup>19</sup> La universidad de Bolonia nace a finales del siglo XI, fundada por Matilde (1046-1115), duquesa de Toscana; ella invitó a un maestro de artes liberales: Irnerio (1055-1130) a enseñar derecho romano. Donde educa revelado por una triple intuición: (1) dar al estudio del derecho un carácter autónomo que la enciclopedia del saber medieval no le reconocía; (2) estudiar el

*Derecho Romano y, con él, las doctrinas e ideologías políticas de la nueva Europa.*<sup>20</sup> Esos estudios obtenidos, esclarecidos y reformados,<sup>21</sup> fueron hechos por los glosadores<sup>22</sup> y “comentaristas del Derecho Romano” (postglosadores),<sup>23</sup> logrando que “*el examen y exposición del derecho romano se convierta en la primera disciplina académica en la historia de Europa.*”<sup>24</sup>

Por lo anterior, es que en la Edad Media, surgen nuevas maneras de re-interpretar el abuso de los derechos. Esto significa que en esta etapa, no nace la teoría en estudio, sino que lo retoma del Derecho Romano y lo aplica reiteradamente a través de su glosa siendo válidos para muchos casos particulares y dándoles otros alcances.<sup>25</sup>

---

derecho justiniano en los textos genuinos, haciendo a un lado extractos y epítomes; y (3) establecer el significado “correcto” de la compilación justiniana y construir un “ordenado” y “completo” *Corpus iuris*. Véase TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Los *Publicistas Medievales y la Formación de la Tradición Política de Occidente...*” *Op Cit.*, Nota 2, p. 138 y subsecuentes.

<sup>20</sup> *Ídem.* p. 131.

<sup>21</sup> Es sabido que el Derecho Romano en el medioevo se enseñaba con la lectura de los textos seguida por la *glossa* o *glossae* del profesor. Eran copiadas por los estudiantes entre las líneas del texto y, si no -por razones de extensión-, al margen. Esas *glossae* fueron acumulando la doctrina, alcanzando tanta autoridad como el texto mismo, algunas veces superando al texto. Esa lectura, suponía un análisis meticuloso, constituido entonces por el procedimiento dialéctico, mediante el cual se analizaban lógicamente conceptos y se construían deducciones, tarea magistral de los juristas logrando un producto de tal nombre: el *Coprus iuris*. *Ídem*, p. 142.

<sup>22</sup> Su importancia en la historia del Derecho y de la jurisprudencia de Occidente es enorme, una exposición de sus logros no es posible aquí, sin embargo, haré un breve comentario sobre su objetivo principal de estos estudiosos, el cual fue la triple tarea mencionada con anterioridad: (1) dar al estudio del Derecho un carácter autónomo que la enciclopedia del saber medieval no le reconocía; (2) estudiar el “Derecho Justiniano” en los textos, haciendo a un lado extractos y epítomes; y (3) “establecer el significado “correcto” de la compilación justiniana y construir un “ordenado” y “completo” *Corpus iuris*. A esta escuela pertenecieron Bulgarus (?-c 1166), Martinus (?-c 1166), Hugo (?-c 1170), Jacobus (?-c 1178), Johannes (1175-1245), Bassianus (?- c. 1200), Azo (1150-1230), Placetinus (?-c 1192), Pillius (fines del s. XII primera mitad del s. XIII), Hugolinus (?-c 1233), Roffredus (?-1242), Acurcio (1182-1260), etc. quienes sentaron las bases de la moderna ciencia del derecho. *Ídem.* pp. 138 y 139.

<sup>23</sup> Es imposible analizar en tan poco espacio sus doctrinas jurídicas, no obstante, a continuación se exponen algunas de ellas. Su doctrina política, se encuentra en cinco distintas fuentes: (1) en sus comentarios sobre la naturaleza del derecho y la justicia (2) en sus doctrinas sobre la función del *ius naturale*, *ius gentium* y *ius civile*; (3) en sus ideas sobre la naturaleza jurídica del Imperio y las *universitates*, (4) en su concepción sobre los diferentes grados de la “soberanía” así como los límites a su ejercicio, y (5) en sus doctrinas sobre la creación “popular” del derecho. *Ídem.* p. 182.

<sup>24</sup> *Ídem.* p. 132.

<sup>25</sup> Los juristas medievales estaban preocupados fundamentalmente por construir un sistema de normas e instituciones jurídicas, más que en levantar un inventario del mundo exterior. No obstante, la ciencia jurídica requería de la observación para construir la base empírica de su sistema. *Ídem.* p. 161.

Por otro lado, no podemos omitir que es en esta etapa donde se desarrollan figuras jurídicas como son los actos emulativos, las inmisiones<sup>26</sup>, o el “*ius usus inocui*”<sup>27</sup>, además de su contenido, “*nos introducen en la entera problemática de la teoría del abuso del Derecho: sus aspectos subjetivistas, objetivistas y sociológicos.*”<sup>28</sup>

### **1.2.2.1 Actos de emulación.**<sup>29</sup>

Los actos emulativos, son reflexionados en el Medievo principalmente por las relaciones (dados los frecuentes roces o fricciones) de vecindad, los cuales no ocurrieron en la antigua Roma. Por esta razón, algunos autores niegan la existencia de que en Roma hayan conocido una verdadera doctrina del abuso del derecho; entre ellos, José Martín Bernal explica sobre este tema que en este periodo las relaciones de vecindad comenzaron a causar problemas. Por lo que se extendieron los conceptos de dolo y culpa e iniciaron las limitaciones al disfrute de la propiedad. Por otro lado, el propietario ejercitaba su derecho no tanto por la utilidad propia, sino por causar daño y perjuicio al vecino.

A partir de ello, es que empiezan a regularse las relaciones de vecindad entre los predios, implementando límites que determinarían un ejercicio en la extensión delimitada, sin que pueda decirse que hay extralimitaciones en dicho ejercicio, o por el contrario, debido a ciertas imprecisiones en aquellos límites con los derechos de otro u otros donde nos extralitemos en la falsa creencia

---

<sup>26</sup> Al igual que los actos emulativos, ambas teorías se expondrán a continuación.

<sup>27</sup> Entendido como el derecho de aprovechamiento de una cosa ajena, usándola por razón de utilidad y no de capricho o abuso, sin que el dueño sufra un perjuicio al considerarse al uso como inofensivo.

<sup>28</sup> MARTIN BERNAL, José Manuel. “*El Abuso del Derecho*”, Ed. Montecarlo, España, 1892, p. 22.

<sup>29</sup> La doctrina de los actos “emulativos” fue desarrollada por el jurista italiano Cino de Pistoia (Guittoncino de Sighipuldi; Pistoia, c. 1270- id., c. 1337). Consistía en la ejecución de un acto *animo nocendi*, intención dañosa que inspiraba el ejercicio de un derecho, siendo determinado, generalmente, por un ánimo de envidia, celos, malignidad, despecho; si bien puede ser susceptible de constituir el acto bueno, la imitación de la virtud. La expresión *aemulatio* aparece por primera vez en el Digesto, L 50, t. 10, ley 3ª, y una traducción aproximada sería: “*La obra nueva es lícito hacerla a un particular, aun sin el permiso del príncipe, a menos que no pertenezca a la emulación de otro Estado o que ofrezca materia de revuelta o que sea cerca de un teatro o de un anfiteatro*”. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, “*El Abuso del Derecho (Teoría de los actos antinormativos)*”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Número 16, Octubre-Diciembre de 1954, pp. 12–14.

de que ejercemos lo que nos corresponde, o incluso, dicho ejercicio, aún dentro de lo que el derecho nos ampara, no tenga otra finalidad que el de perjudicar a otro; allí habrá una extralimitación objetiva, aquí lo sería subjetiva, puesto que el Derecho no puede proteger sino intereses legítimos, y estos últimos nunca lo serían; lo cierto es que en uno o en otro caso existe abuso.

Estos factores de posibles extralimitaciones, se presentan, como máximos exponentes, en el derecho de propiedad; de ahí que la doctrina elabore la teoría del abuso del derecho al referirse a las “*relaciones de vecindad*”.

Por lo tanto, por actos de emulación se entiende al “*ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad del dueño y sólo con la intención de dañar a otro. El acto responde a un ánimo antisocial de perjudicar a sus iguales*”. Esto es, el acto que, al perjudicar a otro, no produce un beneficio al autor.

Por último, es importante destacar que los actos emulativos son ajenos a las fuentes, por lo que no es posible conocer la intención de quien ejercita el derecho sin mezclar elementos morales con elementos jurídicos.<sup>30</sup>

### **1.2.2.2 Teoría de las inmisiones.**

También en la época medieval (del siglo V al XV), junto la teoría de los actos emulativos -de tendencia subjetivista- aparece la teoría de las inmisiones.

En esta teoría, se advierte que sigue existiendo la relación de vecindad, con el añadido que, exige de la producción dentro de una actividad industrial. El criterio diferenciador entre ambos actos es el resultado, lo que le da un planteamiento de tendencia objetiva.

En ese sentido, Martín Bernal señala que:

*Una primera distinción separaría la inmisión directa de la indirecta, es indirecta la “inmissio” que inicia sus efectos “in suo” es decir, en el*

---

<sup>30</sup> MARTIN BERNAL, José Manuel. *Op. Cit.*, pp. 28-30.

*fondo del causante del perjuicio, y es directa la que empieza a producir efectos en la finca ajena. En una primera y rudimentaria fase [...] serán lícitas las inmisiones que derivan de necesidades de la vida cotidiana; serán ilícitas las que, aunque no supongan un “animus alteruis nocendi”, procedan de un uso extraordinario, es decir, que excedan de las necesidades y de la esfera de vida normal.*<sup>31</sup>

Por tanto, para el autor en cita *“ha de abordarse más que en el plano de la teoría, en el de su reglamentación, con lo que el problema se desplaza a un “Derecho obligacional de vecindad” de naturaleza civil.*”<sup>32</sup>

No obstante esta aportación, no es válido afirmar que ambas teorías (de la emulación e inmisión) desarrolladas en la Edad Media, respondan a enfoques subjetivos u objetivos [respectivamente] para calificar los principios del abuso del Derecho.

En virtud de lo anterior, si bien es cierto que los actos de emulación se caracterizan por el propósito de perjudicar o dañar, y la inmisión por el resultado, también es cierto que esa afirmación es vaga y vacía al estudiarse desde la teoría general de la responsabilidad por el hecho ilícito. Asimismo, las inmisiones se limitan a una específica relación de vecindad, por lo que, esta figura no puede de ningún modo confundirse con el abuso del derecho, el cual es más amplio y complejo.

En consecuencia, hay que ser cuidadoso con los autores que aborden esta teoría, puesto que podría dársele una interpretación distinta al reconocer su existencia desde su origen, es decir, desde el Derecho Romano o desde la Edad Media.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> *Ídem.*

<sup>32</sup> *Ídem.*

<sup>33</sup> También hay quienes se limitan únicamente a mostrar supuestas contradicciones existentes en los textos del Digesto, las cuales son opiniones triviales toda vez que el principio general vigente en el Derecho Romano evolucionaba y se adaptaba a las circunstancias de la vida en

No es difícil entonces, que el estudioso del abuso del derecho, pueda sentirse en algún punto confundido. Sin embargo, frente al amplio material disponible del Derecho Romano, es sencillo concluir que los romanos abordaron y resolvieron, en su momento, esta supuesta disputa.<sup>34</sup> En tal función, los jurisconsultos romanos no se preocuparon por sistematizar y reunir los preceptos dispersos con el propósito de elaborar una legislación como las conocemos actualmente. Es por tanto sobre la jurisprudencia romana la que estableció los derechos que debían de ser ejercitados *civiliter*.<sup>35</sup>

### 1.2.3 El Código de Napoleón de 1804.<sup>36</sup>

El Código Napoleón y el momento histórico que representa, revive un episodio que sucedió con la aparición de la legislación en la antigüedad. La ley escrita, manejaba al mundo y a las comunidades con un sentido despótico o tiránico.<sup>37</sup> Nadie tenía garantizadas sus propiedades, su familia, o su situación jurídica, sino hasta que apareció la ley escrita. Con el Código Napoleón se suspende el uso de las costumbres en Francia, particularmente “*las costumbres de Orleans*”<sup>38</sup> que eran recopilaciones de costumbres y hábitos de la práctica judicial que

---

aquella época a través de los pretores, quienes legislaban e impartían justicia al mismo tiempo [véase la jurisprudencia romana].

<sup>34</sup> Como señala Jorge Mario Magallón, la explicación hecha al abuso del derecho, a veces, ha sido mal interpretada, ya que “*por el sentido literal que en la actualidad le atribuyen, da la impresión de llevar las cosas más lejos de su uso natural. Se usa el verbo “abusar”, como sinónimo de hacer mal uso, tomar una medida excesiva, injusta, o indebida, y más aún, de propiarse deshonestamente. Sin embargo, en la realidad jurídica romana, el “abusus” era la potestad de consumir la cosa, por ejemplo, el que le daba mediante su ingestión el “abusus” del vino, esto es, lo bebían y consecuentemente lo consumía. Ello significaba, a la vez, la facultad de disponer de la cosa de una manera definitiva, enajenando o destruyéndola.*” MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “*Instituciones de Derecho Civil. El Sistema de las Obligaciones*”, Tomo VI, Primera Parte, Porrúa, México, 1997, p. 186.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “*Abuso del Derecho*”, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 99.

<sup>36</sup> El Código Napoleón (también denominado Código Civil Francés, Código de Napoleón o Código Napoleónico) dada su importancia y trascendencia, es uno de los códigos civiles más conocidos del mundo. Fue creado durante el gobierno de Napoleón Bonaparte por una comisión a la que le fue encomendada la recopilación de la tradición jurídica francesa, de ahí que también provengan sus demás nombres, lo cual dio como resultado la promulgación del *Code Civil des Français*, aprobado el 21 de marzo de 1804, en vigor hasta hoy aunque con numerosas reformas.

<sup>37</sup> La idea de tiranía no es necesariamente despótica, la tiranía era un proceso de integración en que un gobernante “salvaba” a una ciudad.

<sup>38</sup> El derecho consuetudinario era frecuente en Francia, se dice que las costumbres de Orleans son aquellas reflexiones hechas por Marco Aurelio (121-180) y comentadas por Robert Joseph Pothier (1699-1772), la cual gira alrededor de la persona, la responsabilidad de los actos, y da la base a la noción del acto jurídico.

daban los lineamientos generales para instruir a jueces y gobernantes. Es con el Código -y demás subsecuentes- cuando se genera seguridad y certeza jurídica toda vez que las personas pueden tener claro los derechos que tienen, así como acudir a los tribunales a reclamarlos.

Esta concepción individualista de los derechos subjetivos tiene su origen en la revolución francesa de 1789, caracterizado por el descontento y desigualdad social comparada con la burguesía dominante, así como las nuevas ideas de la ilustración. En lo que a nuestro tema se refiere, es interesante observar que el artículo 4° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>39</sup> establece que:

*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.*<sup>40</sup>

Posteriormente, en 1804, el Código Civil Francés retoma este principio, así, en el artículo 544 define a la propiedad como “*el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no vaya en contra de lo dispuesto por la ley o los reglamentos.*”<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Esta Declaración, junto la de Independencia de los Estados Unidos de América (1776) así como su Constitución (1787), ha sido uno de los documentos más destacados por su serie de principios de la separación de poderes. Su preámbulo es una crítica hacia el régimen, con una visión iusnaturalista; “*los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*” y la cual busca legitimar la tarea de la Asamblea Nacional (Poder Constituyente, naciendo así el constitucionalismo moderno). Entre sus artículos se encuentran los principios reconocidos con anterioridad a la creación del Estado, como son la libertad, la igualdad, la *propiedad*, la seguridad y la resistencia a la opresión.

<sup>40</sup> “*La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre (libertad, **propiedad**, seguridad y resistencia a la opresión] no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismo derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.*” Los corchetes y resaltado son nuestros.

<sup>41</sup> “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*” Obsérvese como este artículo se relaciona notablemente con el 4° de la Declaración.

De igual forma, el Código de Napoleón contempla el abuso del derecho dentro del género de los actos ilícitos, toda vez que en su Capítulo II, con Título: “*De los Delitos y los Cuasi-Delitos*” (*Des délits et des quasi-délits*), en sus artículos 1382 y 1383, establecen:

*Art. 1382.- Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.*<sup>42</sup>

*Art. 1383.- Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia.*<sup>43</sup>

Con los citados preceptos, uno se percata que el abuso del derecho pasó a ser una especie del género de responsabilidad por hecho ilícito, ya que para fundamentar la responsabilidad del demandado, anteriormente, al no estar plasmada en el Código, no se podía pensar en el abuso del derecho como fuente autónoma, por lo que tenía que acudir al acto ilícito.

Sobre el mismo tema, uno de los civilistas más destacados sobre esta teoría es el jurista francés Louis Josserand,<sup>44</sup> quien nos señala que el derecho de propiedad ha servido de “*campo de experimento*” al tema en estudio. Además, explica que:

*La Revolución de 1789 le reconoció el valor de un atributo natural e imprescriptible, inviolable y sagrado, de la personalidad humana, al mismo nivel que la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Para el Código Civil francés, la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta. Dentro de los*

---

<sup>42</sup> “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*”

<sup>43</sup> “*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*”

<sup>44</sup> En el siguiente capítulo se desarrollará de manera más amplia su teoría.

*límites materiales de su dominio parece que al propietario todo le sea permitido; puede hacer lo que bien le parezca [...] Obrando así permanecerá estrictamente dentro de los límites de su propiedad [...] Si pudiera emplear este lenguaje, el derecho no sería ya el derecho, sino el trujamán<sup>45</sup> de la persecución y de la injusticia [...] se ha utilizado la teoría del abuso de los derechos, y se la utiliza de mejor gana cada día con pleno éxito.<sup>46</sup>*

No obstante lo citado, para frenar el poderío y la pretensión, la jurisprudencia prohibió al propietario obrar, o por lo menos perjudicar a otro, si no tiene, para hacerlo, un interés serio y legítimo. De aquí, el famoso ejemplo de Josserand:

*Un propietario que levanta sobre su casa una inmensa y voluminosa chimenea, no para uso personal, porque la tal chimenea es falsa, no da tiro, sino para oscurecer la morada del vecino. En vano pretenderá que tiene derecho de hacer en su casa lo que le parezca, en vano clamará “feci sed jure feci” (lo hice, pero lo hice con derecho), el tribunal le intimará la orden de demoler la falsa chimenea, levantada sin interés serio y legítimo.<sup>47</sup>*

De igual forma la utilización del subsuelo también puede ocasionar el ejercicio abusivo del derecho de propiedad, ya que un propietario puede hacer excavaciones en su terreno con la mira de perjudicar al vecino. Ante dicho caso, Josserand señala que:

*El propietario de uno de los fundos, había hecho adaptar al paso de la fuente una bomba que tenía por objeto absorber, engullir la que brotaba en el fundo contiguo, sin provecho para el propietario*

---

<sup>45</sup> Término utilizado para denominar al tipo de intérprete de lenguas de una tribu o persona que aconseja a otra o actúa de mediadora en negocios o transacciones comerciales.

<sup>46</sup> JOSSERAND, Louis. “*Del Abuso de los Derechos y Otros Ensayos*”, Ed. Themis, Bogotá, Colombia, 2009. pp. 8 y 9.

<sup>47</sup> *Ídem*.

*malicioso, que no utilizaba en ninguna forma el excedente de líquido obtenido por medio de su instalación, sino que lo dejaba perderse en un río vecino. En vano invocó el carácter absoluto del derecho de propiedad, porque hubo de respondersele que “el poder de abusar de las cosas propias no puede servir para justificar un acto que, inspirado exclusivamente en la intención de dañar, toma el carácter de un ataque al fundo vecino”. “Malitiis non est indulgendum” (No se debe tolerar la malicia).<sup>48</sup>*

Tras este análisis fragmentario de los antecedentes históricos del abuso del derecho así como su evolución hasta la doctrina francesa que la ubica como acto ilícito, observamos que a partir de entonces, la gran mayoría de los Códigos Civiles posteriores en el resto del mundo retomaron este principio francés como parte de una norma jurídica por encima de un principio general.

---

<sup>48</sup> *Ídem* (Los paréntesis son nuestros).

## CAPÍTULO II DEL ABUSO DEL DERECHO

### 2.1 Generalidades del abuso del derecho.

En el capítulo anterior hemos hecho notar que el abuso del derecho no comprende teorías elementales, advirtiéndose desde su surgimiento, su evolución y hasta su concepción como un tópico lioso.

En este apartado nos proponemos descomponer en primer lugar, las características y problemáticas particulares del argumento con un trazo más reciente, es decir, con posterioridad al Código de Napoleón y ulteriores.

Para ello, suponemos conveniente partir de la descripción *lato sensu* del uso de la expresión “abuso”, así como del vocablo “Derecho”,<sup>49</sup> pues como apropiadamente dice Hans Kelsen: “*Cualquier intento de definición de un concepto debe tomar como punto de partida el uso común de la palabra que designa el concepto en cuestión.*”<sup>50</sup>

Asimismo, señalaremos algunos calificativos de las teorías en estudio halladas en la realización de esta investigación para considerar su existencia y conseguir una interpretación coincidente.

A partir de lo anterior, nos percataremos que es innecesario que se le llame de distinta forma a la teoría planteada, puesto que algunos autores lo han hecho, desfigurándola y ocasionando confusiones infructuosas, como son: “*Abuso del Derecho*”, “*Abuso de los Derechos*”, “*Uso Abusivo de los Derechos*”, “*Ejercicio Abusivo de los Derechos*”, etc. En todos ellos, consideramos que los elementos generales encontrados pueden utilizarse para cualquier denominación dada, así como en sus contenidos y su posterior estudio.

---

<sup>49</sup> No es nuestra intención hacer una explicación exhaustiva de ambos términos, principalmente lo concerniente al Derecho, tampoco pretendemos dar una definición omnicomprendiva de la ciencia jurídica, será en cierta medida un análisis fragmentario cuyo esclarecimiento consideramos necesario para la realización de esta tesis.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans. “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, México, 3ª ed., traducción de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p. 4.

Sin embargo, no basta esto para saber y agotar nuestro tema, estimamos imprescindible recurrir a los análisis realizados por determinados civilistas, principalmente los franceses Louis Josserand, Marcel Planiol y Julien Bonnecase, concordado a las investigaciones hechas por otros estudiosos del Derecho para obtener un panorama más amplio y mejor definido, dado que tenemos claro que no se piensa ni se dice siempre lo mismo; pero se conservan con frecuencia los elementos más relevantes y en el fondo sólo se quiere lo que nos es útil.

## 2.2 Características y problemática de la figura en estudio.

Para poder explicar toda teoría del abuso del derecho (o cualquiera de sus nombres), consideramos conveniente realizar una exposición previa sobre el Derecho Subjetivo<sup>51</sup> ya que a lo largo de nuestra investigación, encontramos que antes y para que necesariamente exista un abuso, primero ha de hallarse el ejercicio de un derecho -subjetivo- reconocido por un ordenamiento jurídico.

Pues bien, nos encontramos con el primer problema, o mejor escrito, con tres:

- 1) La definición de "*Ejercicio de un Derecho Subjetivo*"
- 2) Qué se entiende por "*Ordenamiento Jurídico*"; y
- 3) ¿Cuándo algo es abusivo?, en nuestro caso, desde la perspectiva del Derecho.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> La expresión "Derecho", como más adelante veremos, es susceptible de las más diferentes significaciones. Por ahora nos referiremos únicamente a esta palabra en el sentido que abordaremos a continuación.

<sup>52</sup> Hay quienes consideran que el abuso del derecho tiene que ir acompañado necesariamente de factores "morales" lo cual no compartimos ni tampoco pretendemos estudiar ya que como dice Aristóteles, "*No es posible demostrar pasando de un género a otro; no se puede, por ejemplo, demostrar por la aritmética una cuestión de geometría.*" En otras palabras, no podemos explicar mediante el Derecho cuestiones morales. Es evidente que "*no se puede demostrar una cosa sino por los principios propios de ella, es decir, si lo demostrado es atribuido al objeto en tanto que este objeto es lo que es, no basta, para saber esta cosa, demostrarla partiendo de proposiciones verdaderas, indemostrables e inmediatas; porque esto no sería más que querer demostrar cómo Bryson demostraba la cuadratura del círculo.*" Intentamos por tanto, resolver las preguntas a este tema desde la óptica que conocemos, que es desde el Derecho, no desde la moral. Conocemos los principios de la jurisprudencia (la ciencia que estudia el Derecho) no desde la Ética (la ciencia que estudia la moral). Compartimos con el mismo Aristóteles que: "*para demostrar algo geométrico se debe partir de principios geométricos; si no se parte de ellos, se razonará mal. No debe discutirse en geometría con quien no es geómetra; porque se extravía el*

Para desarrollar lo anterior, inicialmente tenemos el enunciado “*Ejercicio de un Derecho Subjetivo*”. Al respecto, el destacado jurista francés Léon Duguit, señala que “*es el poder que corresponde a una voluntad de imponerse como tal a una o varias voluntades, cuando quiere una cosa que no está prohibida por la ley*” y más adelante indica: “*es un poder de querer, o el poder de imponer a los demás el respeto de su voluntad*” lo cual se traduce en “*el poder que tengo de imponer, incluso por la fuerza, a otros individuos mi propia voluntad*.”<sup>53</sup>

Para este autor la libertad es un derecho, donde se tiene el poder de imponer a otro el respeto a la voluntad que tiene para desenvolver libremente sus actividades. Existe el derecho de propiedad, donde se tiene el poder de imponer a otro el respeto a mi voluntad, de usar como me parezca de las cosas que posea a título de propietario. Se tiene un Derecho de Crédito: teniendo el poder de imponer a mi deudor el respeto a la voluntad que tengo de que ejecute la prestación.<sup>54</sup>

De manera que, para Duguit, la noción del Derecho Subjetivo implica dos voluntades una frente de otra: “*una voluntad que puede imponerse a otra voluntad; y una voluntad que es superior a otra voluntad. Esto conlleva a una jerarquía de las voluntades, y en cierta manera una medida de las voluntades y una afirmación sobre la naturaleza y la fuerza de la sustancia voluntad*.”<sup>55</sup>

---

*razonamiento y esta recomendación no es menos aplicable a todas las demás ciencias.*” Por lo tanto, lo que pretendemos decir es que, cuando jugamos un juego se valen exclusivamente jugadas de ese juego, nada más, si Miguel quiere jugar ajedrez debe realizar jugadas de ajedrez; todos los juegos tienen esa regla. Si yo por ejemplo quiero enrocar un caballo, el movimiento será inválido. Lo mismo sucede con el Abuso del Derecho, si queremos explicar la figura jurídica mediante la Ética no tendría sentido nuestro razonamiento, no sólo porque sería absurdo, sino además incorrecto. Nosotros al mucho desconocer de la moral y de la Ética, y respetando los principios aristotélicos preferimos dejar para otra ocasión tan reiterada combinación encontrada en la doctrina. ARISTÓTELES “*Tratados de Lógica: El Organón*”, México, 12ª ed., Porrúa, 2008. pp. 226, 228, 233-234.

<sup>53</sup> DUGUIT, León, “*Transformaciones Generales del Derecho Privado Desde el Código de Napoleón*”, 2ª ed., trad. de Carlos G. Posada, Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán, España, 1921. p. 26.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 27-28.

<sup>55</sup> *Ídem*. p. 28.

Por otro lado, para conocer el tema de mejor forma, Hans Kelsen, -uno de los más grandes juristas- nos hace notar que:

*La captación de la esencia del Derecho Subjetivo (en el sentido de Derecho con el que un sujeto cuenta) se hace difícil por el hecho de que con esas palabras; “Derecho Subjetivo”, se designan circunstancias muy diferentes entre sí. A una de ellas, se refiere el enunciado de que el individuo tiene derecho a comportarse, él mismo, de determinada manera. Con ello no se alude a otra cosa sino al hecho negativo de que la conducta en cuestión del individuo no se encuentra jurídicamente prohibida y, por tanto, a que en ese sentido negativo le está permitida; que es libre de realizar u omitir una determinada conducta; pero con ese giro también puede querer decirse, que un determinado individuo está jurídicamente obligado -o, inclusive, que todos los individuos están jurídicamente obligados- a actuar de determinada manera con respecto del individuo que detenta el Derecho Subjetivo. La conducta a la que un individuo está inmediatamente obligado frente a otro, puede ser una conducta positiva o negativa, es decir, puede consistir en una acción o en una omisión.<sup>56</sup>*

Aquí interesa especialmente “*la obligación de un individuo de no impedir la conducta de otro individuo en relación con una cosa determinada, o de no afectarla de algún modo*”. Si la obligación de un individuo reside en no impedir, o no afectar determinado comportamiento de otro individuo, se habla de la prestación de “*no hacer*”, mediante la cual se admite el comportamiento de otro,

---

<sup>56</sup> Siguiendo con Kelsen: “*La acción consiste en una prestación que el individuo obligado cumple con respecto de otro individuo. Objeto de la prestación es una cosa determinada, o un servicio determinado (prestación de dar y prestación de hacer). La omisión a que un individuo está obligado frente a otro puede consistir en la omisión de determinada acción del propio individuo obligado, por ejemplo, la obligación de no dar muerte a otro individuo; o puede consistir en la omisión de impedir determinada conducta del otro individuo, o de intervenir de algún modo en ella.*” KELSEN, Hans. “*Teoría Pura del Derecho*” 1ª ed. 2ª reimpresión, traducción de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, DF, 1982, p. 139.

contraponiéndose la obligación de “*hacer*”, a la obligación pasiva de aceptar el comportamiento ajeno.

A la conducta a que un individuo está obligado frente a otro, corresponde determinada conducta de ese otro individuo. Este puede exigir la conducta a la cual un individuo está obligado en su respecto al pretender esa conducta. En el caso de una obligación consistente en una prestación de dar una cosa, o la prestación de hacer un servicio, puede requerirlas. En el caso de una obligación de “no hacer”, la conducta correspondiente a la obligación se configura en relación con la conducta que pasivamente ha de consentir; trátase de consentir la conducta que se realiza con respecto de determinada cosa al usarla; en el consumo, si se trata de un bien consumible, e inclusive, en la destrucción de la cosa.

La conducta del individuo, correspondiente a la conducta obligatoria de otro individuo, es designada con usos lingüísticos más o menos consistentes dentro del contenido del Derecho en cuanto a la “*pretensión*” referida a la obligación. La conducta obligatoria de un individuo, pertinente a la de otro, en especial el ejercicio de la exigencia o pretensión sobre la conducta obligatoria, se suele denominar *ejercicio del Derecho*. Sin embargo, no es correcto hablar, en caso de la obligación de omisión de determinadas acciones –como el de la obligación de omitir matar, robar, etcétera– de un Derecho o pretensión jurídica a no ser muerto, no ser robado, etcétera. En el caso de la obligación de no hacer frente a determinada conducta correspondiente a la conducta de omisión obligatoria, se habla de “*disfrutar*” o “*gozar*” del derecho; sobre todo, se habla de goce cuando se trata de que el obligado admita que el otro use, consuma o inclusive, destruya determinada cosa.

Pero esta situación de hecho designada como “derecho” o “pretensión jurídica de un individuo”, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un Derecho Subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese Derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones

jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. Decir que un individuo está obligado a determinada conducta, significa que, en el caso de un comportamiento contrario, debe producirse una sanción; su obligación es la norma que requiere esa conducta, en tanto enlaza, a la conducta contraria, una sanción. Y así lo señala Kelsen:

*Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor de otro, el contenido (objeto) de la obligación es la prestación que el otro ha de recibir; sólo se puede prestar (dar) a otro, lo que el otro reciba. Y si un individuo está obligado frente a otro, a consentir determinada conducta de este último, esa actitud pasiva es justamente el contenido de su obligación. Es decir, la conducta correspondiente del individuo en cuyo respecto existe la obligación, correspondiente a la conducta obligatoria, se encuentra también determinada ya en la conducta que configura el contenido de la obligación. Si se designa que la relación de un individuo, se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como "Derecho", entonces ese "Derecho" no es sino un reflejo de esa obligación.<sup>57</sup>*

El ius-filósofo, más adelante describe que:

*El Derecho Subjetivo no puede ser un interés protegido por el Derecho, sino solamente la protección de aquel interés que el Derecho Objetivo establezca. Y esa protección consiste en que el orden jurídico enlaza a la lesión de ese interés una sanción; es decir, estatuye una obligación jurídica de no lesionar ese interés, como la*

---

<sup>57</sup> *Ídem*, pp. 139-140.

*obligación jurídica del deudor de devolver al acreedor el préstamo recibido.*<sup>58</sup>

Desarrollando esa idea:

*Cuando la acción a que uno está obligado frente a otro, consiste en infligir al otro un mal, lo que sucede cuando esa acción tiene el carácter, estatuido por el orden jurídico, de una sanción y cuando tanto el ordenar la sanción, como su ejecución en los casos concretos, se convierte en el deber administrativo de los órganos de aplicación del Derecho. Nadie tiene, normalmente, interés en sufrir un mal. Si la obligación jurídica indicada protegiera un interés, no podría tratarse del interés del individuo contra el cual se dirige la sanción; en el ejemplo anterior, no puede ser ni el interés ni el Derecho del deudor; es el interés, y, por lo tanto, el Derecho del acreedor, el protegido por la obligación jurídica del deudor, en obtener la restitución del préstamo.*<sup>59</sup>

Ahora bien, frente a la Teoría del Interés, en la jurisprudencia tradicional,<sup>60</sup> encontramos la denominada Teoría de la Voluntad, según la cual “*el Derecho Subjetivo es un poder volitivo otorgado por el orden jurídico. Así, con todo, se define otro objeto distinto de aquel al que se refiera la Teoría del Interés, a saber, una autorización, un poder jurídico otorgado por el orden jurídico a un individuo.*”<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Según la Teoría del Interés, [continuando con Kelsen] “*el derecho del acreedor consiste en su interés, protegido por la obligación jurídica del deudor, en recobrar su préstamo, pero su derecho, como derecho reflejo, no es otra cosa que la obligación jurídica del deudor.*” *Ídem*, p. 146.

<sup>59</sup> *Ídem*.

<sup>60</sup> Entendida como la ciencia que tiene por objeto de estudio al derecho.

<sup>61</sup> Para Kelsen, “*aparece cuando, entre las condiciones constituyentes de la sanción de una obligación jurídica, se encuentra una acción dirigida al órgano de aplicación, en forma de una demanda o querrela, para obtener la ejecución de esa sanción, acción iniciada por el individuo en cuyo respecto existe la obligación. Entonces ese órgano sólo podrá aplicar la norma jurídica general que corresponde, es decir, establecer la norma jurídica individual que enlace una sanción concreta al hecho ilícito concreto determinado por el órgano, si se presenta un pedido en ese sentido por parte del individuo facultado, el demandante o querellante, acción mediante la cual*

Este poder jurídico del que habla Kelsen es:

*Un hecho diferente de la obligación jurídica que se trata de hacer cumplir mediante su ejercicio; sólo en el ejercicio de este poder jurídico es el individuo en cuestión "sujeto" de un derecho diferente de la obligación jurídica, un Derecho Subjetivo en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación. El ejercicio, de este poder jurídico es ejercicio del Derecho en el sentido propio de la palabra. Ese ejercicio del derecho no está ya co-determinado en la conducta que constituye el contenido de la obligación, cuyo incumplimiento se hace valer jurídicamente mediante el ejercicio del Derecho." Se considera ejercicio de un Derecho también "a otro comportamiento del individuo, contrapuesto a la obligación jurídica, a saber, la conducta correlacionada con la conducta obligatoria y que ya está co-determinada en ella. Se trata del ejercicio del Derecho Reflejo.<sup>62</sup>*

Por otro lado, cuando el autor en cita hace referencia a la permisión del Derecho Subjetivo, explica que:

*Con la afirmación de que un individuo tiene derecho a comportarse de determinada manera, y, en especial, que tiene derecho a ejercer determinada actividad, no puede querer decirse únicamente que no le está prohibido jurídicamente ejercerla, o que otros están obligados a no impedir su ejercicio, o por fin, que el individuo con derecho a ejercerla cuente con el poder jurídico de iniciar los procedimiento que, en caso de violación de la obligación correspondiente, lleven a la*

---

*justamente se pondrá en movimiento el procedimiento que cumple el órgano de aplicación, esto es, el proceso judicial. El Derecho entonces -entendiendo por Derecho la norma jurídica general que el órgano jurídico ha de aplicar- queda a disposición de determinado individuo, normalmente aquel en cuyo respecto otro individuo está obligado a cumplir determinada conducta. En este sentido, el Derecho Objetivo pasa, en los hechos a ser su Derecho." Ídem, pp. 146 y 147.*

<sup>62</sup> Ídem, p. 147.

*aplicación de la sanción. La situación caracterizada como un tercer Derecho, o un Derecho Subjetivo, puede consistir también en que el orden jurídico condiciona determinada actividad –por ejemplo, el ejercicio de determinada profesión- a la “concesión” u otorgamiento de “licencia”, como una permisión que debe ser concedida por determinado órgano de la comunidad, sea por un funcionario, sea bajo condiciones previas que el orden jurídico determina, o según la libre discrecionalidad del órgano correspondiente. El ejercicio de la actividad en cuestión está prohibido faltando ese permiso administrativo, es decir, es susceptible de sanción. Esa permisión no consiste únicamente en el hecho puramente negativo de no estar prohibido, sino en el acto positivo de un órgano de la comunidad. El Derecho derivado de esa permisión positiva, de origen administrativo, es decir, otorgada por un órgano de la comunidad, no es un Derecho Reflejo; no es función de una obligación correspondiente. Involucra un poder jurídico, en cuanto lleva consigo una autorización para efectuar determinados negocios jurídicos, como en el caso de la licencia o concesión administrativa para vender bebidas alcohólicas, o ciertos medicamentos que contienen drogas.*<sup>63</sup>

Hasta aquí entonces, pensamos que hemos precisado la definición del “ejercicio de un Derecho Subjetivo”. Luego entonces, debemos desarrollar lo que se entiende por “ordenamiento jurídico” para poder resolver de manera más integral nuestro tema.

Nuevamente recurriendo a Kelsen señala que el orden jurídico es un sistema de normas.<sup>64</sup> Pero como él mismo se pregunta: ¿Qué es lo que permite convertir en sistema una multitud de normas? ¿Cuándo una norma pertenece a determinado orden o sistema normativo?, problema que se encuentra estrechamente vinculado al de la razón de validez de cada norma.<sup>65</sup> Por tanto

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>64</sup> KELSEN, Hans, “Teoría General del Derecho y del Estado”, *Op. Cit.*, p. 129.

<sup>65</sup> *Ídem*.

hay que esclarecer previamente las razones por las que se le atribuye validez a una regla normativa.

El mismo autor nos dice que cuando suponemos la verdad de un aserto acerca de la realidad, lo hacemos porque dicho aserto corresponde a lo real, es decir, porque nuestra experiencia lo confirma. La afirmación *“los cuerpos aumentan de volumen bajo la influencia del calor”* es verdadera, porque repetidamente y sin excepción hemos observado que los cuerpos físicos se dilatan al ser calentados. Una norma no es un juicio sobre la realidad y, por ende, no es susceptible de ser “verdadera” o “falsa”, en el sentido anteriormente señalado. Una norma es *válida* o no lo es.<sup>66</sup>

Dicho de otra forma: *“El fundamento de validez de una norma no es, como la afirmación de la verdad de un juicio enunciativo, su conformidad con lo real, una norma no es válida por ser eficaz.”*<sup>67</sup>

Por ello, la búsqueda del fundamento de validez de una norma *“no nos conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede”*<sup>68</sup> Un ejemplo que relata el autor en cita nos dice:

---

<sup>66</sup> *Ídem.*

<sup>67</sup> Kelsen explica que: *“El problema que consiste en saber por qué algo debe ocurrir, nunca puede ser resuelto con la afirmación de que algo acontece, sino sólo mediante la de que algo debe suceder. En el lenguaje cotidiano, es cierto, frecuentemente justificamos una norma con la referencia a un hecho. Declaramos, por ejemplo: “no debes matar, porque Dios lo ha prohibido en uno de sus Diez mandamientos”; o bien una madre dice a su hijo: “debes ir a la escuela porque tu padre lo ha ordenado”. Sin embargo, en tales juicios, el hecho de que Dios haya expedido un mandato o la circunstancia de que el padre haya ordenado al hijo hacer alguna cosa, sólo en apariencia constituyen la razón o fundamento de validez de las citadas normas. El verdadero fundamento está en que se presupone la existencia de otras cuya validez se admite. El fundamento de validez del juicio normativo: “no debes matar”, es la norma general: “debes obedecer los mandamientos divinos”. La razón de validez de la norma: “debes ir a la escuela”, es la norma general: “los hijos deben obedecer a sus padres”. Si tales normas no se presuponen, las referencias a los hechos que implican no constituyen una respuesta a la pregunta de por qué no debemos matar y por qué el niño debe ir a la escuela. El hecho de que alguien ordene algo, no es, por sí mismo, fundamento de la afirmación de que se debe proceder de acuerdo con el mandato, o fundamento para considerar a éste como norma válida, ni tampoco razón de validez de la norma cuyo contenido corresponde al mandato. La razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho.”* *Ibidem*, pp. 129-130

<sup>68</sup> *Ídem.* p. 130.

*Aceptamos como norma válida la afirmación de que “se debe socorrer al necesitado”, porque deriva de la afirmación de que “se debe amar al prójimo”. Consideramos este juicio como norma válida, bien porque aparece a nuestros ojos como una norma suprema cuya validez es evidente por sí misma, bien porque Cristo ha ordenado que amemos a nuestro prójimo, por lo cual postulamos como última norma válida la de que “se debe obedecer lo mandado por Él”. La afirmación “debes mentir siempre que lo consideres útil” no la aceptamos como norma válida, porque ni deriva de otra norma válida, ni es por sí misma una norma suprema, de validez evidente.<sup>69</sup>*

La norma cuya validez no puede derivar de otra superior es la que Hans Kelsen denomina como “*fundamental*”. Y explica:

*Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden. Que una norma pertenece a determinado sistema de normas, a determinado orden normativo, se puede comprobar solamente si deriva su validez de la norma fundamental que integra o constituye el orden. Mientras que un juicio “enunciativo” es verdadero porque la realidad de la experiencia sensible lo confirma, un juicio “normativo” sólo es válido si pertenece a un sistema válido de normas y puede ser derivado de una fundamental, cuya validez se presupone.<sup>70</sup>*

---

<sup>69</sup> *Ídem.*

<sup>70</sup> “El fundamento de la verdad de un juicio “enunciativo” es la conformidad de éste con la realidad de nuestra experiencia; el fundamento de validez de una norma consiste en presuponer la existencia de una última norma, igualmente válida, a saber, la norma fundamental. La pregunta acerca del fundamento de validez de una norma no es -como lo que se refiere a la causa de un efecto- un regressus ad infinitum, sino que encuentra su término en una norma suprema que representa la última razón de validez dentro de un sistema normativo, en tanto que una causa último o primera no tiene lugar dentro de un sistema natural de la realidad” *Ídem*, pp. 130-131.

En otro lugar, Hans Kelsen explica sobre el mismo tema:

*Puesto que si comparamos entre sí los objetos que, en los más variados pueblos, y en los más distintos tiempos, fueron designados como “derecho”, resulta por de pronto que todos aparecen como ordenamientos de la conducta humana. Un “orden” es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es -como veremos- una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden.*<sup>71</sup>

Actualmente, nadie niega que las normas de un orden jurídico regulan la conducta humana.<sup>72</sup> Ese comportamiento puede consistir en una acción, o en una omisión, pero:

---

<sup>71</sup> KELSEN, Hans, “*Teoría Pura del Derecho*” *Op. Cit.*, pp. 44-45.

<sup>72</sup> Hans Kelsen, nos señala que, por disparatado que hoy en día nos parezca, en sociedades primitivas también el comportamiento de los animales, las plantas, inclusive de cosas inanimadas fue regulado en idéntica manera por el orden jurídico que el de los hombres. Así, leemos en la Biblia [Éxodo, XXI 2855] que “*si un buey atropella a un hombre o una mujer, y mueren deberá lapidarse al buey; su carne no será comida; así el dueño del buey no tendrá culpa. Pero si el buey hubiera atropellado antes, y su dueño hubiera sido advertido, y no hubiera cuidado del animal, y éste matara luego a un hombre o una mujer, se deberá lapidar al buey y su dueño deberá morir.*” El paso está en relación con disposiciones penales por muertes y lesiones, pocas líneas después de las palabras: “*Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie*”. La fórmula bíblica del principio de retribución reza que un buey que ha matado a un hombre, debe ser muerto. En la antigüedad existía en Atenas un tribunal especial ante el cual se procesaba una piedra o una espada, o cualquier objeto que hubiera provocado la muerte de un hombre, hay que suponer que sin intención. Todavía en la Edad Media era posible querellar a un animal, por ejemplo, a un toro, que hubiera producido la muerte de un ser humano, o a la langosta que hubiera destruido la cosecha. El animal querellado era juzgado ateniéndose a las formas de Derecho y colgado, igual a un delincuente humano. Si las sanciones previstas por el orden jurídico no se dirigen sólo contra seres humanos, sino también contra animales, ello significa que jurídicamente no sólo es exigible una conducta por parte de los hombres, sino también por parte de los animales; ello quiere decir, si corresponde ver en lo que es jurídicamente ordenado el contenido de una obligación jurídica, que debe considerarse obligados jurídicamente a una determinada conducta no sólo a los hombres, sino también a los animales. Este contenido normativo, absurdo para nuestras concepciones actuales, debe retrocederse a una representación animista, según la cual, no sólo los hombres sino también los animales y los objetos inanimados tienen un “alma” y por ende, no existe ninguna diferencia esencial entre ellos y los seres humanos. En consecuencia, las normas que estatuyen sanciones y luego,

*En la medida en que el orden jurídico es un sistema social, sólo regula positivamente la conducta de un hombre en tanto y en cuanto se refiere inmediata o mediatamente, a otro hombre. Se trata de la conducta de un hombre frente a otro hombre, a varios hombres o a todos los demás hombres; es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto de esa regulación. La relación de la conducta de un hombre, hacia este o aquel otro hombre, puede ser individual, como en el caso de la norma que obliga a todo hombre a abstenerse de matar al otro; o la norma que obliga al deudor a pagar una determinada suma de dinero al acreedor; o la norma que obliga a todos a respetar la propiedad ajena.<sup>73</sup>*

Ahora bien, hemos intentado exponer de manera global pero concisa los conceptos antes propuestos, toca el turno específico de la expresión “abuso del derecho”. En ese sentido cabe la pregunta, de conocer ¿Cuándo algo desde la óptica jurídica es “abusivo”? Dada la complejidad e importancia de la pregunta y la cual nos lleva al propósito de este trabajo, trataremos de responderla y explicar nuestro tema a través de los siguientes títulos.

---

obligaciones jurídicas, pueden aplicarse tanto a los hombres como a animales y cosas. Que los órdenes jurídicos modernos sólo regulen la conducta de los hombres, y no la de los animales, las plantas o la de objetos inanimados, en cuanto dirigen sanciones sólo contra aquéllos, pero no contra éstos, no excluye que esos órdenes jurídicos prescriban una determinada conducta humana, no sólo en relación con seres humanos, sino también en relación con animales, plantas y objetos inanimados. Así, el dar muerte a ciertos animales en general o en ciertas épocas, los perjuicios a ciertas especies animales, o los daños a edificios históricamente valiosos, pueden estar penalmente prohibidos. Pero esas normas jurídicas no regulan el comportamiento de los animales, planta u objetos inanimados así protegidos, sino el comportamiento de los hombres contra los cuales se dirige la amenaza de castigo. *Ídem*, pp. 45-46.

<sup>73</sup> *Ídem*, p. 46.

### 2.3 El problema de la delimitación semántica.

No es difícil percatarse, que a lo largo de la historia, nuestra disciplina tiene, afortunada o infortunadamente, una acentuada tendencia expansiva, es decir, la predilección de abarcar un mayor número de conductas y acontecimientos; en palabras de Hans Kelsen: *“así como todo aquello que tocaba el Rey Midas se convertía en oro, todo aquello a lo cual el Derecho se refiere se convierte en Derecho, es decir; en algo que tiene existencia jurídica.”*<sup>74</sup>

En consecuencia, el problema surge para poder encontrar una denominación adecuada a una figura jurídica creada y para que tenga posibilidades de ser permanente. Lo cual, es sin duda, muy difícil de resolver. Por ello, en este trabajo y para esta teoría nos limitaremos al estudio de los elementos esenciales de la disciplina para presentarlos de manera precisa y comprensible. Es decir, nuestra intención es dar los componentes mínimos necesarios para su entendimiento. En consecuencia, no es nuestra finalidad exponer una definición “apropiada” ni “correcta” del tema, tampoco preferir una por encima de las demás, sino informar al lector del uso persistente en la literatura jurídica, con el objetivo de identificar a lo qué se refieren los juristas cuando utilizan sus distintos nombres.

Para el desarrollo de este subtema, comenzaremos por separar los dos vocablos que dan mayor robustez a la teoría; “*abuso*” y sus semejantes, y “*Derecho*”.<sup>75</sup> En ambos casos, decidimos ir hasta sus raíces para desmembrarlas y obtener un significado más íntegro.

En primer lugar, encontramos que el término “abusar” etimológicamente proviene de dos elementos latinos: la preposición “*ab*” que además de la idea de alejamiento o de repulsión, expresa también la idea de exceso, de superación; y

---

<sup>74</sup> KELSEN, Hans, *“Teoría General del derecho y del Estado”*, Op. Cit., p. 191.

<sup>75</sup> Esta tesis está muy lejos de dar una explicación exhaustiva del Derecho. Para numerosos autores es un término indefinible. Sin embargo, para este trabajo creemos conveniente guiarnos fundamentalmente por lo que explica Hans Kelsen en sus obras: *“Teoría Pura del Derecho”* y *“Teoría General del Derecho y del Estado”*; así como de Rolando Tamayo y Salmorán, en su libro *“Introducción Analítica al Estudio del Derecho”*.

por el otro lado, el verbo “usare” (latín vulgar), de “usus”, participio de “uta” (valerse de, servirse de). Asimismo, “abuso” deriva del latín “abusus”<sup>76</sup> que significa “uso indebido” y el cual deriva de “abuti”, [agotar]. Por eso, hallamos locuciones latinas como: “abusus quai statu est” [Virgilio]: [Abusa de su Derecho quien], “Abusus non est usus, sed corruptela” [El abuso no es uso, sino corruptela].<sup>77</sup>

Por otro lado, Guillermo Cabanellas nos indica que abusar es “*usar mal, injusticia o exceso, y también de manera impropia, inadecuada o indebida, de alguien.*” También nos señala que es: “*Comportarse de manera deshonesto con persona de evidente inexperiencia o debilidad para oponerse a la seducción o a la fuerza que a tal objeto se emplee.*” Además a ello abusar implica, en todo caso, comportamiento o conducta censurable, aun obrando con inicial Derecho y dentro del aparente ejercicio de facultades o atribuciones. Inclusive sin construir delito o falta, resulta perjudicial siempre; porque socava el prestigio o suscita impopularidad, con todos sus riesgos.

A la casuística de *abusar*, corresponden entre otros proceder negatos o malvados, los de engañar, burlar la confianza ajena, mancillar el honor femenino (especialmente por la violencia), extralimitarse en libertades o permisos concedidos y mostrarse despótico.<sup>78</sup>

En el “Diccionario de Uso del Español” de María Moliner, “abusar” es “*hacer uso excesivo de una cosa en perjuicio propio o ajeno: “Abusa de la bebida”. Aprovecharse con exceso del trabajo, la atención o la benevolencia de*

---

<sup>76</sup> Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico nos explica que: “Abusus”. *Voz lat. Consumo por el uso, referido a cosas que se gastan o agotan con el primer uso; como, en general, la comida y la bebida.* CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo I, 26ª ed., Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 56.

<sup>77</sup> Af. lat. que formula una apreciación evidente mediante un juego de palabras: el abuso no es uso, sino corruptela (o mal uso). *Ibidem* p. 56.

<sup>78</sup> *Ídem*, p. 52.

*alguien.*"<sup>79</sup> Y lo mismo cuando usamos similares: abusión,<sup>80</sup> abusivamente,<sup>81</sup> abusivo,<sup>82</sup> etc. Por lo anterior, se explica que desde la visión gramatical, "abuso" [del Derecho] o "abusivo" [uso abusivo del Derecho], no representaría mucha dificultad para entender esta teoría.

No obstante lo explicado, nuestro estudio se complica al momento de querer estudiar la palabra Derecho,<sup>83</sup> la cual es susceptible de las más diferentes significaciones<sup>84</sup> y ha generado un sinnúmero de respuestas, con múltiples "orígenes", distintos "fines", y confusas "características".<sup>85</sup>

Al igual que el maestro Néstor de Buen, pensamos que *"la definición que pueda hacerse del Derecho consiste en determinar qué es lo que se requiere definir."*<sup>86</sup>

---

<sup>79</sup> MOLINER, María, *"Diccionario de Uso del Español"*, 3ª ed. Ed. Grados. España, 2007, p. 11.

<sup>80</sup> *"Contra el ejercicio correcto o debido de algo, equivale a abuso; en el orden del mal razonamiento, a absurdo; frente a lealtad, expresa engaño; y, arremetiendo a la vez contra la luz cautelosa de la ciencia y contra la confiada ceguera de la fe, significa superstición."* *Ídem.*

<sup>81</sup> *"Con exceso de facultades, poderes o atribuciones. Con desdén, perjuicio, daño o agravio de ajenos intereses o derechos, so pretextos de amplias potestades propias o al amparo de esperadas impunidades."* *Ídem.*

<sup>82</sup> *"Con abuso. Más allá de lo conveniente, legítimo o permitido."* *Ídem.*

<sup>83</sup> Como menciona Tamayo y Salmorán, en su *"Introducción Analítica al Estudio del Derecho"*: *"Nadie, en sus cabales, podría objetar que la palabra existe; tampoco podría negar que pertenece a un lenguaje."* Tan es así, que todos los idiomas modernos contienen esa palabra o sus equivalentes (*Law, Recht, Ret, Droit, Diritto, Dret, Direito*, etc.) (p. 5). Pero para que el Derecho aparezca, *"para que sea observable, para que surja, es necesario satisfacer una particular condición: decirlo"* (p. 11). Esto es: pronunciarlo, establecerlo. De esto se sigue que el Derecho tenga como condición de existencia su formulación en lenguaje y para describir ese lenguaje (jurisprudencia, en su sentido clásico: como "Ciencia del Derecho") la hacen los juristas. Son ellos quienes descifran, identifican, reformulan su significado. Esta descripción determina su sentido, su alcance, en otras palabras: se interpreta. Por ello, el Derecho, o mejor dicho, el lenguaje en que el Derecho se formula, se distingue del lenguaje común interpretándolo según un metalenguaje diferente al ordinario, con reglas y ayuda de las reglas propias de ese metalenguaje que es la jurisprudencia. (p. 12 y Capítulos Subsecuentes).

<sup>84</sup> KELSEN, Hans, *"Teoría General del derecho y del Estado"*, *Op. Cit.*, p. 87.

<sup>85</sup> HART. H. L. A., *"El Concepto de Derecho"*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2000, p. 1.

<sup>86</sup> DE BUEN LOZANO, Néstor. *"Derecho del Trabajo"*, Tomo I, 21ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013, p. 15.

En principio, proviene del latín “*directum*” (*derectum*), el cual deriva de “*dirigiere*” (“enderezar”, “dirigir”, “encaminar”) a su vez, de “*regere*”, “*rex*”, “*rectum*” (“conducir”, “guiar”),<sup>87</sup> sin embargo, la palabra latina que corresponde más propiamente a Derecho, o sus equivalentes -en lenguas modernas- es “*Ius*”.<sup>88</sup>

Ahora bien, como mencionamos anteriormente, el Derecho es, y sólo es, una cuestión de actos humanos, su identificación requiere actos humanos que permiten, prohíben u obligan, estableciendo y aplicando sanciones. Es común, que abogados, jueces, juristas, y en general estudiosos del Derecho, conciban al Derecho como “conjunto de normas” (expresadas lingüísticamente), de ahí que una norma (jurídica) es el componente básico de los órdenes jurídicos positivos.<sup>89</sup>

Por lo anterior, podemos notar que la expresión “Derecho”, puede significar cosas variadas y distintas dado que no es un término unitario. No es aplicable siempre en un mismo sentido. Podemos hablar del Derecho Romano, como lo hemos hecho, del Derecho Objetivo, Derecho Subjetivo, Derecho Anglosajón, Derecho Canónico, Derecho Civil, Derecho Comparado, Abuso del Derecho, y así continuar la lista y en ninguna tener el mismo significado, pero tampoco en ninguno estar errados.

Comprendido lo anterior, nos daremos cuenta que intentar dar un nombre unívoco es, por decir lo menos, irrealizable, puesto que no es posible dar un concepto universal que sea aplicable en todos los lugares y en todo momento. Ciertamente es que las figuras jurídicas cumplen con ciertas características que

---

<sup>87</sup> TAMAYO y SALMORÁN, Rolando. “*Introducción Analítica al Estudio del Derecho*” *Op Cit.*, p. 241.

<sup>88</sup> En un sentido amplio y más entendido, se usa *Ius* para referirse a la totalidad del orden jurídico. Así se entiende como conjunto de disposiciones o preceptos los cuales constituyen el Derecho de un pueblo o un Estado. Sin embargo, son dos sus usos más persistentes: (1) “*complejo de normas e instituciones que imperan coactivamente en una comunidad estatal (Derecho Objetivo)*”, y (2) “*permisiones o facultades, así como sus exigencias considerados jurídicamente justificados (Derecho Subjetivo)*” *Ibidem*, pp. 242-243.

<sup>89</sup> Véase lo referido al ordenamiento jurídico que hicimos brevemente en este trabajo. *Ibidem* p. 27.

algunos autores han tomado más importantes (de forma subjetiva) para transformar la denominación desde cada perspectiva, obstinados por querer “aportar” o “mejorar” cada definición, ocasionando muchas veces lo contrario; confusiones, equivocaciones, retrocesos y otras más complicaciones con la definición de la teoría.

#### **2.4 Otras denominaciones.**

Tras lo expuesto precedentemente, encontramos para la realización de este estudio, que hay cuando menos 9 denominaciones dadas para describir al abuso del derecho:<sup>90</sup>

- 1) Abuso del derecho.
- 2) Abuso de los derechos.
- 3) Uso abusivo de los derechos.
- 4) Ejercicio abusivo de los derechos.
- 5) Abuso de los textos legales o reglas jurídicas.
- 6) Abuso de la libertad.
- 7) Acto abusivo disimulado bajo la apariencia del ejercicio del buen derecho.
- 8) Actos emulativos.
- 9) Actos abusivos.

En el fondo -todas con el mismo propósito- tratan de definir esta figura jurídica. Insistimos que en este caso (de la denominación) no hay ninguna diferencia sustancial ya que es a partir de los elementos particulares que a continuación se analizarán, que se pueden utilizar para cualquier nombre dado al término jurídico en cuestión.

---

<sup>90</sup> Es importante recalcar que aquí nos referimos exclusivamente al problema de la denominación; no así con el fondo del tema, que es el teórico. Las teorías propiamente estudiadas por los juristas, se analizarán en el siguiente título.

Con lo mencionado, tenemos una aproximación que refleja el significado del abuso del derecho en su denominación (o denominaciones) como en la teoría que la estudia, sin embargo, no es suficiente para nuestro propósito.

Conocemos ahora que desde su etimología y hasta su gramática implica una idea de un uso o aprovechamiento excesivo o indebido de algo o de alguien, en perjuicio propio, pero principalmente ajeno, contemplado en un conjunto de normas vigentes que prohíben esa conducta y que pueden llevar a una sanción. Pero, ¿Quién puede decir o determinar realmente si existe o no abuso del derecho?, ¿Puede decidirlo el "Abusado" (el afectado)<sup>91</sup>?, ¿El que "Abusa" (quien salió realmente abusado)?, ¿Lo tendría que decidir el sentido común? Como todo en el mundo del Derecho, nuestros comentarios no tienen más trascendencia que simples opiniones o interpretaciones. Es verdad cuando dice Hans Kelsen que:

*La opinión de cualquier individuo carece de significación para el Derecho, [puesto que] únicamente puede ser decidido por un órgano dentro de un cierto procedimiento (determinado por el orden jurídico).*<sup>92</sup>

Ante esto, de nada sirve que Bartolo de Sassoferrato<sup>93</sup>, -aunque jurista y con mayores conocimientos de Derecho que muchos togados- exprese su

---

<sup>91</sup> Abusado puede connotar también un significado distinto: de alerta, atento, listo. Se usa principalmente con los verbos ser, estar o ponerse. Ej. Imerio es abusado (listo). Estén abusados (atentos, alerta) a lo que ocurrirá hoy, etc.

<sup>92</sup> KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", *Op. Cit.*, p. 183.

<sup>93</sup> Bártolo (1313-1357) es uno de los juristas más grandes de todos los tiempos, al menos en la Europa Medieval. De ahí la máxima: *nemo bonus iurista, nisi sit Bartolista* (nadie es buen jurista si no es "Bartolista" [seguidor de Bártolo]). Nació en Ventura, próxima a Sassoferrato, en la región central de Italia, a mitad de camino entre Roma y Florencia. Su inmortalidad jurídica se encuentra principalmente en sus innovaciones metodológicas en el comentario del *Corpus Iuris Civilis* y en sus contribuciones al Derecho Público y Privado. La Escuela de los Glosadores imponía sus criterios en el acercamiento al Derecho. Superó el método de la glosa, excesivamente fiel a la letra de la ley, y divulgó un sistema metodológico de examen crítico de los textos legislativos de modo tal que como punto de destino se determinase la *ratio legis*. La búsqueda de soluciones jurídicas a problemas concretos y el establecimiento de pautas de interpretación y doctrinas jurídicas útiles resultaban más fecundos partiendo del espíritu del legislador y de la razón última de las normas. Este estudio teórico-práctico de las fuentes, conocido como el *mos Italicus*

razonamiento, sólo quedará como mero discurso. En cambio, si el “sentimiento del Juez” (sentencia), en la localidad más remota, con el más estólido de los jueces, con las atribuciones, autoridad y competencias válidas, resuelve que hubo o no abuso, entonces puede decir quien tiene el derecho. Por tanto, es el Juez competente, y no otro individuo, quien determina si existió o no abuso conforme a las normas establecidas por el ordenamiento jurídico aplicable.

¿A qué nos referimos con esto? En otras palabras, no basta saber a qué alude el abuso del derecho únicamente separando y definiendo ambos vocablos. Necesitamos tomar mano no sólo de diccionarios (etimológicos o jurídicos), o de los antecedentes históricos. Se requiere de estudios hechos por juristas, teóricos, la doctrina, la jurisprudencia, la ley y demás instrumentos para entonces sí, saber de forma más completa lo que quiere decir nuestro tema en particular.

Por consiguiente, a continuación haremos las distinciones y aclaraciones que se han realizado sobre la teoría [y ya no las denominaciones] en estudio, lo cual será más fructífero para nuestro propósito.

## **2.5 Las distintas teorías del abuso del derecho.**

Para explicar de mejor forma el tema en cuestión, estimamos conveniente examinar las reflexiones hechas por juristas y estudiosos de esta teoría con el fin de que nuestro trabajo se apoye con sus aportaciones, los cuales, en muchos casos, han hecho las contribuciones necesarias para ayudar a la construcción del mismo.

Sin duda, la realización de una teoría no es tarea fácil, toma probablemente toda la vida de un individuo que por lo general es excepcionalmente inteligente. Por consiguiente, en las siguientes secciones nos

---

durante siglos, se personificó en la figura de Bártolo y, con posterioridad, en sus más sobresalientes discípulos, entre los que destacó Baldo de Ubaldis. Es tan notable su nombre que ha sido usado para personificar el papel de abogado en distintas obras. Un ejemplo conocido es el del Dr. Bártolo en la ópera de Gioacchino Rossini, en “*El Barbero de Sevilla*” así como en “*Las Bodas de Fígaro*” de Mozart.

dedicaremos a tres eminentes civilistas franceses, así como a otros juristas que complementan la doctrina.

### 2.5.1 Marcel Planiol.

Uno de los teóricos que mayor oposición presentó ante la idea del abuso del derecho fue Marcel Planiol (1853-1931), abogado francés cuya postura ya comentada en este estudio se plasma claramente en el texto que ahora se presenta:

*Esta nueva doctrina reposa toda ella sobre un vicio de lenguaje; su fórmula, uso abusivo del derecho, es una logomaquia<sup>94</sup>, porque si yo uso mi derecho, mi acto es lícito y si es ilícito, será porque he excedido mi derecho, actuando en consecuencia, sin derecho. No hay que dejarse seducir por las palabras; el derecho cesa donde el abuso comienza, y no puede haber un uso abusivo de un derecho cualquiera por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto, no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho.<sup>95</sup>*

Ante dicha afirmación, surgió una respuesta; la de Louis Josserand, que había reflexionado la existencia de un paralogismo que consistía en la creación de un yerro entornado a los significados de la palabra “derecho”, entendido en ocasiones como una prerrogativa del Derecho Subjetivo (entiéndase el derecho de propiedad y la patria potestad) y en otras como un orden jurídico general y objetivo.

Josserand opina que la logomaquia que acusa Planiol desaparece en cuanto se denota que el error proviene de una doble significación. Se nos señala que el abuso consiste en el hecho que se deriva de un derecho subjetivo que se respeta en sus límites pero que en su generalidad es contrario a derecho.

---

<sup>94</sup> Del gr. λογομαχία *logomachía* ‘altercado’. “Discusión en la que se atiende a las palabras y no el fondo de asunto.” Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española (23<sup>a</sup> ed.), 2014.

<sup>95</sup> PLANIOL, Marcel, “*Tratado Elemental de Derecho Civil*”, trad. de José M. Cajica Jr., Ed. Cajica, Puebla, México, 1955, pp. 542 y 543.

Ambas declaraciones de sendos abogados no son conclusivas. Se da la oposición entre un derecho subjetivo y el derecho como un todo; pero este antagonismo no se da entre un derecho subjetivo y una norma en concreto del Derecho Positivo, ya que de existir esta posición la figura del abuso del derecho deja de ser aplicable ante la presencia de un derecho subjetivo que se contrapone con una legislación en concreto, dando lugar así a la ausencia de un derecho.

Por otro lado, de la misma manera que las leyes presentan su esencia, que bien puede ser desvirtuada por la misma redacción de la legislación, el Derecho también tiene su esencia que debe ser entendida en conjunto y de manera objetiva, existiendo incluso la esencia de los derechos, inherente a toda prerrogativa particular, consistente en principios que al aplicarse procuran que su carácter social se cumpla, evitando así el beneficio arbitrario de un solo individuo.

### **2.5.2 Louis Josserand.**

Corresponde a Josserand (1868-1941) uno de los mayores reconocimientos del tema, toda vez que logró teorizar en su *“D’L’abus des Droits” (Del Abuso de los Derechos, 1905)* sobre diversas manifestaciones del abuso de los distintos Derechos Subjetivos. Obra en la que sostiene que puede comprometerse la responsabilidad por el abuso del derecho, comprendido con un carácter subjetivo, consistente en la ausencia total del interés legítimo y no con la intención de un daño.

Contrario a Planiol, no ve al Abuso del Derecho como una logomaquia, pues para él no implica una contradicción, sino un acto conforme con el Derecho Subjetivo, pero contrario al Derecho Objetivo.

Después de dos décadas de reflexión, en 1927 publica *“De L’esprit des Droits et de Leur Relativité” (Del Espíritu de los Derechos y su Relatividad)* subtítulo: *“Théorie Dite de L’abus des Droits” (Teoría del Abuso de los*

*Derechos*), con el objeto de presentar una teoría orientada a un criterio más social y teológico a la par de aplicar el *Principio de la Relatividad de los Derechos*.

Para comprender lo anterior, debemos tener claro que este jurista entiende al Derecho como “*un lenguaje adecuado; el cual, se reduce íntegramente a definiciones y a fórmulas exactas.*”<sup>96</sup> Lo que ocasiona que “*a veces [sea] un problema saber si un derecho envuelve o no el control del concepto de abuso, si es absoluto o relativo.*”<sup>97</sup>

Asimismo, Josserand nos explica que “*dondequiera progresa el concepto de abuso, dondequiera está en marcha. Dondequiera los legisladores recientes cuentan con él y le reservan, en los códigos, un puesto de honor.*”<sup>98</sup>

Por ello, los derechos “*se nos conceden por los poderes públicos, no para que de ellos usemos a discreción, sin discernimiento, sino en vista de un fin determinado.*”<sup>99</sup> Y agrega:

*Tienen una aplicación, un destino de que no debemos desviarlos. Si, por ejemplo, los ejercemos con el propósito de perjudicar a otro, los desviamos de su camino, cometemos una culpa que compromete nuestra responsabilidad. Nuestra responsabilidad actúa con ocasión del ejercicio de nuestros derechos; porque de ellos hacemos un mal uso, porque abusamos de ellos, es por lo que nuestra responsabilidad se encuentra comprometida.*<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> JOSSERAND, Louis. “*Del Abuso de los Derechos y Otros Ensayos*”, *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>97</sup> *Ídem*, p. 17.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 72-73.

<sup>100</sup> *Ídem*.

Josserand observa a los derechos no como algo concedido y garantizado por el gobierno, sino como algo que debe ser exigible, legítimo y respetado por la sociedad. Debemos observar las reglas del juego, o de lo contrario, incurriríamos en culpa y nuestra responsabilidad se vería comprometida a causa de los perjuicios que podemos causar.<sup>101</sup>

Cabe resaltar que atañe a Josserand el honor de destacar en Francia en el momento preciso del desarrollo de la teoría del abuso del derecho, mismo que nos presenta posturas remembrando las ideas no exentas de contrasentidos de autores como Savigny. Sus textos anteriormente citados, pernean de gran manera la dogmática, las posturas jurisprudenciales y una diversidad de normatividad, que hasta el día de hoy se contagian del aquel principio que categoriza el abuso del derecho de ilícito, aunque atípico.

El dogmático en mención, toma su lugar entre la balanza de posturas que delimitarían los lineamientos a observar para calificar como abusivo algún acto. Presenta coincidencias, con la propuesta objetivista de Raymond Saleilles -descrita más adelante-, misma hipótesis que se anexa con la figura de naturaleza subjetiva propuesta también por Saleilles, ante la comisión en quien se confió la inspección del Código Civil francés y cuyos productos, jamás se consiguieron condensar. Se adelanta que en el apartado correspondiente a Saleilles, se observará como intentó que se agregara en el proyecto del Código Civil de Francia algún principio que inhibiera el abuso del derecho.

En el desarrollo de su hipótesis, Josserand usa como arista de inicio ideas previas a modo de cimientos para elaborar su propia y prolífica teoría del abuso del derecho, misma que ha sido tan relevante que perneó en todo el ámbito legal. La primer premisa en la que asienta su teoría entiende al Derecho como un ente en constante evolución, cuyo dinamismo equiparable a las adaptaciones que aparecen en la sociedad, le confieren la particularidad de ser a la vez regulador y producto de la colectividad que lo origina. Dentro de esta exposición, el

---

<sup>101</sup> *Idem.*

Derecho es la “*ciencia social*” que impera, una de las más antiguas por su necesidad, sus facultades de exigencia y la eficacia de su corporación.

Para esta teoría, Josserand, dentro de la delimitación contextual realizada en el anterior párrafo, se percata de que el Derecho no pertenece al ámbito de las ciencias exactas en el que irrealmente los derechos subjetivos, cuyo culmen es el de propiedad, tendrían características absolutas y ásperas, razón por la que serían ejercidas ilimitadamente y con cualquier propósito, porque al ser inoponibles se investirían de su mismo fin. En esta propuesta, los derechos vienen a ser atribuciones autárquicas proporcionadas a las personas, conferidas con la capacidad de enunciarlos en cualquier manera, de cualquier forma, sin que implique para ellos responsabilidad contra terceros.

Al respecto, pensamos que entonces aquel que detenta el derecho subjetivo tendrá la facultad de maltratar a todo aquel que se interponga contra él, sin concesión alguna sobre la reparación debida. Más aún, en caso de reclamar que algún perjuicio haya sido causado, el poseedor del derecho puede argumentar su prerrogativa para haber realizado la acción, pudiendo adjuntar que incluso se le había otorgado ese derecho, inclusive con el fundamento en puntos anteriores citado, consistente en que no existirá responsabilidad cuando solo se esté ejerciendo un derecho, porque de otra manera sería un obstáculo el detentar derechos. De manera sucinta, esta es la postura que Josserand ofrece en cuanto a los señalamientos que contuvo el Código Civil galo en lo concerniente al límite de los derechos subjetivos.

A la postura que se cita sobre los derechos particulares, se calificaría de inclemente y pétrea, siendo oponible la idea de la relatividad del alcance de los derechos, lo que nos aduce a pensar en la posibilidad de que un derecho por más altozano que se describa puede ser contrariado. Y es que recordemos que nuestra materia, el Derecho tiene naturaleza social y las legislaciones son el resultante también social que se originan en la cartuja y a partir de la misma encontrarán su objeto, mismo que conlleva una intención o espíritu legislativo del cual el particular no debe intentar apartarlo.

En este punto en específico, Federico Castillo nos comenta:

*Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; los mismos tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido, por ello es ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron su atribución según la ley.<sup>102</sup>*

El particular que provoca la desviación de su prerrogativa del objeto con el que fue creado, con base en la postura de Josserand comete una penuria al ejercitar su derecho y debe entenderse este yerro como el despotismo de su privilegio. Lo que apreciamos, es que una acción, llevada a cabo con base en algún derecho subjetivo puede contrariar a la generalidad de la ley, al derecho objetivo y a lo lícito. Este conflicto a apreciación de Josserand y como se pudo leer en el primer capítulo de esta investigación, fue contemplado en el Derecho Romano bajo la premisa de “*summum ius, summa iniuria*”.

Con base en esta idea, postulamos la necesidad de que nuestra disciplina continúe teniendo el calificativo “*ars boni et aequi*”, que se interpreta del latín como, liceo de bondad y justicia.

Se apunta que Josserand:

*Tipifica el abuso del derecho cuando el ejercicio de la prerrogativa jurídica conlleva una lesión al espíritu de ese derecho. Es decir, la relación entre derecho y actividad de ejercicio no se debe colocar en términos de licitud, sino de correspondencia funcional. Los derechos, productos sociales, encuentran su origen en la comunidad donde obtienen su espíritu y finalidad, es para ella y por ella que existen; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su misión a cumplir cada uno*

---

<sup>102</sup> CASTILLO BLANCO, Federico, “*La Interpretación y Aplicación del Ordenamiento Jurídico Público*”, España, Instituto Nacional de Administración Pública, 2007, p. 51

*de ellos es dirigido hacia su fin y no atañe al titular desviarlo del mismo. Deben ser ejercidos en el plano de la institución y su titular que hubiera abusado de él, vería su responsabilidad comprometida hacia la víctima de esa desviación culpable. En vano objetaría el titular que ha ejercido un derecho puesto que ha cometido una falta en el ejercicio de ese derecho y es precisamente esa falta lo que se llama abuso del derecho.*<sup>103</sup>

Se debe aclarar que las palabras “culpa o falta”, para Josserand son una culpa o falta *sui generis*, una especie de yerro particular que se caracteriza por desvirtuar el espíritu del derecho. Por esto, en función del discernimiento que se hace al separar el derecho del motivo de su creación parece irrelevante la categorización de la culpa en la que se ubique el causante. Lo importante entonces será usar ese derecho subjetivo que se nos confiere respetando su espíritu, mismo que inherentemente salvaguarda un interés auténtico. El tipo de culpa que sin ser redundantes, Josserand, denomina como culposa es juzgada en proporción al grado en que el derecho haya sido apartado de su objetivo.

El autor en estudio se percató que los romanos se concentraron en adosar la función social y humana del derecho, en el acoso de los actos dolosos, fraudulentos y en el castigo de la intención de dañar, por esto la acción abusiva se consideró como tal sólo al verificar el ánimo pernicioso, colocando la resolución de esta cuestión en el limbo subjetivo. Pensamos que la época contemporánea ha brindado un nuevo concepto al abuso del derecho, una más omnicomprendensiva, en el instante en que el juzgador considera abusiva aquella acción que por su comisión y objeto acomete contra la finalidad con que se garantizó ese derecho.

La postura que se plantea en el párrafo anterior, en comparación con el pensamiento de Josserand, tiende al cambio de una posición subjetiva e intencional, por un razonamiento en función del espíritu de la ley, de la finalidad que se encomendó a esa garantía. Por esto, aquel que intente desvirtuar el fin

---

<sup>103</sup> JOSSERAND, Louis. “*Del Abuso de los Derechos y Otros Ensayos*”, *Op. Cit* p. 143.

económico y social con que se crea la norma debe ser considerado como un infractor, mismo al que es dable reclamar los daños ocasionados, al igual que su responsabilidad.

A manera de resumen y como ha sido multicitado, Josserand consideró que en competencia a la manera en que se califica al abuso del derecho, es debido apreciar en su magnitud el espíritu del derecho y el objetivo con el que fue creado.

Por lo tanto para Josserand, el abuso del derecho es una falta en el ejercicio de un derecho, en tanto la función con que se lleva a cabo el acto no se suscribe solo al hecho de una acción, sino que involucra al mismo tiempo las razones por las que el impetrante del derecho procedió para configurar una actuación abusiva.

### **2.5.3 Julien Bonnecase.**

El tercer abogado francés que conoce del tema es Julien Bonnecase (1878-1950), quien explica:

*La noción de abuso de los derechos, cuyo dominio de aplicación es tan extenso en la actualidad, fue en un principio muy discutida, y hasta se tachó de contradictoria. Sin embargo, necesariamente debió haber presentado una realidad, puesto que hoy no se discute su existencia, y porque se encuentra a cada paso en la jurisprudencia.*<sup>104</sup>

Para él:

*Todos los derechos son absolutos, puesto que se reducen a facultades de acción, pero, tan pronto como se trata de aplicarlos, se convierten en relativos y contingentes, pues condenados a operar a través del medio social, encuentran las facultades concurrentes y*

---

<sup>104</sup> BONNECASE, Julien. "Tratado Elemental de Derecho Civil", V.1, trad. Leonel Pereznieta Castro, Oxford University Press, México, 2004, p. 819.

*caen bajo el imperio del Derecho, cuya suprema misión es limitar, conciliar y combinar las actividades contrarias. Por ello, nunca han sido absolutos los derechos, sino en teoría.*<sup>105</sup>

Sobre nuestro tema en particular, reconoce que es muy discutida por los autores, puesto que *“se llega en desprecio de la lógica y del método científico a darle una acepción o extensión que no admite. El abuso de los derechos no es sino el hecho de no respetar los límites impuestos al ejercicio de un derecho.”*<sup>106</sup>

Para Bonnecase no hay duda de que:

*Parece singular, a primera vista, establecer como primer elemento del abuso de los derechos, fuente de obligaciones, el ejercicio de un derecho.”*<sup>107</sup> Sobre lo que nos dice: *“es innegable que un propietario al construir o al practicar excavaciones ejercita un derecho. No obstante, como sabemos, la jurisprudencia lo ha declarado responsable de las consecuencias de este ejercicio, basada en el abuso de derecho o, si se prefiere, en la desviación de este.”*<sup>108</sup>

El segundo elemento constitutivo para Bonnecase, es:

*La ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho por su titular donde señala que la aplicación de los derechos, por absolutos que sean en un principio, no deben los tribunales admitir fácilmente, con motivos de su ejercicio, la ausencia de toda utilidad para su titular. Principalmente no deberán limitarse a registrar la falta de interés*

---

<sup>105</sup> *Ídem*, p. 825.

<sup>106</sup> *Ídem*.

<sup>107</sup> *Ídem*.

<sup>108</sup> *Ídem*, pp. 825-826.

*actual, sino prever el futuro y examinar si el acto, desprovisto por el momento de utilidad, es susceptible de producirla en lo porvenir.*<sup>109</sup>

El tercer elemento constitutivo para el citado autor es la “*Intención Nociva*”, la cual se presenta generalmente como “*la característica esencial de la noción de abuso de los derechos, en el sentido psicológico.*”<sup>110</sup> Bonnecase destaca realizar esta noción sin los demás elementos; por ejemplo:

*Si con el sólo fin de dañar a su vecino, un propietario realiza trabajos que, a pesar de todo, embellezcan su propiedad o aumente sus productos no podrá quejarse de nada aquél. No es menos cierto que la intención de perjudicar ha sido el verdadero móvil de los trabajos realizados; pero las consecuencias de esta intención quedan paralizadas por la circunstancia de que habiéndose ejercitado dentro de los límites del Derecho de Propiedad, han ido acompañadas de un provecho para su autor.*<sup>111</sup>

Bonnecase, reduce a la noción de dolo del derecho común, es decir, “*a la intención de dañar*” ya que explica: “*Si asimilamos esta intención con la culpa grave del Derecho común, se debe a la imposibilidad de distinguir la culpa grave*

---

<sup>109</sup> *Idem.*

<sup>110</sup> *Ídem.*

<sup>111</sup> Continúa Bonnecase señalando que sea lo que fuera, la intención nociva debe estar absolutamente caracterizada y absorberse en la noción dolo, en el sentido del derecho común, es decir, consistir según la voluntad del titular del derecho, en un ejercicio con el fin de dañar a otro. Cuando más asimilaremos al dolo, de acuerdo con la tradición, la culpa grave, que, según la formula civil en oposición a la *Chambre de Requétes*. Pero, ¿No incurrimos con lo anterior en los excesos del subjetivismo y en los peligros de la investigación de la intención que se han propuesto suprimir los partidarios de la teoría objetiva al exponer ésta? Se advierte, en primer lugar, que no es una objeción decisiva y que los tribunales constantemente hacen investigaciones sobre la intención. Es necesario notar, principalmente, que en materia de abuso de los derechos, la intención nociva se materializa en forma tal, que en la mayoría de los casos aparece de modo inmediato, sin esfuerzo alguno. Felizmente puede juzgarse esto por los negocios en los que se han dictado las sentencias de principio, que instauraron en la jurisprudencia, la teoría subjetiva del abuso de los derechos. *Ídem.*

*del dolo, pues a tal grado es anormal la negligencia que la constituye, dejando una duda sobre si encierra la voluntad de dañar.”<sup>112</sup>*

Por otra parte, el autor nos dice que, los jueces no tienen que investigar si la intención de dañar animó el espíritu del autor; deben, por el contrario, tomar como base de sus decisiones los hechos de los cuales se pretende deducir el abuso de los derechos; los actos materiales a través de los cuales se manifiesta el ejercicio de los derechos, revisten en el caso de dolo, un significado no dudoso, revelando la intención con que se han realizado.<sup>113</sup>

El cuarto y último elemento constitutivo que señala es el “*perjuicio ocasionado a otra persona*” ya que:

*Sólo el perjuicio sufrido por una persona es susceptible de poner en movimiento una acción fundada en el abuso de los derechos. Por definición, el autor de éste se mantiene dentro de los límites materiales u objetivos de sus derechos. Por tanto, aparentemente se desarrolla la vida normal de los mismos. El signo de que a pesar de lo anterior pueda existir una perturbación en las relaciones sociales, consiste, fatalmente, en la molestia o la pérdida experimentada por uno de los miembros del grupo. Una vez planteada, el cuarto elemento constituido, que en el orden del procedimiento es el primero y que conduce a la verificación de la existencia de los otros elementos, agota su papel para no reaparecer sino en el momento de valorar el monto de la reparación debida.<sup>114</sup>*

---

<sup>112</sup> *ídem*, pp. 826-827.

<sup>113</sup> *ídem*.

<sup>114</sup> *ídem*.

Una vez comprobada la realización del abuso de los derechos, Bonnetcase expone: *“la situación es de las más sencillas; debe ordenarse la reparación del perjuicio y su mejor forma consistirá en destruir lo que se ha hecho en desprecio del ejercicio del derecho sumamente entendido.”*<sup>115</sup> En ese sentido, el teórico en cita no se explica porqué se sostiene la solución opuesta; la condena al pago de daños y perjuicios, la cual no equivale, a una reparación en especie. Por otra parte, añade:

*La jurisprudencia (francesa) se ha pronunciado por la reparación en especie, como lo demuestran las sentencias Doerr y Savart, por ejemplo. Sobre todo, si las consecuencias del abuso de los derechos no presentan actualmente ninguna dificultad, no es así respecto a su dominio de aplicación.*<sup>116</sup>

En el abuso de los derechos, agrega:

*El autor del perjuicio se mantiene en los límites objetivos de su derecho, y por tanto no viola ninguna obligación preexistente. Únicamente los autores que reducen el delito al acto de un individuo desprovisto no sólo de diligencia media, sino de prudencia y atención, han podido asimilar el abuso de los derechos al delito. Pero este concepto del delito es inexacto en un buen análisis. La noción de abuso de los derechos tiene una existencia jurídica autónoma; un hecho material puede muy bien no ser delito y sin embargo dar nacimiento al abuso de los derechos. De la misma manera que el enriquecimiento sin causa, tiene un dominio de aplicación independientemente de las fuentes de las obligaciones, según la teoría clásica, el dominio de aplicación del abuso de los derechos es independiente del delito y del cuasidelito.*<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> *Ídem.*

<sup>116</sup> *Ídem.*

<sup>117</sup> *Ídem.*

Establecido este punto, ha surgido la cuestión de saber si el abuso de los derechos, es susceptible de surgir con motivo de cualquier derecho. Los autores a este respecto han distinguido, por una parte, los derechos especialmente definidos y reglamentados por el legislador, como el de propiedad, y por otra parte, los derechos no definidos aún por la ley y confundidos en la noción general de libertad. Tal parece que se admite la posibilidad del abuso en todos los casos, pero con mayor facilidad cuando se trata de los derechos no determinados, que con respecto a los precisados y definidos.<sup>118</sup>

Ante esto Bonnecase concluye:

*La posibilidad jurídica de perjudicar a una tercera persona so pretexto de que se ejercita un derecho, y sin que este ejercicio presente un interés actual o eventual, sería manifiestamente contraria a la función de armonía o equilibrio sociales inherente a la noción de derecho.*<sup>119</sup>

#### **2.5.4 Raymond Saleilles.**

Los cambios en el curso de la ideología del destacado jurisconsulto Saleilles (1855-1912), constituyen un claro ejemplo de la ruleta que ha sido similar de la manera en que se ha elaborado la hipótesis del abuso del derecho, que por lo pronto sigue siendo causa de controversia. Como ha sido planteado en esta investigación, al lado de Josserand, otros autores son responsables en gran

---

<sup>118</sup> Bonnecase, en esa misma opinión nos dice que: *“Por nuestra parte, no comprendemos que haya podido vacilarse para reconocer doctrinalmente la eventualidad de un abuso de los derechos a propósito de una facultad claramente definida, como el derecho de propiedad. La jurisprudencia se ha encargado de consagrar la afirmativa sin indecisión alguna, y de rechazar en esta materia, como en otras, la tesis de los derechos absolutos en su ejercicio y en su principio. Sin embargo, hay autores que muestran alguna duda respecto de ciertos derechos. Por su naturaleza y fin, estos derechos no implicarían su abuso. Consideramos que no es así. En los casos considerados hace falta alguno de los elementos del abuso de los derechos; nos encontramos principalmente ante un interés moral por salvaguardar en el titular del derecho; es este el caso de ciertos derechos de potestad paterna, como la prerrogativa de los padres para oponerse al matrimonio de sus hijos o de negar su consentimiento sin tener que indicar los motivos de su negativa. El legislador presume en los padres la existencia de un interés moral.”* *Ibidem*, pp. 827 - 828.

<sup>119</sup> *Ídem*.

parte, del notorio avance y publicidad de la teoría en estudio, desde cuestiones de dogma, hasta aspectos legislativos y jurisprudenciales coetáneos.

Saleilles no ha sido el único en mostrar dudas y reconvenciones en la manera de pensar el tema que se ha planteado. En una situación parecida se ubicaron en su momento Josserand y Ripert.<sup>120</sup> Saleilles planteó ante la comisión a que correspondió el análisis de las reformas que se realizarían en el Código Civil francés en 1905, un argumento finalista para la teoría del abuso del derecho, constituyendo uno de los grandes focos doctrinarios y científicos de la novísima orientación jurídica francesa. Desarrollando el impulso amplio y reformador de su suegro, el ilustre Bufnoir, ha formado escuela en el sentido de introducir la vida en el organismo secular del derecho, inspirándose en los grandes trabajos dogmático filosóficos de la escuela germánica de Savigny y de Ihering, emancipándose de la tiranía del texto literal de la ley y de su interpretación mezquina, armonizando la letra de la legislación con la realidad de los fenómenos sociales y adecuando aquella a las necesidades de estos. Antes de él, la jurisprudencia era el dominio de los casuistas: hoy es el medio por el cual, el factor sociológico se modela constantemente el texto anticuado de la ley codificada,<sup>121</sup> reconviniendo este jurista por segunda ocasión la postura que afrontaba para este caso.

Recordemos que *a priori*, Saleilles imaginó un bosquejo con características subjetivas que después recompondría, para el mejor entendimiento de un particular y anómalo percance jurídico en que se constituye lo que se denomina abuso del derecho. Con base en su proposición, no se arriesga la obligación si el abuso del derecho establece el ejercitar un derecho positivo por parte del imperante, mientras se desenvuelva por aquellos límites y

---

<sup>120</sup> Es oportuno destacar que en el caso de Ripert, aunque en un principio supuso una teoría con base a la finalidad del abuso del derecho, posteriormente realizó una diversidad de embates contra su primer planteamiento, asintiendo que “*en una sociedad que sólo atienda a la forma de los actos, es suficiente su legalidad objetiva y el que usa de su derecho no comete dolo*”, para después recular comentando que “*el que comete un dolo no usa de su derecho, porque no hay derecho contra la moral y la moral en la cual nosotros creemos, prohíbe dañar intencionalmente al prójimo.*” RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Op. Cit.* p. 12.

<sup>121</sup> POLOTTO, María Rosario, “*Derecho Privado y Modernización*”, Alemania, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, p. 137.

restricciones establecidos en la norma. Sin embargo, implicará responsabilidad en caso de que el agente, con la intención de causar un daño, use una atribución con características generales enmarcada dentro de un derecho cuya complejidad sea mayor y del cual la norma no haya regulado la manera en que se ejercita. Esta postura se encuentra en su primer Ensayo de una Teoría General de la Obligación a Propósito del Primer Proyecto de Código Civil para el Imperio Alemán.<sup>122</sup>

En posteriores ediciones de su ensayo, Saleilles propone una idea diferente. Con base en ello, el abuso del derecho se describe como la anormalidad en el ejercicio de un derecho, diverso al objetivo económico-social que corresponde al derecho subjetivo, uso que es rechazado por el sentido común y que por consiguiente vulnera los límites del derecho. Fue de esta manera como desarrolló posteriormente una hipótesis de naturaleza objetiva, frente a una primera postura subjetiva sobre el abuso del derecho.

En su análisis de las reformas de 1905 al Código Civil francés, Saleilles entregó un ensayo cuyo propósito fue el de servir como criterio para futuras discusiones. En él apuntó que *“un acto, cuyo efecto no puede ser más que perjudicar a otros, sin interés apreciable y legítimo para el que lo cumplió, no puede jamás constituir un ejercicio ilícito de un derecho”*.<sup>123</sup> Saleilles al brindar este concepto, pensó también que el abuso del derecho se limita a su menor capacidad y que se condiciona a una sola verificación, referida a un único objeto. Sin embargo, el mismo Saleilles añade que la subjetividad de la condición debe ser valorada de acuerdo con su objeto material.<sup>124</sup>

Como se comprende en la agenda de la filosofía de Saleilles, sucintamente descrita, varias fueron sus reconvenciones y posteriores

---

<sup>122</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, *“Estudios de Derecho de Obligaciones”*, España, La Ley, 2006, p.137

<sup>123</sup> MERCADO NAVARRO, Felipe, *“Del abuso del derecho y la mala Fe en los procesos civiles”* en *“Revista Jurídica CEDUC”* de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Asunción, Paraguay, 2001, p. 213.

<sup>124</sup> CASTILLO BLANCO, Federico, *“La Interpretación y Aplicación del Ordenamiento Jurídico Público”*, España, Instituto Nacional de Administración Pública, 2007, p. 50.

enmiendas, en lo que refiere al abuso del derecho. Como se nota de primera mano, sus ideas pueden tener cabida en una postura que el de la voz aprecia inclinada al subjetivismo, opinión que el maestro Fleitas no concede a favor, arguyendo un punto intermedio calificado como mixto.<sup>125</sup> Resulta de corte subjetivista a nuestra comprensión, debido a su consideración de que el abuso del derecho es evidente al mostrar un ánimo nocivo, siendo esta la razón principal por la que a este autor se le coloca dentro de la categoría de los pensadores subjetivistas.

En una posterior reflexión, Saleilles avanza hacia una propuesta en realidad objetiva señalando en su hipótesis acerca del abuso del derecho las concepciones de ejercicio anormal, ejercicio diverso al objetivo del derecho subjetivo y el reproche del público.<sup>126</sup> Son estos elementos los más claros que Saleilles produjo, por lo que en consecuencia son los que más se han imitado en el desarrollo de teorías sobre este tema.

Al final, el mismo Saleilles retoma una actitud subjetivista al insistir en la presencia del ánimo de causar daño, aunque relaciona este elemento con la falta de un interés legítimo por parte del que reclama el derecho.

De esta manera es notorio que Saleilles con esta propuesta intenta dar cauce hacia el elemento intencional, pero se considera que pretende evadir las debilidades de la teoría dando a entender que no está a favor del subjetivismo, sino la indagación del motivo por el que se realizó la acción en base de una verdad objetiva.<sup>127</sup>

#### **2.5.5 Robert Joseph Pothier.**

El dogmático R. J. Pothier (1699-1772) -precursor del Código Civil francés- acogió la idea de una colisión de derechos, desechando la propuesta del abuso del derecho. En esta prelación de argumentos y enfatizando en la edificación de

---

<sup>125</sup> VARGAS, Abraham, *“Estudios de Derecho Procesal”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1997, p. 239.

<sup>126</sup> CLARO SOLAR, Luis, *“Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado”*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1992, p. 217.

<sup>127</sup> CASTILLO BLANCO, Federico, *Op. Cit.*, p. 39.

una construcción que perjudica al de la vecindad al obstruir su horizonte se considera que la aplicación de reparación alguna por parte del que ha construido el muro hacia el que presenta su visión obstruida es inoperante, por no existir algún derecho lesionado, debido a la existencia de un *Ius Utendi* que el propietario puede aplicar como desee. Para este asunto, Pothier sustenta, que el derecho de propiedad que el propietario ostenta puede ser usado como mejor prefiera. Pothier nos expresa esta elocuente idea cuando de él leemos que:

*En el ámbito de las relaciones de vecindad, existen unos límites que afectan al disfrute del derecho de propiedad, como consecuencia de la consideración de la vecindad como cuasi-contrato en el que se recogen las obligaciones recíprocas entre los vecinos. La vulneración de los términos de este cuasi-contrato supondría, lógicamente la inobservancia del principio "neminem laedere", y por consiguiente, la posibilidad de acudir a la acción de responsabilidad civil extracontractual.*<sup>128</sup>

Lo que Pothier reflexiona con esto, tiene su base en las coyunturas; en el supuesto de que la construcción de un muro provocara en la casa vecina una oscuridad tal que la ensombreciera por completo para volverla obsoleta y se comprobara la intención de dañar al vecino, sería operable la petición de que ese muro fuese disminuido hasta un límite razonable.

#### **2.5.6 Atilio Aníbal Alterini.**

De los autores contemporáneos más destacados que igualmente han abordado del tema y de forma sobresaliente ha sido el argentino Atilio Aníbal Alterini (1937-2012) quien describe que el ejercicio abusivo de los derechos se configura "*como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito "abusivo" que, a diferencia del acto ilícito común -en el cual se transgrede francamente la norma legal- implica una violación solapada del ordenamiento jurídico.*"<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> CUADRADO PÉREZ, Carlos, "*Ruido, Inmisiones y Edificación*", Reus, España, 2005, p. 47.

<sup>129</sup> ALTERINI, Atilio, Aníbal. "*Derecho Privado*" T. I. 4ª edición. Ed. Abeldo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1989, pp. 437-438.

Para Alterini, son tres los criterios para caracterizar el ejercicio abusivo de los derechos: el intencional, el económico<sup>130</sup> y el finalista o teológico.<sup>131</sup>

El citado autor menciona al respecto:

*El único criterio constitutivo del ejercicio abusivo es la intención de dañar: el acto que queda calificado como abusivo cuando se ejecuta con intención dañosa. Saleilles explica que un acto cuyo efecto no pueda ser más que dañar a otro (sin interés legítimo para el que lo cumple) no puede jamás constituir el ejercicio de un derecho, por ser su objeto intencional de carácter antisocial.*

*Si se toma como punto inicial la buena fe, puede haber perjuicio ajeno sin mediar intención de causarlo y asimismo, puede darse la intención malévola en el agente sin que las repercusiones hayan podido ser apreciadas en daño. Ni en uno ni en otro caso puede decirse verdaderamente que haya de aplicarse la teoría del abuso, pues dicha aplicación supondría invadir la esfera normal de otras instituciones; el*

---

<sup>130</sup> Para el citado autor, este criterio está basado en la definición de derechos subjetivos de Ihering: “*intereses jurídicamente protegidos*”. Así, con Saleilles nos advierte -en su última versión- que el abuso reside en el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, puesto que todo derecho, desde el punto de vista social es relativo. Sin embargo, cabe destacar que no siempre el destino económico o social es predominante. Se empalidece -para Llambías- el fin individual, que siempre será esencial en la mayor parte de los derechos subjetivos. Son de mencionar, también, dentro de la esfera del Derecho de Familia, algunas prerrogativas concedidas a su titular, en que no participan consideraciones de orden económico; p. ej. El derecho de hacer oposición a la celebración del matrimonio que confiere a los padres. *Ídem*.

<sup>131</sup> Este criterio, se proyecta principalmente como base egoísta o altruista, de conformidad con la función social que corresponde llenar a todo derecho en su ejercicio (Josserand). En su concepción, el titular del derecho no podrá desviarlo de su fin sin cometer un abuso, puesto que todo derecho es relativo por existir en función de la sociedad, aún el derecho de propiedad, que es concedido al propietario, más que para saciar su propio egoísmo, para asegurar la conservación de la sociedad. Por ello, se propicia poner al servicio de la comunidad organizada la suma de apetencias individuales de modo que los derechos subjetivos se ejerzan de conformidad al espíritu de las instituciones. Waline, dentro de este orden de ideas, considera que la teoría de análisis permite hacer responder a una persona por una acción que, en principio, puede cumplirse lícitamente, pero que se halla viciada circunstancialmente por un móvil antisocial. *Ídem*, p. 440.

*primer supuesto entra en la órbita de la responsabilidad, mientras el segundo se refiere a los vicios de la voluntad.*<sup>132</sup>

Asimismo, indica que los principales efectos del acto abusivo son:

- a) Despojar de toda virtualidad al acto desviado -desmantelando así sus efectos-;
- b) Impedir el ejercicio de una acción judicial que se funde en el abuso (*improponibilidad objetiva* de la acción); y
- c) Generar el derecho al resarcimiento de los daños.<sup>133</sup>

Ahora bien, en cuanto al factor de atribución, Alterini formula estas precisiones:

- a) El efecto impeditivo de las virtualidades del abuso no exige la culpabilidad: p. ej.: si alguien produce ruidos excedentes de la normal tolerancia entre vecinos, aunque sea sin culpa, corresponde suprimirlos.
- b) Pero la indemnización sólo procede cuando promedia el factor subjetivo (culpabilidad), conforme a los principios generales a menos, claro está, que pueda resultar aplicable la imputación objetiva que resulta del artículo.<sup>134</sup>

### **2.5.7 José Manuel Martín Bernal.**

José Manuel Martín Bernal por su parte, considera al abuso del Derecho “*como un acto realizado por el titular de un derecho subjetivo con el único objeto de perjudicar a los demás.*”<sup>135</sup>

Para este autor:

---

<sup>132</sup> *Ídem*, p. 439.

<sup>133</sup> *Ídem*, p. 442.

<sup>134</sup> *Ídem*.

<sup>135</sup> MARTÍN BERNAL, José Manuel. “*El Abuso del Derecho*”, Ed. Montecarlo, Madrid, España, 1892, p. 142.

*El sujeto ejercita un derecho subjetivo propio, y se mantiene dentro de los límites que el derecho objetivo le señale, pues en muchas ocasiones el propio ejercicio autentico del derecho, si ha de ejercitarse, resulta o puede resultar grave para un tercero. Incluso la valoración de las consecuencias gravosas puede llegar a efectuarse preventivamente por el orden jurídico, de donde el sujeto que se mantiene dentro de los límites de su derecho y ejercita facultades en él contenidas, no realizaría ciertamente un acto objetivamente ilícito.”<sup>136</sup> Así, “sólo constituyen actos ilícitos aquellos que recoge expresamente la norma, y es suficiente que el daño típico acaezca para que surja la sanción. El Derecho traduce en este caso una mentalidad sencilla y casuística, incapaz para la inducción.”<sup>137</sup>*

En el ejercicio del derecho, la intención de dañar, ha de hallarse acreditada sin que la misma quepa presumirse, toda vez que, si es una circunstancia que puede apreciarse por deducción “*ha de desprenderse de hechos ciertos que con eficiencia o razón lógica lo revelen*”. Aspecto subjetivo que como es sabido se manifestó y era característica de los llamados actos de emulación, propios de un espíritu de gratuita competición, de molestia sin causa, injustificada, para el vecino o el tercero.<sup>138</sup>

Por lo que “*la apreciación de ese fin serio no especificado habrá de confiarse al órgano judicial, el que con la suficiente objetividad decidirá si se está o no en presencia de un acto anti-funcional, del acto abusivo.*”<sup>139</sup>

A su vez, para el autor, el daño debería recaer sobre “*un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica*” y ello obviamente debe ser así

---

<sup>136</sup> *Ídem.*

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 256.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 260.

porque si en lugar de ese interés no protegido fuera el derecho subjetivo el efectivamente dañado estaríamos más que ante el abuso o uso antisocial del derecho, ante una colisión de derechos, con acciones específicas a ejercer por el titular del derecho dañado.<sup>140</sup>

El problema para Martín Bernal, no se plantea desde la constatación de los efectos que así se produzcan como desde la posibilidad o no de llevar a efecto un estudio acerca de los motivos subjetivos que determinan el ejercicio del derecho que produce tales efectos, acentuándose un particular interés respecto de aquellos derechos de contenido y mayor repercusión sobre los terceros.

Desde el anterior punto de vista el problema puede plantearse contraponiendo el elemento objetivo al elemento subjetivo: sería entonces lícito el primero e ilícito el segundo. Queda por ver cuál de las dos prevalece, es decir, si el ejercicio emulativo de un derecho debe ser considerado lícito o no en un particular derecho positivo.<sup>141</sup>

Asimismo se hace preciso reconocer que para José Martín a partir del uso puede hablarse del ejercicio abusivo del Derecho. Un uso “normal” del derecho impediría cualquier ejercicio abusivo del mismo.<sup>142</sup>

En ese sentido, el ejercicio de una acción con base en un precepto legal a través del procedimiento señalado por la ley para la efectividad de un derecho, cuando media un interés perfectamente lícito y se encamina al logro de una pretensión verdaderamente normal, dentro del orden jurídico-social establecido, no implica, ni puede entenderse como abuso del derecho.<sup>143</sup> La objetividad para este autor “*es el criterio con el que ha de procederse cuando el límite no es*

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 229.

*expreso o el ejercicio del derecho -la conducta- manifiesta y exteriorizada, lo exceden.*"<sup>144</sup>

Pero en ocasiones, explica Martín Bernal, la teoría del abuso del derecho no se presenta con una intencionalidad dañosa, sino que *"el titular del derecho puede y necesariamente debe actuar dentro de los cánones, patrones y baremos de la buena fe, y con todo estar causando un perjuicio ajeno sin que obtenga con ello beneficio propio alguno."*<sup>145</sup>

La "intención", el "objeto" y las "circunstancias" en que el acto se realiza son datos para deducir que determinado acto del ejercicio *"sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho"*, produciendo *"daño a un tercero"*.<sup>146</sup>

De lo que se infiere que el centro de gravedad se sitúa para la apreciación del abuso o el ejercicio antisocial del derecho, en la idea de la "extralimitación", es precisamente su consecuencia, con daño para terceros en el abuso, el presupuesto de responsabilidad que suponga y configura el deber de indemnizarlo.<sup>147</sup>

De la misma manera, destaca el autor:

*El uso del Derecho ha de producirse dentro de los límites externos fijados al mismo por la normativa legal, pues realmente toda la teoría del abuso del Derecho se monta y se construye sobre la base hipotética de que no se rebasen los límites externos de su contenido, ya que rebasados éstos, se abandona cualquier abuso del Derecho para incidir de lleno en lo que realmente sea ilícito.*<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 246.

Por ello, Bernal señala que el derecho ejercido abusivamente requiere que:

*El agente actúe dentro de los límites objetivos de la norma, pero desviando sus fines económicos y sociales, promedie o no culpa o dolo con ello, sea o no necesario este elemento subjetivo para “revelar” el abuso del Derecho, ilícitas, por tanto serían las acciones y las omisiones producidas en contravención a los expresamente prohibido u ordenado y en la expresión que comentamos, no se prohíbe el ejercicio abusivamente, aunque la ley no lo ampare.*<sup>149</sup>

En el tema de la indemnización para el autor en estudio, tendría que ser distinta según la lesión que se haya producido o no, y el alcance de la misma.<sup>150</sup> Por otro lado un punto interesante que se toca en esta obra es que la doctrina ha venido distinguiendo entre Abuso del Derecho y Colisión de Derechos, según el cual, el ejercicio de los mismos se realiza dentro de los límites internos (Abuso del Derecho) o dentro de límites externos (posible Colisión de Derechos) entre los que se señalan los nacidos de la protección concedida por el Derecho a los terceros de buena fe, o los procedentes de la concurrencia con los derechos de otra persona y prospecto de los que han de tenerse en cuenta una serie de principios: “*prior tempore potior jure*”, [administración de la cosa común], “*preferencia entre retrayentes legales*”, etc. Dentro de esta categoría, se produce la colisión de derechos de los que son titulares distintas personas sobre un mismo objeto.<sup>151</sup> Por tanto, se produce “*una extralimitación de los límites de protección del derecho ajeno lesionado y en tal incidencia o conflicto vienen a actuar las correspondientes normas de colisión.*”<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>150</sup> *Ibidem*, pp. 252-253.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>152</sup> *Ídem*.

### 2.5.8 Rafael Rojina Villegas.

De los juristas mexicanos más destacados que abordan el tema, es Rafael Rojina Villegas, quien explica que en el abuso de los derechos se parte “*de la existencia de un derecho, del ejercicio del mismo y de la comisión de un daño por ese hecho*”, suponiendo que hay un abuso en el ejercicio, de lo anterior que en un principio se haya hablado del uso abusivo de los derechos. Esta terminología que comenzó a ganar terreno fue, como se ha estudiado, criticada. Ya vimos que Planiol considera que es contradictorio hablar del uso abusivo de los derechos, porque distingue lógicamente dos situaciones: si hay uso, no puede haber abuso; y si hay abuso no puede haber uso. De manera que el titular de un derecho o lo usa o abusa de él, pero no puede en el uso abusar del derecho. Dice Planiol que el campo que delimita el ejercicio de un derecho debe estar precisado en cada caso. Esto dependerá de la naturaleza misma del derecho por ejercitar; por ejemplo, la propiedad tiene desde la época romana limitaciones muy numerosas y han aumentado constantemente las restricciones a la propiedad con las modalidades a la misma.<sup>153</sup> Por consiguiente, para Rojina dependerá de cada derecho el definir su ámbito.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Los jurisconsultos y legisladores de la época tendían a considerar que el uso de un derecho puede constituir un abuso y, por consiguiente, una culpa. En ocasiones se refieren al uso abusivo de los derechos. Esta nueva doctrina se basa, absolutamente, en un lenguaje insuficientemente estudiado; su fórmula: “Uso Abusivo de los Derechos” es una *logomaquia* pues si uso de mi derecho, mis actos son lícitos; y cuando son ilícitos, se debe a que sobrepasé los límites de mi derecho, obrando sin él, o injuria, como decía la Ley Aquilia. Negar el uso abusivo de los derechos no es tratar de considerar como permitidos, los variadísimos actos perjudiciales que ha reprimido la jurisprudencia; únicamente queremos que se advierta que todo acto abusivo por el solo hecho de ser ilícito, no construye el ejercicio de un derecho y que el abuso del derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito. No debemos engañarnos con las palabras: el derecho cesa donde comienza el abuso; no puede existir un uso abusivo de ningún derecho por la irrefutable razón de que un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario a él. Lo cierto es que los derechos casi nunca son absolutos; la mayoría son limitados en su extensión, y están sometidos, para su ejercicio, a diversas condiciones. Cuando se exceden sus límites o no se observan estas condiciones, se obra en realidad sin derecho. Puede, pues, haber abusos en la conducta de los hombres, pero no cuando ejercitan sus derechos, sino cuando los sobrepasan; el hombre abusa de las cosas, no de los derechos. En el fondo, unánimemente, se admite lo anterior; para cuando unos dicen: “hay uso abusivo de un derecho”. Se defiende una idea justa, con una idea justa, con una fórmula falsa. PLANIOL, Marcel “*Tratado Elemental de Derecho Civil*”, *Op. Cit.* pp. 542 y 543.

<sup>154</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. “*Derecho Civil Mexicano*”, *Op. Cit.*, pp. 164-165.

Por otro lado, el jurista mexicano se pregunta si bastará para poder definir la existencia de un abuso y, por tanto, de un hecho ilícito, partir del ámbito que resulta del ordenamiento jurídico, fijando alcances del derecho ó, si es necesario recurrir a un dato subjetivo, la mala fe, la intención de dañar, el propósito de ejercitar inútilmente el derecho sólo con el afán de perjudicar a tercero.<sup>155</sup> Es en este sentido que está planteado el debate entre los civilistas. Ante ello, para algunos de ellos basta extralimitarse en el ejercicio del derecho, cualquiera que sea la intención del titular; desde el momento en que se pasan los límites objetivos que determinan las reglas jurídicas, aun cuando sea de buena fe, aun no exista el propósito de dañar, aun cuando haya un interés lícito en el ejercicio del derecho, si se causa daño, se debe reparar éste, porque el titular sólo puede ejercitar el derecho dentro de los límites que marca la ley.

Sabemos que Bonnecase<sup>156</sup> objetó esta tesis de Planiol, simplemente objetivista, afirmando que en el abuso de los derechos, debe haber además un dato subjetivo: la intención de dañar y un dato objetivo, que hizo consistir en el ejercicio inútil del derecho; no acepta el criterio de fijar límites al campo de ejercicio de los derechos, porque dentro del propio ordenamiento no es posible determinar tal cosa; por ejemplo, el propietario en ejercicio de su derecho de propiedad está actuando dentro de su predio, está usando su predio, hace una excavación, una construcción, no se trata de que se extralimite saliendo del predio para pasar al del vecino, aquí sí habría la intención de violar un derecho ajeno. ¿Cómo entonces, se pregunta Bonnecase, podemos afirmar que el titular traspasó los límites del derecho, como dice Planiol? Si está actuando dentro de

---

<sup>155</sup> *Ídem*.

<sup>156</sup> Como hemos estudiado, para Bonnecase, la noción de abuso de los derechos es esencialmente psicológica y subjetiva; corresponde al ejercicio de un derecho desviado de su fin específico y transformado en medio de vejación para otra persona sin utilidad alguna para su titular.

Asimismo, recordaremos que el primer elemento constitutivo de la noción de abuso de los derechos, para Bonnecase, se justifica, al igual que el ejercicio de un derecho, como primer elemento de la noción a que se refiere. El poder de acción representado por un derecho recibe del legislador una organización en cierta forma material en la cual su titular puede estrictamente limitarse con la intención secreta de servirse de esta organización, únicamente para dañar a otra persona. Bonnecase, Julien, *“Elementos de Derecho Civil”*, Op. Cit., p. 328.

su propio predio, ejercitando su derecho de propiedad, y así podríamos seguir ejemplificando. No es por consiguiente a través de un límite fijado, en el ordenamiento jurídico, como vamos a saber si hay un abuso del derecho, el dato objetivo debe buscarse en el resultado. Si el derecho se ejercita inútilmente, debe considerarse que hay un ejercicio anormal;<sup>157</sup> el derecho autoriza el ejercicio de las distintas facultades, para utilidad de su titular y esto, por lo menos, es indiscutible en los derechos patrimoniales, en lo que, como explicó Ihering, hay un interés jurídicamente protegido. No tiene sentido un derecho que se ejercite de manera inútil. Se realizan ciertas actividades precisamente porque son beneficiosas al titular; luego entonces si está ejercitando un derecho de manera inútil a sabiendas de que no se podrá obtener un resultado, tenemos un dato objetivo que nos demuestra que se han traspasado los límites del ejercicio normal.

Pero además, recordando a Bonnecase, debe haber un elemento subjetivo, el propósito de causar daño, caso en el cual no debe haber

---

<sup>157</sup> En el segundo elemento constitutivo, de la ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho por su titular, de Bonnecase, las sentencias Doerr y Savart pusieron particularmente de relieve, la necesidad de este segundo elemento, para que pueda tratarse de abuso de los derechos. Ambas decisiones consagraron esta noción porque en los casos que resolvieron, era indiscutible la ausencia de todo "interés serio y legítimo" para el ejercicio del derecho. Pero es necesario entenderse. So pena de neutralizar de hecho, la aplicación de los derechos, por absolutos que sean en su principio, no deben los tribunales admitir fácilmente, con motivo de su ejercicio, la ausencia de toda utilidad para su titular. Principalmente no deberán limitarse a registrar la falta de interés actual, sino prever el futuro y examinar si el acto, desprovisto por el momento de utilidad, es susceptible de producirla en el porvenir, es esto lo que declara implícitamente la sentencia de la Corte de Amiens del 12 de noviembre de 1913, en el negocio Clément-Bayard: "Considerando, dice, que el armazón de madera litigioso no es ni cerca ni techado; que Coquerel no obtiene, ni podrá obtener de él, en el estado en que se encuentra, ningún beneficio directo."

En el tercer elemento constitutivo: la intención nociva. Como se vio, por lo general se presenta como la característica esencial de la noción de abuso de los derechos, en el sentido psicológico, es decir, tal como la comprendemos. En realidad es impotente para realizar esta noción sin los demás elementos; pues, por ejemplo, si con el solo fin de dañar a su vecino, un propietario realiza trabajos que, a pesar de todo, embellezcan su propiedad o aumenten sus productos no podrá quejarse de nada aquél. No es menos cierto que la intención de perjudicarlo ha sido el verdadero móvil de los trabajos realizados; pero las consecuencias de esta intención quedan paralizadas por la circunstancia de que habiéndose ejercitado dentro de los límites del derecho de propiedad, han sido acompañadas de un provecho para su autor.

Por lo que, la intención nociva debe, para Bonnecase, estar absolutamente caracterizado y absorberse en la noción de dolo, en el sentido del Derecho Común; es decir, consistir según la voluntad del titular del derecho, en un ejercicio con el fin de dañar a otro. *Ibidem*, pp. 328, 330 y 331.

indemnización; o puede haber el propósito de causar daño, pero en el ejercicio útil de un derecho; tampoco en esta hipótesis deberá repararse el ejercicio útil de un derecho; tampoco en esta hipótesis deberá repararse el daño causado. Citando el clásico ejemplo, si por abrir un pozo en mi propiedad no es inútil, porque necesito agua, aun cuando el resultado sea perjudicial para el predio vecino, pero si tengo agua en abundancia y simplemente deseo ejercitar inútilmente mi derecho y además, deseo perjudicar al vecino, se cumplen los requisitos fundamentales para que exista el abuso del derecho. Puede darse el caso de que ejercite inútilmente mi derecho, pero sin el ánimo de perjudicar, en este caso al titular sufre las consecuencias de un ejercicio inútil no debe reparar el daño causado, en virtud de que no tuvo el propósito de dañar.<sup>158</sup>

En este sentido, Rojina Villegas, aplica al caso anterior la tesis de León Duguit sobre la solidaridad social, donde nos indica dicho autor que es un ejemplo en donde se demuestra cómo no puede haber uso abusivo de derechos ni ejercicio ilícito; pues los derechos se ejercitan para lograr la solidaridad social. Al respecto, el jurista francés deriva dos obligaciones fundamentales del principio de solidaridad social:

- a) Tanto los gobernantes como los gobernados tienen el deber de ejecutar todos aquellos actos que sean necesarios para intensificar la interdependencia humana y hacerla cada vez menos imperfecta;
- b) Asimismo, están obligados a abstenerse de ejecutar todos los actos que en algún sentido lesionen la solidaridad social.

Aplicando los dos principios que se desprenden lógicamente de las obligaciones que impone la solidaridad social, al problema relacionado con el abuso de los derechos, Duguit sostiene que como todo derecho debe ejercitarse en términos tales que intensifique la interdependencia humana, absteniéndose su titular de ejecutar los actos que pudieran lesionarla, no puede darse el caso, por tanto, de que a la vez haya un ejercicio abusivo del derecho, pues sería

---

<sup>158</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. “*Derecho Civil Mexicano*”, *Op. Cit.* pp. 165-167.

contrario a la solidaridad social. Es decir, los derechos sólo pueden ejercitarse en la medida que cumplen funciones sociales.

De esta suerte, explica Rafael Rojina Villegas, que cuando so pretexto de ejercitar un derecho se causa daño a otro, quiere decir que se ha hecho un mal uso de la facultad jurídica, traicionado el fin social para el cual fue creado. Por tanto, el abuso del derecho *siempre tendrá que ser contrario a la solidaridad social*, ya que violar la obligación fundamental que existe a cargo de los gobernantes y de los gobernados, en su aspecto positivo y negativo a la vez, consiste en *“ejercitar los derechos de manera que se traduzcan directa o indirectamente en un beneficio social, absteniéndose, en consecuencia, de todo empleo de los mismos que cause daño a tercero”*.

Por si fuera poco, el ejercicio abusivo de los derechos para este autor, entraña en sí mismo una idea contradictoria, pues el verdadero acto de ejercicio de un derecho, *“implica una forma de cooperación social”*; en cambio, el abuso del mismo derecho sería *“un acto contrario a la solidaridad social”*. En consecuencia, no puede el mismo acto constituir a la vez un uso y un abuso del derecho.<sup>159</sup>

#### **2.5.9 Manuel Bejarano Sánchez.**

Para el último autor consultado, el uso abusivo de los derechos, se caracteriza por causar un daño al hacer uso de un derecho [subjeto]. Toda vez que *“nuestra conducta perjudicial tiene una juridicidad aparente”*; Bejarano dice *“aparente”* toda vez que, aunque parezca que el agente está actualizando un derecho, el sentido con que lo hace o la intención que lo anima desvirtúa su derecho y lo niegan al punto de que no se trata ya de su ejercicio, sino de una acción antijurídica.

En los casos del abuso de los derechos, uno se halla ante una conducta que parece apegarse a la norma de derecho, ante un comportamiento que no contradice el mandamiento formal de la regla jurídica pero que, a pesar de ello,

---

<sup>159</sup> *Ibíd.*, pp. 167-168.

quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que su acción no es válida y legítima, sino ilícita. Esto -explica el autor- ocurre porque el sentido en que se ejercita el derecho perturba intereses vitales protegidos por las leyes. La conducta que conculca los valores sociales tuteados por la regla jurídica es “*materialmente*” antijurídica, aunque sea coherente con su disposición formal.

Bejarano destaca que las facultades jurídicas no son absolutas; pues su ejercicio se enfrenta al derecho de los demás, encuentra su límite en el derecho de otro a no soportar daños como consecuencia de acciones ajenas y a proteger los intereses esenciales que garantizan la paz y armonía de la sociedad. Si bien es lícito usar el derecho para producir utilidad a su titular, dicho ejercicio está limitado (en principio) a que no se cause perjuicio a los demás.<sup>160</sup>

En ese sentido, Bejarano expone que “*el derecho que poseo no me ha sido concedido para perjudicar a otro, lo estoy desviando de su fin normal. Al cambiar su curso y causar un daño cometo un hecho ilícito.*”<sup>161</sup> Además señala que “*no sólo es antijurídica la conducta que viola la disposición de la norma de Derecho, sino también el proceder que desvirtúa el fin de la norma y conculca los valores sociales que ésta custodia.*”<sup>162</sup>

Por otro lado, el abuso de los derechos ilustra una particular especie de hecho ilícito que se produce a propósito del ejercicio de una facultad jurídica, con desvío o frustración de su sentido o finalidad. Dicho desvío o desnaturalización implica una negación del derecho; entraña el carácter antijurídico de la conducta.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. “*Obligaciones Civiles*”, 6ª edición, Oxford University Press, México, D.F., 2010. pp. 276 y 277.

<sup>161</sup> *Ídem*.

<sup>162</sup> *Ídem*.

<sup>163</sup> *Ídem*, pp. 277 y 278.

El problema, para Bejarano, como para muchos otros autores, es definir hasta dónde ha de respetarse el ejercicio de los derechos subjetivos que entrañe un daño al prójimo y en qué punto será inadmisibles tal situación. Si en el derecho antiguo la teoría del uso abusivo de los derechos tenía poca o ninguna importancia, en el actual contexto económico y social de la vida humana, caracterizado por un masivo y permanente aumento de la población, y mayor dificultad para obtener los bienes y satisfactores indispensables para su subsistencia, se impone el sacrificio del interés individual en las situaciones donde no es respetable.

Bejarano, además señala que autorizar al titular de un derecho a que aproveche sus facultades jurídicas con la finalidad exclusiva de perjudicar, sería promover un “*bárbaro egoísmo*”. En lugar de aprobar tal conducta antisocial, el Derecho la considera ilícita y fuente de responsabilidades de su autor, obligándolo a reparar los daños y perjuicios causados.<sup>164</sup>

Para este autor al igual que muchos de los autores citados, abuso del derecho es el que “*se ejercite con el exclusivo fin de dañar a otro*”. En tal sentido, el ejercicio de una facultad o un derecho “*está protegido dentro del límite de que su ejecución produzca utilidad o beneficio a su titular y no se use como instrumento para causar mal.*”<sup>165</sup> Los derechos subjetivos no tienen como único propósito satisfacer las necesidades o intereses de su titular; ni siquiera es ésta su finalidad de mayor jerarquía. Nunca se concederán para que su titular cause daño a los demás, ni es lícito su ejercicio en tales condiciones.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> *Ídem*, p. 278.

<sup>165</sup> *Ídem*.

<sup>166</sup> *Ídem*, pp. 281 y 282.

### CAPÍTULO III

## REGULACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN DIVERSOS PAÍSES

El análisis -aunque fragmentario- del derecho comparado es muy instructivo para las directrices derivadas del mismo. Esta orientación es susceptible para proporcionar no sólo a los estudiosos del derecho, sino a los jueces -aplicadores del derecho- y a los legisladores -creadores del derecho- para que puedan guiarse y de este modo evitar las posibles divergencias, cuestionamientos y contradicciones que frecuentemente se encuentran en los ordenamientos jurídicos vigentes. Además, nos muestra las grandes y avanzadas corrientes en el mundo del derecho, con lo cual se logra un mayor y mejor funcionamiento en la vida social.

Como hemos visto, la figura que se examina aparece en diversos sistemas jurídicos bajo diferentes nombres, con diferentes características y tratamientos variados, cuya particularidad común radica en que el objetivo en todos los casos es evitar el desfiguro de la norma.

En el presente capítulo estudiaremos las diversas posturas que adoptan diferentes países con respecto al tema del cual es materia esta tesis, cuáles son los principios por los que se da pauta a su legislación y la manera en que dirimen sus controversias cuando su regulación presenta discrepancias.

Para lograr lo anterior, nos basaremos fundamentalmente en las 3 categorías desarrolladas por el jurista francés Louis Josserand.<sup>167</sup>

En la primera encontramos a la dotada de una legislación denominada finalista o bien, de criterio intencional, que es la que de forma general esta figura jurídica se encuentra plasmada en el derecho escrito (Alemania, Suiza, Rusia).

En la segunda categoría, se contemplan aquellos Estados que adoptan un criterio funcional o de relatividad de los derechos, toda vez que no se confiere

---

<sup>167</sup> Dichas categorías se encuentran estudiadas en el Capítulo II de esta tesis.

al concepto del abuso necesariamente en una regla escrita, pero que se regula a través de sus precedentes judiciales o de su jurisprudencia, tal como sucede en Francia, Bélgica, Italia y España.

En la tercer y última categoría se abarcan a los países (anglosajones) que en principio y por ideología, han sido reacios para aceptar la noción de la relatividad de los derechos dado que no aceptan la limitación de los mismos y de lo cual triunfa la doctrina del absolutismo de las potestades humanas. No obstante lo anterior, los tribunales del Reino Unido y de los Estados Unidos de América, aunque apegados a su individualismo, han comenzado a realizar interesantes concesiones a esta idea del abuso del derecho como lo demostraremos más adelante.

### **3.1 Legislaciones finalistas o de criterio intencional.**

El principio del abuso del derecho ha quedado incorporado en el derecho positivo de diversas naciones que han consagrado el principio de la relatividad y de la finalidad de los derechos, entre esas naciones podemos enumerar los Códigos de Alemania, Suiza y Rusia.

#### **3.1.1 Alemania.**

El Código Civil de Alemania (Bürgerliches Gesetzbuch o BGB)<sup>168</sup> presenta en su contenido algunas lagunas legislativas.<sup>169</sup> Éstas deben ser investigadas por el juzgador al evaluar la situación concreta remitiéndose a la buena fe, valorando si existe o no abuso de un “*mal uso del derecho*” lo que para el jurista alemán

---

<sup>168</sup> El Código Civil Alemán entró en vigor el 1 de enero de 1900, fue considerado uno de los Códigos Civiles más adelantados en su época por su ideología vanguardista, tan fue así que sirvió como fuente de inspiración a países como la República Popular China, Japón, Korea del Sur, Grecia, Polonia, entre otras naciones.

<sup>169</sup> De acuerdo a Hans Kelsen, una laguna legislativa es una ambigüedad o incongruencia en un sistema, tal como una ley que puede ser utilizada para eludir o evitar los actos implícitos o explícitos del sistema. Las Lagunas se buscan y se utilizan estratégicamente en una variedad de circunstancias, incluyendo impuestos, elecciones, política, el sistema de justicia criminal, para menoscabar la seguridad o privar de libertades civiles. La laguna legislativa es distinta de la obscuridad legislativa, aunque los dos términos se usen indistintamente. En una laguna, existe una ley que permite resolver un determinado problema, pero la ley se puede evitar legalmente debido a un defecto técnico en la su estructura. La obscuridad, por el contrario, es una situación en la que en primer lugar, no existe ley alguna para abordar el asunto en cuestión. Kelsen, Hans. “Teoría Pura del Derecho” *Op. Cit.*, pp. 254-258.

Ludwig Enneccerus, correspondería a un “*uso del derecho incompatible con la honradez y el sentimiento del deber*” así, complementando esta idea, menciona una jurisprudencia fechada el día 11 de mayo de 1909, la cual explica que:

*La negación del reconocimiento del abuso del derecho no implica la negación total de la indemnización de los daños causados en contra de las buenas costumbres, siquiera restrinja su alcance. En efecto, aunque se proclame “qui iure suo utitur noeminem laedit”, si se causa un daño sin infracción de derecho subjetivo ajeno o de norma positiva y concreta de protección, pero con infracción de las buenas costumbres, el daño es aún indemnizable si no corre en el causante el ejercicio de un derecho. Por el contrario, si se admite la limitación del abuso del derecho, el daño contra las buenas costumbres será indemnizable aunque se ejercite un derecho, siempre que éste se despliegue por su titular en forma abusiva.*<sup>170</sup>

Otro caso más ejemplificativo es el de “*La Carreta de Drzymala*”; una casa sobre ruedas construida por Michael Drzymala (1857-1937) como protesta contra la política de germanización de los territorios polacos de la Alemania Imperial. El cual se vio beneficiado por las lagunas de la ley con la reciente aplicación de la “*Ley del Horno*” habilitaba a las autoridades locales para negarle como polaco el permiso para construir una vivienda permanente con un horno en su tierra. La ley consideraba cualquier construcción como una casa si se mantenía en un mismo lugar durante más de 24 horas. Usando la laguna en esta ley, se instaló en una antigua caravana de circo y durante varios años tenazmente desafió en tribunales todos los intentos de desposeerlo. Cada día, Drzymala movió el carro a corta distancia, sirviéndose así de la laguna y evitando las sanciones legales, hasta que fue capaz de comprar una casa de campo existente en las inmediaciones.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor, Wolff, Martin. “Tratado de Derecho Civil”. T. II, Parte 2. Traducción de la 35ª. edición alemana por Pérez González Blas y Alguer José. Ed. Bosch. Barcelona, 1935, pp. 136-141.

<sup>171</sup> BARDELL, Geoff, “*Sacred Weapons, Profane Enemies*”, Inglaterra, Lulu Print Edition, 2014, pp. 103 y 104.

Con el anterior caso, se observa que con las lagunas legislativas, las personas “abusadas” pueden obtener provecho de la ambigüedad normativa, esto, sin estar quebrantando la ley. Por eso en muchas ocasiones las legislaciones deben modificarse y ser más precisas para evitar este tipo de sucesos y cumplimentar la intención originaria del legislador.

Ahora bien, respecto a las disposiciones del Código Civil, encontramos principalmente dos artículos que hacen alusión a la figura en estudio. Cabe destacar que en un principio, prevaleció la idea tradicional de “*quien usa de su derecho no abusa de él*”, sin embargo, con la comisión del *Reichstag*, se consagra el principio general contenido en el párrafo 226: “*el ejercicio de un derecho no es permitido, cuando él no puede tener otro objeto que causar un daño a otro.*”<sup>172</sup> El otro artículo que lo alude es el 826 del mismo Código que establece que “*toda persona que intencionalmente cause un daño a otra, en una forma contraria a las buenas costumbres, está obligada a reparar el daño causado.*”<sup>173</sup>

Ciertamente se causan confusiones en la lectura de los anteriores preceptos, puesto que provocan dificultades ya que en el primero se le concibe con términos más subjetivos que al segundo, toda vez que se refiere a la intención de dañar, la cual aparece como uno de los elementos del delito, vinculado al ataque de las buenas costumbres. Al respecto, Josserand nos ilustra señalando que estos dos artículos -elaborados bajo concepciones opuestas- tienen en realidad “*dominios de aplicación diferentes, refiriéndose el primero al abuso cometido en el ejercicio de derechos definidos, en tanto que en el segundo está principalmente destinado a reprimir los abusos inherentes a la realización de la libertad misma.*”<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> “Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie den Umständen nach nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.” Visto en: [<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>]

<sup>173</sup> “Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.” *Idem*.

<sup>174</sup> JOSSERAND, Louis, “*El Espíritu de los Derechos y su Relatividad*” *Op. Cit.* pp. 228 y 229.

Por lo tanto, el artículo 226, que domina la sección “*Del ejercicio de los derechos, y de la defensa y justicia personales*”, se refería en un principio al derecho de propiedad; posteriormente con las sentencias jurisprudenciales se le ha ido atribuyendo una connotación más amplia, pero permaneciendo en su carácter primitivo y sin poder colocar bajo su dominio al abuso de la libertad misma, abusos que como se ha dicho, están previstos de manera más objetiva en el artículo 826.

Un claro ejemplo de lo expresado, lo hallamos con la sentencia del año 1909 del Tribunal Supremo del Reich (t.72, pág. 251), que en resumen, dice que un padre enemistado con su hijo prohibió a éste visitar la sepultura de su madre situado en una finca de su propiedad, fundamentando que dicha prohibición la realizaba por temer un perjuicio en su salud ya de por sí quebrantada, de manera que la prohibición, no tenía por finalidad causar daño alguno a su hijo. Ante esto, el Tribunal Supremo fundamentó su resolución en el mencionado artículo 226, ya que era derecho y decisión del hijo -mas no del padre- ir a visitar la sepultura de su madre.

Como se observa, Alemania ha llegado a través de la jurisprudencia a criterios muy progresistas, ya que el accionista que ejerce abusivamente de sus derechos, para fines egoístas, viola su deber de lealtad social y, por lo tanto, se opone a la ley y la buena fe en el ámbito jurídico.

Por lo anterior, es indudable que el sistema alemán se caracteriza por satisfacer disposiciones que establecen la buena fe y el impedimento del uso estricto del derecho, de igual forma se logra afirmar que nunca pueden ser lícitos los hechos antijurídicos. La integración de la teoría del abuso del derecho en el Código Civil de Alemania es indiscutible, y aunque llega a condicionar su alcance y eficacia no se dispersa su profundo significado y alcance jurídico.

### 3.1.2 Suiza.

El Código Civil de Suiza (Schweizerische Zivilgesetzbuch, o ZGB) de 1 de enero de 1912 establece en su artículo 2º que *“toda persona está obligada a ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe. El abuso evidente de un derecho no encuentra protección jurídica.”*<sup>175</sup>

Es notorio en esta disposición el interés de proteger los intereses de los individuos, aún y cuando se abuse de un derecho por negligencia. La víctima de un abuso no tiene necesidad de probar que el autor del hecho quiso perjudicarlo, toda vez que la intención de dañar no es el único elemento constitutivo del abuso del derecho. En este sentido, el Código Suizo retoma las condiciones de la doctrina que dan lugar al abuso del derecho, las cuales son:

a) El acto incriminado se funda en un derecho formal, es decir se presenta exteriormente como ejercicio de un derecho subjetivo.

b) El ejercicio de este derecho amenaza u ocasiona daño, sea material o moral.

c) El que pretende hacer uso de un derecho, carece de todo interés digno de ser lógicamente protegido, y

d) La existencia de las tres primeras condiciones debe resultar de los hechos y de las pruebas, sin que las intenciones personales del que obra puedan ser tomadas en consideración.<sup>176</sup>

### 3.1.3 Rusia.

Con una gran influencia por la doctrina Josserandiana, el artículo 1º del Código Civil de la Federación Rusa (Гражданский Кодекс Российской Федерации) señala que:

---

<sup>175</sup> “Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.”

<sup>176</sup> DE GÁSPERI VERA Y ARAGÓN, Luis Rolando. *“Tratado de Derecho Civil”* Vol. IV. 2ª ed. Traducción de Macedo. Ed. Tea, Argentina, 1965, p. 653.

*La legislación civil se basa en el reconocimiento de la igualdad de los participantes en las relaciones reguladas por el mismo, en la inviolabilidad de la propiedad, en la libertad de contratación, la inadmisibilidad de la injerencia arbitraria por cualquier persona en los asuntos privados, en la necesidad de la correcta aplicación de los derechos civiles, lo que garantiza la restauración de los derechos violados y su protección judicial.<sup>177</sup>*

De lo anterior se desprende que se deja a potestad del juez una amplia interpretación de la ley para poder adaptar una norma jurídica a los casos particulares que se encuentran en la vida social.

Debemos tener presente que este artículo en principio no buscaba crear un simple correctivo a la libertad limitada de los derechos subjetivos, concebidos como tales por la doctrina de occidente. La legislación rusa todavía mantiene rastros de ideas socialistas, ya que los derechos civiles tienen un carácter social, tutelado por las autoridades, prohibiendo así todo abuso del derecho, como también todo ejercicio irracional de los mismos.

### **3.2 Legislaciones de criterio funcional, o de relatividad de los derechos.**

Dentro esta categoría son considerados ciertos países que contemplan la figura de una manera especial, esto es, que sin estar en una descripción escrita, o de estarlo es de manera ambigua o parcial, la aceptan ya sea por la aplicación de artículos especiales, los cuales la admiten por otras figuras como es la jurisprudencia o precedentes judiciales -sentencias- los cuales inspiran en ellas sus determinaciones como su evolución.

En este sentido, se encuentran los países que han sido influenciados por el Código de Napoleón, aproximándose de esta forma al sistema francés, como

---

<sup>177</sup> Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

es el caso de nuestro país, el cual utiliza de diversas maneras a los principios generales del derecho, que a su vez auxilian y ayudan a los legisladores como a los juzgadores para llenar los vacíos existentes en las leyes.

### 3.2.1 Francia.

Es de evocarse que el desarrollo de la teoría del abuso del derecho se vio lograda por el baluarte de aportaciones de sus notables jurisconsultos, muchos de ellos se nos escapan pero destacan entre otros, la mención a Marcel Planiol, Louis Josserand, Julien Bonnecase, Raymond Saleilles y Robert Joseph Pothier, incluso aunque se encontraban con grandes discrepancias entre ellos. Estos civilistas repasando sus diferentes enunciados que en ocasiones discordaron, fueron dando forma y fondo a las aristas de la teoría y a la regulación del país que en estudio.<sup>178</sup>

Sin embargo, en la regulación gala, se estuvo consciente de que el elemento normativo del ilícito partió del móvil, teniendo como antecedente los criterios elaborados en 1855 y 1856 en las Cortes de Colmar y Lyon,<sup>179</sup> cuyos juzgadores fueron pioneros cuando en su razonamiento se percataron de la relación que tendría la presencia de un interés legítimo y auténtico vinculado al comportamiento del factótum.

Sucedió que el 2 de mayo de 1855 la Corte de Colmar (Alsacia, Francia) dictó sentencia en el caso Doerr, donde una demanda fue presentada por el propietario de un terreno donde una casa fue construida, contra su vecino que sin interés serio o legítimo había construido una chimenea falsa sobre su propia casa, ensombreciendo y dañando la casa del demandante. Al respecto la corte señaló que:

*Es un principio del Derecho que el derecho de propiedad sea de algún modo absoluto, adjudicando al propietario el abuso de la cosa; sin*

---

<sup>178</sup> En el Capítulo II de este trabajo realizamos su debido análisis, resaltando las aportaciones, tropiezos, enmiendas, y reproches que se encuentran a lo largo de sus teorías.

<sup>179</sup> Los casos de las Cortes de Colmar y Lyon fueron traducidos por el prosista de: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4113&context=lalrev>

*embargo, el ejercicio de este derecho, como el ejercicio de cualquier otro derecho, debe estar encaminado a la consecución de un interés legítimo y lícito... principios morales y de equidad impiden a la corte proteger una acción motivada por animadversión, realizada bajo la influencia de un arrebato pérfido, que entretanto no provea algún beneficio personal al ejecutante, causa daño grave a otro.*

Siendo de esta manera que la Corte ordenó al demandado la demolición de la chimenea falsa que había construido en su propiedad.

Casi al mismo tiempo, el famoso caso de las aguas minerales de *Saint Galmier* estaba siendo decidido por la Corte de Lyon. En este caso, el propietario de una porción de tierra, que había cavado un pozo, instaló una poderosa presurizadora que continuamente estaba funcionando. La mayor parte del agua mineral succionada corría a través del terreno hasta desembocar en un arroyo cercano, sin proveer beneficio alguno al propietario del pozo. Con esto su vecino resultaba perjudicado con el funcionamiento de la presurizadora, pues el nivel de su pozo disminuyó en dos tercios. Se demostró que la extracción desmedida en el pozo contiguo había disminuido considerablemente el nivel subterráneo del agua. El querellante solicitó que fuese ordenado al demandado la reducción del funcionamiento de la presurizadora. El demandado argumentó que el artículo 544 del Código Civil Francés<sup>180</sup> garantizaba un derecho absoluto al propietario de un inmueble, incluyendo el derecho de cavar un pozo y hacer uso de una presurizadora y agregó que cualquiera que ejerciera sus derechos no podía ser responsable de los daños causados por ello.

La Corte de Lyon no compartió la postura del demandado; pues se estimó que los derechos del propietario están limitados por la obligación de permitir que sus vecinos disfruten sus propiedades. Además la Corte agregó que la

---

<sup>180</sup> “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.”

“La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.”

capacidad de abusar de un derecho no justifica un acto encaminado a dañar, lo que se opone al derecho de que el vecino use su propiedad. La Corte memoró el principio romano, “*la infamia no se consciente*” y aplicó el Código Civil en su Artículo 1382<sup>181</sup> donde se presenta el principio normativo de todo el sistema contractual francés. Este prescribe que quien dañe a otro por su culpa o negligencia estará obligado a resarcir a la parte afectada. La Corte de Lyon confirmó la sentencia del tribunal de origen que había concedido la reparación del daño al querellante, pero reculó su mandato, por el que el demandado fue requerido a modificar la extracción del agua y a construir las debidas instalaciones para prevenir futuras pérdidas. La Corte de Lyon se reservó el derecho de castigar daños futuros en caso de que los actos de abuso continuaran.

Estos tribunales radicarón, de forma precursora, el principio del condicionamiento del derecho subjetivo. Vislumbraron que esto sucede si se considera que el derecho por tener características relativas, debe ponderar los derechos propios con los de terceros y con el bienestar social. Esta ponderación prevé, la exigencia de señalar alguna frontera, definida o general al utilizar el derecho subjetivo, síntoma que cuestiona la postura clásica que plantea la incondicionalidad del derecho subjetivo.

Los juicios antes mencionados dieron nacimiento a esa postura inclinada hacia la subjetividad la cual planteó que aquel que detenta un derecho tendrá que ejercerlo en pos de una razón seria y legítima. Esto es, que debe ser una acción que reporte ventajas al actor y que no sea realizada con el único propósito de dañar o lastimar de alguna forma, en especial en las vecindades. El juicio de Colmar, recordado por la construcción de una chimenea falsa que opaca la casa del vecino con la finalidad de privarlo de la luz del día y el juicio de Lyon, recordado por la cosecha desenfundada de agua de un pozo con el objetivo

---

<sup>181</sup> “Las presunciones que no están establecidas por la Ley se dejan al arbitrio del juez, que únicamente debe admitirlas si son graves, precisas y concordantes y solamente que Ley admita prueba en contrario.”

“*Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen.*”

de privar al vecino de este vital líquido, son modelos ejemplares de la novedosa postura del juzgador francés enfocada a delimitar el uso desmedido de los derechos subjetivos.

Con estas resoluciones se dio pie a la gradual construcción de la teoría del abuso del derecho, rellenando la laguna que presentó el Código Civil de 1804 en relación a su señalamiento sobre los derechos absolutamente oponibles a terceros.

Con lo anterior se quiere demostrar que para que se manifieste el abuso de un derecho, en las legislaciones de criterio funcional, o de relatividad de los derechos -como es el caso francés y del cual nace esta clasificación-, se requiere una combinación de la valoración judicial, adjunta al ánimo de dañar y el uso poco ortodoxo del derecho reclamado.

### **3.2.2 Bélgica.**

En el caso belga tampoco se encuentra reglamentado el abuso del derecho en ninguna de sus leyes, sin embargo, sí se ha reconocido en algunas de sus jurisprudencias relativas a la gran mayoría de sus materias.

Entre sus decisiones jurisprudenciales se pueden citar las que tienen por objeto la corrupción de funcionarios, el juego, el adulterio o las relaciones de concubinato. Asimismo, ha habido cancelación de contratos por su carácter inmoral o bien, por determinar el juez que algunas de sus cláusulas abusivas.

De esta forma, la jurisprudencia belga, citada por Campión admite la restitución del precio pagado al corredor matrimonial, al notario por el pago común de bienes muebles e inmuebles, de una concubina en contra de su sostenedor.<sup>182</sup>

Se observa que las resoluciones que han imperado en la aplicación de la regla, es proveído toda vez que más que presentarse un carácter jurídico se

---

<sup>182</sup> Campión. Cit. por Josserand, L. op. cit. p. 237.

presenta uno moral -la cual desde el comienzo de la teoría del uso abusivo del derecho ha existido esta afinidad- ya que se ha prohibido como consecuencia de la indignidad moral del que lo ejerce, debiendo así, resolverse en cada caso particular.

Así, las decisiones jurisprudenciales en este país, ponen de manifiesto un afán muy elogiable de buscar concordancias entre la realidad social y la letra de los ordenamientos jurídicos, ya que los derechos [subjetivos] no pueden quedar reducidos a simples nociones abstractas.

Al igual que en el caso francés, la teoría del abuso de los derechos en Bélgica se desarrolla por su jurisprudencia en dos direcciones: la primera limitando de una parte derechos con los cuales no se había tomado contacto (el derecho de protección que pertenece a los padres respecto de sus hijos; el conferido al marido de autorizar a su esposa, etc.), y la segunda, hecho por el criterio teleológico de los derechos, esto es, que mientras el Derecho romano únicamente consideraba si el acto juzgado había sido -o no- malicioso, en este se decide por la funcionalidad del acto, atendándose a si las facultades legales contienen una transgresión de los principios fundamentales del orden jurídico y si esta transgresión es generadora de daños ajenos. En resumidas palabras: hay abuso de un derecho cuando su ejercicio legal es antisocial.

Por lo tanto, esta teoría supone una construcción de estructura un tanto complicada de la aplicación formada por la jurisprudencia belga, ya que las resoluciones particulares han propiciado en su camino contornos indefinidos que impiden ver con precisión las concordancias y distinciones, primordialmente en el tema de la responsabilidad.

### **3.2.3 Italia.**

En el caso italiano se ha buscado un desarrollo de su legislación escrita, donde -al ser un país con herencia romana- busca plasmar en su ordenamiento jurídico el abuso del derecho. Así el Código Civil Italiano de 1942, en su Capítulo I, Título II, correspondiente a la propiedad, señala en su artículo 833 que “El propietario

no puede realizar actos que no tengan otra finalidad que la de perjudicar o producir molestias a otros”.<sup>183</sup>

Es importante destacar que el Código Civil no regula específicamente el abuso del derecho, no obstante, la norma jurídica transcrita se refiere a los actos de emulación, la cual -como se vio en el Capítulo I- está estrechamente ligado al tema en estudio, ya que en muchas ocasiones es visto como la misma (o parte) de la figura jurídica en cuestión.

### **3.2.4 España.**

En España, esta teoría es estudiada por la doctrina como un concepto jurídico indeterminado. No obstante, también se le entiende cuando se sobrepasa de los límites del ejercicio de un derecho ocasionando un daño a un tercero. Parte del principio que “*el derecho de una persona acaba cuando empieza el de otra*”, y por tanto, el abuso del derecho se da cuando en el ejercicio de un derecho se produce un daño a sabiendas que es para molestar al otro. Por tanto, los derechos al tener sus propias limitaciones si la persona tienen la voluntad de sobrepasarlos se abusa de su derecho. Un ejemplo, usualmente mencionado es en la propiedad horizontal (también ocurre en la vertical) cuando un vecino pone música en su casa que aunque sea de su propiedad, tiene como objetivo molestar al vecino, o bien que aunque sin dicho objetivo cause un daño a otra persona, por ejemplo, que por razones médicas esa persona no deba escuchar por encima de ciertos decibeles y su vecino ponga el reproductor de sonido arriba de esa indicación provocando un daño auditivo al otro residente.

El Código Civil de España, establece de alguna medida, en su numeral 7 la regulación del mismo, al respecto vemos que el artículo 7.1 pone como condición que: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*” De manera más precisa en el numeral 7.2 encontramos:

---

<sup>183</sup> “Atti d’emulazione. Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.”

*“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 da. o 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.”*

De la anterior cita es importante resaltar que al estar incluido en el Título Preliminar como postulado básico, puede calificarse como módulo rector del ordenamiento español, en conexión directa con el principio general de que quien ejercita su derecho de buena fe no perjudica a nadie y con la prohibición recogida jurisprudencialmente de los actos de emulación, que en otros preceptos del Código se reitera. Por otro lado, en el artículo 1902 del mismo ordenamiento, se observa que sigue la misma regla de resarcir los daños causados puesto que: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*

Al respecto, Sentencias del Tribunal Supremo (STS) han establecido que el artículo 7.2 del Código Civil no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo y que 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.

En palabras de la STS de 1 de febrero de 2006 (RC nº. 1820/2000) se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad

seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho exigiendo su apreciación, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo). En materia de propiedad horizontal, el abuso de derecho, se traduce en el uso de una norma, por parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma. En definitiva la actuación calificada como abusiva no debe fundarse en una justa causa y su finalidad no será legítima.

Asimismo, la doctrina del abuso de derecho, exige para ser apreciado, según recuerda la Sentencia de 18 de mayo de 2005 (recurso núm. 4708/98), con apoyo en reiterada doctrina jurisprudencial, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los m. s corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (Sentencias de 8 de julio de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991 y 25 de septiembre de 1996 ); exigiendo su apreciación, en palabras de la Sentencia de 18 de julio de 2000, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

La Sentencia de 4 de junio de 2004 (recurso núm. 2338/98) precisa, siguiendo el criterio establecido en otras anteriores, que no se deduce el resultado de abuso de derecho cuando, sin traspasar los límites de la equidad y de la buena fe, se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, porque, como recoge la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2001, y las en ellas citadas, se opone a ello la máxima "*qui iure suo utitur neminem laedit*" [no daña a nadie quien ejercita su derecho], que sólo encuentra su excepción en los casos en que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando inexistencia de "*iusta causa litigandi*" [justa causa para

litigar]; lo que se traduce en que no cabe apreciar el abuso de derecho en quien actúa dentro de las previsiones legales, haciendo uso de los mecanismos procesales para hacer valer su derecho (Sentencia de 12 de junio de 2005, recurso núm. 475/99), y cuando la sanción del efecto pernicioso está garantizada por un precepto legal (Sentencias de 24 de mayo de 2003 y 31 de mayo de 2003). Siendo, en fin, doctrina jurisprudencial -que recuerda y aplica la Sentencia de 15 de febrero de 2000 (recurso núm. 1452/95)- que el abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo, y que no se puede invocar en favor de quien es responsable de una acción antijurídica.<sup>184</sup>

### 3.3 Doctrina absolutista.

Generalmente, al hablar de los sistemas jurídicos del Derecho anglosajón (*Common law*) se piensa en la idea del individualismo así como en la protección de la propiedad privada, tanto en la vida diaria como en las costumbres, este es el caso -principalmente- del Reino Unido y de los Estados Unidos de Norteamérica.

Los juristas ingleses y estadounidenses valoran enormemente el principio de inmunidad de los derechos. Al respecto, en la jurisprudencia inglesa, por ejemplo, desde el año 1706 el abuso del derecho se desarrolla desde el (*Decoy Case*) caso de la escopeta, en la cual se trataba de un propietario, Kleeble, quien había establecido en sus dominios una escopeta para tirar a los pájaros del pasaje, matarlos y venderlos; su vecino, Hikingill, propietario limítrofe -en el deseo de espantar a los pájaros- disparaba sobre su propio fundo con fusil, causando de este modo -maliciosamente- un daño a su vecino. Lo que la Corte resolvió en este caso es que el acto en sí era lícito, empero lo que era ilícito fue su malicia porque lo hacía con la única intención de causar un perjuicio a su vecino, por lo que fue castigado.

Así se observa que el juez debe guiarse por todas las circunstancias, sin olvidar las sentencias judiciales, las cuales tienen carácter vinculante, esto es,

---

<sup>184</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 993/2006 de 01 de Febrero.

son obligatorias para ellos donde no pueden apartarse de dichas decisiones tomadas previamente por otros magistrados para emitir sus resoluciones.

### **3.3.1 Reino Unido.**

Uno de los casos que más repercusiones tuvo sobre el tema en el Reino Unido, fue el de *Johson V. Gore Wood & Co.* toda vez que encaminó a los principios que llevaron a la determinación del abuso de un derecho. En este suceso, en el del proceso tal como se estudia a continuación:

*"El interés público subyacente es que debe haber finalidad en el litigio y que nadie debe ser juzgado dos veces en el mismo asunto. Este interés público se ve reforzado por el actual énfasis en la eficiencia y economía en la gestión de litigios, en aras de las partes y el público en general. La presentación de una reclamación o el establecimiento de una defensa en los procedimientos posteriores puede, sin más, escalar al grado de abuso si la corte (la carga probatoria estará en la parte que alegue abuso) considera que la reclamación o la defensa debería haberse planteado al principio del procedimiento para presentarla en el momento procesal oportuno. Yo no acepto que es necesario -antes de que el abuso sea hallado- el identificar algún elemento adicional tal como un ataque colateral en una decisión anterior o incluso la falta de honradez, pero de estar presentes los elementos, los procedimientos posteriores serán mucho más abusivos y raramente se calificará de abuso a menos que el posterior procedimiento aluda a lo que la corte denomina acoso de alguna de las partes. Es, sin embargo, erróneo considerar que, si la cuestión pudo haber sido planteada al principio del procedimiento, así debió hacerse y considerar su presentación en los procedimientos posteriores necesariamente abusiva. Eso es adoptar un enfoque demasiado dogmático para lo que en mi opinión debe dirimirse con amplio criterio, el juicio basado en méritos que toma en cuenta los intereses públicos y privados a ponderar y que también toma en cuenta todos los factores del caso, prestando especial atención a la cuestión principal, en todo caso, una parte está haciendo*

*un uso indebido o abuso del proceso de la corte, al intentar presentar cuestiones que debieron haber sido expuestas con anterioridad. Como uno no puede exhaustivamente listar todas las formas posibles de abuso, tampoco se puede formular ninguna regla estricta ni rápida para determinar si, en los hechos dados, el abuso ha de encontrarse o no... Propiamente señalado y cualquiera que sea su origen, la regla tiene en mi opinión, una parte valiosa en la protección de los intereses de la justicia".*<sup>185</sup>

### **3.3.2 Estados Unidos de América.**

Igualmente en los Estados Unidos muchos casos tuvieron enormes implicaciones, por ejemplo en el Tribunal Supremo de Nevada durante el caso *Bull v. McCuskey*, confirmó la decisión del jurado por abuso de proceso en el que el abogado de la parte demandada, con conocimiento de que no existía base para la acción, presentó una demanda contra un galeno por negligencia médica con el propósito ulterior de coaccionar una reclamación de pago revocada. Aquí el juez de la causa encontró que el intento de forzar el pago de la reclamación en lugar de obtener garantía de la deuda fue el propósito ulterior y que fingir el embargo de todo el equipo de la parte demandada y negarse a entregarlo se constituyó en un acto inadecuado en la conducción normal del procedimiento. La pretensión del demandante por abuso del proceso se basaba en la afirmación de que la Ciudad injustamente lo acusó de una violación criminal y luego trató de utilizar al fiscal como instrumento de negociación para obtener su renuncia. Bajo estas circunstancias, el Tribunal Supremo consideró que era suficiente para tipificar el abuso del proceso.<sup>186</sup>

Se atisba lo que no constituye bajo este sistema jurídico un abuso del proceso cuando el mismo tribunal rechazó una denuncia por este acto, porque el demandante fue incapaz de presentar "*hechos específicos que apuntaran a la*

---

<sup>185</sup> Parlamento de Reino Unido ([www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk)), consultado el 21 de abril de 2016 de: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd001214/johnso-2.htm>

<sup>186</sup> *Bull v. McCuskey*, consultado el 23 de abril de 2016 en: <http://law.justia.com/cases/nevada/supreme-court/1980/10732-1.html>

*obtención de un beneficio ulterior en al asunto subyacente, además de los de resolver la disputa legal con LaMantia y que Redisí de manera intencional e impropia usó el proceso legal para conseguir su pretensión”*.<sup>187</sup>

El hecho fue que en 1995, *Televue* demandó a *LaMantia* en el Octavo Tribunal de Distrito Judicial de Medidas Cautelares, por incumplimiento de contrato, fraude, falsedad, enriquecimiento ilícito, abuso de confianza, falsa contabilidad y conspiración. El tribunal dictó una orden de concesión de juicio sumario a favor de *LaMantia*, encontrando que *Televue* no pudo fundar sus causas de acción en Nevada.

En 1996, *LaMantia* presentó su denuncia por persecución y abuso de proceso contra *Televue* y *Redisí*. En su denuncia, la primera alegó que *Televue* y *Redisí* maliciosamente y sin causa probable iniciaron su demanda en contra, para los que no existía una base legal. *LaMantia* también alegó en su denuncia que *Televue* y *Redisí* iniciaron la demanda contra él con un propósito velado y sin el objetivo de resolver su disputa legal. *Televue* y *Redisí* presentaron una moción de juicio sumario, que el tribunal de distrito concedió en parte, a favor de *Redisí*, misma que *LaMantia* apeló.

Las directrices sobre las que actuó el tribunal consistieron en aceptar la moción de juicio sumario de nuevo, el apereamiento de que para oponerse con éxito a una moción de juicio sumario la parte absolvente debe demostrar hechos específicos en lugar de los alegatos y conclusiones generales que presentan un problema real del hecho material para el juicio, así como señalar una auténtica cuestión de hecho material que existe al hallazgo de hechos razonables que podrían afectar el veredicto en los litigantes. Mientras tanto el órgano jurisdiccional interpretó los escritos y las pruebas en la luz más favorable a la parte recurrente reputándolas como verdaderas, de esta manera el recurrente no tendría derecho a construir su caso en "*hilos de fantasía, especulaciones y conjeturas.*"

---

<sup>187</sup> *La Mantia v. Redisí*, consultado el 24 de abril de 2016 en: <http://caselaw.findlaw.com/nv-supreme-court/1167888.html>

Con base en esto, el tribunal apunta los elementos del abuso del proceso como siguen:

*“Want of probable cause to initiate the prior criminal proceeding; malice; termination of the prior criminal proceedings; and damage.” This court has also previously explained that the elements of an abuse of process claim are: an ulterior purpose by the defendants other than resolving a legal dispute, and a willful act in the use of the legal process not proper in the regular conduct of the proceeding.” Abuse of process can arise from both civil and criminal proceedings. Malice, want of probable cause, and termination in favor of the person initiating or instituting proceedings are not necessary elements for a prima facie abuse of process claim”.*<sup>188</sup>

Con este señalamiento, los elementos de una demanda maliciosa son:

- a) falta de causa probable para iniciar el proceso penal;
- b) la malicia;
- c) el término de procedimientos penales anteriores; y
- d) el daño.

También se explica que los elementos de un abuso en el proceso son:

- a) un propósito ulterior por parte del demandado distinto de resolver la disputa legal.

---

<sup>188</sup> *Santo G. LaMantia v. Frank Redisi*, consultado el 25 de abril de 2016 en: <http://caselaw.findlaw.com/nv-supreme-court/1167888.html>

El párrafo del precedente citado podría traducirse como:

“Carece de causa probable para iniciar el proceso penal; malicia; la terminación de los procedimientos penales anteriores; y el daño. Este tribunal también ha explicado previamente que los elementos del abuso del proceso son: un propósito ulterior del demandante distinto de resolver una disputa legal, y un acto deliberado en el uso del proceso legal no apropiado para la substanciación de las actuaciones. El abuso del proceso puede surgir de los procedimientos civiles y penales. La malicia, la falta de causa probable y la sentencia en favor del promovente no son elementos necesarios para que a primera vista proceda un incidente por abuso del proceso”

- b)** el ánimo de usar un recurso legal inoportuno durante el proceso habitual, (entendido como el empleo de una herramienta que no es propia de ese proceso).

Es de esta forma como se entiende que el abuso del proceso puede surgir tanto de la materia civil como en otras ramas del derecho. La malicia, la falta de causa probable, y una sentencia favorable en pos del recurrente no son elementos necesarios durante la primera instancia para establecer que existe abuso en el proceso y por consiguiente abuso en un derecho.

## CAPÍTULO IV

### EL ABUSO DEL DERECHO EN MÉXICO

El tema a desarrollar en este capítulo que se presenta es de gran relevancia debido a que nos concentramos en la figura del abuso del derecho en el sistema jurídico mexicano, pasando por sus breves antecedentes históricos, su naturaleza jurídica, así como su evolución o especialización del derecho privado al derecho público demostrando con algunos ejemplos su aplicabilidad y terminando con la tesis personal de quien ostenta esta investigación.

#### **4.1 Breves antecedentes en la legislación nacional.**

El primer Código que abordó la figura del abuso del derecho en nuestro país fue el *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* de 1928, el cual establece por primera ocasión una limitación directa protegiendo los intereses de la colectividad retomado de otras codificaciones en el mundo tales como la alemana, la soviética, la suiza o la italiana, sin embargo, la que mayor influencia tuvo, tanto en la manera en que fue ordenado como en la forma de sus normas, fue el derecho francés a través de su Código Napoleónico.

Hasta donde el prosista ha observado no existe reproducción literal del código francés en nuestra legislación, sino principios e ideas [y esto es importante que lo destaquemos] de las que el codificador retomó arquetipos para su implementación en nuestro país. Esta influencia se presenta principalmente en disposiciones generales que atañen al derecho civil pero también se aplican al derecho en general.

Es Justo Sierra quien en su proyecto de 1858 introduce ideas semejantes entre el Código Civil Francés<sup>189</sup> y el nacional admitiendo sin cortapisas su influencia y el uso del método franco, sin que, como ha sido dicho, haya reproducido fielmente el texto del ordenamiento base.

---

<sup>189</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultado el 02 de enero de 2017 en: <http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/05DrLedesma.pdf>

Si bien existe y se determina una clara teoría de las obligaciones, no encontramos de manera literal en el ordenamiento jurídico nacional alusiones sobre la teoría del abuso del derecho, que aunque solamente se insinúa, en la praxis resulta valiosa para procurar la postura que se nos encomienda.

En realidad al seguir la evolución de la figura en estudio, recordamos que primeramente en Roma se acuñó el principio jurídico *summum ius – summa iniuria*, posteriormente Josseland desarrolló la teoría que en este estudio se analiza y fue el coterráneo mencionado el que de manera implícita lo incluyó dentro de su proyecto de codificación.

Ahora bien, es a partir del citado Código Civil de 1928, que en el Capítulo V nos señala las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, mismos que deben ser claramente diferenciados de su concepción en el ámbito penal, siendo que en esta especie deben ser entendidos como aquella acción que genera daños y que conlleva una responsabilidad civil y que tienen una clasificación diferente del acto abusivo, para denominarse como hechos o actos ilícitos.<sup>190</sup>

Su definición la encontramos en el ordenamiento citado y se describe como:

### **Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México)**

**Artículo 1830** - Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

En directa relación el principio del abuso del derecho [en materia de propiedad] lo encontramos en los artículos que siguen:

**Artículo 840.-** No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

---

<sup>190</sup> Este párrafo se desarrollará en el siguiente subtema.

**Artículo 934.-** Si alguno perforase pozo o hiciere obras de captación de aguas subterráneas en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno, no está obligado a indemnizar; pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 840.

**Artículo 935.-** El propietario de las aguas no podrá desviar su curso de modo que cause daño a un tercero.

Es necesario aclarar que aunque el Capítulo V [De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos] en sus artículos 1910 a 1934 denomina como ilícitos un catálogo de situaciones incluyendo el abuso del derecho, también presenta salvedades en los numerales 1910 y 1912, mismas que en posteriores párrafos serán aclaradas.

#### **4.2 Naturaleza jurídica.**

Es tan grande la confusión que gira en torno al abuso del derecho que la dogmática jurídica aún no acuerda definitivamente cuál es la naturaleza jurídica del tema cuestionado, dicho de otra manera; a que institución se le debe atribuir o si es que goza de autonomía.

En primer lugar, como se estudió en el Capítulo anterior y siguiendo la clasificación de Josserand, en nuestro ordenamiento jurídico el abuso del derecho no se confiere a una regla escrita, sino que se encuentra regulada de manera somera, parcial o incompleta, por lo que pertenece a las Legislaciones de Criterio Funcional o también denominada de Relatividad de los Derechos.

Asimismo como se ha mencionado, el Código Civil lo considera una especie de hecho ilícito ya que se encuentra en el Capítulo denominado “De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos”.

Desarrollando lo anterior, pudiera sostenerse primero que el abuso es ilegal y sin derecho, porque genera la obligación de corregir el perjuicio causado. Recapacitando, pudiéramos clasificarlo como lo hace el propio Código Civil, como un acto ilícito considerando que tiene características *sui-generis* o bien,

puede replantearse como un acto verdaderamente lícito pero el cual se excede; por último y es la tesis que sostenemos, podríamos repensar el asunto considerando al abuso del derecho como un principio general del derecho.

Cabe resaltar que la forma en que se encuentra regulado el abuso del derecho en nuestro país, se encuentra en la lectura del Código Civil sustantivo, bajo la descripción de actos ilícitos o hechos que surgen de los mismos supuestos que ahora procedemos a enunciar:

### **Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México)**

#### **Capítulo V**

#### **De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos**

**Artículo 1910.-** El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

**Artículo 1912.-** Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

Y así, de la misma manera, los demás Estados contemplan esta figura, como ejemplo el Código Civil del Estado de Campeche estipula:

### **Código Civil para el Estado de Campeche**

#### **Capítulo V**

#### **De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos**

**Artículo 1805 -** El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

**Artículo 1807** – Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

Como se puede apreciar, el tema de esta investigación no es diferente en la legislación nacional, ya que se presenta en la codificación como un ilícito en materia civil.

En realidad ya que este es el caso, entonces el abuso queda en el camino intermedio entre la licitud y la ilicitud, dando origen así a la excepción de los principios generales. La justificación de nuestra afirmación basta con reparar en que este abuso no menoscaba el derecho objetivo, sino la dignidad de la sociedad, abarcando un nuevo tipo jurídico con una delimitación de derechos diferente.

Al plantear esto, surge otra cuestión, ¿Será correcto asegurar que sólo existen conductas con resultados lícitos e ilícitos?, como un avance, ¿Podemos categorizar otro tipo de conducta que se ubique a la mitad de ambos supuestos o esto en definitiva es imposible?

Tenemos por lícito aquel acto u omisión que se coloca dentro de lo que una persona puede hacer o no hacer. Recordemos que la norma puede regularnos de manera tácita o implícita y que por ser general debe abarcar todas las conductas que realiza el hombre. La consecuencia de esto es que los actos que procuran el derecho son lícitos y que aquellos que lo transgreden son ilícitos y por ende castigados. Así el propietario de una cosa puede venderla o abstenerse de venderla; puede arrendarla o abstenerse de arrendarla; puede alterarla o abstenerse de alterarla. Lo anterior, sí, y sólo sí, dichas conductas cumplen con los deberes prescritos en las normas jurídicas.

En el caso del abuso del derecho, estamos en la presencia de un acto que se sitúa entre lo lícito y lo ilícito, que se conjuga acorde al derecho y contra este, evidenciando las aristas que presentan las teorías que hasta hoy seguimos.

Al intentar definir una tesis sobre esto se infiere que la fortaleza de esta teoría yacerá en su elasticidad considerando que existen actos permitidos por el derecho pero que merecen el reproche social.

Otro punto relevante en esta teoría corresponde al daño que se cause. La doctrina apunta a que debe existir un perjuicio a reparar, mientras que otras posturas nos dicen que el daño es uno de los presupuestos del efecto de indemnización. Es menester acotar que al señalar a un tercero perjudicado debe entenderse como alguien a quien se perjudica y prever que el abuso del derecho pueda reclamarse por un posible daño a futuro, además de decretar medidas que impidan que el abuso persista.

Hemos comprendido que un acto que no causa daño material no podrá calificarse como abusivo, sino que solo se verá reprochado socialmente, argumento con el que estamos de acuerdo. Adicionalmente el daño debe lesionar un interés legítimo sin que se necesite menoscabar un derecho subjetivo.

El “tipo” del abuso del derecho se origina en un perjuicio que se ha de reparar, entonces lo que enmiende serán los intereses de la persona en lugar de reivindicar sus derechos y se constituye con esto como una fuente de responsabilidad.

Pensamos que es necesario prever que el daño puede suceder al momento o tener la probabilidad de suceder, en este supuesto, entonces es necesario evitar que el daño alcance al sujeto pasivo.

Lo que definirá el abuso del derecho son características particulares de cada hecho y las cuestiones versarán sobre intereses vulnerado que no se

protegen de forma expresa. En el instante en que la práctica de un derecho subjetivo supone una lesión a otros se intenta encontrar el dogma que responsabilice al causante. El bemol sucede cuando el antecedente se nos presenta como el ejercicio de un derecho que tiene la característica de ser legítimo pero que al comenzar su moción simultáneamente daña intereses de quien participa de la relación jurídica.

Tanto el daño material como el moral<sup>191</sup> deben considerarse como un elemento en la doctrina del abuso del derecho, porque a partir de él se infiere consistente la teoría, con la salvedad de alguna medida cautelar que como indica su adjetivo, tiene como finalidad evitar un posible daño.

El acto abusivo se origina durante el ejercicio de un derecho subjetivo y es con base en este planteamiento que encontramos que solamente aquellos capaces de ejercer sus derechos por sí mismos y no por conducto de terceros son capaces de realizar el supuesto.

El abuso nace de la lesión que se realiza a los intereses de otra persona, es decir, el que ejerce un derecho subjetivo con la finalidad de beneficiarse de las prerrogativas que ofrece la norma afecta intereses que no se encuentran tutelados.

---

<sup>191</sup> Entendiendo el daño moral bajo la definición que proporciona el Código Civil:

Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México):

Artículo 1916 – Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

[...]

El subrayado es nuestro.

Se nos presentan dos supuestos; el primero sucede cuando en verdad se tiene un derecho subjetivo a ejercer, donde la norma otorga una potestad que permite solicitar la coerción del Estado con la finalidad de satisfacer el derecho, pudiéndose ejercer este derecho a conveniencia y libremente.

Mientras mayor protección tenga el derecho subjetivo, mayores posibilidades existen de que su titular desee ejercerlo. Un derecho no existe a menos que adjunto a él se haga presente una obligación, por esto el que ejercita el derecho está capacitado para sobreponerse a intereses de terceros, especialmente los del sujeto pasivo facilitarán el interés que se tutela a favor del sujeto activo.

En un posterior supuesto y con base en el párrafo anterior, dos posibilidades heterodoxas son posibles; el titular del derecho puede intentar que su prerrogativa alcance más de lo esperado para obtener un beneficio mayor al estimado al amparo del derecho positivo perjudicando los intereses de un tercero vinculado al obligado principal. Con base en esto, uno de los objetivos de la teoría del abuso del derecho es el de reparar los daños a los intereses del sujeto pasivo aunque no se encuentran tutelados por la legislación.

Cuando el sujeto pasivo desvía las facultades que la norma le ofrece y la invoca buscando un provecho que no le fue asignado, no se encuentra ejercitando un derecho, sino que se excede y provoca un daño que no le autoriza la norma. En el supuesto de que no exista regulación que establezca un derecho, el abuso del derecho no sucede, sino que nos detenemos al principio del camino y tan solo podríamos denominar al hecho como perturbación del orden, a lo más.

De esta manera, la delimitación de la circunscripción a la que el interés se ciñe, no debe realizarse solo contemplando al activo, esto implicaría que el derecho beneficie de sobremanera a una de las partes, que sea unilateral, apartándose de una de sus finalidades, que es el denominado “bien común”.

Para una contemplación omnicomprendensiva del interés que se protege, es necesario considerar que el humano pertenece a una sociedad, que se desenvuelve en una multiplicidad de situaciones y que estas son un proceso cinético e interactivo.

Por este camino, que se recubre de asientos solamente jurídicos, se llega a la característica solidaria y social de nuestra materia, no con una postura que se politiza, sino como una característica inherente a la ciencia del derecho.

Afirmar que un derecho subjetivo, solo protege ciertos intereses en función de que los mismos sean comunes a todos, pertenecientes a terceros o a uno mismo es diferente al señalamiento consistente en que el derecho subjetivo se limita por circunstancias genérico-jurídicas, impropias del derecho o convenciones sociales no contempladas en la norma escrita, mismas que se invocan como un principio de esta ciencia sin que este fundamento hubiere dado origen a la norma legislada.

La delimitación del interés conlleva en sí mismo circunscribir los atributos del derecho de característica subjetiva, por ende, aquello que supera los límites del interés provoca una postura *de facto* y no *de iure*, describiendo con esto por qué el abuso del derecho no se presenta.

Modelo de esto se encuentra en la Ley de Justicia Cívica del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en los siguientes supuestos:<sup>192</sup>

---

<sup>192</sup> Ley de Justicia Cívica del Distrito Federal (hoy Ciudad de México)

Artículo 24.- Son infracciones contra la tranquilidad de las personas:

I. Prestar algún servicio sin que le sea solicitado y coaccionar de cualquier manera a quien lo reciba para obtener un pago por el mismo. La presentación del infractor solo procederá por queja previa;

VII. Invitar a la prostitución o ejercerla, así como solicitar dicho servicio. En todo caso sólo procederá la presentación del probable infractor cuando exista queja vecinal, y

Artículo 74.- A quien incumpla el convenio de conciliación, se le impondrá un arresto de 6 a 24 horas o una multa de 1 a 30 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente.

A partir del incumplimiento del convenio, el afectado tendrá 15 días para solicitar que se haga efectivo el apercibimiento.

Transcurridos seis meses a partir de la firma del convenio, solo se procederá por nueva queja que se presentare.

- a) Art. 24 F. I – En ciertos casos aquellos “cuida automóviles” hostigan al conductor para que, por ayudar al conductor que quiera estacionarse o salir del mismo y “cuidar de su coche”, reciba una propina a cambio.
- b) Art. 24 F. VII – Sucede que en ciertas partes como avenidas o esquinas, diversas personas -sin importar el motivo o la causa- ejercen favores sexuales por numerario.
- c) Art. 74 – El supuesto se presenta en caso de que vecinos que se agreden mutuamente firmen un convenio de respeto y alguna o ambas partes lo incumpla.

Es propio recordar que este listado de hechos sólo representan una situación que interesa al Derecho siempre que exista una queja por parte del agraviado, siendo que la carencia de esta tendrá como resultado un acontecimiento solo de hecho y no correspondiente a derecho, como ya ha sido explicado.

#### **4.2.1 Criterios jurisprudenciales.**

Nuestro Poder Judicial Mexicano ha emitido criterios jurisprudenciales que aunque pocos, también instruyen en la dogmática requerida como ahora se entenderá:

**ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR EL EJERCICIO ABUSIVO DE UN DERECHO. SUS ELEMENTOS.** El artículo 1912 del Código Civil Federal, que preceptúa: "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.", acepta en sus términos la tesis doctrinal del abuso de los derechos de Julien Bonnecase, que sostiene que la verdadera noción del abuso del derecho se reduce a su forma psicológica, como el ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con un fin exclusivamente nocivo y se compone de cuatro elementos: El primer elemento consiste en el poder de acción, representado por un derecho, que recibe del legislador una organización,

en cierta forma material, respecto de la cual su titular puede estrictamente limitarse con la intención secreta de servirse únicamente para dañar a otra persona. El segundo refiere a la ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho, entendido ello como la ausencia de todo "interés serio y legítimo", en donde los tribunales no deben admitir fácilmente, con motivo de su ejercicio, la ausencia de toda utilidad por su titular, esto es, no deberán limitarse a registrar la falta de interés actual, sino prever el futuro y examinar si el acto, desprovisto momentáneamente de utilidad, es susceptible de producirla en lo porvenir. El tercer elemento se trata de la intención nociva en su sentido psicológico, es decir, tal y como la comprendemos, la cual constituye la característica esencial de la noción de abuso de derecho; la intención nociva debe estar absolutamente caracterizada y absorberse a la noción de dolo del derecho común, es decir, a la intención de dañar, cuya materialización no tenga un significado dudoso y revele la intención con que se ha realizado. Y por último, el perjuicio ocasionado a otra persona, elemento absolutamente necesario que en el orden del procedimiento es el primero en aparecer y que conduce a verificar la existencia de los otros elementos en donde agota su papel para no reaparecer sino hasta el momento de valorar el monto de la reparación debida (Tratado Elemental de Derecho Civil. Volumen I. Bonnecase, Julien. Editorial Harla, México, Distrito Federal, 1997, páginas 824 a la 827). En consecuencia, habrá lugar a la indemnización por el abuso de un derecho, siempre y cuando se actualicen los señalados elementos, a saber, el ejercicio de un derecho, la intención dañina en el ejercicio del derecho, la ausencia de utilidad para el titular de ese derecho y el perjuicio ocasionado a otra persona; ya que no puede considerarse que hubo ejercicio abusivo de un derecho cuando no obstante la intención nociva del titular en dañar a otro, su ejercicio conlleve un beneficio a su favor, o bien, cuando sin haber ese beneficio para su titular, no exista intención de provocar el daño causado.<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> Tesis V.1o.25 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, Febrero de 2003, p. 967.

---

**INDEMNIZACIÓN POR EL EJERCICIO ABUSIVO DE UN DERECHO. PROCEDE CUANDO SE PRESENTA UNA DENUNCIA EN FORMA INTENCIONAL Y DOLOSA CON EL FIN DE CAUSAR UN DAÑO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).**

Los artículos 1843, 1845 y 1848 del Código Civil del Estado, esencialmente establecen, que si obrando ilícitamente se causa un daño a otro existirá el deber de repararlo, salvo que se demuestre que se produjo por culpa o negligencia de la víctima; que cuando el daño se origine al ejercitar un derecho, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que se hizo con el fin de causarlo y sin utilidad para el titular del derecho, y que su reparación debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior, o bien, en el pago de daños y perjuicios. Ahora bien, cuando una acusación o denuncia formulada en forma intencional y dolosa en contra de una persona (a sabiendas de que no se realizó el ilícito que se le atribuye), derive en la privación de su libertad y se concluya con posterioridad que el denunciante simuló actos, hechos y pruebas con el único objetivo de causarle ese perjuicio, se estará en la hipótesis a que alude el numeral 1845 antes citado y, por tanto, procede indemnizar al que fue injustamente acusado. Por otra parte, es verdad que la Constitución Federal de la República consagra el derecho a todo ciudadano de contar con la posibilidad de acudir ante la autoridad investigadora para denunciar hechos probables de constituir un delito, empero, en el caso de que tal evento ocurra con la única intención de dañar sin utilidad para quien lo ejerció, puede surgir la posibilidad de que a su vez la parte acusadora incurra en un hecho ilícito por el ejercicio abusivo de ese derecho.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup> Tesis VII.3o.C.37 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, Agosto de 2003, p. 1763.

---

## **PROPIEDAD. ELEMENTOS DE SU FUNCIÓN SOCIAL.**

La función social de la propiedad, prevista en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiende al aprovechamiento de la cosa por el titular del derecho real, considerando el destino del bien y sin afectación a la colectividad; con acciones tendentes a la cooperación coordinada y mutua de los elementos de la sociedad para alcanzar los fines de la vida humana. Así, el elemento subjetivo de esa función social se refiere al propietario del inmueble y reprime el abuso del ejercicio de las prerrogativas derivadas del derecho de propiedad, y el elemento objetivo tiene que ver con el uso o aprovechamiento de la cosa, de acuerdo con su naturaleza material y jurídica.<sup>195</sup>

---

## **ABUSO DEL DERECHO. LO IMPLICA EL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN Y EL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA SIN MAYOR DEFENSA U OBJECCIÓN, CON EL PROPÓSITO DE RECUPERAR UN BIEN SIN QUE FUERA ESCUCHADO EN JUICIO QUIEN EFECTIVAMENTE LO POSEÍA.**

La justicia como cualidad del orden social, impone que el orden positivo que no se ajusta a los principios básicos no es derecho, una concepción confirmadora de ello que la dogmática universal acepta, es la de Hobbes y Locke con relación a que el establecimiento del orden social es el primer paso a la superación del malestar del estado de naturaleza y el derecho es instrumento de ese orden social, por ende, no puede ser empleado más que desde su concepción moral de respeto a la dignidad humana, pues el individuo no puede ser usado como medio en beneficio de otros, sino como fin en sí mismo. Acorde con estas razones, el ejercicio de una acción y el allanamiento de ésta sin mayor defensa u objeción del demandado, pese a

---

<sup>195</sup> Tesis I.3o.A.7 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, L. 24, t. IV, Noviembre de 2015, p. 3434.

que ambos contendientes conocieron que el bien que se pretende recuperar lo poseían otros, son jurídicamente inaceptables, porque implican un abuso de las instituciones jurídicas como medio de su beneficio.<sup>196</sup>

Como se observa, el sistema de justicia mexicano al igual que nuestros redactores del Código Civil, se apoyan en gran medida por la doctrina francesa, contemplando la intención dañina en el ejercicio del derecho, la ausencia de utilidad para el titular de ese derecho y el perjuicio ocasionado a otra persona. No se considera que hubo ejercicio abusivo de un derecho cuando a pesar de la intención nociva del titular en dañar a otro, su ejercicio conlleve un beneficio a su favor, o bien, cuando sin existir ese beneficio para su titular, no exista intención de provocar el daño causado. A pesar de notar que siguen la teoría francesa, nos encontramos con un gran vacío jurisprudencial, por lo que debería darse un mayor impulso al análisis de estos criterios.

#### **4.2.2 Tesis personal sobre la naturaleza jurídica del abuso del derecho como principio general del derecho.**

Desde la antigua Grecia, en todas las ciencias del conocimiento encontramos la existencia de ciertos enunciados lógicos y generales que ayudan a dar validez a diversas afirmaciones o situaciones concretas que constituyen un determinado campo del saber.

Estos enunciados creados por los griegos fueron retomados por la antigua Roma orientando también de manera similar al derecho respondiendo a concepciones jurídicas estén o no consagradas en una legislación.

El filósofo-jurista brasileño Miguel Reale señala que los principios generales del derecho “*son enunciaciones normativas de valor genérico que*

---

<sup>196</sup> Tesis III.1o.C.22 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, L. 19, t. III, Junio de 2015, p. 1932.

*condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración como para la elaboración de nuevas normas*".<sup>197</sup>

Siguiendo al mismo ius-filósofo, distingue tres clases de principios:

1. Principios omnivalentes: Tienen validez en todas las formas del saber. Tal es el caso de los principios de identidad y de razón suficiente.

2. Principios plurivalentes: Estos se pueden aplicar en varios campos del conocimiento. Como es el caso de la causalidad, misma que es primordial en las ciencias naturales, mas no extensiva a todas las disciplinas del saber.

3. Principios monovalentes: Tienen validez exclusivamente en el ámbito de una determinada disciplina. Es el caso donde se encuentran los estudiados principios generales del derecho.

Muchos de estos últimos principios son de gran trascendencia y es por ello que en ocasiones el legislador los integra formalmente en el ordenamiento jurídico, inclusive en el plano constitucional, como puede verse reflejado en la igualdad de todos ante la ley (artículo 4º; primer párrafo); la retroactividad de las leyes penales (artículo 14; primer párrafo); el hecho de que ninguna persona haga justicia por sí misma, ni ejerza violencia para reclamar su derecho (artículo 17, primer párrafo), entre otros más.

Por si fuera poco, el artículo 14 constitucional, en su último párrafo establece: *"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."*

Además, también contamos con Códigos y Leyes que contemplan los principios generales del derecho en su contenido, por ejemplo el Código Civil para la Ciudad de México en su artículo 19 estipula: *"Las controversias judiciales*

---

<sup>197</sup> Reale, Miguel. "Introducción al Derecho" 2ª ed. Ed. Pirámide, Madrid, 1977, pp. 139-140.

*del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.”*

A su vez, la Ley Federal del Trabajo mantiene lo mismo cuando indica en su artículo 17:

*A falta de disposición expresa en la Constitución, en esa Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad.*

Con lo anterior, a pesar de que los principios generales jurídicos estén o no expresamente plasmados en un texto legal, siempre supondrán contextos doctrinales o dogmáticos fundamentales, que al plasmarlos en un texto legal, les confiere mayor<sup>198</sup> fuerza obligatoria, pero que de ninguna manera altera su naturaleza.

Ahora bien, la utilidad de los principios jurídicos puede observarse a través de los siguientes ejemplos: la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación; la buena fe como presupuesto de la conducta jurídica; el equilibrio en los contratos con la exclusión de cualquier forma que haga excesivamente onerosa la carga de uno de los contratantes; la prohibición del enriquecimiento ilegítimo; el correcto aprovechamiento de la propiedad; la economía de las formas y de los actos en el proceso. Lo cual demuestra la importancia que constituyen los principios generales del derecho como parte primordial de nuestra disciplina.

---

<sup>198</sup> Recordemos que las fuentes formales del derecho son: la legislación; la jurisprudencia; la costumbre; y los principios generales del derecho.

En cuanto a la naturaleza jurídica del abuso del derecho pensamos que es innecesario continuar aduciendo este postulado para el desenlace de controversias judiciales que se suscitan ante nuestros juzgados, porque esta idea tuvo su génesis moderno en principios individuales de la revolución francesa, mismos que se han visto entreverados con inclinaciones sociales. Sus formas adjetivas tienen características positivas en réplica a la finalidad de la norma. La tara de precisión en la técnica de aplicación se hace notar cuando solo se considera un cuarto elemento consistente en el daño que se causa sin que se consiga la autonomía, correspondiendo su lógica a la retórica y la ampulosidad, sin poder acomodar la conjetura científica. Recordando aforismos mencionados implícita y literalmente a lo amplio de este estudio, encontramos; no hacer mal uso de nuestros derechos, que un derecho sea lícito no lo hace probo, la aplicación exacta del derecho es soberana injusticia y que no debe condescenderse con lo indebido, por lo tanto esta teoría debe ser mejor entendida como un principio general del Derecho.

La afirmación anterior se da toda vez que si tomamos en cuenta que el principio que toda persona que cause un daño merece ser sancionada, es fácil comprender que aunque abuse de un derecho propio debe ser castigado buscando preservar el bien jurídico tutelado. Para las personas, no es sencillo conciliar esta idea, dado que la inmensa mayoría consideran que los derechos son totales y absolutos y que no se les puede limitar o condicionar de ninguna manera, y es entonces cuando el principio de un no abuso debe cobrar una mayor relevancia.

#### **4.3 Evolución del abuso del derecho.**

En la legislación mexicana es muy poco -si no es que nulo- lo que se ha escrito o aportado con relación al abuso del derecho, como hemos visto, la mayoría de lo plasmado en nuestro ordenamiento jurídico es retomado de los grandes teóricos del derecho y gracias a la regulación externa; sin embargo dadas las exigencias y necesidades del sistema político, jurídico y social ha sido necesario trasladar la figura en estudio a otras ramas del derecho para evitar que las

personas abusen respecto de sus permisiones, prerrogativas, facultades o derechos.

Hemos visto que es con la propiedad donde aparecen escritos los primeros indicios del tema. Al respecto el artículo 830 del Código Civil para la Ciudad de México dispone que: *“El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.”* En correlación con lo anterior el artículo 839 estipula que: *“En un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina; a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio.”*<sup>199</sup>

Estas limitaciones fijadas por las leyes para controlar el ejercicio de la propiedad, se debieron a la proximidad de los fundos y a los numerosos daños ocasionados por los propietarios colindantes, ya que como señala Marcel Planiol:

*Si el propietario cometió una falta debe una reparación según los principios generales. El ejercicio anormal o excepcional del derecho de propiedad basta para comprometer su responsabilidad, así un propietario no incurra en ninguna responsabilidad cuando ejecuta sobre su fundo un ejercicio normal de su derecho, aunque dicho acto cause un perjuicio a su vecino, por ejemplo, si corta, segando en su finca, las venas del manantial que alimentaban la finca vecina, o si destruye, levantando una construcción la vista que gozaba la casa vecina. Pero aún en este caso, es preciso que no se haya actuado*

---

<sup>199</sup> Es interesante hacer la comparación existente en el Código Civil predecesor del actual. Es decir, el anterior Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, establecía en su artículo 731: *“El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella. Por lo mismo, podrá usarlo y hacer en él todas las obras, plantaciones o excavaciones que quiera, salvas las restricciones establecidas en el título de las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en la legislación especial de minas y en los reglamentos de policía.”*

De lo anterior, se observa que con el Código de 1928, la propiedad dejó de ser absoluta ya que anteriormente sólo se le restringía respecto al título de las servidumbres, minas y reglamentos de policía, por lo que de cierta forma el vigente Código reconoce la trascendencia de la figura jurídica que estamos analizando.

*únicamente con la intención de dañar sin lo cual, cometerá un abuso del derecho de propiedad.*<sup>200</sup>

Para complementar lo anterior, Ernesto Gutiérrez y González brinda el siguiente ejemplo:

*Procopio tiene un predio que colinda con otro, propiedad de Facundo: éste riega su terreno con agua que obtiene de un pozo que abrió en él; Procopio en su finca abre también un pozo, pero lo hace no para obtener agua y regar sus tierras, sino únicamente para que el pozo del terreno de Facundo tenga menos agua, toda vez que los dos pozos se surten del mismo manto acuífero.*

*No hay duda de que Procopio ejercita su derecho de propiedad al obtener agua que brota de su predio, pero su intención al extraerla, es la de causar molestias y daños a Facundo, sin que él vaya a obtener utilidad alguna.*<sup>201</sup>

Este caso denota el mal obrar que busca dañar derramando el agua para perjudicar al vecino, y aunque no existiera obligación de indemnización tal como lo señala el artículo 934 del Código Civil,<sup>202</sup> nos remitiríamos al artículo 840<sup>203</sup> del mismo ordenamiento sometiendo al juez los elementos para su aplicación y posterior resolución.

Estrechamente relacionados con el tema de la propiedad encontramos a los del dominio aéreo como del subsuelo. Hemos advertido que el propietario es

---

<sup>200</sup> Planiol, Marcel. "Tratado de Derecho Elemental de Derecho Civil" Trad. de la 12ª Ed. Francesa, por José M. Cajica Jr. Ed. José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1955. pp. 117-118.

<sup>201</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho de la Obligaciones" Edic. 5ª. Ed. Cajica, Puebla, México, 1981, pp. 508-509.

<sup>202</sup> Artículo 934.- Si alguno perforase pozo o hiciere obras de captación de aguas subterráneas en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno, no está obligado a indemnizar; pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 840.

<sup>203</sup> Artículo 840.- No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

dueño tanto de la superficie como de lo que yace por debajo de su terreno, siempre y cuando esté dentro de los límites establecidos por la normatividad.

En este sentido, la ley interviene para frenar tanto poderío y pretensión; prohíbe al propietario perjudicar a otro u otros, especialmente si no tiene un interés legítimo y sobre ello, si su propósito es causar daño a su vecino. El derecho de propiedad es un derecho en cierta forma “absoluto”, que autoriza al propietario usar y abusar de la cosa; sin embargo, hemos insistido que el ejercicio de este derecho, como el de los demás, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. Por tal razón, si el propietario eleva una construcción tapando la vista del vecino o evitando que le entre la luz solar, está realizando el ejerciendo abusivo de su derecho.

En relación al abuso del derecho respecto del subsuelo citamos el siguiente ejemplo:

El terreno de una persona colinda con una antigua casa colonial, el dueño del terreno lleno de envidia por la majestuosidad de la construcción comienza a excavar un pozo de gran profundidad y diámetro en los límites de la casona, produciendo cuarteaduras y hundimiento en la misma. Obvio es que dicha excavación no le traerá beneficio alguno a su propietario, sino que lo hace con la exclusiva intención de perjudicar a su vecino, contraviniendo lo establecido por el artículo 839 del Código Civil,<sup>204</sup> quedando en potestad del juzgador si existe negligencia y abuso de su derecho al emitir su fallo.

El interés que salvaguarda la norma también es dinámico, esto significa que cambiará igual que la norma. De la misma manera, para delimitar el derecho que el sujeto activo ejerce, se toma como base a este pero no de manera exclusiva porque implicaría darle un aspecto unidimensional a la cuestión y se

---

<sup>204</sup> Artículo 839.- En un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina; a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio.

ignoraría el sentido global que nos presenta la sociedad en su conjunto, más otro factor para su delimitación debe ser también el sujeto pasivo.

Hasta aquí hemos visto el abuso del derecho en su parte civil y principalmente respecto a la propiedad, ahora veremos cómo se puede trasladar a otras ramas no sólo del derecho privado, sino también del derecho público, fundamentalmente en el área administrativa.

#### **4.4 Diversas figuras análogas de abuso.**

En este apartado advertiremos aun tímidamente diversas figuras que se presentan como una evolución o especialización en la materia. Se tiene la impresión de que en esta área del Derecho se ha venido dando un progreso visible. De aquí parte la necesidad de encontrar argumentos que demuestre el desarrollo en el tema, mismo factor que se refleja en la falta de doctrina.

Hemos investigado cuestiones complejas, accidentadas, que han procurado gran cantidad de dogmas y cuyo objetivo es el de castigar demasías donde la medida cabe. Por estas razones es que viene al caso listar con rigor los bemoles del abuso del derecho, objetivizando e instalando llanamente los alcances de su praxis para que el que lo interpreta comprenda mejor su volumen. En la manera en la que se conozca objetivamente el abuso del derecho, se es capaz de aplicar su remedio de manera fluida, sin cortapisas y sin desvirtuar el concepto.

En las figuras que se justiprecian se extravía la línea divisoria de los derechos relativos y los absolutos, de los que se opina, han empañado el tema y predispuerto el entorno a favor de prebendas políticas. El jurista, aquel perito en la materia del Derecho tiene la obligación de eludir aquellas flechas que deslustran el elemento normativo para coronar lo que la norma verdaderamente pretende. Dicho de otra manera; el defensor en la ley tiene que vislumbrar su campo de acción y evitar que las cuestiones del régimen se inmiscuyan en la legislación, el objetivo es evitar que el producto final; la norma, se impregne de

cuestiones particulares para revelarse como una herramienta de la generalidad desde la posición más importante; la axiológica.

Por tanto, a continuación se muestran algunas figuras jurídicas que pudieran o no ser parte en la evolución del abuso del derecho, donde lo que más destaca es que no se queda estancado en el derecho privado, sino que trastoca al derecho público con implicaciones que van más allá de la pura resolución por parte del juzgador entre las partes en conflicto.

#### **4.4.1 Respetto del derecho de acudir a los tribunales.**

La ley dispone este medio para que las personas físicas como las morales puedan asegurar el ejercicio y la protección de sus derechos. La posibilidad de acudir a los procedimientos legales por medio de los tribunales constituye una pieza de suma importancia para el derecho positivo.

En todas las épocas y en todos los pueblos se han reconocido restricciones necesarias a la libertad del agraviado, ya que se considera que el uso de procedimientos de derecho puede llegar a ser abusivo y comprometer la responsabilidad de quien ha usado mal de ellos. Siguiendo esa línea, el litigante que hace valer y exige sus derechos ante los tribunales cumpliendo la función de representar no sólo sus intereses, sino los de su cliente y los de la sociedad, asegura que los derechos se puedan ejercer, que no queden en letra muerta, se acuda a las instancias necesarias con la mira de garantizar la efectividad de los mismos, con todos los recursos y armas que esto implica: acción judicial, defensa, incidentes, apelaciones y demás medios legales sin hacer mal uso de sus conocimientos, ya que perjudicar a su cliente, o un tercero sin utilidad alguna puede considerarse como elemento constitutivo de un uso abusivo de su derecho, sin dejar de mencionar que puede conllevar a un delito que implique un mínimo de sanción.

#### **4.4.2 Práctica ilícita.**

Relacionado con el anterior punto, la práctica ilícita del abogado es una conducta no ética o ilegal que puede incluir; conflicto de intereses, cobros excesivos,

negación a la representación de un cliente por motivos políticos o profesionales, falsedad en declaraciones, encubrimiento de pruebas, el abandono de un cliente, encubrimiento de información, argumentar una posición y revelar la ley que podría contrarrestar el argumento, y en algunos casos llegar a tener relaciones sexuales con un cliente.

La búsqueda por medio de herramientas electrónicas como el internet, también ha dado lugar a un número sin precedentes de sanciones contra abogados por una serie de errores que permiten la filtración de documentos privados. Por ejemplo, en los Estados Unidos durante el 2007, en el caso *Mulligan Law Firm v. Zyprexa MDL*,<sup>205</sup> destaca este tipo de abusos, ya que se encontró que durante una demanda de productos farmacéuticos, el abogado representante conspiró con los abogados de la contraparte y periodistas para dar a conocer documentos de patentes protegidas contrariando la orden de protección de un juez.

En este orden es necesario aclarar que la negligencia del abogado es un concepto independiente que consiste en la representación inadecuada, incompetente o insuficiente del cliente.

La Barra Americana de Abogados (*American Bar Association*) ha establecido reglas de conducta profesional para los abogados que muchos de los estados en los Estados Unidos han incorporado como parte de su legislación estatal. Cada estado emite su propio conjunto de reglas que rigen las normas éticas y la aplicación correspondiente de dichas normas, en general, a través de sus asociaciones de abogados estatales. A medida que las organizaciones de abogados estatales y sus mecanismos de aplicación se componen de abogados que establecen sus leyes, la regulación de la ética del abogado auto-regulada y auto-vigilada. La autorregulación de cualquier industria por sus participantes económicos plantea un conflicto de intereses entre los objetivos profesionales de los miembros de la profesión y aquellos para los que la regulación protegería.

---

<sup>205</sup> *Mulligan Law Firm v. Zyprexa MDL*, consultado el 26 de abril de 2016 en: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1519924.html>

Algunos investigadores académicos y expertos de la industria han afirmado que el Derecho en los Estados Unidos es ineficaz y favorece abogados y bufetes de abogados, mismos que pueden ser citados por malas prácticas por el Juez encargado del procedimiento o por la Barra de Abogados del Estado en que se encuentre.

Algunos de los Principios Contemplados por la Barra Americana de Abogados a favor del cliente son:

- Protección de información confidencial;
- Conflicto de intereses;
- Deberes con los clientes;
- Atención a clientes con capacidades disminuidas;
- Protección de la propiedad;
- Renuncia o terminación de la representación legal;
- Arbitraje;
- Confianza;
- Comunicación;
- Respeto por los derechos de terceros;
- Preparación de pasantes;
- Responsabilidad de los no-abogados; y
- Asesoría *Pro-Bono*.

En nuestro país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fijó un límite a los cobros excesivos e indiscriminados de los abogados que conocen de juicios de divorcio, en razón de que un costo irracional de sus emolumentos impacta negativamente en el interés superior del niño, quien es el beneficiario de la pensión alimenticia.

Los Ministros de la Primera Sala ampararon a una señora que contrató a un abogado, con quien había acordado inicialmente pagarle el 50 por ciento de un seguro de separación individualizado contratado por el esposo con *Metlife*, sin embargo, después hubo un desacuerdo en la forma de pago y la quejosa

presentó una demanda por el cobro, en razón de que éste impactaba directamente en la pensión asignada a su hijo menor.

El litigante se inconformó y exigió el cobro en una sola exhibición de \$138,522.00 (ciento treinta y ocho mil quinientos veintidós pesos 00/100 M.N.), de los \$370,966 (trescientos setenta mil novecientos sesenta y seis pesos 00/100 M.N.) que recibió la señora, más el 10% de intereses mensuales e intereses moratorios hasta que cobrara el adeudo.

La Sala señaló que el cobro desmesurado de emolumentos es contrario a la dignidad humana y ordenó a un Tribunal Colegiado estableciera una contraprestación razonable.

El proyecto de dictamen elaborado por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea fijó, por primera vez, los criterios que deben seguir los tribunales para que el pago corresponda al trabajo realizado, pero que al mismo tiempo, garantice el interés superior del niño al recibir su pensión alimenticia.<sup>206</sup>

En el amparo citado, uno de los principales razonamientos se torna en dirimir la contratación entre las partes, mismas que de manera general pueden pactar la manera en que mejor prevean, al menos en materia civil, sin embargo en contra se presenta el argumento que sigue:

*El pactar como contraprestación el 50% de la pensión extraordinaria que recibiría la menor, resulta excesivo y desproporcionado. En esa misma línea, los intereses pactados resultan irracionales ya que se traducen a una tasa del 120% anual. Ya que su pago hace inviable que la menor reciba alguna parte de la pensión extraordinaria que fue establecida a su favor.*

---

<sup>206</sup> Periódico La Jornada, consultado el 07 de noviembre de 2016 en: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/02/05/scjn-frena-cobros-excesivos-de-abogados-en-casos-de-divorcio-7999.html>

*...es claro que la contraprestación y los intereses pactados generan una situación de riesgo por lo que deben reducirse de manera que no anulen los derechos de la menor.*

*En tales condiciones, para determinar la contraprestación por el servicio prestado por el abogado, deberá atenderse al arancel que regule el servicio prestado o en su defecto a los siguientes elementos: (i) la costumbre del lugar (ii) importancia del trabajo o asunto prestado; (iii) posibilidad económica del cliente; y (iv) reputación intelectual que tenga adquirida el profesionista. Lo anterior en términos del 2607 del Código Civil para el Distrito Federal.<sup>207</sup>*

Además, debe reducirse el interés moratorio a una tasa que resulte razonable y congruente con los valores que se protegen con la institución alimenticia. Esto es, a una tasa que si bien atiende al carácter punitivo de los intereses moratorios, no se convierta en una ganancia abusiva para el acreedor.<sup>208</sup>

#### **4.4.3 Negligencia profesional.**

Negligencia profesional es el término para describir las malas prácticas, incumplimiento fiduciario, o ruptura del contrato por un abogado causando con esto daño a su cliente con el fin de alcanzar un nivel reprochable de la negligencia (constituir una infracción de un deber legal de cuidado), la parte lesionada debe demostrar que los actos del abogado no eran simplemente el resultado de una mala estrategia, sino que fueron el resultado de errores que un abogado razonablemente prudente no cometería.

---

<sup>207</sup> Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México)

Artículo 2607.- Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a la costumbre del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados.

<sup>208</sup> Amparo Directo 2534/2014, resuelto el 04 de febrero de 2015, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

En cuanto a los elementos de la negligencia, esta se actualiza:

*En aquellos casos en los que el responsable no deseaba la realización del perjuicio, no obstante, causa un daño incumpliendo con una obligación de cuidado a su cargo. Por tanto, para que exista responsabilidad es necesario que el daño ocasionado esté acompañado de un deber de cuidado del responsable sobre la víctima, sin que dicho deber de diligencia llegue al extremo de exigir actos heroicos de todas las personas; de ahí que la diligencia que debe tenerse en cuenta es la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable. Solamente en aquellos casos en los que el daño extracontractual se produce como consecuencia de la prestación de un servicio, la diligencia que se debe esperar es la de un profesional, es decir, la de una persona que cuenta con las capacidades promedio para ejercer esa profesión.<sup>209</sup>*

Por otra parte, la negligencia profesional requiere probar lo que habría ocurrido si el abogado no hubiere sido negligente; es decir, "causado por" la negligencia del abogado y no "por causalidad". Si el mismo resultado habría ocurrido sin negligencia por parte del abogado, no se permite imputación alguna, sin embargo la causalidad real puede ser difícil de probar. Si la negligencia alegada ocurrió en litigio, el caso de negligencia profesional puede dar lugar a un "juicio dentro del juicio", que se adentra en los hechos del caso por los cuales el cliente contrató originalmente al abogado.

Generalmente una persona condenada por un crimen y que luego demanda a su abogado defensor debe probar primero que era efectivamente inocente, en otras palabras, se debe en primer lugar obtener la exoneración de la corte que inicialmente lo declaró culpable antes de presentar la demanda, para posteriormente probar que fue condenado sólo a causa de la negligencia de su abogado. El demandante que pierde un caso civil debe probar que la negligencia

---

<sup>209</sup> Amparo Directo 31/2013, resuelto el 26 de febrero de 2014, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

del profesional causó la pérdida del caso, por lo que el demandante puede entonces recuperar del abogado negligente los daños que habrían sido causados por la falta de cuidado del abogado, en concomitancia con los numerales 2614, 2615 y 2589<sup>210</sup> del Código Civil para la Ciudad de México.

La negligencia del profesional también puede ocurrir cuando un abogado viola el deber fiduciario de su cliente. Esto ocurre cuando un abogado actúa para beneficiar su propio interés en lugar de cumplir el deber de velar por el interés del cliente, perjudicándolo de esta manera. También puede surgir una reclamación por negligencia profesional cuando un abogado viola el contrato en virtud del cual se representa al cliente.

Una base común para una demanda por negligencia profesional surge cuando un abogado olvida la fecha límite para la presentación de un documento ante la corte o asesora en la realización de un documento a la contraparte y el error es irrevocable e irremediamente fatal para el caso del cliente. Esta situación normalmente se aplica bajo el fundamento de la Ley de Prescripción propia de cada jurisdicción, donde el cliente informa oportunamente el término de presentación para una demanda al abogado y posteriormente autoriza su presentación, pero el abogado no la presenta de manera oportuna, pudiendo también surgir al dejar de responder a las demandas de la contraparte o no presentar a tiempo una notificación u apelación.

La forma menos común sucede cuando un abogado deja pasar una fecha límite para la presentación de algún documento y el error, aunque no es en sí fatal para la misma demanda, recurso o contestación, obliga al cliente a erogar mucho más para resolver el caso de lo que habría sido necesario de otro modo.

---

<sup>210</sup> Artículo 2614.- Siempre que un profesional no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar oportunamente a la persona que lo ocupe, quedando obligado a satisfacer los daños y perjuicios que se causen, cuando no diere este aviso con oportunidad. Respecto de los abogados se observará, además, lo dispuesto en el artículo 2589.

Artículo 2615.- El que preste servicios profesionales, sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.

Artículo 2589.- El procurador o abogado que acepte el mandato de una de las partes no puede admitir el del contrario, en el mismo juicio, aunque renuncie el primero.

En este caso a diferencia del párrafo anterior, la desemejanza está en el grado de culpa que adquiere el profesionalista, en el primer caso se realiza de manera culposa además de perjudicar en cuanto a cuestiones de fondo el asunto de su cliente, mientras que en el segundo supuesto se actúa de manera dolosa, perjudicando la forma en que se desarrolla el procedimiento.

En este punto es pertinente realizar una acotación. Recordemos que en general las teorías del abuso del derecho suponen una “acción”. En este apartado teorizamos que la acción se puede llevar a cabo al “hacer” o al “no hacer”. Nos percatamos que el representante deja de atender a su cliente y puede postergar su actuación en pos de ningún beneficio aparente sino el de disponer de ese momento de audiencia para otro propósito.

#### **4.4.4 Detención ilegal.**

La detención ilegal es un agravio que va de la mano del denominado *abuso de autoridad* y se presenta cuando un demandante alega que él o ella fue puesto en custodia sin causa probable, o sin una orden emitida por un tribunal de jurisdicción competente. Aunque es posible demandar a las fuerzas del orden por una detención ilegal, los acusados más habituales en estos casos, son por empresas de seguridad privada.

Después de una detención, al retirar los cargos, puede suceder que el exonerado ejerza una acción legal o una demanda contra la agencia correspondiente. En la mayoría de las jurisdicciones, las facultades de detención de los agentes de policía están por encima de los que gozan los ciudadanos comunes. Sin embargo, las competencias de los agentes de policía para detenciones no son ilimitadas.

De manera General:

- Cualquiera puede detener a una persona si es por flagrancia o si está en posesión de una orden de captura emitida por un tribunal competente. Esto incluye los cazadores de “recompensas” que actúan bajo la autoridad de una orden de detención para llevar un acusado a juicio;

- Un oficial de policía, o una persona autorizada, puede detener a cualquier persona con causa razonable y probable para creer que se ha cometido algún delito. Sin embargo, en el caso de un delito menor, resumen convicción de delito (como un municipal delito por la ley) el oficial puede detener al sospechoso sólo el tiempo necesario para identificar al sospechoso y entregar al sospechoso una citación para aparecer en tribunal, a menos que haya motivos para creer que no van a aparecer en respuesta a la citación;
- Cualquier persona puede detener una persona sospechosa de haber cometido un delito grave, siempre y cuando la persona crea que el sospechoso está tratando de huir de la escena del crimen. Una persona no puede ser detenida bajo sospecha de haber cometido un delito grave con posterioridad al hecho de no ser que el agente que lo detuvo tenga una orden de detención.

En la mayoría de los casos de detención ilegal implican acusaciones de hurto en tiendas y el inculpado procede en contra de guardias de seguridad y el mismo comercio. Un oficial de seguridad privada no puede detener a alguien simplemente por la sospecha de que la persona va a cometer un robo. En la mayoría de las jurisdicciones, tiene que haber alguna prueba de que un acto criminal de hecho se ha cometido. Por ejemplo, un guardia no tiene causa probable para detener a un comprador que no ha pagado por la mercancía porque sospecha que la persona tiene la intención de llevársela sin pagar. En su lugar, debe haber un acto realmente cometido; la persona debe realizar un intento real de salir de la tienda sin pagar por la mercancía.

Es de tener en cuenta que algunos casos se han promulgado leyes que definen el "*ocultamiento de mercancía*", como una forma de evitar esta limitación. Bajo estos supuestos, es un ilícito ocultar mercancía que no ha sido pagada, y se generan motivos para realizar una detención, incluso si la persona no ha hecho algún intento de salir de la tienda con la mercancía.

Las personas que se dan cuenta que son objeto de una detención ilegal pueden resistirse a este hecho, dado que se reconoce el derecho a la legítima defensa con el fin de evitar la detención ilegal. Por lo general, esto sólo se aplica cuando:

- El oficial de policía usa más fuerza de la necesaria para llevar a cabo la detención.
- La resistencia se lleva a cabo en el grado necesario para evitar un daño mayor o la muerte.

A menudo esto es difícil de probar en un tribunal, y sólo se justifica en ciertas circunstancias. Un simple error de protocolo por parte de la policía no garantiza eludir la aplicación de la ley por resistirse a la detención, sin embargo, hay algunas justificantes como:

- La persona que realiza la detención nunca se identifica, causando que el detenido crea que está siendo objeto de robo o secuestro.
- La creencia razonable de que la persona que hace la detención es un imitador con la intención de dañar al detenido.

#### **4.4.5 Abusar del sistema.**

Abusar del sistema, también entendido como burlar las reglas, socavar las reglas, burlar el sistema, engañar al sistema, ordeñar el sistema o manipular el sistema se define como el uso de reglas o procedimientos legales con la finalidad de obtener una ganancia ilegítima.

Uno de los modelos más representativos de esta figura se encuentra en la Crisis financiera de 2007 y 2008 en los Estados Unidos de América, donde se tuvo una “balanza” que se inclinaba a derecha e izquierda y que no es útil al quedarse estática. Esta es la manera en que la economía funcionaba. Dinero real y garantías se movían de un lado a otro inclinando el balance; a esto se le llamó crédito.

La compra de una casa es un buen ejemplo. La gente comprometía a las Instituciones Financieras sus bienes inmuebles a cambio de mayor liquidez o bien, las Instituciones Financieras otorgaban créditos sin los mínimos requisitos de control sólo para beneficiarse y obtener mayores ganancias. A esta garantía se le llama hipoteca. A la gente se le permitió habitar la casa al instante, sin haberla pagado y pensando que le pertenecía, sin estar realmente conscientes de que el propietario era el banco. De esta forma las instituciones financieras recababan más dinero del que prestaron a largo plazo. A esto se le llama Banca Depositaria porque la institución debe percibir sumas considerables en depósitos para tener capital que prestar.

Otra forma en que el dinero real y las garantías reditúan se da por medio de la inversión. En los negocios se busca hacer más dinero del que se gasta y algunas empresa necesitan capitalizarse para iniciar o seguir funcionando, así que se le promete a la persona regresarle parte de las ganancias de la empresa a cambio de que la persona preste dinero a la empresa y a esta garantía se le llama acción. Es por esto que el manejo de acciones es equiparable al manejo de dinero y a este tipo de ahorro se le denomina Inversión.

De esta manera se aprecia que existen dos principales actividades crediticias; la *Depositaria* que intercambia dinero por garantías y la de *Inversión* que intercambia garantías por dinero.

Las reglas establecidas por el gobierno de los Estados Unidos desde la Gran Depresión mantuvieron la Banca Depositaria y la Banca de Inversión separadas hasta el años de 1999, el gobierno eliminó algunas de estas reglas con la llamada Ley de Modernización de los Servicios Financieros (*Financial Services Modernization Act*). Con lo que estos servicios pudieron realizar ambas acciones y combinar Banca de Depósito con la Banca de Inversión.

Como ejemplo, multitud de hipotecas se vendieron a inversores porque este tipo se garantía se consideró seguro, después de todo la gente siempre paga por conservar su casa.

Posterior a esto, el Gobierno Federal decidió ayudar a más gente a conseguir su propia casa disminuyendo las tasas de interés por parte de la Banca de Depósito. Millones de personas que no podían permitirse pagar una hipoteca de pronto fueron capaces de hacerlo y se dio un auge en la venta de bienes raíces donde las casas se vendieron más rápido de lo que eran construidas provocando que los precios de los inmuebles se elevaran y se olvidó que todo lo que sube posteriormente se equilibra bajando.

Muchas de las grandes empresas de servicios financieros vendieron numerosas garantías hipotecarias a la Banca de Inversión y como los precios de los inmuebles incrementaban, los inversores alrededor del mundo esperaron recibir a cambio mucho dinero, pero el negocio en realidad dependía de que la garantía hipotecaria fuera pagada. En este punto el interés hipotecario aumentó, los pagos de las hipotecas se volvieron más onerosos y muchos deudores no pudieron continuar pagando la hipoteca de su casa.

La consecuencia de esto fue que los precios de los inmuebles disminuyeron y el auge inmobiliario terminó. Por otro lado, el sector inversionista se afectó cuando las casas hipotecadas comenzaron a valer menos que sus hipotecas, provocando que los bancos usaran su propio dinero para pagar a sus inversionistas hasta quedar en bancarrota.

El entredicho que se presentó al gobierno consistió en elegir ayudar a aquellos con créditos hipotecarios, a los Bancos o a los inversionistas. Esto provocó un problema a nivel mundial en el que el dinero real y las garantías que propician el movimiento de la economía poco a poco ralentizaron su intercambio afectando el tipo de cambio, negocios, inversiones y todo en general, quedando la tarea de restaurar la balanza económica por causa de la inestabilidad originada en una regulación deficiente por parte del Gobierno.

#### 4.4.6 Oportunismo legal.

El oportunismo legal es un acto, que generalmente se refiere a un tipo de abuso de la intención original de las normas legales, que separa “*el espíritu de la ley*” de lo que “*la ley literalmente dicta*”. Más específicamente se refiere a la manipulación -por motivos egoístas- deliberada de las disposiciones legales para alcanzar un fin al que no estaban destinadas.

Por lo general, el oportunismo legal se produce legalmente: en sí no es necesariamente un crimen, una violación de la ley o un acto ilegal, pero puede ser considerado inmoral porque debería haber una ley en contra. El efecto general del oportunismo legal, es que desacredita el Estado de Derecho o destruye la legitimidad de determinadas normas legales a los ojos de las personas afectadas por ellas. *A contrario sensu*, si la gente encuentra que una ley es arbitraria, obstructiva o irrelevante, se ve tentada a encontrar maneras de interpretar la ley, sin romper formalmente la norma.

Situaciones típicas consisten en aceptar o aprobar la aplicación de las normas legales cuando conviene a los propios intereses, pero en rechazar o desaprobar la aplicación cuando las reglas están en contra de nuestros interés, de manera que la ley debe servir al oportunista, y no al revés; o bien se piensa que existe una regla para unos, y otra regla para otros.

En México esto se encuentra plasmado en la frase: “*Al amigo la ley en gracia y a los demás la ley a secas*”. Esto quiere decir en materia penal, por ejemplo, que a la gente que conoce la ley o que tiene dinero para pagar un buen abogado, el juzgador les aplicará la sanción mínima y que a otras personas [y peor si son pobres o enemigos] se les sanciona con lo que su falta amerite.

A menudo, el oportunismo legal sucede porque una regla debe ser interpretada con el fin de aplicarla, es decir, cómo debe ser aplicada en una situación dada no es evidente por sí misma y entonces la interpretación elegida es precisamente la que favorece el interés propio. Si la situación se rige por muchas reglas diferentes que se sobreponen unas a otras, se tiene una variedad

de opciones para decidir exactamente qué regla se aplica y entonces el oportunista toma la opción que mejor le conviene. Suele suceder que las circunstancias originales para las que fue creada una regla han cambiado, por lo que la regla en realidad gana un significado diferente del que originalmente tenía, creando una ambigüedad que se podría usar de manera oportunista.

Puesto que hay muchas formas de manipular la aplicabilidad de las normas y procedimientos legales para fines egoístas, conseguir una definición general del oportunismo legal es excepcionalmente difícil y puede implicar prácticas como las siguientes:

- Hacer o cambiar leyes que beneficien a un solo sector de la sociedad en lugar de a la sociedad en conjunto;
- Hacer o cambiar leyes que benefician solo a aquellos que las crean;
- Aplicar o referir procedimientos legales no en pos de la justicia sino principalmente con el objetivo de hacer dinero, promocionarse o poner a la contraria en desventaja;
- Aprovechar lagunas legales o ambigüedades en beneficio propio o de alguna organización;
- Cabildear con mala legislación, trámites o resoluciones *ex-post-facto*, esto es; después de que una norma es calificada como injusta, incorrecta o inaplicable o acusar a alguien usando como base una regla de reciente creación después de la comisión del ilícito;
- Componer de alguna manera que no es estrictamente ilegal las pruebas ofrecidas con el fin de beneficiarse;
- Tratar de influir en la opinión legal mediante el uso de argumentos o expresiones que atraen a la audiencia, pero que de fondo no tienen que ver con el caso que se dirime; y
- Presentar selectivamente evidencia, reglas o precedentes para tratar de influir a nuestro favor.

Cabe señalar, que en un sistema acusatorio todo tipo de tácticas se pueden utilizar legítimamente por los abogados de una manera tendenciosa para

ayudarse a ganar el juicio, sin que sean ilegales. Por lo tanto, demostrar el oportunismo legal como una forma específica de abuso del derecho con propósitos egoístas es complicado mas no imposible.

Normalmente los sistemas legislativos suponen que todos los ciudadanos, como sujetos de derecho, tienen el mismo *estatus legal* ante la ley y que ésta se aplica de manera uniforme a todos los ciudadanos y en las mismas circunstancias, sin embargo:

- Pueden existir diferencias acerca de la exacta interpretación, significado, propósito, intención y aplicación de las leyes en situaciones particulares;
- Las normas pueden ser legisladas de maneras en las que formalmente sean iguales para todos pero que en realidad beneficien a unos y perjudiquen a otros;
- Pueden generarse nuevas situaciones para las que la norma no sea clara;
- La combinación de diferentes sistemas normativos pueden generar consecuencias imprevistas o incertidumbre acerca de la aplicación de la regla o sobre qué norma aplica en cada supuesto; y
- Una norma, aunque legalmente promulgada, puede declarar o sugerir un principio que es imposible de aplicar de manera sistemática por alguna razón, con el efecto de que las personas sigan su propia interpretación de una manera interesada y sin penalización.

#### **4.4.7 Abuso del proceso.**

El abuso del proceso es derivado de una de las partes al hacer un uso malicioso, deliberado o perverso en un proceso judicial sin que se justifique por la acción legal subyacente, siendo un agravio común en gran número de juicios. Se ha de distinguir de la acusación maliciosa, otro tipo de agravio que implica el mal uso del derecho de acceso del público a los tribunales.

Los elementos más comunes en el abuso del proceso son los siguientes:

1. La existencia de un propósito ulterior o motivo que subyace en el uso del proceso.
2. El uso de un recurso en el proceso legal que no es común en los procedimientos.

El abuso del proceso se puede distinguir de la acusación maliciosa, porque el abuso del proceso generalmente no requiere prueba de malicia, falta de causa probable en el desarrollo del proceso, o una sentencia favorable para el demandante, todos los cuales son esenciales para clasificar una acusación maliciosa.

"Proceso", como se usa en este contexto, incluye no sólo el "Debido Proceso", es decir, una citación oficial u otro aviso emitido desde un tribunal, así como cualquier método utilizado para adquirir jurisdicción sobre una persona o propiedad específica que publicado bajo el sello oficial de un tribunal. Por lo general, la persona que abusa del proceso sólo está interesada en llevar a cabo un propósito impropio que es colateral para el objeto propio del proceso y que es contrario a la justicia, como una detención injustificada o un enjuiciamiento penal infundado. Citaciones a declarar, embargos, y otros remedios provisionales son algunos de los tipos de "proceso" que se consideran susceptibles de abuso.

El abuso del proceso es similar a la acusación maliciosa en que ambas acciones se basan e implican el uso indebido de los tribunales y sistemas legales<sup>211</sup> principal diferencia entre las dos acciones legales es que la acusación maliciosa se refiere a la apertura malintencionada o por negligencia de una acción, mientras que por otro lado, abuso del proceso se refiere a la utilización inadecuada del proceso legal después de que ya ha sido abierto y ha comenzado. En el abuso del proceso, el proceso legal es mal utilizado para algún propósito que se considera inadecuado ante la ley. Por lo tanto técnicamente, el acceso al proceso mismo, en forma recursos heterodoxos, podría ser

---

<sup>211</sup> En México el juicio de amparo no siempre tiene por objeto proteger los derechos fundamentales de las personas, en muchas ocasiones se emplea en exceso para alargar el juicio o entorpecerlo, lo que al estar permitido por la ley, se hace un uso abusivo de ese recurso procesal.

considerado abuso del proceso bajo las circunstancias adecuadas, por ejemplo; manipulación fraudulenta o maliciosa del proceso, pero en la acusación maliciosa, el hecho ilícito es la presentación efectiva de la demanda por razones indebidas e inadecuadas. Como se señaló anteriormente, los requisitos son la falta de causa adecuada en la emisión del proceso y una conclusión del procedimiento favorable para el demandante, como elementos esenciales para la acusación maliciosa. La mayoría de las jurisdicciones no requieren ningún tipo de estos elementos para establecer una presunción *prima facie* por abusar del proceso.

El abuso del proceso puede yacer en situaciones donde el procedimiento se encauza contra el acusado por motivos impropios. Modelo de esto se encuentra en el caso *Lader V. Benkowitz*,<sup>212</sup> donde un escrito fue presentado para señalar un abuso en el proceso alegando que el dueño del hotel demandado había amenazado al demandante con detenerlo usando una orden emitida a petición de la parte demandada por el cago de conductas indebidas.

La motivación inadecuada que se cuestionó fue la motivación subyacente del dueño del hotel demandado por presentar una querrela sobre el pago de una cuenta adeudada por el presunto alquiler de una habitación por parte del demandante. Se afirmó que a través del uso ilegal de la orden y la amenaza de detención el acusado intimidó a la otra parte con el fin de que pagara la suma adeudada. La Corte al desestimar al argumento del demandado, añadió que se había hecho uso de un proceso legal para conseguir un resultado irregular, que derivó el abuso de un proceso.

El hecho de que el demandante haya cedido a la amenaza del acusado bajo la amenaza de ser detenido bajo fianza no debilitó la causa principal del procedimiento, aunque estaba claro que sería detenido a consecuencia de no pagar el costo de la habitación.

---

<sup>212</sup> Washington University Law Review, consultado el 22 de abril de 2016 en: [http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2714&context=law\\_lawreview](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2714&context=law_lawreview)

#### **4.4.8 En relación al embargo.<sup>213</sup>**

Uno de los abusos más comunes y frecuentes cometidos por personas inescrupulosas, consiste en fijar el embargo de bienes por una cantidad superior al monto del adeudo. Un claro ejemplo son los prestamistas de crédito, quienes financian a personas con una difícil situación económica, obligando a pagar al deudor en un tiempo determinado y con intereses autorizados por la ley. Transcurrido el plazo y dada la difícil situación económica el deudor no está en posibilidades de pagar ni siquiera los intereses ocasionados, por lo que el prestamista demanda vía ejecutivo mercantil, embargando su casa valuada en mucho más de lo originalmente prestado contando los intereses, aunque sabiendo que no podrá adjudicársela, desea complicarle la vida para que no pueda venderla y así pagarle, perjudicándolo aún más. Se trata entonces de un abuso contra el patrimonio del deudor, el cual se ve lesionado en su patrimonio de forma exagerada por la extrema avaricia e intención dolosa de su acreedor.

#### **4.4.9 En materia de contratos.**

En este se pueden encontrar abundantes ejemplos de abuso de los derechos. Entre ellos, cuando se busca agotar los plazos que no se necesitan solo para perjudicar al contratante contrario o terminar unilateralmente un contrato sin que exista provecho de ello para quien lo termina. Otro ejemplo es en los contratos de sociedad, los cuales buscan un objeto común pero que existan actos o cláusulas que se destinen al beneficio de uno o un grupo a pesar de tener todos el mismo derecho, desviando su finalidad y constituyendo un abuso. Respecto a las llamadas “cláusulas abusivas” en los contratos de adhesión, cuando por ejemplo, las aseguradoras a través de las cláusulas denominadas leoninas imponen al asegurado o beneficiario tarifas probatorias no previstas en la ley.

---

<sup>213</sup> El embargo es la retención de bienes como un método de seguridad para pagar deudas en las que se haya podido incurrir. Es decir, puede embargarse el bien de un sujeto o compañía para asegurar que se cumpla el pago de una obligación que haya contraído el sujeto con anterioridad y no haya pagado y existan dudas sobre la satisfacción futura de la deuda.

#### **4.4.10 En el Derecho Administrativo.**

Aquí puede presentarse cuando por ejemplo, el infractor a sabiendas de que cometió una falta, solicita la nulidad del acto jurídico, ya que impugna la sanción administrativa emitida en su contra, toda vez que sabe que ganará el litigio. Ejemplos de esto los encontramos en las multas de tránsito, especialmente en las llamadas “foto-multas”, ya que no señalan con precisión el precepto legal aplicable, ni señalan las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se han tenido en consideración para emitir la infracción. Es decir, carecen tanto de fundamentación como de motivación, requisitos indispensables para cumplir con la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional.

A su vez, es menester que todo acto de autoridad como todo acto de molestia deba ser emitido por autoridad competente; las “foto-multas” al no contar con la firma autógrafa de la autoridad que lo expide o de su titular, contraviene con dicho requerimiento. Por lo tanto, el particular que conoce lo anterior y quebranta las leyes en la materia, abusa de su derecho, dado que si lo multan, ejercerá su derecho de impugnación y aún conociendo que transgredió la norma, objetará la sanción porque sabe que la ganará.

Es frecuente que surjan dudas sobre si es posible que el tema en estudio se pueda configurar dentro de otros ámbitos, por ejemplo el penal, hipótesis que se descarta debido a que al cometer abuso en el derecho, el hecho deberá presentar los elementos descritos en la tabla que sigue y que al carecer de ellos conseguirá otra naturaleza:

<b>Teoría del delito</b>	
<p>Conducta</p> <p>Acción: Resultado típico, jurídico, formal o material</p> <p>Omisión: Resultado típico, jurídico, formal o material</p> <p>Comisión por Omisión: el medico toma la responsiva de su paciente, lo abandona y fallece.</p>	<p>Ausencia de Conducta</p> <p>Movimiento Reflejo</p> <p>Movimientos Fisiológicos</p> <p>Sonambulismo</p> <p>Hipnotismo</p> <p>Caso Fortuito</p> <p>Fuerza Física Exterior Irresistible (Vis Absoluta)</p> <p>Fuerza de la Naturaleza (Vis Mayor)</p> <p>Epilepsia</p> <p>Violencia Moral (Vis Moral)</p>
<p>Tipicidad</p> <p>Lo que dice la ley de manera descriptiva</p>	<p>Atipicidad</p> <p>Falta de Objeto Jurídico</p> <p>No se destruye el bien jurídico</p> <p>Falta de objeto material</p> <p>Falta de medios idóneos</p> <p>Abuso de autoridad</p> <p>Ley de Amparo Art. 206 – Desobediencia a orden de suspensión provisional</p> <p>CPF Art. 215</p> <p>Tipicidad</p> <p>Atipicidad – cambio de denominación del delito / no integración del delito/inexistencia del delito:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Por falta de objeto jurídico</li> <li>- Falta de objeto material</li> <li>- Falta de medios idóneos</li> </ul> <p>Tipo – descripción que hace la ley de un delito</p> <p>Ausencia de Tipo – no hay tipo penal = inexistencia absoluta del delito</p> <p>Elementos del Tipo</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Esenciales:</li> <li>- Existenciales</li> <li>- Constitutivos</li> </ul> <p>Objetivo Material (verbo rector) – fin hacia donde llega la conducta</p>

	Subjetivo – <i>animus</i> , lo psíquico, finalidad mental del delito. Nace en la mente humana  Metodología/Clasificación del Delito en Orden al Tipo
Antijuridicidad	Causas de Justificación
Imputabilidad	Causas de inimputabilidad
Culpabilidad	Causas de inculpabilidad
Punibilidad	Excusas Absolutorias
Condicionalidad Objetiva de Punibilidad	Ausencia de Condicionalidad Objetiva

No obstante lo anterior, como hemos visto en otras ramas es más notoria la transversalidad del abuso del derecho, puesto que algunas figuras jurídicas tuvieron su origen en él, esto es, que de un derecho meramente privado se ha ido desarrollando hasta el Derecho Público.

Recordando que el Derecho Público es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre el Estado y otros entes públicos y entre el Estado y los particulares, mientras que el Derecho Privado regula las relaciones entre particulares, procedemos a puntualizar una variedad de situaciones *ad-hoc* al abuso del derecho.

#### **4.5 Breves casos de abuso del derecho [o de figuras análogas] en el Derecho Público.**

En las siguientes líneas expondremos algunos ejemplos fácticos del posible ejercicio abusivo de los derechos en el Derecho Público. Es decir, como lo mencionamos anteriormente, de las figuras jurídicas que se han elaborado o si se prefiere, evolucionado, tomando como punto de partida la teoría en estudio, o por lo menos sus elementos: ejercicio de un derecho que cause un daño; ejercitarlo con la finalidad de causar daño y que no reporte ninguna utilidad para su titular.

Entre los casos contemporáneos, encontramos cuando en septiembre de 2003, la presa Villa Victoria, en el Estado de México (una de las tres más grandes con las que cuenta el sistema Cutzamala), se desbordó y ocasionó daños a más de 300 hectáreas de cultivo en cinco ejidos del mismo municipio. Los ejidatarios afectados exigieron una indemnización por parte de la Comisión Nacional del Agua (CNA) por los daños ocasionados a sus cultivos.<sup>214</sup> Después de una serie de negociaciones entre los comisarios ejidales y las autoridades de la CNA, se acordó el pago de una indemnización. Sin embargo, transcurrió más de un año sin que ese compromiso se cumpliera.<sup>215</sup>

De acuerdo a la teoría del abuso del derecho, ¿Qué es lo que correspondería para dar solución a este conflicto?, ¿Debemos recurrir a la legislación civil?, ¿Solicitar el pago de los daños ocasionados?, ¿A qué autoridad corresponde solucionar este problema?

En el mundo fáctico las cuestiones suelen ser más complejas, en este asunto, los ejidatarios argumentaron ser menospreciados por las autoridades estatales, <sup>216</sup> posteriormente tomaron de manera pacífica una planta potabilizadora sin interrumpir las actividades del personal,<sup>217</sup> los ejidatarios involucrados fueron acusados de robo<sup>218</sup> por parte de técnicos que resultaron haber “escondido” los artículos desaparecidos y las mujeres mazahuas de este grupo ejidal iniciaron un movimiento de presión mediática y social para exigir el pago de sus cosechas.

---

<sup>214</sup> Código Civil para el Estado de México

Artículo 7.145.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, aún cuando sea incapaz, cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Artículo 7.146.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se prueba que [el derecho] sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

<sup>215</sup> Perló Cohen, Manuel y González Reynoso, Arsenio Ernesto. “*¿Guerra por el Agua en el Valle de México? Estudio sobre las relaciones hidráulicas entre el Distrito Federal y el Estado de México*”, UNAM, Noviembre 2005. Consultado el 05 de Enero de 2017 en:

[http://centro.paot.org.mx/documentos/unam/guerra\\_por\\_agua\\_digital.pdf](http://centro.paot.org.mx/documentos/unam/guerra_por_agua_digital.pdf)

<sup>216</sup> Ídem.

<sup>217</sup> Íbidem.

<sup>218</sup> El Código Penal Federal en su artículo 367 establece que: “Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.”

En este caso y a la lectura de los artículos citados en las debidas notas, se aprecia la cantidad de materias que se inmiscuyen en nuestro tema. Recordemos que en el caso de la Corte de Lyon donde el propietario de un inmueble se dedicó a sobre explotar un pozo con el fin de privar a su vecino del vital líquido, la controversia se dirimió entre particulares, es decir por medio de la materia correspondiente por los sujetos. En el asunto planteado, la previsión que con el paso de las décadas ha tenido el legislador ha permitido ubicar una diversidad de acciones a tomar mediante la atomización del caso en cuestión, siendo de esta manera, como medidas en justicia cívica, en materia civil, en materia administrativa del orden local, en materia administrativa del orden federal e incluso en materia penal -dadas las acusaciones- concluyen en un mismo punto, mostrándonos de ésta forma que el Derecho merece una interpretación armónica y omnicomprensiva.

Aun con la especialización de las materias en el asunto que presentamos hemos podido encontrar una situación que conforme a los elementos nacionales constituye un verdadero abuso del derecho.

Respecto al derecho de libertad de expresión, especialmente el derecho a la libertad de prensa, encontramos algunas circunstancias abusivas concernientes a la dignidad del individuo, las cuales son la injuria, la difamación y la calumnia, tipos que en materia penal dejaron de contemplarse como delitos, pero que en la vida privada, la imagen y el honor siguen siendo regulados por la materia civil en una ley independiente del Código Civil la cual se llama Ley de

Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada<sup>219</sup>, el Honor<sup>220</sup> y la Propia Imagen<sup>221</sup> en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

---

<sup>219</sup> Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

#### VIDA PRIVADA

Artículo 9.- Es vida privada aquella que no está dedicada a una actividad pública y, que por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa; y en donde, en principio, los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta.

Artículo 10.- El derecho a la vida privada se materializa al momento que se protege del conocimiento ajeno a la familia, domicilio, papeles o posesiones y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

Artículo 11.- Como parte de la vida privada se tendrá derecho a la intimidad que comprende conductas y situaciones que, por su contexto y que por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho

Artículo 12.- Los hechos y datos sobre la vida privada ajena no deben constituir materia de información. No pierde la condición de íntimo ni de vida privada aquello que ilícitamente es difundido.

#### <sup>220</sup> DERECHO AL HONOR

Artículo 13.- El honor es la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama.

El honor es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable.

Artículo 14.- El carácter molesto e hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información, para sobrepasar el límite de lo tolerable, esas expresiones deberán ser insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones, innecesarias en el ejercicio de la libertad de expresión y derecho a la información. Por lo tanto, la emisión de juicios insultantes por sí mismas en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana.

Artículo 15.- En ningún caso se considerará como ofensas al honor, los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestre un propósito ofensivo.

#### <sup>221</sup> PROPIA IMAGEN

Artículo 16.- La imagen es la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material.

Artículo 17.- Toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma.

Artículo 18.- Para efectos del presente Capítulo, constituirá acto ilícito la difusión o comercialización de la imagen de una persona sin su consentimiento expreso.

Artículo 19.- La imagen de una persona no debe ser publicada, reproducida, expuesta o vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público y sean de interés público.

Artículo 20.- Cuando la imagen de una persona sea expuesta o publicada, fuera del caso en que la exposición o la publicación sea consentida, con perjuicio de la reputación de la persona, la autoridad judicial, por requerimiento del interesado, puede disponer que cese el abuso y se reparen los daños ocasionados.

Artículo 21.- El derecho a la propia imagen no impedirá:

Tras considerar que las personas, periodistas y comunicadores tienen derecho a difundir información o sus opiniones, hay quienes abusan de este derecho perjudicando la vida de otras personas al divulgar sucesos exagerados, erróneos o falsos por el simple motivo de perjudicar a otros actuando dentro y fuera de la ley, dado que ejercen su derecho de prensa mas buscan el daño a otros a través de ese medio sin reportar beneficio, dando origen a un reproche por parte del afectado y que daña a ese pasivo sin que pueda presentar objeción legal salvo la posibilidad de demandar la reparación del daño moral causado por la vía civil. Lo anterior se da frecuentemente entre figuras públicas, como son los actores, conductores, cantantes, políticos, empresarios, modelos, deportistas, líderes religiosos, artistas, etc.

Evocando el caso de la corte de Colmar, donde el propietario del inmueble edificó una chimenea falsa solo para ensombrecer el predio contiguo, el día de hoy tenemos el caso de la empresaria mexicana María Asunción Aramburuzabala Larregui en contra de Teresa Adriana Pérez Romo, esposa de uno de los periodistas más famosos de México, Joaquín López Dóriga, en el llamado “caso Abila”.

En síntesis, la inmobiliaria Abilia, propiedad de la empresaria María Aramburuzabala, denunció por extorsión<sup>222</sup> a Teresa Pérez Romo, dado que el abogado de ésta, Mario Alberto Becerra Pocaroba, a nombre de vecinos del edificio de Rubén Darío 223 y de la esposa de López Dóriga, planteó el pago de 5 millones de dólares, más 600 mil dólares por sus honorarios y una serie de obras de “mitigación” en la colonia Polanco, en la Ciudad de México, a cambio

---

I. Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público que sean de interés público.

II. La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

III. La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

<sup>222</sup> Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

Capítulo VI

Extorsión

Art. 236.- Al que obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro causando a alguien un perjuicio patrimonial, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a ochocientos días multa.

de que no se interpusiera juicio de lesividad en contra de la obra en construcción de Aramburuzabala.

Al negar la empresaria la propuesta de extorsión, Becerra Pocoroba presentó el juicio de lesividad en contra de la obra inmobiliaria de la empresa Abilia.

La denuncia de extorsión fue hecha pública por Aramburuzabala. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal resolvió a favor de la compañía Abilia el juicio de lesividad y la Conserjería Jurídica del Distrito Federal afirmó que “acatará el fallo”.<sup>223</sup>

Independientemente de la resolución de la controversia y de las repercusiones que pudieran suscitar, surgen varios elementos que podemos resaltar como ejercicio abusivo de los derechos. En primer lugar, el hecho de que la inmobiliaria Abilia, a cargo del desarrollo marcado en la calle Rubén Darío 225 haya fusionado cinco predios -inicialmente pretendiendo edificar cinco torres, posteriormente tres y luego dos, ambas de 30 pisos y 140 metros de altura-, lo cual, según la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal establece que se debe emitir un dictamen de impacto urbano o ambiental, donde aproximadamente 200 árboles han sido talados, generando un abuso recurrente en la fusión de terrenos sin acatar la norma reforestando la zona. Esto es, la ley autoriza que se fusionen los predios, sin embargo las constructoras no cumplen su obligación de emitir su dictamen de impacto urbano y -en el mejor de los casos- reforestan con menos árboles de los que deberían o en algunos casos ni siquiera lo hacen, por lo cual abusan de su derecho toda vez que consiguiendo la autorización por parte del Gobierno de la Ciudad se olvidan acatar correctamente de sus responsabilidades y se excusan manifestando que cumplieron con la ley podando el área, sí, pero no como la normatividad debidamente lo marca.

---

<sup>223</sup> Aristegui Noticias, consultado el 18 de enero de 2017 en: <http://aristeguinoticias.com/1310/mexico/aramburuzabala-ratifica-demanda-por-extorsion-contra-esposa-de-lopez-doriga/>

Por otro lado, el Programa de Mejoramiento y Rescate de la Zona Especial de Desarrollo Controlado (Zedec) "Polanco", restringe que en esa zona sólo se permita que los inmuebles con frente a Rubén Darío cuenten con una altura máxima de 4, 12, 22 y hasta 30 niveles dependiendo de la superficie del predio.

El Programa Parcial de Desarrollo Urbano de Polanco, en lo que se refiere a Zonificación y Normas de Ordenación, permite la construcción de inmuebles de 12 pisos en predios fusionados como los de ese lugar.<sup>224</sup>

Con base en el Programa Parcial de Desarrollo Urbano Polanco en la Delegación Miguel Hidalgo, en su Norma de Ordenación Particular para Predios con Frente a Rubén Darío, se lee lo que sigue:

**- Área libre de Construcción y Alturas de Edificación.**

Superficie del Predio (m <sup>2</sup> )	% de Área libre de Construcción	Altura de la Edificación	
hasta 500.00	mínimo un 30	Hasta 4 niveles	La altura en metros será la que indique el Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal y sus Normas Técnicas Complementarias.
de 501.00 a 3000.00	35	hasta 12 niveles	
de 3001.00 a 10,000.00	40	hasta 22 niveles	
mayores de 10,000.00	45	hasta 30 niveles	

**- Superficie Mínima de Vivienda**

La superficie mínima de vivienda en los predios con frente a la Av. Rubén Darío, en el tramo de Arquímedes a Spencer, será igual o mayor a 250 m<sup>2</sup>, sin contar indivisos.

**- Restricciones a las Construcción en el frente de predios y colindancias laterales y posteriores**

Los predios con frente a la Av. Rubén Darío que tengan colindancias a otras calles, deberán dejar 5.0 m libres de construcción como área jardinada a lo largo de éstos frentes, pudiendo construir a partir de esta restricción, una franja de 3.0 m, hasta una altura de 9.0 m; en los siguientes 3.0 m, hasta una altura de 18.00 m; en los siguientes 3.0 m, hasta una altura de 27.00 m, y a partir de estos 14.00 m, contados a partir del alineamiento, se podrá construir la altura máxima permitida. Del mismo modo, los predios con colindancias a otros predios, deberán dejar una restricción de 5.0 m como mínimo, a partir de los 9.0 m de altura o 3 niveles. Cuando estos últimos tengan construidas edificaciones ciegas al límite del terreno, se podrá construir en forma colindante, sin respetar esta restricción.

Aquí puede observarse otro posible abuso: La norma marca ciertos números de niveles dependiendo de la superficie del terreno, pues bien; no queda del todo claro cuánto pueden medir esos niveles. Por ejemplo, una torre de 12 niveles y que en cada piso mida 2.5 metros de altura suman un total de 30 metros; por otro lado tenemos otra torre con los mismos 12 niveles pero que

<sup>224</sup> Periódico Milenio. "Fuera de norma, nuevo edificio de Aramburuzabala en Polanco", consultado el 21 de enero de 2017 en: [http://www.milenio.com/region/norma-nuevo-edificio-Aramburuzabala-DF-movilidad-amenaza-ambiente-urbanos\\_0\\_578942118.html](http://www.milenio.com/region/norma-nuevo-edificio-Aramburuzabala-DF-movilidad-amenaza-ambiente-urbanos_0_578942118.html)

cada piso mide 3 metros de altura, si se suma tendría una altura de 36 metros, es decir 6 metros más que la primer torre, lo que en otras palabras, equivaldría a 2 pisos extras de aquella misma torre. ¿Incumple la segunda torre con la norma? Estrictamente no, la ley establece 12 niveles, sin embargo sabemos que lo que el bien jurídico tutela es la imagen urbana como el correcto funcionamiento de la zona, es decir evitar grandes edificios que requieran de más servicios como son el drenaje, la luz, el agua, o el gas natural para que no se vean disminuidos; que las edificaciones cuenten con una armonización para no obstruir ni la luz del sol tanto a los habitantes como a la vegetación del lugar, así como la vista de los colonos al resto de la ciudad. Por lo que, mientras una edificación sea más elevada, más imposibilitará que tanto las áreas verdes como los habitantes cuenten con la entrada del sol. Entonces recapitulando nuestro ejercicio, la constructora de la segunda torre alegará que cumple con la regla, su edificio es de 12 niveles, sin embargo, y es lo que destacamos, abusa de su derecho al realizarlo de esa manera.

Siguiendo el precedente citado, ese ha sido uno de los principales argumentos de los vecinos del lugar ya que el hecho de que sus viviendas sean ensombrecidas y sus jardines sean destruidos o privados de la luz solar, es provocado a causa de este tipo de edificaciones que sobrepasan la altura permitida.

Como se ha visto a lo largo de este estudio, para ubicarse en la teoría del abuso del derecho los hechos deben de acreditarse con los elementos constitutivos de la figura jurídica: que al ejercitar el derecho se cause un daño y que no reporte utilidad para su titular. Cediendo sin conceder que la empresaria cumpla con la normatividad, podemos igualmente demostrar que la esposa del periodista abusa de su derecho ya que al acudir ante los tribunales causa un daño a la empresaria sin más beneficio para ella que entorpecer los negocios de Aramburuzabala y retrasar sus edificaciones.

Otro ejemplo encontrado sobre el mismo asunto es concerniente al abogado Mario Alberto Becerra Pocoroba, no sólo por su excesivo cobro de 5

millones de dólares, más los 600 mil dólares de honorarios sino que, aunado a ello, amenaza a la empresaria para no interponer un juicio. Además de que el litigante comete delito de extorsión, abusa de su derecho en la forma en que lo explicamos anteriormente en referencia a las diversas figuras relacionadas con el abuso del derecho, especialmente respecto al derecho de acudir a los tribunales, la práctica ilícita del abogado, el oportunismo legal y cualquier otro que encuadre con la conducta de este sujeto.

Un caso más que podemos mencionar -y este en materia laboral- es el derecho de huelga, reconocido por la Ley Federal del Trabajo, con el objeto de permitir la defensa de los intereses de los trabajadores. Si usan esta figura jurídica con otros fines, hay abuso del derecho. Por ejemplo, una huelga para hacer que se cese a un obrero no sindicalizado, constituye un ataque a la libertad de trabajo. El obrero podrá ejercer una acción de daños y perjuicios contra los actores de la huelga. De igual forma terceras personas tienen derecho a intervenir en esas huelgas, pero no deben valerse de esos derechos para desviarlos de sus legítimos fines.

Con los anteriores ejemplos se puede brindar un apoyo muy útil para comprender mejor la transversalidad del abuso del derecho, principalmente en el Derecho Público y en el Social.

#### **4.6 Consideraciones finales sobre el abuso del derecho desde el punto de vista del sustentante.**

Después de haber expuesto en los anteriores capítulos los antecedentes de la figura jurídica en estudio; sus distintas teorías a favor y en contra; tras haber comparado su regulación en los demás sistemas jurídicos; así como haber estudiado la evolución histórica y su normatización en el ordenamiento jurídico mexicano; el que suscribe esta tesis considera precisar que por lo que respecta a la teoría en análisis, el hecho de que nuestra legislación no la contemple como una figura independiente constituye una grave omisión que repercute en todos los demás derechos reconocidos dentro de nuestra legislación y en la esfera jurídica del gobernado, dado que amparándose en el aparente ejercicio legítimo

de un derecho pueden darse situaciones que dejen en el desamparo total a la víctima de tal abuso.

Con lo anterior no se pretende limitar el libre ejercicio de los derechos, ya que con esto no viviríamos en un sistema de legalidad. Nuestro objetivo es que se persiga con este trabajo la contemplación del supuesto de que una persona al abusar de un derecho otorgado por la ley y que lo utilice con el fin de perjudicar a otro, se hará merecedora a una consecuencia jurídica.

Así, en la vida diaria encontramos la presencia de diversos casos de abuso del derecho que se pueden dirimir -y menos mal- en las disposiciones del código sustantivo en materia civil para la Ciudad de México, como es el caso del cónyuge separado que teniendo recursos e ingresos bastos dolosamente renuncie a su empleo, finja caer en insolvencia o solicite a su empleador bajarle la nómina con el propósito de demandar alimentos en términos del artículo 323 con la única finalidad de perjudicar a su antiguo consorte.<sup>225</sup>

En materia civil, respecto a la propiedad y a las servidumbres puede presentarse que alguien sin obtener ningún beneficio evite el paso de materiales y equipo para el acondicionamiento y reparación de un inmueble enclavado en

---

<sup>225</sup> Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México)

Artículo 323.- En casos de separación o de abandono de los cónyuges, el que no haya dado lugar a ese hecho podrá solicitar al juez de lo familiar que obligue al otro a seguir contribuyendo con los gastos del hogar durante la separación, en la proporción en que lo venía haciendo hasta antes de ésta; así como también, satisfaga los adeudos contraídos en los términos del Artículo 322. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el juez de lo familiar fijará la suma mensual correspondiente y dictará las medidas necesarias para asegurar su entrega y el pago de lo que ha dejado de cubrir desde la separación.

Toda persona a quien, por su cargo, corresponda proporcionar informes sobre la capacidad económica de los deudores alimentarios, está obligada a suministrar los datos exactos que le solicite el Juez de lo Familiar; de no hacerlo, será sancionada en los términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles y responderá solidariamente con los obligados directos de los daños y perjuicios que cause al acreedor alimentista por sus omisiones o informes falsos.

Las personas que se resistan a acatar las órdenes judiciales de descuento, o auxilien al deudor a ocultar o simular sus bienes, o a eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, son responsables en los términos del párrafo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos legales.

El deudor alimentario deberá informar de inmediato al Juez de lo Familiar y al acreedor alimentista cualquier cambio de empleo, la denominación o razón social de su nueva fuente de trabajo, la ubicación de ésta y el puesto o cargo que desempeñará, a efecto de que continúe cumpliendo con la pensión alimenticia decretada y no incurrir en alguna responsabilidad.

un predio dominante con el único fin de que su propietario no pueda terminar en tiempo y verse así perjudicado, como hemos indicado, se puede resolver con lo dispuesto por el artículo 1912 para configurar al abuso del derecho.

Es notable ver que la figura en estudio se presenta como una teoría propia de las creaciones jurídicas. Como se ha visto, donde puede apreciarse con mayor claridad es en la propiedad a través del ámbito civil, creada por la sabiduría romana ya analizada y de la cual se funda someramente esta teoría, expandiéndose hasta abarcar otras áreas consiguiendo mayor certeza y seguridad cuidando siempre de no excederse de los límites que el mismo derecho establece.

Continuando con la misma idea sobre la factibilidad de incrementar la presencia de este término jurídico en nuestra legislación, es indispensable considerar que para su reformulación como principio general del derecho resulta imprescindible que sea separada del hecho ilícito como generadora de obligaciones para que el legislador aporte un concepto claro del mismo y en el que se contemplen los elementos que como hemos visto e insistido son esenciales para la expansión del abuso del derecho, este es: hacer uso de un derecho con la intención de dañar a otro sin que se obtenga ningún beneficio.

Por lo anterior, considero que el abuso del derecho debe ser ubicado en las disposiciones preliminares<sup>226</sup> del Código Civil y como principio general del

---

<sup>226</sup> De acuerdo al *Diccionario de la Real Academia "preliminar"* es aquello "*que sirve de preámbulo o proemio para tratar sólidamente una materia*" Por lo que este apartado regula materias cuyo conocimiento previo resulta indispensable para la interpretación y aplicación del resto del ordenamiento, no sólo en el ámbito civil, sino en el resto de las ramas del derecho dado que los supuestos y consecuencias previstos tienen relación con cualquier materia jurídica. En palabras del maestro Fausto Rico: "*constituyen lo que se conoce como "Derecho sobre el Derecho"; más que estar encaminadas a normar la conducta de los hombres, tienen como propósito principal regir la operatividad del sistema jurídico*" En este sentido, el mismo autor afirma que las disposiciones preliminares regulan tres temas: la teoría de la Ley, el principio de autonomía de la voluntad y la decisión de las controversias civiles. Es en el primero [teoría de la Ley] en el que pensamos sobre la aplicabilidad del abuso del derecho, entendiéndola como "*el conjunto de principios que condicionan la creación y aplicación de las normas generales emanadas del proceso legislativo.*" para contar con el efectivo ámbito de validez en todo el sistema jurídico mexicano. RICO ÁLVAREZ, Fausto. GARZA BANDALA, Patricio. COHEN CHICUREL, Mischel. "*Introducción al Estudio del Derecho Civil y Personas*" Ed. Porrúa, México, 2009, pp. 115 y 117.

derecho a fin de que tal figura tenga mayor presencia tanto en la legislación civil como en el resto de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, no se considera que el precisar el concepto de la figura del abuso del derecho sea un problema, sino lo que podría traer cierta incertidumbre sería la aplicación de la norma dado que sería el juzgador quien tendría que avalar los argumentos de las partes, ahondando en todos los detalles y descubriendo la intención realizada y dado que en nuestra legislación se presume la buena fe, es complicada la impartición justicia, por tal razón es preferible que el abuso quede establecido como principio general y bajo el supuesto ejercicio legítimo de un derecho a que permanezcan exclusivamente en una norma a criterio del juzgador.

## CONCLUSIONES

**Primera.** El Derecho por sí mismo no abusa. Son las personas quienes mediante el ejercicio extralimitado de aquellos dan un uso más allá al originalmente establecido en el ordenamiento jurídico.

**Segunda.** A la teoría del abuso del derecho se le denomina con distintos nombres, entre los que destacamos: *abuso del derecho, abuso de los derechos, uso abusivo de los derechos, ejercicio abusivo de los derechos, abuso de los textos legales o reglas jurídicas, acto abusivo disimulado bajo la apariencia del ejercicio del derecho, actos emulativos y actos abusivos.*

**Tercera.** Respecto a la naturaleza jurídica del abuso del derecho la doctrina ha elaborado algunos criterios que tienden a calificarlo, entre ellos tenemos:

1) El *criterio intencional* el cual se trata de una valoración subjetiva, que afirma que hay abuso del derecho cuando una persona lo ejerce con la intención de causar daño a otro, esto es, cuando actúa con dolo. Si bien el *animus nocendi* -propósito de dañar o perjudicar- no se requiere que sea el único motivo de la actuación del responsable, si se requiere que sea el móvil determinante.

2) El *criterio técnico o de la culpa* en el cual existe abuso del derecho cuando una persona causa un daño a otra ejerciéndolo con culpa, es decir, con imprudencia o negligencia. Parte del criterio de Robert Joseph Pothier quien dividía la actual figura de hecho ilícito en actos intencionales (delitos) y actos culposos (cuasidelitos). Si el titular del derecho no hizo un ejercicio prudente del mismo, incurre en abuso del derecho.

3) El *criterio del beneficio económico o del derecho poder* que se encuentra en los sistemas liberales o de economía liberal, el cual tiene la convicción de que la persona es titular de un derecho subjetivo donde puede ejercerlo libremente y que no por ello es responsable de las consecuencias que

deriven del uso -o abuso- de ese derecho toda vez que al tener este poder se tiene la facultad de ejercerlo de la manera en que más le convenga.

4) El *criterio del derecho función o del fin social del derecho*, el cual parte de la idea de que los derechos subjetivos deben ser ejercidos de acuerdo con la finalidad social que le atribuye el derecho objeto de crearlos, en otras palabras, determina que los derechos deben de ejercerse acorde a la función para la cual fue constituido por el legislador en favor de la sociedad.

**Cuarta.** El legislador de 1928 se acogió a los criterios establecidos principalmente por el Código Napoleón y otras legislaciones importantes de la época para regular la teoría del abuso del derecho en México, y para ello toma en cuenta al *criterio intencional* ya referido para redactar el artículo 1912 del Código Civil para la Ciudad de México dentro del Capítulo de los actos ilícitos; y por el otro al *criterio funcionalista* establecido en el artículo 840 del mismo Código sustantivo al señalar que no es lícito ejercitar el derecho de propiedad, de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

**Quinta.** El ejercicio abusivo de un derecho deriva en el instante en que se opone al contexto de la norma y de la buena fe, o al objetivo con el que la ley se creó, siendo de igual manera un abuso la finalidad exclusiva de causar daño a otro u otros, mismo que corresponde la obligación de indemnizarlo.

**Sexta.** De conformidad a la mayor parte de los civilistas, el abuso del derecho se compone de 4 elementos desglosados de la manera que sigue:

<b>La Teoría de los 4 Elementos</b>	
<b>1. La Acción</b>	Es la existencia y posterior ejercicio de un derecho respecto del cual el titular se sirve con la intención ignota de causar daño a otro sujeto.
<b>2. Ausencia de Beneficio</b>	Es la falta de un interés medido y auténtico, a partir del cual los tribunales deben denegar su ejercicio por no aportar utilidad para su titular. Para mejor proveer es necesario analizar cómo se ejerce el derecho en el presente para prever si en el futuro el acto que carece de utilidad produce algún beneficio posterior.
<b>3. Propósito de dañar o perjudicar (Animus Nocendi)</b>	Consiste en el elemento subjetivo, que presenta la ambición anímica tal y como es comprendida y que constituye el elemento esencial durante el ejercicio abusivo de un derecho. La intención de dañar debe estar plenamente reconocida y vincularse a la noción común del dolo, consistente en el afán de dañar, cuya objetividad sea dudosa y desvele la pretensión con que se lleva a cabo.
<b>4. Perjuicio Ocasionado</b>	Es el elemento indicativo del cual partirá el análisis dogmático, siendo a partir de su presencia que es posible verificar la existencia de los demás componentes y que además ayudará a calcular el importe de la reparación procedente.

**Séptima.** El Código Civil vigente para la Ciudad de México establece en su artículo 1912:

Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

Con base en este numeral se presentan:

**Los elementos que comprenden el ejercicio abusivo de un derecho para el Código Civil.**

1. La presencia de un derecho.
2. El ejercicio (abusivo) de ese derecho.
3. Que exista como consecuencia: daño por extralimitar el ejercicio de ese derecho.
4. Obligación de indemnizar.
5. El ánimo de perjudicar por parte del que lo ejerce.
6. Que el derecho reclamado no ofrezca beneficio alguno para el que lo ejercita.

**Octava.** De la anterior conclusión se desprende que el abuso del derecho estipulado en el Código Civil, lo contempla como una especie de *hecho ilícito* en su Libro Cuarto, Parte Primera, Título Primero, Capítulo V, intitulado “*De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos*”.

**Novena.** Por hecho ilícito se entiende a toda conducta humana culpable, ya sea por acción o por omisión, contraria al ordenamiento jurídico positivo, acreedora de una sanción, misma que consiste en el deber de indemnizar al afectado, esto es: una responsabilidad civil.

**Décima.** Existe la idea errónea que el abuso del derecho se puede desarrollar a través de la teoría de la responsabilidad subjetiva o de la responsabilidad objetiva. Es decir, si nace de un hecho no sólo ilícito sino también culpable, donde el agente productor del daño ha de actuar con dolo o culpa; o bien, si se produce con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable por un hecho lícito. Sin embargo, la manera en que esta teoría se explica es a través del criterio intencional reflejado en el artículo 1912 del Código Civil para la Ciudad de México y en el derecho función consagrado en el artículo 840 de la misma legislación.

**Decimoprimera.** La idea en la que coinciden algunos autores consiste en limitar los derechos porque éstos tienen características determinadas y son variadas la cantidad de limitaciones que imponen las normas. En otras palabras, de acuerdo al carácter general de las normas, no se puede regular la conducta humana de manera concreta o específica a todos los casos que pudieran presentarse para su aplicación, sino que el ejercicio de los derechos en ocasiones no poseen limitantes -como sucede con el derecho real por excelencia que es la propiedad- y al sobrepasarlos se considera conforme a la ley que se ejercen de manera abusiva.

**Decimosegunda.** Bonnacase considera que para el abuso del derecho son necesarios dos elementos: el *subjetivo*, que es el propósito o intención de dañar o perjudicar (*animus nocendi*) y el *objetivo* consistente en el daño. De igual forma nos señala que no hace falta limitar el ejercicio de un derecho porque éste no se manifiesta a través de sus límites, sino en sus consecuencias jurídicas que llevan la responsabilidad civil, es decir, a la indemnización. De esta manera, al ejercitar cualquier derecho sin utilidad para su titular y al provocar un daño se actualiza la teoría en estudio.

**De esta manera, para Bonnecase, el ejercicio abusivo de un derecho se constituye de los siguientes elementos:**

1. Ejercitar un derecho.
2. La ausencia de beneficio en su ejercicio.
3. Intención de causar daño.
4. El daño que se ocasiona al tercero.

**Decimotercera.** El Código Civil para la Ciudad de México en este aspecto se presenta inclinado por la Teoría Subjetivista al señalarnos que el que ejerza el derecho del cual es titular de manera extralimitada o abuse de la función para la cual se le confirió, debe indemnizar al perjudicado cuando se ha actuado con la finalidad de causar daño.

**Decimocuarta.** En este tenor se distingue claramente el elemento subjetivo, consistente en el ejercicio infructuoso de un derecho sumado al dolo o malicia - *neque malitiis indulgendum*- (no hay que ser indulgente con la maldad) con la cual actúa el titular del derecho y que se interpreta como “*el fin de causar daño*”.

**Decimoquinta.** El Código Civil para la Ciudad de México, en su numeral 1912 hace referencia de manera general a todo derecho, principalmente a aquellos con naturaleza patrimonial, mientras que el mismo ordenamiento en su numeral 840 señala:

No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

De esta manera el Código regula el derecho de propiedad al disponer la ilicitud del ejercicio de un derecho cuando se dañe a aquel contra quien se ejercita sin que el titular del derecho obtenga beneficios.

**Decimosexta.** Entendiendo la postura de Josserand se discierne que en cualquier hipótesis, la responsabilidad civil es manifiesta. Los derechos no pueden ejercitarse arbitrariamente ni literales a su redacción, sino también a cargo del espíritu originalmente imbuido en ellos. En atención a su carácter general deben ejercitarse de forma legítima, con motivación genuina, sin permitir su uso desviado, malicioso, dañino, inmerecido, ni contrario a los antecedentes por los que fueron creados. Para el autor en cita debe de ponderarse con extremo cuidado en la balanza jurídica los derechos ejercitados ya que lo que para uno es beneficioso para el otro puede ser perjudicial: “*summum ius, summa iniuria*” (suprema justicia, suprema injusticia).

**Decimoséptima.** Cualquier persona puede reclamar su derecho bajo la tutela jurisdiccional, siempre que no rompa el equilibrio que existe con respecto a los derechos de terceros. Lo que el juez debe ponderar es que el derecho reclamado no afecte o rompa el equilibrio que existe en un sistema jurídico al enfrentarlo con el derecho de los demás.

**Decimooctava.** La existencia de una “laguna” en el Derecho puede devenir en el ejercicio abusivo del mismo, otorgando en diversos casos una ventaja exagerada de la normatividad.

**Decimonovena.** La reflexión final a la que llegamos es que el abuso del derecho debe incluirse como principio general en las disposiciones preliminares del Código Civil aplicable para la Ciudad de México, toda vez que al estar regulado como una especie de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos en un sólo artículo, a esta figura no se le considera con la importancia que debe de tener en la teoría y en la práctica profesional y aunque algunos sostienen que se encuentra en el artículo 16, pensamos que en éste se restringe al uso y disposición exclusivo de las actividades y bienes por parte de los habitantes en esta ciudad. Por lo que al contemplarse correctamente dentro de los 21 primeros artículos la figura jurídica superaría los límites de la materia Civil, dado que los supuestos y consecuencias previstos en ese preámbulo pernean con el resto del ordenamiento jurídico.

**Vigésima.** Encontramos por tanto, que este principio del derecho es trascendental tanto en la teoría como en la práctica para todo sistema jurídico en cualquier país y rama del derecho positivo mexicano, ya que al establecerlo así, permite la adecuada integración y organización de todo ordenamiento legal que está creado para que la sociedad viva en paz, con orden y civilidad.

## BIBLIOHEMEROGRAFÍA

### LIBROS

ALTERINI, Atilo, Aníbal. “*Derecho Privado*” T.I. 4ª edición. Ed. Abeldo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1989.

ALTERINI, Atilo, Aníbal. AMEAL, Oscar José. López Cabana, Roberto M. “*Curso de Obligaciones*” 3ª edición. Tomo II, Ed. Abeldo Perrot S.A.E. e I., Buenos Aires, Argentina.

ALTERINI, Atilo, Aníbal. BELLUSCIO., CASTÁN VÁZQUEZ., et. al. “*Estudios de Derecho Civil*” Ed. Universidad, Buenos Aires. 1980.

ARISTÓTELES. “*Tratados de Lógica: El Organón*”, México, 12ª ed., Porrúa, 2008.

BARDELL, Geoff. “*Sacred Weapons, Profane Enemies*”, Inglaterra, Lulu Print Edition, 2014.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. “*Obligaciones Civiles*”, 6ª edición, Oxford University Press, México, D.F., 2010.

BONNECASE, Julien. “*Elementos de Derecho Civil*”. Tomo II. Vol. XIV. 1ªed. Española. Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, Pue. 1945.

“*La escuela de la exégesis*”, Puebla, México, Cajica, 1944.

“*Tratado Elemental de Derecho Civil*”, trad. Leonel Pereznieta Castro, México, Oxford University Press, México, 2004.

BORDA, Guillermo A. “*Manual de Derecho Civil: Obligaciones.*” 13ª ed. Ed. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, 2008.

CABANELLAS, Guillermo. “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”, T. I., 26ª ed., Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1998.

CASTILLO BLANCO, Federico. “*La Interpretación y Aplicación del Ordenamiento Jurídico Público*”, España, Instituto Nacional de Administración Pública, 2007.

CLARO SOLAR, Luis. “*Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado*”, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

CUADRADO PÉREZ, Carlos. “*Ruido, Inmisiones y Edificación*”, Reus, España, 2005.

CUETO-RUA, Julio. “*Abuse of Rights*”, Estados Unidos, Louisiana State University, 1975.

DE BUEN LOZANO, Néstor. “*Derecho del Trabajo*”, 21ª Edición, Tomo I, México, Porrúa, 2013.

DE GÁSPERI MORELLO, Louis. “*Tratado de Derecho Civil*” Vol. IV. 2ª ed. Traducción de Macedo. Ed. Tea, Argentina, 1965.

DIAS, R.W.M. “*Diccionario etimológico de la lengua castellana*”, Madrid, Real Academia Española, 1984.

“*Diccionario Latino-Español*”, Barcelona, Sopena, 1967.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1998.

DUGUIT, León. “*Transformaciones Generales del Derecho Privado Desde el Código de Napoleón*”, 2ª ed., trad. de Carlos G. Posada, Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán, España, 1921.

ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, Theodor, Wolff, Martin. "*Tratado de Derecho Civil*". T. II, Parte 2. Traducción de la 35ª edición alemana por Pérez González Blas y Alguer José. Ed. Bosch. Barcelona, 1935.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "*Abuso del Derecho*", Buenos Aires, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "*Introducción al Estudio del Derecho*", México, Porrúa, 1982.

GAUDEMET, Eugene. "*Teoría General de las Obligaciones*" 2ª ed. Trad. De Macedo. Ed. Porrúa, México, 1984.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "*Derecho de las Obligaciones*" 20ª edición. Ed. Porrúa., México. D.F., 2014.

HART. H. L. A. "*El Concepto de Derecho*", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2000.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. "*Derecho de Obligaciones*" 2ª ed. Suc. De Rivadeneyra, Madrid, 1960.

IGLESIAS, Juan. "*Derecho Romano*", 12ª ed., España, Ed. Ariel, 1999.

"*Derecho romano. Instituciones de derecho privado*" 6ª ed., Barcelona, Ariel, 1972.

IHERING, Rudolph Von. "*El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo*", Tomo I, traducción Enrique Príncipe y Satorres, Ed. Comares, España, 1998.

JOSSERAND, Louis. "*Del Abuso de los Derechos y Otros Ensayos*", Themis, Bogotá, Colombia, 1982.

KELSEN, Hans. *“Teoría General del Derecho y del Estado”*, México, 3ª ed., traducción de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

*“Teoría Pura del Derecho”* 1ª ed. 2ª reimpresión, traducción de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, DF, 1982.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *“Estudios de Derecho de Obligaciones”*, España, La Ley, 2006.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *“Instituciones de Derecho Civil. El Sistema de las Obligaciones”*, México, Porrúa, Primera Parte, Tomo VI, 1997.

MALDONADO GUTIERREZ, Rafael (taquígrafo). *“Apuntes de Obligaciones”*. Tomo I y II. Versión taquigráfica de clases en la Universidad de Venezuela, Año 1950-1951.

MARGADANT, Guillermo Floris. *“Derecho Romano”*, México, Esfinge, 1968.

MARTIN BERNAL, José Manuel. *“El Abuso del Derecho”*, Ed. Montecarlo, S.A., Madrid, España, 1982.

MAZEUD, Henri. et. al. *“Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. 1ª ed. Ed. Jurídicas Europeas. Buenos Aires, 1961.*

MERCADO NAVARRO, Felipe. *“Del abuso del derecho y la mala fe en los procesos civiles”*, en *“Revista Jurídica CEDUC”* de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Asunción, Paraguay, 2001.

MOLINER, María. *“Diccionario de Uso del Español”*, 3ª ed., Ed. Grados, España, 2007.

PLANIOL, Marcel. *“Tratado Elemental de Derecho Civil”* Trad. de la 12ª Ed. Francesa, por José M. Cajica Jr. Ed. José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1955.

POLOTTO, María Rosario. *“Derecho Privado y Modernización”*, Alemania, Max Planck Institute for European Legal History, 2015.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *“Diccionario de la Lengua Española”* (23ª ed.), 2014.

REALE, Miguel. *“Introducción al Derecho”* 2ª ed. Ed. Pirámide, Madrid, 1977.

RICO ÁLVAREZ, Fausto et. al. *“Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones”*. Ed. Porrúa, México, 2013.

RICO ÁLVAREZ, Fausto. GARZA BANDALA, Patricio. COHEN CHICUREL, Mischel. *“Introducción al Estudio del Derecho Civil y Personas”* Ed. Porrúa, México, 2009.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *“El Abuso del Derecho (Teoría de los actos antinormativos)”*, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Número 16, Octubre-Diciembre de 1954.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *“Compendio de Derecho Civil”*, Vol. III, 16ª ed. Ed. Porrúa, México, 1989.

*“Derecho Civil Mexicano”* T.I. 6ª ed. Ed. Porrúa, México, 1990.

*“Derecho Civil Mexicano”* T.V. Vol. II. 5ª ed. Ed. Porrúa, México, 1981.

SAVIGNY, Friedrich Von. *“Sistema del derecho romano actual”*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, España, 1924.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *“Introducción Analítica al Estudio del Derecho”* Ed. Themis, México, 2008.

*“Los Publicistas Medievales y la Formación de la Tradición Política de Occidente. Estudio Histórico Sobre la Recepción de la Ciencia Jurídica y su Impacto en las Ideas Políticas”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

*“Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la Racionalidad y la Ciencia del Derecho”*, México, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.

TAPIA RAMÍREZ, Javier. *“Derecho de las Obligaciones”* Ed. Porrúa, México, 2005.

VARGAS, Abraham. *“Estudios de Derecho Procesal”*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.

## ARTÍCULOS DE PERIÓDICOS Y REVISTAS

*“SCJN frena los cobros excesivos de abogados en casos de divorcio”* Periódico La Jornada de 05 de febrero de 2015, consultado el 07 de noviembre de 2016 en:

<http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/02/05/scjn-frena-cobros-excesivos-de-abogados-en-casos-de-divorcio-7999.html>

*“Fuera de norma, nuevo edificio de Aramburuzabala en Polanco”* Periódico Milenio de 24 de agosto de 2015, consultado el 21 de enero de 2017 en:

[http://www.milenio.com/region/norma-nuevo-edificio-Aramburuzabala-DF-movilidad-amenaza-ambiente-urbanos\\_0\\_578942118.html](http://www.milenio.com/region/norma-nuevo-edificio-Aramburuzabala-DF-movilidad-amenaza-ambiente-urbanos_0_578942118.html)

Perló Cohen, Manuel y González Reynoso, Arsenio Ernesto. *“¿Guerra por el Agua en el Valle de México? Estudio sobre las relaciones hidráulicas entre el*

*Distrito Federal y el Estado de México*”, UNAM, Noviembre 2005. Consultado el 05 de Enero de 2017 en:

[http://centro.paot.org.mx/documentos/unam/guerra\\_por\\_agua\\_digital.pdf](http://centro.paot.org.mx/documentos/unam/guerra_por_agua_digital.pdf)

*“Coercive Collection Tactics—An Analysis of the Interests and the Remedies”*

Washington University Law Review, consultado el 22 de abril de 2016 en:

[http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2714&context=law\\_lawreview](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2714&context=law_lawreview)

## **LEGISLACIÓN NACIONAL**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

Código Civil del Estado de Campeche.

Código Penal Federal.

Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

Ley de Justicia Cívica del Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito federal (hoy Ciudad de México).

Ley Federal del Trabajo.

## **DECISIONES JUDICIALES DE CARÁCTER NACIONAL**

Amparo Directo 2534/2014, resuelto el 04 de febrero de 2015, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Amparo Directo 31/2013, resuelto el 26 de febrero de 2014, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Tesis V.1o.25 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, Febrero de 2003, p. 967.

Tesis VII.3o.C.37 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, Agosto de 2003, p. 1763.

Tesis I.3o.A.7 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, L. 24, t. IV, Noviembre de 2015, p. 3434.

Tesis III.1o.C.22 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, L. 19, t. III, Junio de 2015, p. 1932.

## **INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL**

Código Civil Alemán.

Código Civil de España.

Código Civil de la Federación Rusa.

Código Civil de Suiza.

Código Civil Francés.

Código Civil Italiano.

Constitución de los Estados Unidos de América (1787).

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776).

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

## DECISIONES JUDICIALES DE CARÁCTER INTERNACIONAL

### España

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 15 de febrero de 2000 (recurso núm. 1452/95).

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 4 de junio de 2004 (recurso núm. 2338/98).

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 18 de mayo de 2005 (recurso núm. 4708/98).

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de junio de 2005, (recurso núm. 475/99).

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 01 de febrero de 2006 (RC nº. 1820/2000).

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 01 de Febrero de 2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 993/2006.

### Estados Unidos

Bull v. McCuskey, consultado el 23 de abril de 2016 en:

[<http://law.justia.com/cases/nevada/supreme-court/1980/10732-1.html>].

La Mantia v. Redisi, consultado el 24 de abril de 2016 en:

[<http://caselaw.findlaw.com/nv-supreme-court/1167888.html>].

*Mulligan Law Firm v. Zyprexa MDL*, consultado el 26 de abril de 2016 en:

[<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1519924.html>].

Santo G. LaMantia v. Frank Redisi, consultado el 25 de abril de 2016 en:  
[<http://caselaw.findlaw.com/nv-supreme-court/1167888.html>].

### **Francia**

Los casos de las Cortes de Colmar y Lyon fueron traducidos por el prosista en:  
[<http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4113&context=lalrev>].

### **Reino Unido**

Parlamento de Reino Unido [[www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk)], consultado el 21 de abril de 2016 en:  
[<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd001214/johnso-2.htm>].

## **DOCUMENTOS PUBLICADOS EN INTERNET**

Aristegui Noticias, consultado el 18 de enero de 2017 en:  
[<http://aristeguinoticias.com/1310/mexico/aramburuzabala-ratifica-demanda-por-extorsion-contr-esposa-de-lopez-doriga/>].

Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultado el 02 de enero de 2017 en:  
[<http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/05DrLedesma.pdf>].