AUTORES

Eduardo Dacasa López

TÍTULO

Toería del abuso del Derecho

repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/

No. 14, 2022, ene-ago pp. 129-154

Muuch' xíimbal. Caminemos juntos.

ISSN 2395–9819	DOI
ISSN	Handle repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/

ENLACES

repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/

ORCID:

Licencia de Atribución Creative Commons 4.0

CC BY 4.0

Este documento se puede descargar y compartir con otras personas, siempre que se reconozca su autoría.

Repositorio Institucional
REIMS

Universidad La Salle México

Teoría del abuso del derecho

Eduardo Dacasa López *

Resumen

Iniciamos el presente estudio sobre el abuso del derecho tras hacer una consideración sobre la necesaria relación entre la ética, la justicia y el derecho como una condición *sine qua non* para la existencia de un orden normativo eficaz y válido que regule la vida de los individuos en sociedad y les permita alcanzar sus fines como seres humanos y lograr su máximo desarrollo. Después se hace una breve incursión en el desarrollo histórico y el derecho comparado en torno a la figura del uso abusivo del derecho en el contexto occidental y se incursiona, de forma somera, en la temática de la interpretación de la ley en el sistema mexicano. Posteriormente, nos referimos a las diversas teorías que han tratado de explicar la naturaleza del abuso del derecho. Para finalizar, se hará un análisis de la regulación de la figura en el derecho mexicano y nos referiremos a algunas tesis jurisprudenciales sobre el tema.

Palabras clave

Abuso del derecho, conflicto de intereses, fraude del derecho, justicia, principios éticos.

Fecha de recepción:
abril de 2021

Fecha de aceptación:
mayo de 2021

* Licenciado en Derecho por la Universidad La Salle. Maestro con especialidad en derecho de empresa por la Universidad Marista y doctor en Derecho por la Universidad Marista. Catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle Ciudad de México, eduardo.dacasa@lasallistas.org.mx

Theory of abuse of law

Keywords
Abuse of law, conflict of interest, fraud of law, justice, ethical principles.

Abstract:
We begin the present study on the abuse of rights starting from a prior consideration of the necessary relationship between ethics, justice and law as a *sine qua non* condition for the existence of an effective and valid normative order that regulates the life of man in society and allows him to pursue his goals as a human being, achieving his maximum development. The analysis then follows a brief incursion into the historical development and comparative law surrounding the figure of the abusive use of the right in the western context, briefly entering the thematic of the interpretation of the law in the Mexican system, to later refer to the various theories that have tried to explain the nature of the abuse of the right. Finally, there is an analysis of the regulation of the figure in Mexican law referring to some jurisprudential theses on the subject.

Planteamiento

El concepto de *abuso de derecho* parece ser una antinomia o una *contradictio in terminis,* pues se parte de entender que el fin del derecho, por antonomasia, es la justicia. De este modo, se contrapone a la lógica el ser considerado en el uso de un derecho subjetivo concedido por una ley vigente que incurra en un abuso. Sin embargo, el ejercicio de un derecho subjetivo puede perfectamente realizarse de modo tal que la intención del actor desvirtúe el objeto del derecho, al buscar con su aplicación generar un daño o perjuicio a una tercera persona, sin que esta condición le reporte en lo individual ningún beneficio, y obrar de mala fe, en contra del espíritu del derecho.

> En toda sociedad humana ha existido siempre la pretensión de definir y determinar aquellas conductas repudiadas que serán calificadas como ilícitas. Así, la función judicial de las autoridades, se entiende como una actividad realizada por los órganos

> jurídicos estatales (o autorizada y validada por ellos), en la cual, a partir de normas establecidas por el legislador y configuradas por ellos mismos, ciertos conflictos sociales son resueltos en los términos en los que, genéricamente, las propias normas generales, las interpretaciones judiciales y las prácticas profesionales y sociales vayan determinando (Cossío, 2018, p. 67).

El tema que se aborda nace bajo el esquema de un ilícito civil contemplado en diversas legislaciones. En muchas de ellas, ha trascendido al plano de considerarse como un principio de derecho aplicable a la totalidad del ordenamiento, e incluso, trascendido del ámbito nacional al contexto internacional.

Ética, justicia y derecho

Partimos de considerar la relación necesaria que se presenta como condición *sine qua non* en todo orden normativo entre los conceptos de ética, justicia y derecho, de los cuales, los primeros son elementos insustituibles del tercero en la adecuada regulación de la convivencia humana en sociedad.

Así, como señala Preciado Hernández (2015), el obrar humano se encuentra regido por un conjunto de normas interpretativas que expresan un deber al encontrarse fundadas en el bien. Las actuaciones humanas representan que la razón impulsa a la voluntad para la obtención de un fin determinado, debiendo atenerse a una serie de principios y valores como criterios rectores, dado que ninguno de ellos es meramente subjetivo al encontrarse fundados en la propia naturaleza de las cosas; en este sentido, la arbitrariedad se contrapone al modo de ser de la propia norma y a su finalidad de justicia.

El esclarecimiento de la verdad de un hecho oculta en una controversia se entiende como una condición ineludible de un proceso judicial. Al no existir un paradigma que permitiera, sin lugar a duda, reflejar la verdad en el paradigma legal, en la antigua Roma los jueces comenzaron a sostener sus resoluciones en el paradigma moral de la motivación. Sin embargo, expresa Ribeiro (2006):

> [la] verdad del hecho en disputa se encuentra en el hecho mismo. La verdad de la sentencia se encuentra en el descubrimiento que el juez hace del orden natural que rige al cosmos. Este orden natural es la verdad por esencia (p. 31).

Es inevitable reparar en el profundo espíritu liberal imbuido en los diversos ordenamientos jurídicos en el mundo occidental. El respeto a la dignidad humana se convierte en un principio toral de las normas constitucionales, al tiempo en que el respeto a la libertad de la persona matiza y orienta el sentido general de los ordenamientos de carácter tanto público como privado.

Sin embargo, desde la perspectiva dinámica del derecho, el carácter libertario de los derechos objetivos se traduce en ocasiones en el exceso de su ejercicio en el plano subjetivo, que extralimita las facultades que la ley concede y, en consecuencia, tergiversa su espíritu e imposibilita que se alcance el objeto de justicia de la ley. Al tomar como referencia los comentarios de Zagrebelsky sobre el concepto de *derecho dúctil*, se destaca que "[los] principios de justicia material se han ido enriqueciendo y generalizando a medida que se han hecho evidentes las consecuencias 'perturbadoras' y los costes sociales de los derechos individuales orientados a la libertad" (Zagrebelsky, 2009, p. 93).

Se entiende que el orden normativo se encuentra cimentado en un conjunto de principios y valores que estructuran a la propia sociedad para la consecución de sus objetivos al otorgar al ser humano los medios necesarios para su desarrollo como individuo. No obstante, y a pesar de la necesaria interrelación que se presenta entre estos principios y valores, al ser unos presupuestos de otros, debe respetarse una jerarquía que posibilite su realización, dado que la justicia es un fin fundamental y prioritario del derecho.

Desde una perspectiva histórica, el surgimiento de la teoría del abuso del derecho se atribuye indistintamente a los juristas italianos y franceses, quienes han sostenido intensos debates en torno de ella; mientras tanto, en nuestro país, el tema ha sido escasamente tratado por la doctrina, aunque se recoge, tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial, en algunas tesis aisladas que lo refieren.

La figura en comento parte de la necesidad, fundada en el principio de justicia, de imponer límites al ejercicio de un derecho legítimo cuando se realiza de forma abusiva y busca dañar a la contraparte. De esta forma, se aleja de una de las misiones del derecho, dado que se trata de un mecanismo que busca satisfacer los conflictos de intereses de las personas que se generan en el seno de la sociedad; es un instrumento del que se vale el juzgador para lograr la aplicación de la justicia en un caso controvertido.

Si se parte de considerar que el juzgador, al emitir una resolución sobre una controversia que le es planteada, lo hace aplicando normas justas, por ser imparciales, entonces el resultado será igualmente justo. Sin embargo, no siempre resulta posible la aplicación de la ley por el empleo de un silogismo simple, pues, en muchos casos, las determinaciones así asumidas se alejarán del principio de justicia.

Al tratar el tema, Atienza (citado por Blanco, 2006) hace referencia a lo que califica como *asuntos fáciles*, que serán aquellos en que la aplicación directa de la norma emanada de la ley resultará lo más adecuado para la resolución de la controversia; *asuntos difíciles*, que por su propia complejidad requieren una instrumentación argumentativa más profunda que permita desentrañar el sentido de la resolución y la justificación de su adopción; y los *asuntos trágicos*, en los cuales, sea cual sea la resolución adoptada, se verán afectados los derechos fundamentales de los implicados. El juzgador, al resolver tales asuntos, debe de ir más allá de la racionalidad formal, al incorporar en su valoración elementos adicionales que se traducen en lo que denomina *razonabilidad* en la determinación.

En este sentido, puede considerarse que se presentan al juzgador dos grandes paradigmas por asumir. Por un lado, el paradigma formalista, para el que la vida social se encuentra regida por normas de derecho que las personas tienen el deber de obedecer; se destaca en él la ausencia absoluta de arbitrariedad en la función de la aplicación del derecho, al encontrarse esta sometida a procedimientos rígidos.

Por la otra, cuando se hace referencia al paradigma ético, se hace apuntando a una exigencia comprometida con principios axiológicos definidos. Se entiende la ley como una expresión de la voluntad del pueblo, fundamentada en valores y principios que implican exigencias éticas y consideran lo humano como un fin en sí mismo (Blanco, 2006).

Al interpretar las disposiciones contenidas en la norma objetiva para su aplicación en una circunstancia determinada, nos encontramos en el plano *dinámico* del derecho. Así, en atención a lo que comenta Cisneros Farías (2018):

> La norma general, al proyectarse sobre una conducta singular, pasa por el proceso de ser individualizada, de ser concretada respecto a ese comportamiento singular; es decir, de ser interpretada la conducta en cuanto al sentido y alcance que deba tener la ley que la regula (p. 43).

Este autor distingue tres elementos fundamentales para la aplicación del derecho:

a) El hecho humano o los hechos relacionados con el hombre.
b) La norma jurídica o el derecho objetivo que aplicar.
c) El deber jurídico o los fines del derecho.

En cuanto a la interpretación de la ley y los órganos del Estado facultados para ella, podemos distinguir entre la *interpretación auténtica*, realizada por el propio legislador, y la *interpretación judicial*, realizada por los órganos jurisdiccionales competentes. Sin embargo, a pesar de los reiterados esfuerzos por mejorar el sistema de administración de justicia, los jueces no asumen frontalmente su función de integrar las deficiencias en las leyes.

Desde una perspectiva histórica, se apunta que el dispositivo constitucional consagrado en el numeral 64 de la Constitución de 1824 estipulaba que la interpretación, modificación o revocación de las leyes y decretos debían guardar los mismos requisitos que se establecían para su promulgación, lo cual derivó en un exagerado apego de los juzgadores al texto de la ley.

La circunstancia anterior generó la necesidad de que se instituyera un procedimiento denominado *dudas de ley*, que implicaba la posibilidad para el juzgador de que, ante cualquier duda que surgiera sobre la ley, pudiera solicitar formalmente al Congreso del estado, por medio del gobernador, que aquel externara una interpretación auténtica sobre el sentido de la ley. Esta rigidez en la interpretación degeneró tanto la actuación judicial, que tan solo con la instauración de la figura del amparo se logró que el juez realizara una interpretación jurídica propiamente dicha de la ley; de esta forma, quedó establecida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) vigente.

Como señala González Oropeza (2016), la problemática de inmovilismo en la aplicación del derecho no fue atendida hasta recientemente en nuestro sistema judicial. Frente a las limitaciones interpretativas impuestas por la legislación, fue necesaria la manifestación precisa del órgano jurisdiccional en los siguientes términos:

> El exacto cumplimiento de la Constitución solo puede lograrse si su intérprete se libera de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar textos legales (expresión positivizada del derecho), entiende que su función no se agota en la mera subfunción automática del supuesto derecho al texto normativo, ni tampoco queda encerrada en un positivismo formalizado, superado muchas décadas atrás, sino que comprende básicamente una labor de creación del derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de la justicia (A. R. 533/89. Perfiles Termoplásticos, S. A., 7 de junio de 1989). Tercer Tribunal Colegiado en Materia administrativa del Primer Circuito. 8ª. Época. (p. 244).

Como se desprende de lo expuesto, el órgano jurisdiccional debe emplear en la resolución de una controversia una serie de elementos, tanto de carácter jurídico como metajurídico, que se entienden como métodos de interpretación o reglas de aplicación

del derecho. El resultado de esta interpretación y la aplicación de la norma representan para el juzgador la problemática de discernir sobre la validez de la norma aplicable, individualizar los conceptos de la ley al caso particular, elegir el método adecuado de interpretación y dilucidar si los resultados de esas consideraciones resultan ser justos y verdaderos.

El empleo de la lógica formal, como apunta Recasens Siches (1985), se convierte en un instrumento más adecuado y eficaz cuando se trata de ideas intrínsecamente válidas o puras, como es el caso de los fenómenos de la naturaleza. No obstante, al tratar de la existencia humana, su eficacia se relativiza, por lo que es necesario emplear la lógica de la razón, una lógica de lo humano que parta de criterios valorativos de diversa naturaleza, pero igualmente válidos. Según este planteamiento:

> La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia (Recasens, 1985, p. 232).

La mente humana tiene la capacidad de captar la verdad de las cosas de manera natural como un reflejo del orden existente. Se trata de un orden que no puede modificarse voluntariamente, que determina la esencia de ese objeto y el uso para el cual puede destinarse. La ley positiva debe reflejar ese orden racional. Así se encuentra una coherencia propia que se traduce en la validez de la norma, dado que la racionalidad de la ley implica una necesidad apremiante que impone normas precisas.

> De esta forma, actuar con justicia frente a cada cosa será, pues, respetar lo que ellas son y aceptar las condiciones que imponen para alcanzar su fin. Por tanto, el orden justo será aquel que refleja lo que es "debido" a las cosas y se concreta en el respeto y protección de los medios necesarios para que alcance su fin. Or-

> den, verdad y justicia serán los tres goznes que ayudarán en la construcción del sistema jurídico (Aspe, 2003, p. 10).

La determinación judicial no es un simple silogismo. En su actuación, el juez debe cumplir con una serie de funciones no cumplimentadas por la norma general. Si bien al hacerlo debe fundarse en las directrices que la propia ley le señala, la sentencia tiene una función creadora del derecho, pues, ante las exigencias que plantea la cuestión en debate, el juzgador debe dar pleno sentido concreto a la norma general abstracta para implementar su aplicación al caso concreto. La valoración previa del fallo justo es necesaria para determinar la calificación de los hechos, la norma aplicable, la constatación de aquellos y la elección del método interpretativo adecuado.

Del análisis histórico sobre la evolución del modelo de justicia en nuestro sistema, el exministro José Ramón Cossío (2018) resalta que, a partir de la instauración de un orden constituido democráticamente y consagrado en la constitución, la legitimidad del sistema judicial se traducía en la aplicación estricta de un orden normativo que renuncia a la función creadora del derecho por parte del juzgador y condiciona el derecho al texto de la ley. En este sentido, apunta:

> [No] había un criterio de justicia para buscar más allá de las normas, no inquiría por lo de bueno o malo tuvieran. La ley y la justicia quedaron confundidas. Justo era lo jurídicamente establecido, y lo jurídicamente establecido era lo legalmente previsto y judicialmente actualizado (p. 569).

Para reforzar lo anterior, se cita a Luis Alberto Trejo Osorno (2010), quien apunta al respecto:

> La interpretación constitucional examina los principios, mientras que el juez constitucional tiene que analizar el caso concreto a la luz de éstos, así como efectuar una interpretación más consciente y maleable que la tradicional interpretación jurisdiccional por medio de silogismos o métodos de subsunción (p. 3).

Antecedentes históricos y de derecho comparado

Puede rastrearse la figura en cuestión desde el derecho romano. Así, si bien la figura del uso abusivo de un derecho como tal no era contemplada en el orden normativo romano, puede distinguirse perfectamente una serie de principios y disposiciones que tutelan la equidad en el ejercicio de los derechos. Así, el jurista Gayo afirma que *male enim nostro jure eti non debemus* —no tenemos que usar mal nuestro derecho—, lo que nos permite entender, a pesar del excesivo formalismo de este sistema jurídico, que existía la preocupación por evitar que el ejercicio de un derecho se tradujera en una circunstancia injusta.

A pesar de que entre los tratadistas se presenta el debate en cuanto a la existencia de un límite en el ejercicio de los derechos a las contradicciones contenidas en otras disposiciones del *Digesto*, también es cierto que se encuentra la figura de la *exceptio doli generalis*, que se establece como un medio para sancionar el abuso en el uso de un derecho formal sobre un mejor derecho de la contraparte.

Durante el Medioevo, se encuentran figuras jurídicas que pueden considerarse como antecedentes de este tema. Así, la figura de la *aemulatis* se refería al ejercicio de una acción con la intención de generar un daño, presumiéndose la mala fe de quien actuaba por un ánimo de celos, envidia, malignidad o despecho. De la misma forma, se considera como antecedente de esta época la figura de las *inmisiones*, que parte de concebir como elemento fundamental el resultado de la acción y no tanto la intencionalidad, lo que obliga al actor a reparar el daño causado por su ejercicio.

Si bien en el derecho francés, como se apuntará en otro momento, el Código napoleónico no recoge la figura que aquí se trata —e incluso autores como Planiol la niegan—, la jurisprudencia, y posteriormente la propia legislación, hacen referencia a ella durante el siglo xx, a partir del principio de la relatividad y los derechos subjetivos dentro de los límites determinados por la ley.

Por su parte, en el derecho español, la teoría del abuso del derecho se encuentra contemplada tanto en la jurisprudencia como en el orden normativo. Así, en el plano jurisdiccional, la STS 14-02-1944, sostenida por el jurista Castán Tobeñas, reconoce la existencia de un abuso del derecho en el ejercicio y el uso de una facultad objetivamente legal de forma inmoral y antisocial, cuando subjetivamente implica la intención de perjudicar o, sin un fin legítimo, objetivamente cuando el daño se genera por un exceso en su ejercicio.

En la actualidad, a partir de la resolución de la sentencia del TS 22-09-54, el abuso del derecho se considera como un principio general del orden normativo, al tiempo que en el plano legislativo se encuentra contemplado en el artículo 7º del Código Civil español en los siguientes términos:

> 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
>
> 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

En el mismo sentido, al referirnos a que las normas de los países miembros de la Unión Europea se encuentran inmersas en el contexto de un ordenamiento supranacional, el tema que se trata se encuentra de igual forma contemplado como un principio general en el artículo 54º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para todas las disposiciones del mismo ordenamiento. Prohíbe la realización de actos que destruyan los derechos y libertades reconocidos en la Carta o que impongan limitaciones más amplias de las previstas.

En el contexto de las normativas latinoamericanas, podemos distinguir principalmente dos grandes corrientes. La primera se refiere a esta figura de manera explícita y está regulada específicamen-

te en su legislación, como en Argentina, Cuba o Perú; la segunda corriente la regula implícitamente al contener su espíritu en diversas disposiciones como es el caso de Brasil, Uruguay y Bolivia.

Teorías sobre el abuso del derecho

Para comenzar a tratar las diferentes teorías que se han formado para explicar la naturaleza de la figura que se comentó, es prudente iniciar por definirla con el fin de entender y, en su caso, evaluar y calificar lo acertado de dichos posicionamientos.

Lucio Decanini (2018) define la figura que aquí se trata de la siguiente manera:

> Se denomina abuso del Derecho a la situación que se produce cuando el titular de un Derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho (p. 59).

En opinión de Gutiérrez y González (1987), el abuso del derecho se constituye cuando el fin antisocial perseguido y el daño causado están motivados por la actualización del derecho y su ejercicio, que señala, además, que de todo derecho puede hacerse un uso abusivo. Así, se realizará un uso abusivo del derecho personal cuando con su ejercicio se cause un daño, se haya empleado con el fin de causarlo y su ejercicio no reporte utilidad o beneficio al autor, como dispone el artículo 1912º del Código Civil Federal (CCF); por otra parte, se produce un uso abusivo de un derecho real cuando en su ejercicio se genere un daño y este no reporte ningún beneficio a su actor, sin que sea necesario que concurra el elemento psicológico de la intencionalidad en los términos del artículo 840º del CCF.

> Artículo 840º. 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.

En este punto es conveniente referirse a lo apuntado por Gutiérrez y González (1987), aceptando que sí puede presentarse, como lo apunta, el uso abusivo de un derecho real. Sin embargo, el abuso no se encuentra contenido en el propio derecho, sino en su materialización. Si bien la ley no prevé que se presente el elemento psicológico en su realización, también es cierto que de no presentarse un elemento volitivo que implique el exceso en el uso del derecho no podría manifestarse un abuso en su ejercicio, pues la existencia del derecho contenido en el dispositivo normativo en ninguna manera contiene su abuso.

Debe partirse de señalar que el concepto de *abuso del derecho* se presenta únicamente en el plano subjetivo. Mientras que al tratar de derechos objetivos se les entiende, como apunta Flores García (2008), como una norma que contiene una serie de preceptos reguladores de la vida social, al hablar de derechos subjetivos se les entiende en relación con una serie de atribuciones que la ley confiere a su titular de exigir una conducta ajena al que el otro se encuentra jurídicamente obligado.

El derecho subjetivo señala una norma de conducta que sujeta a un individuo en una relación jurídica a una obligación, al tiempo que esa obligación otorga un derecho subjetivo a otra persona para exigir al primero una determinada conducta a la cual se encuentra obligado por la propia norma.

Una vez enunciados los conceptos anteriores, nos encontramos en posibilidad de realizar el estudio de las diversas teorías que explican la figura en la que se enfoca este artículo. Así, se parte de apuntar la existencia de tres teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la figura que tratamos:

1. Teoría subjetiva. Plantea que el derecho subjetivo es un derecho humano que nace de la condición de la persona como único sujeto del derecho. Dentro de la dinámica del derecho se entiende que el abuso del derecho se produce en su dimensión subjetiva cuando su ejercicio se realiza con la intención de causar un daño, sin que al mismo tiempo se presente un interés o utilidad.

Si bien esta teoría tuvo una gran aceptación, recibió igualmente fuertes críticas ante la dificultad de demostrar la intención de generar el daño. García Máynez (2015) critica la postura de Kelsen sobre los derechos subjetivos al equipararlos a los derechos objetivos, en vista de que los primeros son un reflejo de los segundos. En este sentido, comenta que el hecho de que un derecho derive de una norma no demuestra que esta y la facultad que concede sean lo mismo. El derecho subjetivo se entiende como una posibilidad de acción concedida a una persona, mientras que la norma objetiva es el fundamento de esa facultad.

En este orden de ideas, se entiende que se presenta una causalidad necesaria entre el ejercicio excesivo del derecho y la figura que tratamos. Así, García Máynez (2015) sostiene, al tratar la ley de la causalidad, que "la ley de causalidad jurídica posee el siguiente corolario: si la condición jurídica no varía, las consecuencias de derecho no deben cambiar. Todo cambio en las condiciones jurídicas determina una modificación en las consecuencias" (p. 172).

2. Teoría objetiva. Considera que un acto es abusivo si excede los fines de la norma, cuando el fin de su ejercicio es distinto al previsto por el legislador y desvía el derecho de su destino previsto en la ley.

   Esta teoría podemos relacionarla con el método teleológico de interpretación, en el sentido de que va más allá de lo expresamente contemplado en la norma, al considerar el objeto o fin razonable de la ley. Así, la escuela de los intereses de Heck apunta que el objetivo de la norma persigue la protección de los intereses que el legislador regula y protege (Rojas Amandi, 2011).

   En este tipo de interpretación, pueden destacarse los siguientes como elementos propios:

   a) Se busca aclarar precisamente cuáles son los intereses que motivaron la creación de la ley.
   b) Se debe definir la realización de dichos objetivos.

c) Se debe escoger la interpretación que resulte más adecuada para la realización de esos propósitos.

3. Teoría mixta. Es la más aceptada en la actualidad y complementa la calificación de abuso, ya que de no poder establecerse la falta de utilidad o su uso ilegítimo, se acredita su uso irregular. Los derechos subjetivos otorgan a su titular una facultad que no es absoluta, sino que se encuentra restringida por los fines para los cuales fue concedida dicha facultad.

En el mismo orden de ideas, al relacionar la teoría mixta con el método teleológico de interpretación:

> Sobre todo, en la interpretación teleológica reaparece el conflicto entre los tipos de interpretación subjetiva y objetiva. Para la posición subjetiva el fin de la interpretación es la voluntad o deseo del legislador al momento de emitir la ley. Para la posición objetiva existe un propósito de la ley independientemente de la voluntad de su autor y es el que se debe considerar en la interpretación teleológica (Rojas Amandi, 2011, p. 209).

Son elementos del abuso del derecho:

a) La intención de causar daño.
b) La ausencia de un interés legítimo en su ejercicio.
c) La desviación de la función y el objeto del derecho.

La materialización del abuso en el ejercicio de un derecho requiere como una condición *sine qua non* que su empleo haya generado un daño que pueda ser probado y cuantificado. Esto implica un ejercicio anormal sin un interés legítimo que altera y desvía el fin económico y social del derecho. Se distinguen tres elementos:

a) Uso de un derecho objeto y extremadamente legal.
b) El daño de un interés.
c) La inmoralidad y antisocialidad del daño.

Por su parte, se presentan igualmente tres criterios para calificar la existencia de un abuso del derecho:

a) Criterio subjetivo. Se presenta la intención de su titular de causar un daño, no solo desde la perspectiva de una conducta dolosa, sino también como resultado de una conducta culposa.
b) Criterio objetivo. Cuando el uso de un derecho se hace con un fin diverso al de la institución y es contrario al espíritu o finalidad de la norma.
c) Criterio mixto. En él se conjugan los criterios anteriores, a la vez que se transgrede la intención de la norma y se genera con ello un daño.

Naturaleza jurídica del abuso del derecho en el sistema jurídico mexicano

Para acercarse al análisis de la naturaleza jurídica del abuso del derecho en el sistema jurídico mexicano, debe comenzarse con algunas consideraciones previas. Así, se partirá de señalar que se trata de un acto ilícito con una naturaleza *sui generis*. Es así debido a que el acto ilícito común implica una violación a la norma y, contrario a ella, en el abuso del derecho se habla de que formal y aparentemente se cumple con lo estipulado en la ley si el objeto que se busca es contrario al espíritu de la norma.

Lucio Decanini (2018) señala la existencia de dos directrices. La primera implica que en el ejercicio de un derecho se hará un abuso si se contraría el espíritu de la institución. Una segunda directriz se presenta cuando ese ejercicio excede los límites impuestos por la buena fe y las costumbres. Decanini (2018) cita a Jardel Rivero y Hornos, quien señala lo siguiente:

> El abuso del derecho es una categoría de conducta ilícita que no puede ser tipificada legalmente por sus caracteres externos, y que solo podrá ser determinada judicialmente después de una valoración del caso concreto, de modo tal que si ha irrogado algún perjuicio este deberá ser sancionado (p. 89).

La función interpretativa de los principios generales del derecho ha sido en la práctica reconocida en la totalidad de los sis-

temas jurídicos. Se encuentra contemplada en nuestra norma constitucional en su numeral 14. Para una adecuada interpretación de la ley, se vuelve ineludible acudir a ellos para desentrañar su sentido.

Norberto Bobbio (1999) señala las siguientes funciones de los principios referidos:

a) Interpretativa
b) Integrativa
c) Directiva
d) Limitativa

En nuestra jurisprudencia, la función interpretativa es considerada como un principio general del derecho. Si bien surge en un principio en materia civil, es aplicable a todas las ramas del derecho. Así, la Corte ha distinguido dos categorías:

a) Punto de vista subjetivo. Cuando su ejercicio se realiza con la intención de generar un daño o, por el contrario, no reporta ningún beneficio a su autor.
b) Punto de vista objetivo. Cuando su ejercicio se presenta en contra de los fines generales del derecho, o bien excede los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

En nuestro sistema jurídico, la figura en cuestión se encuentra regulada en el "Capítulo V. De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos" del CCF en los artículos que se transcriben a continuación:

> 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.

Los criterios interpretativos que han sido asumidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn) se encuentran claramente reflejados en el texto de la sentencia que se pronunció ante el amparo en revisión 2623/96. La tesis aislada 1507 de la novena época, pleno, apéndice 2000, tomo I. Const. P. R. scjn, página 1058 fue adoptada por unanimidad.

Esta tesis sostiene que, ante la oscuridad o insuficiencia de la letra de la ley para desentrañar el sentido de la norma, deben privilegiarse aquellos mecanismos de interpretación jurídica que permitan conocer los valores y principios que el legislador quiso salvaguardar (Ribeiro, 2006).

Si bien en este apartado se ha hecho referencia a los criterios de la scjn, es conveniente señalar la evolución en los criterios interpretativos de los ministros, que se encuentran enmarcados en sus determinaciones judiciales en las publicaciones del *Semanario Judicial de la Federación*, bajo el calificativo de épocas. La decisión de englobar las determinaciones en una época corresponde discrecionalmente a los ministros de la Corte, quienes asumen por decisión el cambio de época. Atienden las transformaciones a la cpeum, que revisten tal importancia para el Poder Judicial que se considera necesario enmarcarlas en una nueva época. Estos cambios no solo implican cambios estructurales y procesales, sino que se extienden a una modificación en la interpretación de los derechos de las personas.

El derecho de razonabilidad y el de proporcionalidad aparecieron en el derecho anglosajón y en el europeo continental —principalmente en el derecho alemán a partir del siglo xix— para controlar los poderes discrecionales de la administración y la policía. En México, este principio apareció, como apunta Sánchez Gil (citado en Vázquez, 2018), en el ámbito tributario, si bien como un concepto vago e indeterminado. Así, doctrinariamente se ha presentado la discusión sobre la diferencia entre la racionalidad y la razonabilidad, pues se considera que la razonabilidad se refiere a la adecuación de los medios buscados y la proporcionalidad a la relación adecuada entre cosas diversas, que se hace razonable por ser armónica y racionalmente justa.

El criterio de la SCJN en cuanto al test de razonabilidad al que nos referimos implica que, para que resulten constitucionales las intervenciones de las autoridades que tengan efectos sobre algún derecho fundamental del gobernado, dichas actuaciones deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. El principio de proporcionalidad es una figura que paulatinamente ha obtenido reconocimiento en México desde que hace unos quince años comenzó a introducirse en las resoluciones de la SCJN. Es una de las herramientas más importantes del nuevo constitucionalismo que permite superar las limitantes de los métodos tradicionales de interpretación (Sánchez, 2017).

> [...] la razonabilidad y, en específico, los distintos test de razonabilidad o proporcionalidad que existen nos permiten analizar bajo qué determinadas circunstancias, en un caso concreto, un principio predomina sobre otro, se ponderan dos principios para que ambos sobrevivan, o se establecen directrices de acción para los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de que un determinado principio efectivamente exista. Un punto central es que esta predominancia, ponderación o generación de directrices pueden cambiar un caso donde, pese a que se encuentren presentes los mismos principios, las circunstancias sean diferentes (Sánchez, 2017, p. 22).

En continuidad con el desarrollo de lo expuesto por este autor, en México, el criterio de razonabilidad tardó en ser aceptado por el Poder Judicial. Se destaca la tesis jurisprudencial P./J. 130/2007 de la SCJN, pleno, 1 de diciembre de 2007, que fue un hito para la impartición de justicia, al imponer de forma vinculante el principio de proporcionalidad en las sentencias, fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador y limitar las restricciones legislativas autorizadas.

En opinión de Mijangos y González (2019), en la actualidad, debido al número de casos y la trascendencia mediática que han tenido, nos encontramos ante uno de los periodos más interesantes en la historia de la SCJN. A partir de las importantes reformas

del 2011 en materia de derechos humanos, se inició en nuestra Corte una nueva época. "La décima época se ha distinguido por algunas sentencias que no solamente deciden una controversia concreta, sino que pretenden afirmar de manera más amplia la vigencia y los alcances de los derechos fundamentales" (Mijangos y González, 2019, p. 259).

El 24 de junio de 2011 ante la SCJN, se denunció la posible contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

> SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional. Además, se estableció que de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, sin embargo, cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. En este sentido, los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.[1]

Como se apuntó en su oportunidad, la figura del abuso del derecho, al entenderse como un principio, trasciende todos los ámbitos del derecho. Sobre el particular, la SCJN, con independencia de las jurisprudencias que anteriormente fueron señaladas, ha emitido diversas jurisprudencias que se refieren a la temática del

[1] Contradicción de tesis 293/2011. Puede consultarse en https://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556

abuso del derecho en particular y de las cuales se señalan, para el conocimiento y consulta del lector, las siguientes:

- La Tesis aislada (civil). 162896. 1.4o. C. 311.C del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito los Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época. Ponente Francisco J. Sandoval López publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII de febrero de 2011, que se refiere al daño moral producido por el abuso del derecho a la información y la libertad de expresión.
- En el contexto de las sociedades mercantiles en la Tesis aislada (civil). 2004259 1.5o.C. 72C (10a) del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de los Tribunales Colegidos de Circuito. Décima Época. Ponente María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Publicada en el Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, agosto 2013, Tomo 3, que sostiene el levantamiento del velo societario debe de ser de aplicación restrictiva y subsidiaria.
- En materia de Títulos y Operaciones de Crédito en la Tesis aislada (civil) 221991 V.1o.25 C del Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito de los Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Ponente Hugo Ricardo Ramos Carreón. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación en el Tomo VIII, de septiembre de 1991, que señala la necesidad de presentar a la vista del deudor una letra de cambio pagadera a la vista para poder hacer exigible el documento.
- En materia del ejercicio abusivo de un derecho encontramos la Tesis aislada (civil) 183519 VII.3o.C. 37C. del Tercer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito de los Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Ponente Arturo Baizabal Maldonado. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta el 31 de marzo del 2003, que establece que procederá indemnizar al inculpado cuando se presenta una denuncia en forma intencional y dolosa con el fin de causar un daño.

- En lo relativo al fraude procesal referimos la Tesis de Jurisprudencia (Penal) 177295 1/J96/2005 dictada en el juicio de Contradicción de Tesis 134/2004-PS entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito del 6 de julio de 2005, resuelta en la Tesis de Jurisprudencia 96/2005 aprobada por la Primera Sala de la SCJN el 6 de julio de 2005, Publicada en el Semanario judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXII septiembre de 2005, en la que se señaló que es necesaria la existencia que resuelva el fondo del juicio respecto del que ha habido simulación o alteración de los elementos de prueba.

En cuanto a la simulación judicial se presenta la tesis jurisprudencial (penal) 181959 1a.J.66/2003, emitida por la Primera Sala en la resolución de la Controversia de Tesis 136/2002-PS entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del sexto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, resuelta en la jurisprudencia 66/2003 aprobada por la Primera Sala de la SCJN de 19 de noviembre de 2003,[2] que señaló que, para que se configure el delito de fraude por simulación de un acto judicial, es indispensable que exista bilateralidad en su realización.

Reflexiones finales

A manera de corolario de lo que se ha tratado hasta ahora, es pertinente concluir con la realización de una disertación sobre el tema del reposicionamiento de los valores éticos en las determinaciones judiciales, a partir de señalar que el Estado y la sociedad moderna se enfrentan a un profundo periodo de crisis que les plantea exigencias para las cuales aún no se encuentran respuestas. Sin embargo, estas también implican profundas adaptaciones y cambios a las estructuras sociales y políticas que trascienden a todos los ámbitos de la sociedad.

---

[2] N. del E. Se han respetado íntegramente la consignación y la notación de esta y las anteriores tesis por parte del autor.

Los valores liberales en los que se cimentaba el Estado moderno, la búsqueda de un desarrollo permanente basado en una productividad sostenida por una sociedad de consumo que garantizaba su continuidad y en una fe en la ciencia como instrumento de dominación del hombre sobre su entorno han perdido su sustento.

Por una parte, desde el plano social, la disminución de las plazas laborales, el incremento de la competencia en ese rubro, la inestabilidad laboral gestada por la existencia de trabajos temporales, así como la precariedad de los salarios y condiciones laborales han repercutido profundamente en la sociedad y generado notorios cambios en sus principios y valores. A lo anterior se suma la disminución de la capacidad de agencia del Estado para canalizar las problemáticas sociales ante la pérdida de su papel como soporte de la estructura social (Bauman y Bordoni, 2016).

Este fenómeno ha repercutido en todos los ámbitos de la estructura social. Han surgido, en consecuencia, poderes paralelos al Estado que responden a sus propios intereses y llegan a sustituir a este. Determinan las condiciones sociales y el papel de los diversos actores; de este modo, se genera la necesidad de hacer frente a un escenario nuevo que plantea un mundo globalizado.

En las últimas décadas, principalmente desde los años 80 del siglo pasado, surgió como respuesta a estas circunstancias la tendencia a incorporar principios éticos en los distintos campos profesionales. La deontología se presenta como algo prioritario para múltiples instituciones en el mundo. La adopción de códigos éticos de conducta; la creación de Abogados Europeos 1988 por el Consejo de la Abogacía Europea; la *Carta de la abogacía en el siglo XXI* DE 2002, emitida por la Unión Internacional de Abogados; y, en nuestro país, la emisión en 2017 del Código de Ética Profesional por la Barra Mexicana Colegio de Abogados son ejemplos del ejercicio deontológico (Garza, 2019).

Es tal el grado de interés en la problemática que en este artículo se apunta, y la aceptación de este tipo de regulaciones, que en el marco del Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado el 7 de septiembre de 1990 en la Habana, Cuba, se emitieron los *Princi-*

pios básicos sobre la función de los abogados, que serán retomados en la resolución 45/166 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en los denominados derechos humanos en la administración de justicia.

Los principios consignados en estos documentos se materializaron ante la Comisión de Derechos Humanos en 1994. Debido a la violación de derechos humanos y la injerencia de los jueces y abogados, se creó un mecanismo extraconvencional, a saber, el relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados, que realiza sus funciones por medio de un sistema de quejas y denuncias que le permite valuar los principales riesgos para jueces y abogados.

Lo que aquí se ha expuesto pone de manifiesto la trascendental importancia para la sociedad, y en particular para la abogacía, del respeto irrestricto a los principios éticos de la profesión, de tal forma que se atiendan los papeles del abogado y de los jueces como garantes de la justicia. Lo anterior se traduce como un hito conductor de la vida social, en el entendido de que la convivencia humana solo es posible en el marco del respeto ilimitado de la ley y la búsqueda de la justicia, el cual es un imperativo categórico para el actuar de todo profesional del derecho.

Al referirnos al abuso del derecho, partimos de considerar que la norma jurídica contiene principios y valores que estructuran nuestra sociedad y están consagrados por el legislador en su texto desde una postura positivista. La aplicación de la norma en estricto sentido no podría entenderse como contraria a la justicia. Sin embargo, la intención volitiva de quien ejerce un derecho puede perfectamente alejarse de los fines de aquel, cuando la intención de su aplicación no redunda en beneficio de su titular, sino en perjuicio de su contraparte.

El juzgador, al aplicar la ley, debe considerar necesariamente el criterio de valoración que resulte más adecuado. Para lograr que su determinación resulte justa, la aplicación de una metodología que implique desentrañar el sentido de la norma y no un simple silogismo es una exigencia determinante en la actuación judicial.

En este sentido, a pesar de que, según Blanco (2006), autores como Gustav Radbruch sostienen que ante un conflicto entre la

justicia y la seguridad jurídica debemos dar prioridad al derecho positivo aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, creemos que, con el objetivo de evitar el abuso del derecho, la determinación judicial debe considerar la aplicación del denominado test de razonabilidad, a efecto de valorar si esta cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad cabalmente. De esta forma, se salvaguarda su sentido de justicia.

Referencias

Aspe, R. (2003). *Los fines del derecho.* Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac-Porrúa.

Bauman, Z. y Bordoni, C. (2016). *Estado de crisis.* Paidós.

Blanco, V. (2006). *Derecho y justicia. Una mirada a la justicia, el Estado de derecho y la morfología de las reglas del derecho.* Porrúa.

Bobbio, N. (1999). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Altaya.

Cisneros, G. (2018). *La interpretación de la ley.* Trillas.

Cossío, J. R. (2018). *El sistema de justicia. Trayectorias y descolocaciones.* Fondo de Cultura de Económica.

Decanini, L. F. G. (2018). *El abuso del derecho.* Ius Literatus.

Flores García, F. (2008). *Los fines del derecho.* Porrúa.

García Máynez, E. (2015). *Introducción al estudio del derecho.* Porrúa.

Garza, J. J. (2019). *Historia alternativa de la abogacía. Análisis crítico sobre la profesión.* Facultad Libre de Derecho de Monterrey-Fontamara.

González Oropeza, M. (2016). La interpretación jurídica en México. En *Interpretación jurídica y decisión judicial* (pp. 471-489). Facultad Libre de Derecho de Monterrey-Fontamara.

Gutiérrez y González, E. (1987). *Derecho de las obligaciones*. Cajica.

Mijangos y González, P. (2019). *La Suprema Corte de Justicia de México*. El Colegio de México.

Preciado Hernández, R. (2015). *Lecciones de filosofía del derecho.* Porrúa.

Recasens Siches, L. (1985). *Introducción al estudio del derecho.* Porrúa.

Ribeiro, G. (2006). *Verdad y argumentación jurídica*. Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato-Porrúa.

Rojas Amandi, V. M. (2011). *Argumentación jurídica*. Oxford.

Sánchez, R. (2017). *El principio de proporcionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México.

Trejo Osorno, L. A. (2010). *La objeción de conciencia en México. El derecho a disentir*. Porrúa.

Vázquez, L. D. (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para amar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.

Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.

Ordenamientos legales

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Código Civil de España.

Código Civil Federal (México).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Bibliografía de consulta

Azúa Reyes, S. T. (2010). *Los principios generales del derecho*. Porrúa.

Flores García, F. (2014). *Introducción al estudio del derecho. Ensayo de instrucción programada*. Porrúa.

Sánchez, R. (2009). Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 21, 137-169. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-06/09_SÁNCHEZ_REVISTA%20CEC_01.pdf