



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

***EL ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCESO AL INTERPONER
EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA CIVIL***

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

PERFECTO VÁZQUEZ CABRERA.

Con la asesoría de la Lic. VIRGINIA REYES MARTÍNEZ

SEPTIEMBRE 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Agradecimientos:

A Dios, a mis progenitores: la señora Consuelo Cabrera Ramírez y Eleuterio Vázquez Galicia; a mi esposa Alicia Méndez; a la vida; al Consejo Nacional de Fomento Educativo; a la Facultad de estudios Superiores "Acatlán" de mi noble UNAM y su Programa Universitario, México, Nación Multicultural; a la Maestra Evangelina Mendizábal; a la Lic. Virginia Reyes Martínez, a la larga lista de personas que cumplieron su función de guía, vigilancia, seguimiento, apoyo y comprensión, y que aun cuando sus nombres no estén plasmados en este párrafo son igual de significativos, los llevo en lo más profundo de mi corazón, mis agradecimientos por todo cuanto colaboraron para que alcanzara yo este grado académico.

Dedicatoria:

Ofrezco este trabajo a mi Alma Mater, a la Universidad Nacional Autónoma de México, a catedráticos y administrativos como una forma de rendir fruto, después de tantos servicios de los cuales fui beneficiario; al Creador por antonomasia, como un símbolo de que comprendo que existe un orden al cual, considero está llamado a formar parte el Derecho, a mi abuelo Gerónimo Cabrera Martínez imitando su inclinación por la ciencia y la conciencia social, a la Maestra Evangelina Mendizábal para reiterarle que yo soy el mayor beneficiario de mi titulación, a mi esposa Alicia para ser digno compañero de una persona incansable, a mi hija Indira Janette, como una forma de invitarla al estudio y al esfuerzo, a mi admirable amiga Elvia y a todos aquellos que, aunque no son mencionados individualmente son igual de importantes.

ÍNDICE

Agradecimientos

Dedicatoria

Justificación

Introducción

CAPÍTULO PRIMERO: HISTORIA.

Introducción.....	11
1. EL JUICIO DE AMPARO.....	12
1.1 LOS ANTECEDENTES DEL JUICIO DE AMPARO.....	12
1.2 EL ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCESO.....	15
1.2.1. Roma.....	15
1.2.2. Edad Media.....	18
1.2.3. Teorías sobre el inicio sistemático del Abuso del Derecho.....	20
1.2.4. La figura del Abuso del Derecho en las decisiones judiciales (tres ejemplos).....	26

CAPÍTULO SEGUNDO: LA LEY DE AMPARO Y LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD.

2.1 LA LEY DE AMPARO EN LA ACTUALIDAD.....	30
2.1.1. Conceptos.....	30
2.1.2 Fuentes del Derecho.....	36
2.1.3 El Amparo y sus principios.....	45
2.1.4. Principio de procedencia del Amparo Indirecto.....	54
2.1.5. La suspensión de los actos reclamados y sus efectos.....	57
2.2 EL ABUSO DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD.....	64
Cuestiones previas.....	64
2.2.1. Concepto y naturaleza jurídica.....	76

2.2.2. Ubicación.....	79
2.2.3. Clasificación, criterios para determinarlo.....	82
2.2.3.1. Criterio subjetivo.....	83
2.2.3.2. Criterio objetivo.....	83
2.2.3.3 criterio ecléctico.....	84
2.2.4. Legislación del Abuso del Derecho en el proceso.....	84

CAPÍTULO TERCERO: EL ABUSO DEL DERECHO AL INTERPONER LA DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA CIVIL.

Cuestiones previas.....	90
3.1. LAS NOTIFICACIONES.....	96
3.2. ABUSO PROCESAL AL INTERPONER LA DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO CIVIL, CUANDO EL QUEJOSO SEÑALA NO HABER SIDO NOTIFICADO O NOTIFICADO DE MANERA DISTINTA DE CÓMO LO MARCA LA LEY EN UN JUICIO ORIGEN DEL ACTO RECLAMADO.....	98
3.2.1. El comportamiento de la parte que abusa del Derecho en el proceso, el encuadramiento de las hipótesis marcadas por la teoría.....	98
3.2.2. Ejemplo del Abuso del Derecho en el proceso en un caso específico.....	102
3.2.3. La desviación que hace el quejoso de la función de la Ley de Amparo.....	109
3.3 LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN.....	115
3.3.1. Los tres factores para la solución del problema.....	115
3.3.2. La reforma al artículo 81 de la Ley de Amparo.....	118
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES.....	120
BILBIOGRAFÍA:.....	124

Justificación.

Los motivos por los cuales escribo esta tesis son de dos tipos, objetivos y subjetivos. Los primeros en el sentido de que considero que el tema en cuestión es actual e importante, que bien entendido logrará incidir en el cambio de las normas del litigio que deberán ser más apegadas a la realidad y esto a su vez tendrán como consecuencia repercutir en el logro de una sociedad más justa y equitativa.

Respecto de los motivos objetivos, me planteo exhibir el Abuso del Derecho en el proceso porque, es uno de los motivos que provoca un descontento de las partes (materialmente hablando) hacia los abogados, hacia los procesos legales, en general de las Leyes y de las instituciones del Estado, visto el problema desde una perspectiva amplia, la observación arroja al descubierto la divergencia existente entre la mayor parte del Derecho positivo mexicano y su aplicación en los juzgados, además de su consecuencia insoslayable: Un peligro de violencia generalizada, dicho en otras palabras; El hecho de que el Derecho no esté cumpliendo con su función de ser un instrumento del Estado para mantener la paz social, está siendo un factor para provocar lo contrario; Por otro lado, aunque el problema encontrado en el párrafo anterior es amplio, la naturaleza de este trabajo obliga a delimitarlo a un caso específico, incrustado en una figura, la del Abuso del Derecho en el Proceso, en una instancia, la última, Amparo Indirecto, en una rama: Civil

Por otro lado, manifiesto las responsabilidades que a cada uno de los diferentes actores de la sociedad tiene para resolver tal problema, intentando ser únicamente descriptivo.

Analizando un caso real y típico de litigio de Amparo Indirecto Civil, hago una propuesta, misma que se enuncia en el último tema del capítulo tres, la cual tiene como fin participar en la solución de un problema, El abuso es consecuencia de una formalidad mal entendida, que provoca una divergencia entre la formalidad y la realidad.

Tomando en cuenta que la realidad actual de nuestro país se entiende solo si se comprenden los accidentes sociales por los que ha pasado y que tales terminan en épocas perjudiciales para todos, el presente trabajo tiene como fin, advertir que existe una divergencia por un lado, en lo que está escrito en la Constitución y por el otro lo que viven varios millones de mexicanos (o extranjeros principalmente centro y sudamericanos que atraviesan en territorio nacional el cual es el más peligroso para ellos por los secuestros de la delincuencia organizada, la discriminación y desprecio) y que han acudido a las instituciones del Estado para que se les aplique más que Derecho, Justicia y que no la han encontrado.

Existe una discrepancia entre lo que está ordenado por un lado en el artículo 17 constitucional, en el sentido de que la Justicia deberá ser pronta, completa, gratuita e imparcial, y del otro, los años, lustros e incluso décadas para dirimir un litigio, del cual a veces además se debe pedir la aclaración de la sentencia y tramitar su respectivo incidente de ejecución, divergencia entre lo estipulado por los artículos 14 y 16 constitucionales y las dificultades que el Poder Legislativo y Judicial establecen para llevarlos a cabo; las cuales aún cuando en el texto constitucional dice que deberán seguirse las formalidades esenciales, ellos las llevan casi religiosamente.

El tema de este trabajo, concretamente consiste en exhibir cómo el ejercicio de un Derecho consistente en la interposición de un Amparo Indirecto Civil se ha convertido en muchas ocasiones en el medio legal para el incumplimiento de obligaciones, lo que ha acarreado innumerables consecuencias, la más peligrosa: la desigualdad económica política y social, y ésta a su vez ha contribuido para un nuevo movimiento social violento.

La realización de este trabajo también obedece a que después de un análisis sobre la función del Amparo se llegó a la conclusión de que a pesar de que esta Ley fue inspirada para corregir los excesos del poder público sobre los particulares, ya desde la exposición de motivos de la Ley de Amparo con el

Estadista Lázaro Cárdenas se expone que el Amparo es utilizado con fines distintos a su espíritu y se buscan alternativas para inhibir esa práctica.

Introducción:

El presente trabajo consta de cuatro capítulos, en el tercero es en donde se expone la solución al problema.

El capítulo primero corresponde a la historia; en el que comento el origen del Amparo y del Abuso del Derecho en el proceso: ambas instituciones, tienen una larga historia, primero con algunos principios, posteriormente, fueron madurando hasta formar verdaderas teorías, para finalizar reguladas en la legislación; además exhibo que existe una polémica sobre sus orígenes.

Así por ejemplo, ya en el Derecho Romano existían principios que reconocían y reprimían al Abuso del Derecho; en la Edad Media sabinianos y proculeyanos divergían en relación a su reconocimiento; la manifestación jurisprudencial y legislativa respecto de esta figura surgió no por coincidencia después del auge del Código Napoleónico de 1804.

Respecto del Capítulo segundo, se desmenuzan los mismos dos temas que en el capítulo anterior, pero desde una perspectiva actual. Igualmente, se analiza el significado de diferentes términos, se hacen comentarios sobre la jerarquía de las fuentes del Derecho; la opinión de diferentes y reconocidos expertos en la materia; la cita de los principios del Amparo, la suspensión de los actos reclamados y sus tipos.

El tercer capítulo inicia con un cuestionamiento sobre la proporción de demandas de Amparo interpuestas con fines para los que fue creada tal Ley y las que son para otros fines, además se exhiben algunos datos de las Demandas de Amparo, después se comentan y responden algunos argumentos de los detractores de esta figura.

Entrando de lleno al punto central de la tesis, se analiza el tema de notificaciones y se demuestra la importancia y, lo poco real y confiable, que en un expediente legal existan o no las razones de emplazamiento.

Además, se expone que en todas las épocas de la historia de la humanidad, el Derecho se ha visto influido desviándolo de la realidad social, sea por antiguos rituales, por la religión, por ideas utópicas anarquistas, o por ideologías individualistas, como sucede en la actualidad en nuestro país, lo que ha provocado que exista una divergencia entre la formalidad y la realidad.

Este tercer capítulo pugna para mirar la realidad y a la verdad respecto del Derecho, una de las propuestas que están asentadas es que si se desea entender esta figura (la del Abuso del Derecho en el Proceso) es necesario cambiar la forma de ver del Derecho, tal como lo expresa el Maestro Fernández Sessarego: *se puede concluir que se requiere una nueva visión del derecho –que recoja los mensajes de la realidad social a través de la historia- si se pretende comprender a cabalidad el principio del abuso del derecho.*¹

Al concretar el análisis al tema que nos ocupa, considero que es muy pequeño el número de supuestos en los que se considere un motivo manifiesto e indubitable, por el cual se deba desechar una demanda de Amparo Indirecto Civil, lo cual consideramos sano y positivo para los fines que debe perseguir el Poder Judicial; sin embargo, es importante resaltar que esto mismo da motivos para que las personas abusen de tal prerrogativa, se ostenten como quejosos y alarguen el procedimiento entre otros vicios, es aquí donde radica la importancia de la adición que se propone en este trabajo, consistente en que exista una norma que condene el Abuso del Derecho en el Proceso pero sobre todo que se aplique, al mismo tiempo que determine quién y cómo hacer valer tal Derecho, que funcione como

¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del Derecho*. Buenos Aires, Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 1992. p. 21.

filtro, como un candado, de modo que cuando los quejosos tengan fines distintos a los que estipule la Ley, no logren que sus pretensiones plasmadas en una demanda sean admitidas, que logren obtener la suspensión provisional, más aún, la suspensión definitiva, alegando subsanar una formalidad que no pasa de eso y mucho menos afecta el fondo del asunto como lo hacen notar la mayoría de los abogados.

También se considera que se realizan estos artilugios porque saben que no existe ninguna figura que pueda servir de freno, y como consecuencia, aunque se provoca un daño real a la contraparte, (en este caso al tercero perjudicado), este no acusa al quejoso de haber sido víctima de Abuso del Derecho en el Proceso, porque jurídicamente no existe esa figura y porque aún cuando formalmente el tercero perjudicado y su abogado son una, para este último es una forma de seguir teniendo ingresos pecuniarios de parte de su cliente y por lo tanto se conforma con tolerarlo (aquí se vuelve a afirmar que el presente trabajo no está escrito desde una parte en especial en una contienda legal, sino que pretende llegar más lejos: mirar el problema desde una perspectiva global e intentar vislumbrar los problemas sociales que esto provoca). Por lo anterior, se considera viable que sea el Juzgador quien tenga más elementos legales para poder sancionar la conducta procesal fraudulenta.

Lo anterior considero es una de las expresiones más graves a nuestro modo de ver, porque se ha creado una idiosincrasia de justificación y de conformismo tanto de un sector doctrinal como legislativo ante una divergencia entre la verdad formal y la real, se ha construido una cultura jurídica sobre todo en los Juicios de Amparo, de guardar un excesivo formalismo a costa de la aplicación de una justicia: pronta y expedita como lo ordena el artículo 17 Constitucional. El precio de lo anterior, es una mala fama de nuestra fina y noble profesión, de una desconfianza generalizada de la sociedad a los procesos legales y a las instituciones del Estado, y lo más peligroso, la contribución con una parte importante para poner en riesgo la (de por sí ya debilitada por otros factores)

estabilidad, política y social de una comunidad que, aunque enajenada, no es garantía de que se mantenga pacífica.

Con el fin de probar que esta sociedad tiene innumerables problemas pero que no reacciona porque está fuera de sí y de dejar el camino abierto para que las próximas generaciones de estudiantes hagan un análisis sociológico-jurídico, a continuación los enuncio: Retardo de la administración de Justicia; el asedio de las empresas a través de los medios publicitarios para vender a la gran muchedumbre ignorante y enajenada productos y servicios (casi siempre superfluos) para después constreñirlos para cobrarles, ahora utilizando medios judiciales y extrajudiciales; las manifestaciones violentas con bombas caseras en sucursales bancarias; el movimiento de asociaciones que llamaron al voto nulo en los pasados comicios locales de 2009; la consigna que se observa en los espacios públicos “1810, 1910, 2010” en una clara invitación a la revuelta, a la sedición, (sobre esto último es importante comentar lo que desde mi perspectiva existe una respuesta gubernamental a esas manifestaciones; un anuncio radiofónico por demás insultante que reza: caminemos por el angosto camino de la paz para llegar al ancho mar de la justicia, celebremos doscientos años de la independencia y cien de la revolución, lo que se considera un franco reconocimiento de que existe inconformidad por una parte importante de la población).

Concluyendo esta unidad con la parte medular de este trabajo consistente en la propuesta de adición al artículo; 81 de la Ley de Amparo.

El cuarto capítulo consta de quince conclusiones a las que hemos llegado con lo fundamentado en el tercero, y se finaliza con el apéndice de la bibliografía utilizada.

CAPÍTULO PRIMERO: HISTORIA.

Introducción.

Este capítulo es corto, a pesar de que la historia tanto del Amparo como del Abuso del Derecho es enorme; sólo se toma lo indispensable para fundamentar que desde el Derecho Romano existían principios que tenían como fin regular la conducta de los contendientes en un litigio, pero aún no existía una teoría formada, y es que no es para menos, ya que todos los factores eran diferentes, empezando por la ideología de la personas que tenían una total sumisión a la figura del *Pater familias*; la cantidad de personas y por lo tanto de litigios que se presentaban eran mucho menos que los de ahora; los medios para hacer contrapeso a la autoridad era mínima ya que estaba centralizada.

El presente capítulo está dividido en dos partes: La primera se refiere al Juicio de Amparo, para esto, nos fundamentamos en los trabajos del maestro Burgoa, del profesor Raúl Chávez Castillo, de quien tuve el honor de ser alumno, y de la maestra Chávez Padrón, a pesar de que no existe consenso respecto de los orígenes de esta institución, muy importante es exponerlo para poder defender lo escrito en este trabajo.

La segunda parte comenta un esbozo de la historia del Abuso del Derecho en el Proceso en que se inicia en Roma, pasando por la Edad Media, y termina exponiendo ejemplos del siglo XVII, además se sugiere que tanto en el tema de Abuso del Derecho en el Proceso (como en la mayoría de las cosas), las formas cambian, el fondo no, ya que en todas las épocas de la civilización han existido autores que defienden y otros que denigran el tema en estudio.

1. EL JUICIO DE AMPARO.

1.1 LOS ANTECEDENTES DEL JUICIO DE AMPARO.

El Amparo Mexicano actual es el resultado de una larga y intensa evolución en el que han participado tanto instituciones extranjeras como factores nacionales, dentro de las primeras encontramos la impugnación de la inconstitucionalidad de las Leyes, el *Habeas Corpus* Inglés, así como el nombre de Amparo y el influjo de la Constitución de Cádiz en la facultad del Congreso Federal de reprimir las violaciones a la Constitución que proviene de antecedentes Españoles (Castellanos y Aragoneses), las garantías individuales que son una influencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el Recurso de Casación franceses, la incorporación del Supremo Poder Conservador (órgano de carácter político destinado a proteger la Constitución, inspirado en la constitución Francesa de 1799), entre otros. Dentro de los factores nacionales tenemos la consagración de este juicio en la Constitución de Yucatán en 1841 redactada por Manuel Crescencio Rejón, el Acta de Reformas de 1847 en la que también fue introducida la llamada formula Otero en honor a la idea Mariano Otero que aún subsiste desde la Constitución de 1857, en cuya vigencia se sancionaron Leyes de Amparo en 1861, 1869 y 1882.

Visto desde la perspectiva de los teóricos, respecto del Juicio de Garantías, existen algunas divergencias en cuanto a sus antecedentes, por ejemplo, Ignacio Burgoa los divide en dos diferentes secciones, la primera en antecedentes históricos generales del Juicio de Amparo e instituciones similares extranjeras, dentro de las cuales analiza los tiempos primitivos, los estados orientales, Grecia, Roma, Edad Media, España, Inglaterra, Francia, Colonias inglesas en América, Estados Unidos, Argentina, Brasil y Nicaragua.

De las anteriores el autor encuentra antecedentes hasta el siglo XII en la autoridad del “Justicia Mayor” de las ciudades españolas de Aragón y Castilla, al expresar:

“Es satisfactorio observar que el reino de Aragón se adelantó con mucho a la implantación de sistemas de control similares en otros países del Medievo europeo, sin excluir a la misma Inglaterra, pudiendo afirmarse que la institución aragonesa, originada en los famosos Pactos de Sobrarbe, entraña un verdadero antecedente hispánico de nuestro Juicio de Amparo.”²

La segunda sección la divide en antecedentes históricos mexicanos del Juicio de Amparo, dentro de los cuales trata la época pre-hispánica, México colonial, México independiente, Constitución de Apatzingan, Constitución federal de 1824, Constitución central de 1836, voto de Fernando Ramírez, Constitución yucateca de 1840, proyecto de la minoría de 1842, bases orgánicas de 1843, Actas de reformas de 1847, Constitución federal de 1857, Constitución vigente, la creación del Amparo y Leyes reglamentarias del Juicio de Amparo.

Por otro lado el profesor Chávez Castillo en su libro *Juicio de Amparo*, comenta las instituciones siguientes: Romanas: *homine libero exhibendo*, y la *intercessio*, Españolas: fuero de Aragón, Fuero de Vizcaya, fuero real, obedécese y no se cumpla, recurso de fuerza Inglaterra: *El writ of hábeas corpus*. Francia: el recurso de casación. Estados Unidos de América: el Writ of hábeas corpus y el *judicial review* compuesto por el *writ of cerciorati*, *writ of injunction*, *writ of mandamus*.

La autora Martha Chávez Padrón expresa la dificultad que existe para determinar los antecedentes respecto de este juicio:

“...porque en materia de amparo los tratadistas con frecuencia se divide en dos corrientes: una que encuentra algunas características del juicio de amparo en los antecedentes no sólo coloniales, sino también romanos e

² Burgoa Orihuela, Ignacio. *El juicio de Amparo*. México. Porrúa 2005. p. 53.

hispanicos; y otra, en el extremo opuesto sostiene que este recurso sólo proviene de la constitución vigente de 1917.”³

Para los efectos de este trabajo se considerara como antecedentes del Juicio de Amparo únicamente los factores nacionales, desde las propuestas vertidas por Mariano Otero y Manuel Crescencio Rejón, aunque se considera que tanto la doctrina en la que toman antecedentes romanísticos, como la que sólo consideran a tales los de México, tienen en parte razones valederas; en una, porque el Juicio de Amparo es el resultado de un esfuerzo de juristas, desde la época romana y la otra porque resulta indiscutible que el Amparo como lo conocemos actualmente su fundamento se encuentra en la Constitución de 1917.

En este sentido la autora en comento escribe: *“Para los juristas familiarizados con el manejo del ámbito total del derecho y la concepción abstracta del mismo, fundamentalmente con sus principios, el derecho tiene características que han atravesado tiempo y espacio”*.⁴

Soy partidario de lo que expresa Chávez Padrón, en el sentido de que no se pretende encauzar el criterio (al menos no respecto de este tema) en relación a los antecedentes del Juicio de Amparo, y también respecto de que, tanto una doctrina, como la otra, tienen en parte razones valederas, y al respecto es de expresar que si bien es cierto que en el sistema jurídico Romano, Medieval y moderno hasta antes de 1847 no existía como tal el Juicio de Amparo, en parte por el nivel de desarrollo jurídico que existía, por la filosofía política de relacionar los actos de autoridad con lo divino, o por las condiciones materiales, como la población, la economía, (la escala de los intereses para realizar actos que podrían trasgredir la esfera jurídica del gobernado), también es cierto que ya se mostraban instituciones que eran regidas por los mismos principios, (palabra de gran importancia en ese trabajo que se pone a consideración) como la defensa del

³ Chávez Padrón, Martha. *Evolución del juicio de Amparo y del Poder Judicial Mexicano*, México, Porrúa. 2008, p. 1.

⁴ *Ídem*.

particular ante actos de autoridad (aunque sea autoridad de facto) y la protección contra las arbitrariedades del soberano, etcétera.

Respecto de la evolución del Amparo en México es importante comentar que tiene varias particularidades históricas, de las cuales deseo comentar dos; la primera, consiste en recordar que en 1869 el Amparo era una institución cerrada, exclusiva, ya que establecía su improcedencia contra las resoluciones judiciales; en esa época el filtro era formal, es decir legal, habría que preguntarse si en la actualidad la institución del Amparo lo sigue siendo y que si ahora ¿el filtro no sería de carácter económico? ya que no todos tienen acceso a él. La segunda característica es muy interesante porque el *Diccionario Jurídico Mexicano* aborda el tema de la formalidad y la materialidad, al decir que aun cuando formalmente el cambio de tal cerrazón fue por una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, materialmente se debió a la oposición de sectores sociales y culturales que se impusieron, de esta parte nos podemos instruir de la historia, al analizar cómo un sector descontento puede cambiar una legislación, considero que en la actualidad, también son necesarios muchos cambios, uno de los principales será el que se presenta en el último tema del capítulo tres de este trabajo.

1 .2 EL ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCESO

1.2.1 Roma.

Existen varias sentencias o principios que de manera abierta exhiben que desde esta época existía la intención de fijar un límite a las maniobras legales que pudieran presentar las partes en litigio, aunque eso de ninguna manera se podría considerar como reconocimiento de la figura del Abuso del Derecho. Por otro lado, los autores no han logrado ponerse de acuerdo respecto de cuando inician sus antecedentes, aunque ese tema queda en segundo término ya que sólo es cuestión de inferir que utilizan diferentes criterios para determinarlo, criticando esta situación el autor Rodríguez Grez, citando a José Puig Brutan, comenta:

“Es curioso constatar que entre los romanistas existe una larga discusión sobre si el “abuso del derecho” fue considerado en el Derecho Romano o si esta noción le era ajena.”

Para algunos autores, de los textos romanos se infiere como máxima que quien usa su derecho no causa daño a nadie. Así se desprendería del Libro L, Título XVII, del Digesto, De diversis regulis iuris, a través de los textos de Gayo y Paulo.⁵

Ahora bien, el mismo autor, citando a Joseph Charmont, respecto de los autores partidarios de que sí existen antecedentes del Abuso del Derecho afirma: *“Otros autores afirman que la noción aparece en varias instituciones, por ejemplo en lo relativo a la protección de los esclavos frente a la conducta del amo, del hijo en relación a los padres del pródigo, en la represión del fraude y en la introducción de la acción pauliana.”⁶*

En este mismo sentido en otra parte de su obra, el mismo autor cita a Emilio Romero Jouvin y asienta:

“Otro autor, sobre el mismo tema, expresa: “Varias sentencias romanas reconocen –aunque sea indirectamente– la teoría del abuso del derecho. Así, tenemos que summum jus, summa injuria (es decir, que “el supremo derecho es la suprema injusticia”, refiriéndose a que la aplicación estricta del derecho positivo puede en determinadas ocasiones causar más daño que provecho, por lo que debe dejarse campo al arbitrio judicial); o que male enim nostro jure uti non debemus, “no debemos hacer mal uso de nuestro derecho”; o que malitis ho minum indulgendum non est, “no se ha de tener indulgencia con la malicia de los hombres”;

⁵ Rodríguez Grez, Pablo. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. p 121.

⁶ *Ídem.*

o, desde luego, que non omnia quod licet honestum est, no todo lo que es lícito es honesto.”⁷

El autor Rodríguez Grez expresa que la reconocen de manera indirecta, pero esto no es así porque con la enunciación de esos principios *súmmum jus, summa injuria* reconocen explícitamente que la aplicación estricta del Derecho positivo provoca un fin contrario a los principios del mismo.

Como se puede constatar existen partidarios de ambas facciones; al igual que en la actualidad se puede expresar que desde entonces ya existían teóricos de corte positivista, aun cuando como teoría todavía no se desarrollara, en su visión parca no permitía que tomaran en cuenta la totalidad de la dimensión del Derecho. Sin embargo, para los efectos de este trabajo se tomara como correcta la posición de los teóricos que consideran que sí existen antecedentes del Abuso del Derecho en el Proceso desde la antigüedad y lo creo así porque aún cuando las formas cambian, el fondo no, y porque existen principios o sentencias jurídicas que lo exhiben. Estos aforismos se comentan así:

Male enim nostro jure uti non debemus; (no debemos hacer mal uso de nuestro Derecho). El hecho de que los litigantes hicieran mal uso de su Derecho provoco que se dictara este principio, sin lugar a dudas no pudo haber sido expresado por mera eventualidad, sino que, al igual que en la actualidad, las Leyes y principios existen porque cubren una necesidad, tienen un fin, es decir, cumplen una función, ya sea de permisión o, como en este caso de prohibición, conociendo este principio se llega a la conclusión de que fue enunciado precisamente porque ya desde entonces las partes hacían mal uso de su Derecho y por tal motivo lo prohíben.

Malitis hominum indulgendum non est; (no se ha de tener indulgencia con la malicia de los hombres). Desde el punto de vista de la autoridad, el hecho de no tener indulgencia o tolerancia respecto de la maldad, interpretado a contrario

⁷ *Ibidem.*, p 123.

sensu, se interpreta que la mandad se castiga, no estaría escrito si no existieran esas conductas de las partes para evadir la verdad material.

Non omnia quod licet honestum est, (no todo lo que es licito es honesto). Este es el principio más importante según éste trabajo porque se expresan dos términos que son torales: El primero la licitud de un acto, que en este caso representa la formalidad; pero por otro lado, y en sentido contrario el segundo, expresa la honestidad, que en este caso es un principio rector de toda actuación jurídica que se apega a la verdad material del Derecho.

Sin embargo y con el fin de no caer en subjetividades o analizar cuestiones que sobrepasan el objeto de este trabajo, se expresa que las instituciones no se crean espontáneamente sino más bien de manera paulatina vislumbran características cada vez más definidas hasta formar verdaderas teorías como en este caso.

1.2.2. Edad Media.

En esta época surgió la llamada doctrina de los actos de emulación. En términos del autor Rodríguez Grez, al referirse a este tema en su obra el Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial apunta: *“sin duda, vinculada al “abuso del derecho”. La emulación proviene la expresión latina “aemulatio” y consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a otra persona o un bien ajeno.”*⁸

También el mismo autor menciona en su obra que: *“el nacimiento de la teoría de la emulación, que se atribuye a Cino de Pistoia, está marcado por una disputa entre sabinianos y proculianos. Los primeros repugnaban toda restricción a los actos maliciosos en el ejercicio de los derechos, los segundos*

⁸ Rodríguez, Pablo. *Op. Cit.* p 123.

*procuraban el reconocimiento de las normas de "aemulatio".*⁹ Nuevamente en esta etapa de la historia, (al igual que en la antigüedad con los romanos) se puede demostrar que existen teóricos de ambas facciones, los que cierran los ojos a la realidad y no ven más que la positividad de la Ley; los otros (proculeyanos) en cambio, logran notar esa parte de la realidad jurídica y reconocen tales normas. Con esto también se atestigua que al igual que en la inmensa mayoría de las entes, la formas cambian, el fondo, no.

Aquí uno de los puntos más importantes a tratar ya que en el último tema del capítulo tres este trabajo se propondrán adiciones a las Leyes correspondientes para reglamentar las acciones u omisiones que tendrían que ser consideradas por el legislador como Abuso del Derecho, pero correspondería al juez, analizando en cada caso, la voluntad firme y constante de dar a cada uno según le corresponda, decidir y dictar el auto que corresponda.

Asimismo en esta etapa de la historia encontramos dos ejemplos del reconocimiento del Abuso del Derecho en el Proceso, el primero, eminentemente subjetivo, está en la Ley XIX del título XXXII de la partida III de Alfonso Décimo "el sabio" en el que la Ley restringe el ejercicio de Derecho de propiedad y en el que en palabras del autor Rodríguez, "*en ellas se prohíbe cavar un pozo o una fuente si no resultare necesario y sólo se ejecutará esta obra con el fin de causar daño al propietario de la heredad vecina*".¹⁰ El segundo, contrario al primero, es objetivo, lo encontramos en la teoría de las inmisiones, derivada del ejercicio de la propiedad, causando perjuicio al vecino, como por ejemplo, malos olores, humo, vibraciones, humedad, calor, etcétera.

Nuevamente en esta etapa de la historia se encuentran elementos que son principios de lo que más tarde se denominará Abuso del Derecho en el Proceso,

⁹ *Ibidem*, p 124.

¹⁰ Rodríguez Grez, Pablo. *Op cit*, p. 126.

es decir, si bien es cierto que aún no existía esta teoría como tal, sí se puede afirmar que perseguía el mismo fin.

Para finalizar el análisis de esta institución en la edad media cabe citar lo que el autor Rodríguez Grez menciona al respecto: *“Así las cosas, resulta forzoso reconocer que la noción del “abuso del derecho” no tiene una expresión concreta y precisa en el Derecho Romano ni en el Derecho Medieval. Sin embargo de lo cual, surgen una serie de ideas y planteamientos que nos aproximan a sus elementos esenciales.”*¹¹

1.2.3. Teorías sobre el inicio sistemático del Abuso del Derecho

No es coincidencia que las primeras manifestaciones sistematizadas se hayan desarrollado a la par de los excesos de una economía capitalista, de un sistema jurídico individualista; así, el maestro Fernández Sessarego, en su obra *Abuso del Derecho*, al comentar la significación sociopolítica de la teoría del Abuso del Derecho y citando a Rescigno, hace una referencia al inicio de esta figura jurídica y al efecto asienta:

“El autor estima que la historia del abuso del derecho, que se inicia en la segunda mitad del siglo XIX, surge “en torno a ciertas manifestaciones típicas de la economía capitalista, manifestaciones que parecían destinadas a no ser sancionadas”. Rescigno refiere, dentro de esta óptica, los casos de competencia entre empresarios comerciales contrarias a las reglas de la corrección profesional o al rechazo para contratar de parte de un monopolista.

El abuso derecho surge, en criterio de Rescigno, como “cuestión que emerge históricamente del desarrollo y las

¹¹ *Ibidem.*, p. 127.

contradicciones de la sociedad liberal y de la economía capitalista, y mantenida abierta por la crisis siempre más aguda de la sociedad liberal y de su sistema económico". Es así como la reacción contra los excesos del sistema se concreta en los códigos civiles posteriores al francés, los cuales introducen en sus textos, si bien con distintos alcances, el principio del abuso del derecho. Pero, como anota el propio autor, esa circunstancia no fue producto de una mayor sensibilidad social sino la "necesidad de confiar al juez un medio para corregir las más estridentes desigualdades del sistema."¹²

De la misma manera que el autor, se piensa que en la actualidad (al igual que en el siglo XVIII con el inicio de la economía capitalista), es necesario proveer de más facultades a los jueces a través de la Ley, a fin de que corrijan las más indignantes resoluciones en el sentido de otorgar la suspensión provisional e incluso la definitiva a una gran cantidad de quejosos que no tienen un fin conforme al cual fue pensada la Ley de Amparo, eso se propondrá en el tercer capítulo de ese trabajo.

En la actualidad, las circunstancias en las que se desenvuelve la gran mayoría de las personas en este país, no tienen las condiciones para hacer un cambio positivo, real, profundo y verdadero. Para fundamentar lo anterior basta con mirar a las grandes masas (a la que tal vez mayormente pertenezco aún); a la gran mayoría de niños con hábitos alimenticios y académicos pésimos, enajenados en la televisión y los videojuegos; a los jóvenes y los adultos con el fut-bol, los espectáculos y en la lectura de pseudoperiódicos cuya esencia es alimentar el morbo y la venta de productos y servicios superfluos, parecería fatalista, pero eso depende de la posición y de los intereses del receptor de esta información,.

¹² Fernández Sessarego, Carlos. *Op cit*, p. 119.

Lo anterior fue una observación para fundamentar que la sociedad mexicana no es madura para cuestiones básicas, y por lógica, mucho menos lo será para reaccionar inteligentemente frente a cuestiones técnico-jurídicas como el solucionar el Abuso del Derecho en el Proceso; por otro lado, todo lo anterior tampoco es garantía de que esta misma sociedad, con esta idiosincrasia, reaccione pacíficamente cuando se les haya privado hasta de lo más elemental, como se augura fundadamente al analizar las políticas públicas neoliberales, la ecología, la educación, la demografía, entre otras.

Para focalizar lo anteriormente escrito al tema de este trabajo, es importante lanzar algunas interrogantes: ¿qué responsabilidad le corresponde a la creación, sanción y aplicación del Derecho para la continuación o cambio del *status quo*? y más específicamente ¿Cuál es el papel que ha desempeñado la interposición del Amparo Indirecto Civil para que muchos procesos legales, a pesar de que ya hayan sido sentenciados en base no sólo a Derecho sino además en Justicia, sean, cuando menos suspendidas las ejecuciones, si no es que anuladas, para iniciar otra vez la travesía de los años? Para poder, en esta, la segunda ocasión, quizá ser materialmente ejecutadas.

En este sentido, al hacer alusión al impacto que vino a representar esta teoría Fernández Sessarego escribe:

“La aparición de la teoría del abuso del derecho en una determinada coyuntura histórica tiene el significado de un paliativo, imaginado dentro de una concepción capitalista, individualista y liberal en extremo, con una “limitación” a los graves e intolerables excesos de parte de aquellos sujetos que abusaban de las libertades y derechos subjetivos que le eran concedidos por el sistema jurídico.”¹³

Sin embargo, para los autores Manuel Atienza Rodríguez y Juan Ruiz Manero, en su obra, *Ilícitos atípicos*, el surgimiento del Abuso del Derecho, ocurre

¹³ *Ídem.*

sólo después del Código Napoleónico aprobado en 1804, en Francia y para fundamentar sus dicho, citan a A. Warat cuando asientan: *“el Derecho romano no contiene una determinación fija de los derechos subjetivos, ya que el Derecho pretoriano los amoldaba a las necesidades de la vida real mediante la invocación del fecundo principio de equidad[...]; el órgano llamado a administrar justicia adaptaba permanentemente el sistema normativo a las necesidades de coexistencia. Warat, 1969, 42-43)”*¹⁴.

Estos mismos autores consideran que en el derecho medieval tampoco cabe hablar de alguna identificable con el Abuso del Derecho porque las prohibiciones de los actos emulativos tenían un carácter de regulaciones específicas, que impide asimilarlas a la moderna figura del Abuso, al afirmar que: *“La figura del abuso del derecho surge como una creación jurisprudencial (y doctrinal) francesa en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX y se generaliza después, con o sin expresión legislativa, por los diversos sistemas jurídicos de base continental.”*¹⁵

De la misma manera estos autores comentan que el surgimiento de esta figura fue en la jurisprudencia francesa y al respecto escriben:

“Que la figura surgiera en la jurisprudencia francesa no es casual, pues el Código de Napoleón vino a suponer la consagración históricamente más radical de dos rasgos jurídico-culturales que la figura del abuso del derecho estará destinada a corregir. El primero de estos rasgos es el llamado formalismo legal: la concepción según la cual la ley (el código) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles (que se dé en el ámbito de las relaciones privadas) sin que para la formulación de dicha

¹⁴ Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 33.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 34.

solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez.”¹⁶

En esta misma parte del libro los autores en comento asientan:

“el segundo rasgo es lo que podríamos llamar el absolutismo de los derechos singularmente el derecho de propiedad, que viene definido por el Código (artículo 544) del Código Civil Francés en el que textualmente en la actualidad dice:

“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, y que se traduce a una regla general de permisión de las acciones del propietario relativas a las cosas que son de su propiedad. Sin más limitaciones que las muy escasas contenidas en reglas legislativas o reglamentarios, el propietario puede, en relación con las cosas de su propiedad, llevar a cabo cualesquiera acciones, sin necesidad de ponderar en ningún caso de qué manera dichas acciones pueden afectar a intereses de otros.”¹⁷

También manifiestan que la figura del Abuso del Derecho surge como reacción frente a, y como corrección, a los dos rasgos ya mencionados (formalismo legal y absolutismo del Derecho de propiedad). En esa misma parte de la obra en comento, los autores manifiestan que en los sistemas jurídicos del *common law* no se ha desarrollado la figura del Abuso del Derecho aunque es muy común tal expresión, eso es debido probablemente a la facultad de *distinguishing* y que en países que como Canadá y Estados Unidos que fueron colonias de Inglaterra, el *common law* le otorga a todo Juez la facultad de

¹⁶ *Ídem.*

¹⁷ *Ídem.*

apartarse de la regla bajo la cual habría que subsumir el caso y adoptar otra solución.

Por otro lado el maestro Fernández Sessarego, en la misma línea de pensamiento ha escrito:

“La teoría abuso del derecho surge en el siglo pasado (se refiere siglo XIX) como una reacción social frente al exacerbado y excluyente individualismo derivado de la Revolución francesa, el mismo que subyace en el articulado del Código Civil de los franceses y de aquellos otros de él derivados. Los códigos civiles de la época, según Calvo Sotelo, “aunque elaborados bajo los auspicios de frondas revolucionarias y democráticas, resultaban atrozmente burgueses”. Y, añade, que eran unos códigos hechos “a la medida del elemento dominador, y el elemento de dominador era la burguesía”. Sintetiza su pensamiento al expresar que el abuso del derecho “es una de las infinitas reacciones que a fines del siglo XIX se operan contra el influjo pulverizador del liberalismo individualista”.

De la misma idea es Josserand, para quien la noción del abuso del derecho constituye una justa reacción frente al individualismo o absolutismo jurídico bajo la inspiración y el impulso de una concepción social del derecho. Fleitas, estudioso del abuso del derecho en la doctrina argentina anterior a la reforma de 1968, comparte, como la generalidad de los autores, esta tesis cuando afirma, que el movimiento de ideas que forja la teoría del abuso del derecho “no fue otra cosa que una saludable reacción contra el individualismo jurídico tan en boga en el siglo XIX, como consecuencia de los principios proclamados por la Revolución francesa de 1789”.¹⁸

¹⁸ Fernández Sessarego, Carlos. *op cit.*, p 115.

1.2.4. La figura del Abuso del Derecho en las decisiones judiciales (tres ejemplos).

Un gran salto dio esta figura jurídica en el año de 1855, en la que por primera vez existe una sentencia dictada no por teóricos o críticos del Derecho sino por un tribunal legalmente constituido como lo expresa el maestro Rodríguez Grez, que citando Luis A. Warat, ha escrito:

“La primera sentencia que se comenta fue emitida por el Tribunal de Colmar, con fecha 2 de mayo de 1855. El problema planteado puede sintetizarse en la siguiente forma. Un propietario construyó en su casa una falsa, voluminosa e inútil chimenea, precisamente frente a los ventanales de su vecino, con la intención de causarle perjuicio, interceptándole la luz que se proyectaba sobre sus dependencias. Desde luego, dicha construcción no tenía utilidad ninguna para su propietario, ya que no perseguía calefaccionar la casa ni un mejoramiento venal del inmueble. El afectado recurrió al tribunal, alegando que el propietario carecía de un interés serio y legítimo, que la obra no generaba beneficio alguno a su titular y sí un daño de consideración al vecino. El tribunal acogió la demanda y ordenó demoler la chimenea, sosteniendo que: “si es cierto que el Derecho de propiedad es un Derecho en algún modo absoluto de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo.”¹⁹

De la misma manera este autor citando a Raymond Saleilles comenta: “A propósito de este fallo, Saleilles, en lo que para nosotros constituye una acertada línea de pensamiento, propuso que se incorporara al código francés una disposición especial que prescribiera: Todo acto cuyo efecto sea causar daño sin interés legítimo y apreciable para el que lo ejecuta, nunca puede ser el legítimo

¹⁹ Rodríguez Grez, Pablo. *op cit.*, p. 128.

*ejercicio de un derecho.*²⁰ Es decir, que la propuesta que aquí hacemos en el sentido de sancionar legalmente, los actos y omisiones que hagan las partes y que constituyan Abuso del Derecho en el Proceso ya se había propuesto para reformar el Código Civil francés.

También escribe que la segunda sentencia fue pronunciada por el Tribunal de Lyon, en el propietario de un terreno que instaló una bomba en el subsuelo de su propiedad para succionar el agua que corría por una fuente subterránea, para que vecino no tuviera acceso a ésta, echando el agua succionada a la corriente de un río, el tribunal resolvió a favor del vecino afectado argumentando que el propietario se había servido del poder de abusar de la cosa inspirado exclusivamente en el ánimo de provocar perjuicio. Lo más sobresaliente escrito por este autor es respecto de esta sentencia es que el tribunal tomó en cuenta que: *“el derecho de cada propietario debe medirse en función del Derecho del predio vecino de disfrutar legítimamente de la cosa.”*²¹

El tercero y más importante ejemplo para los efectos que aquí pretendemos demostrar es el citado por el autor Rodríguez Grez en el que afirma:

*“es el que se le conoce con el nombre de “Clement-Bayard”, pronunciado por el tribunal de Campaña, en el que se dispone que el titular de un derecho no puede ejercitarlo “en vista de otro objeto que aquel para el cual le ha sido reconocido por el legislador”. De ello se sigue que no puede el ejercicio del derecho causar un daño injustificado a otro. Nótese que en este fallo se reconoce que el derecho subjetivo tiene un “objeto” (una finalidad), que se lo da el legislador al instituirlo. De aquí que no pueda ponerse en movimiento si no en procura de lograr el fin legítimo.”*²²

²⁰ *Ibidem.*, p. 129.

²¹ *Ibidem.*, p. 130.

²² *Ibidem.*, p. 131.

En pleno siglo XXI resulta de total importancia comprender estos elementos y para tal efecto pretendemos analizarlos.

Titular de un Derecho: En la actualidad tanto los titulares de la acción, como los de excepción tienen tal Derecho subjetivo de interponer los recursos y hasta el Juicio de Amparo Indirecto Civil para cambiar, modificar, nulificar, reponer, ampliar, o confirmar el sentido de la sentencia y/o acto, y como consecuencia ejecutar la sentencia que corresponda según los intereses de cada parte.

No puede ejercitarlo en vista de otro objeto que aquel para el cual le ha sido reconocido por el legislador: La creciente complejidad de la sociedad en la que vivimos provocó que se tuviera que estandarizar tales relaciones, entre otras maneras a través de las Leyes, de modo que en la actualidad todo individuo, por propio Derecho o a través de representante, puede interponer demanda de Amparo para que se respeten las garantías, sólo falta analizar si el ejercicio de tal Derecho esta interpuesto por los fines que le dio el legislador o por otros.

Es decir, es importante cuestionar ¿cuántas demandas de Amparo Indirecto Civil se interponen con el fin de que se respete el Derecho real, material, serio? es decir, en coherencia con el objeto para el cual el legislador ordenó la Ley de Amparo, y ¿cuántas demandas se interponen por otros motivos, como por ejemplo para retardar la aplicación en los hechos de la Ley, alegando una supuesta falta o incorrecta notificación, etcétera?

El análisis de los siguientes capítulos intentará darnos una respuesta, además de proponer, en caso de que se dé el segundo supuesto, algunas adiciones a las Leyes involucradas para que se corrija tal vicio.

Para finalizar, es importante asentar que ambos temas tratados tienen una larga historia de irse consolidando, han tenido auge y decadencia según la ideología de la época, pues bien, todo lo anterior sirve de sustento para determinar que nuestro Derecho Positivo está atravesando por una etapa en la que la formalidad mal

entendida de la Ley y la idiosincrasia legalista provocan una situación contraria, o por lo menos insuficiente, para cumplir la función del Derecho.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA LEY DE AMPARO Y LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD

En el presente capítulo se pretende abordar los diferentes significados y su clasificación, además del análisis y comentarios suficientes de las figuras y Leyes de nuestros *dos grandes temas* a tratar, el primero es la *Ley de Amparo* y el segundo y más importante para los fines perseguidos en este trabajo, el Abuso del Derecho enfocado al proceso, lo anterior con el fin de establecer una base de lo que sostendremos en el capítulo tercero.

2.1 LA LEY DE AMPARO EN LA ACTUALIDAD.

Antes de iniciar de lleno al análisis, considero correcto recordar que ya desde la exposición de motivos de 1936 de esta Ley, se denunciaba el mal uso del Amparo, específicamente de la suspensión de los actos reclamados, el Maestro Héctor Fix Zamudio en el libro *Evolución de la Ley de Amparo*, cita al entonces Presidente Lázaro Cárdenas Del Río, que dirigiéndose a las Cámaras, concretamente en un apartado denominado “*adaptación de la ley a las nuevas modalidades de la vida y corrección de otros defectos de la ley actual*” asentó:

“Ya se ha señalado en el preámbulo de este escrito la falta de correspondencia entre las disposiciones de la Ley y las modalidades que en la práctica y la legislación expedida desde que se elaboró la Ley vigente han venido imprimiendo en nuestra vida jurídica[...] los defectos de la Ley actual son de dos clases diversas. Pertenecen a la primera, los derivados de su falta de adaptación a las mencionadas nuevas modalidades, porque esto ha sido posible el abuso del juicio de amparo y muy particularmente de la suspensión del acto reclamado [...] Respecto de lo hecho para corregir los defectos de la primera clase, basta citar algunos ejemplos[...]”

Los artículos 38 al 41 y 144, limitan la intervención de los jueces de Primera Instancia y de otras autoridades que actúan en auxilio de la Justicia Federal a conceder la suspensión provisional, y eso siempre que sin existir jueces de Distrito en la localidad, resida en ella la autoridad responsable, todo lo cual pone el sistema del proyecto en mejor consonancia con el párrafo tercero de la fracción IX del artículo 107 Constitucional y evita el frecuente abuso que en la práctica se ha hecho del recurso de amparo ante esas autoridades auxiliares sólo para conseguirla suspensión del acto reclamado con el objeto de retardar dolosamente la ejecución de las sentencias.²³

Lo anterior es para demostrar que la figura que se aborda tiene utilidad real, que el Abuso del Derecho al interponer la Demanda de Amparo Indirecto Civil, específicamente con el fin de obtener la suspensión de los actos reclamados no es nuevo, ya antes había sido tratado esta mismo tema, para el mismo efecto, el de inhibir esta práctica.

2.1.1 Conceptos.

Lo escrito en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, en los libros de los teóricos, revistas y en la internet, es muy basto y no todo es necesario incluirlo para fundamentar lo que se defiende en el tercer capítulo, sin embargo es correcto citar algunas partes de estas obras.

El maestro Jorge Federico Caxiola Moraila ha escrito en El *Diccionario Jurídico Mexicano*, amplia y detallada información, desde el origen etimológico, el concepto, pasando por toda la historia y las características que debe reunir según el concepto moderno en sentido material: así tenemos, la palabra Ley:

²³ Soberanes Fernández, José Luis. *Evolución de la Ley de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: C, Estudios históricos, Numero 40, UNAM, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, p. 369.

“I. (la palabra ley proviene del Latín, lex que, según la opinión más generalizada, se deriva del vocablo legere, que significa “que se lee”. Algunos autores derivan lex de ligare, haciendo resaltar el carácter obligatorio de las leyes.)

II. Concepto. En sentido amplio se entiende por ley todo juicio que expresa relaciones generalizadas entre fenómenos. En este sentido, el significado del vocablo comprende tanto las causales o naturales, las leyes lógicas y matemáticas como las leyes normativas.”²⁴

Para que se pueda argüir lo más eficazmente posible que el Abuso del Derecho en el Proceso y lo que a nuestro parecer, es una de las bases para que este ilícito atípico se cometa, se cita al autor Jorge Federico Caxiola Moraila que asienta en este mismo Diccionario (Jurídico Mexicano) sobre el pensamiento del maestro del origen Austriaco:

“Kelsen ha distinguido entre ley natural y ley jurídica, indicando que la primera está basada en el principio de causalidad, y la segunda en el principio de imputación. Como se dijo, el principio de causalidad sigue la relación causa-efecto, mientras el principio de imputación “bajo determinadas condiciones -esto es, condiciones determinadas por el orden jurídico- debe producirse determinado acto de coacción, a saber: el determinado por el orden jurídico”. Kelsen resume así el enunciado causal: “si se produce el hecho A aparece el hecho B” y así el enunciado normativo: “si A debe ser B, aunque quizás no aparezca B”.²⁵

²⁴ Federico Caxiola Moraila en *Diccionario jurídico Mexicano*, Coord. Raúl Márquez Romero, Porrúa, México 2001. p 1963.

²⁵ *Ídem.*

Por otro lado, nos pareció totalmente apegado a la realidad actual lo que este mismo autor capta del pensamiento del filósofo y teólogo español Francisco Suárez porque su pensamiento, según lo escrito en este mismo diccionario:

“contiene algunas ideas fundamentales de la moderna concepción de la ley; según este autor la ley debe reunir tres condiciones extrínsecas que son: generalidad, tender al bien común y su imposición por el poder público, y cuatro condiciones intrínsecas: justicia, posibilidad de su cumplimiento, adaptación con la naturaleza y costumbres del lugar, permanencia y publicación que son criterios que corresponden a la disciplina que se denomina, en nuestros días, política legislativa.”²⁶

Ahora se entrará a estudiar el lado formal y material de la ley y la relación que guardan entre sí, en este sentido, llamó mucho la atención lo que asienta en autor en comentario en este Diccionario, al respecto ha escrito:

“En nuestros días, la doctrina ha utilizado dos acepciones del concepto ley jurídica: ley en sentido formal, que atiende al órgano y el procedimiento seguido para su creación y ley en sentido material, que se refiere a las características propias de la ley sin importar el órgano que la hubiere elaborado ni el procedimiento seguido para su creación. Según lo anterior, sólo es ley en sentido formal aquella que, independientemente de su contenido, fue creada por el órgano legislativo del Estado, ajustándose al procedimiento de legislación; mientras que la ley en sentido material es la norma jurídica general y abstracta, sin importar el órgano que la expide ni su modo de creación.”²⁷

Con el fin de contrastar y sopesar el Derecho Natural en relación al Derecho Positivo se considera importante comentar enseguida lo escrito por el

²⁶ *Ídem.*

²⁷ *Ibidem.*, p. 1964.

maestro García Máñez en su obra *Introducción al Estudio del Derecho*, en el que apunta:

“Problema muy debatido por los juristas es el concerniente el llamado derecho natural. Suele darse esta denominación a un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo. De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico sólo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época. Los partidarios de la otra doctrina aceptan la existencia de dos sistemas normativos diversos, que, por su misma diversidad, pueden entrar en conflicto. La diferencia se hace consistir en el distinto fundamento de su validez. El natural vale por sí mismo, en cuanto es intrínsecamente justo, el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo encuéntrase condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia. Todo precepto vigente es formalmente válido. Las expresiones vigencia y validez formal poseen en nuestra terminología igual significado. Estos atributos pueden aplicarse, según dijimos antes, tanto a las disposiciones establecidas legislativamente como a las reglas nacidas de la costumbre. Frente a tales preceptos, los del derecho natural son normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos. Por ello se dice que el natural es el único auténtico, y que el vigente sólo podrá justificarse en la medida en que realice los dictados del aquél. Sobre los preceptos en vigor –legislados y consuetudinarios- elevase el otro orden como un modelo o paradigma. Ese orden – escribe Cesarini Sforza- es el supremo principio regulativo de tales preceptos.

La enorme variedad de concepciones del derecho natural que registra la historia explícate en función del gran número de sentidos en que los teóricos emplean la voz naturaleza. El único punto en que coinciden los partidarios de la tesis es la

afirmación del dualismo normativo. Pero sus opiniones se separan cuando se intenta definir aquella palabra.”²⁸

El enfoque de este trabajo es hacia la realidad del Derecho, hacia la sociología jurídica, pretende ser un estudio desde la perspectiva sociológica del Derecho, desde esta visión se afirma que en la actualidad se vive una época contraria a la búsqueda de la realidad jurídica, estamos en un período en el que el formalismo del Derecho adquiere una fuerza cada vez mayor (tal vez por la cantidad de personas y por lo tanto la complejidad de las relaciones o por la mentalidad, por la filosofía capitalista, lucrativa que nos han sembrado en nuestra mente o tal vez por un poco de todas ellas, no lo sabemos y dejamos abiertas esas incógnitas para próximas investigaciones de tesis), sin embargo nuestra gran maestra, la historia, nos indica que no debe descuidarse la realidad del Derecho, porque de lo contrario no va a cumplir el fin para el cual fue creado; es decir, tomando en cuenta que las Fuentes del Derecho son la Ley, la Jurisprudencia, la Doctrina jurídica, no menos importante es la realidad social, que es el universo material donde se dan las relaciones, las interacciones entre individuos, grupos e instituciones.

Los actos que generan Abuso de Derecho en el Proceso son realidades que deberían tener como consecuencia la creación de normas jurídicas eficaces para inhibirlo, el Derecho no debe abstraerse o demeritar la importancia de esta situación porque entonces se perdería la razón de ser del Derecho. Contrariamente a lo anterior, se considera que la realidad social impacta y afecta a la Ley y ésta a su vez debe ser motor para el cambio de aquella, teniendo como resultado una relación dialéctica entre ambas.

Así, para fundamentar lo dicho, se cita lo que dice el maestro Jorge Witker en su obra *Como elaborar una tesis de grado en derecho*, en el que al analizar las fuentes del Derecho, específicamente la realidad socio-jurídica ha escrito:

²⁸ García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2003, 59ª edición, pp 40-41.

“También tiene que ser observado el comportamiento de los sometidos al Derecho, esto es, el comportamiento de aquellos sobre los que encuentra aplicación el Derecho. Porque el Derecho es un instrumento de dominio que está destinado a configurar y corregir la vida social. Sólo por medio de la observación de la vida social puede establecerse si se consigue realmente esta tarea. Si no se logra realizar en la vida social las expectativas de comportamiento expresadas en las normas jurídicas, el Derecho habrá faltado a su misión.”²⁹

2.1.2 Fuentes del Derecho.

Es de vital importancia analizar este tema porque dependiendo de lo que consideremos que y cuáles son las fuentes del Derecho, podremos considerar esta tesis como fundada o infundada, como válida o inválida, loable u oprobiosa, adelantando que si se tiene una visión del Derecho apegada a la realidad, con la visión de que éste debe ser un instrumento que tienda a la igualdad y por lo tanto a la paz y tranquilidad social, será lo primero; de lo contrario, si somos partidarios de que el Derecho en sí mismo es un fin, que se debe cumplir a toda costa, y que cada vez que exista alguna divergencia o se esté ante una disyuntiva entre la formalidad y la realidad en el Derecho nos limitemos a apuntar con el dedo el texto que consigna ese Derecho, entonces será lo segundo.

El maestro Héctor Fix Zamudio, al exponer las Fuentes del Derecho en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM ha asentado:

I. En la literatura jurídica con la expresión “fuente del derecho” se alude al origen de las normas jurídicas (i.e., a su formación histórica) y a su fundamento de validez. La

²⁹ Witker, Jorge. *Como elaborar una tesis en Derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho*, Madrid, Civitas, 1991 p. 39.

expresión es ambigua y tradicionalmente equívoca; dos son, sin embargo, sus usos más generales. *En sentido lato se aplica a los hechos, doctrina e ideologías que en modalidades diversas influyen sobre las instancias creadoras del derecho. En este sentido la recesión, la guerra, la epidemia, el liberalismo, el utilitarismo, etc., serían “fuentes del derecho”...*

La doctrina de las fuentes es parte esencial de una teoría del orden jurídico; constituye una respuesta al problema de identidad y existencia de un orden jurídico. Cualquier teoría jurídica apropiada debe incluir una solución a la identificación del contenido como a la existencia del derecho. La doctrina de las fuentes, da cuenta de la dimensión fáctica (empírica) del derecho, sirve, inter alia, para asegurar que el derecho que describe el jurista es el derecho histórico de una sociedad que existe o existió.

Dos son pues los problemas más relevantes de los que da cuenta la doctrina de las fuentes: El proceso de formación del orden jurídico (o parte de él) y el fundamento de validez de sus normas.

II. Los juristas suelen contraponer a “fuentes formales”, “las fuentes materiales o reales” y las “fuentes históricas”. Por “fuentes formales” generalmente se entiende “los procesos de creación de normas jurídicas”. Con “fuentes materiales o reales” se alude a todos los hechos sociales que dieron origen a dichas normas.[...]

III. El jurista dogmático (civilista, penalista, internacionalista, etc.) se ocupa de las fuentes del derecho; pero, ciertamente no se ocupa, de las “fuentes” en tanto “historiografía” jurídica. Por “fuentes” (formales) el jurista entiende los actos de ciertas instancias por los cuales determinadas disposiciones (instrucciones, órdenes, permisiones)

*adquieren el carácter de derecho, objetivamente, especificadas y exigibles.*³⁰

Tomando en cuenta lo que asienta el autor en comentario en el Diccionario, y vinculándolo con lo que existe en la realidad de las actuaciones judiciales, se puede considerar que las autoridades judiciales son dogmáticas, sin juzgar si eso es bueno o malo, más bien es necesario cuestionarse sobre si ésta forma de actuar es suficiente para cumplir su cometido: impartir Justicia, ya que la realidad social, política y económica nos muestran lo contrario, por eso es importante cuestionarse sobre si el juzgador que usa fuentes formales en un sentido técnico, y que se refiere a los actos que en razón de su autoridad autorizan fuerza y validez legal a las normas emitidas por los poderes formales y fácticos establecidos, está cumpliendo a cabalidad su función de impartir Justicia y no sólo Derecho; cuestionarse sobre si contribuirá a detener o estimular un probable, o tal vez inminente cambio social violento.

El Doctor Arellano García, citando otra obra de su autoría, explica: *“la expresión “fuente” (del latín fons, fontis) es el manantial de agua que brota de la tierra y aplicada metafóricamente a la ciencia del derecho alude al origen de las normas jurídicas.*³¹

Para focalizar lo anterior a éste trabajo es necesario comentar que la fuente de la Ley de Amparo es sin lugar a dudas la Carta Magna que en sus artículos 103 y 107 que a la letra establecen:

“Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;*
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o*

³⁰ Héctor Fix Zamudio, *op cit*, p. 1478-1479.

³¹ Arellano García, Carlos. *Op. Cit.*, 7, p. 4.

restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Artículo 107. Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:

I.- El Juicio de Amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;

II.- La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

En el Juicio de Amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución. Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los

derechos colectivos del núcleo tampoco procederán el desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la Asamblea General o el segundo emane de ésta.

III.- Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

- a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia;*
- b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y*
- c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio;*

IV.- En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar éstos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo requiera como condición para decretar esa suspensión;

V.- El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma,

se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes:

- a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares.
- b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal;
- c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común. En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales, y
- d) En materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las Juntas Locales o la Federal de Conciliación y Arbitraje, o por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado. La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

VI.- En los casos a que se refiere la fracción anterior, la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución señalará el trámite y los términos a que deberán someterse los tribunales colegiados de circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia, para dictar sus respectivas resoluciones;

VII.- El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al

juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia;

VIII.- Contra las sentencias que pronuncien en amparo los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:

a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos directamente violatorios de esta Constitución, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 de esta Constitución y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados o por el Jefe del Distrito Federal, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad;

b) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución. La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos en revisión, que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

En los casos no previstos en los párrafos anteriores, conocerán de la revisión los tribunales colegiados de circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno;

IX.- Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito no admiten recurso alguno, a menos de que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la

interpretación directa de un precepto de la Constitución cuya resolución, a juicio de la Suprema Corte de Justicia y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en esta hipótesis procederá la revisión ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales;

X.- Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público. Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo, y en materia civil, mediante fianza que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión ocasionare, la cual quedará sin efecto si la otra parte da contrafianza para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo, y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;

XI.- La suspensión se pedirá ante la autoridad responsable cuando se trate de amparos directos promovidos ante los Tribunales Colegiados de Circuito y la propia autoridad responsable decidirá al respecto. En todo caso, el agraviado deberá presentar la demanda de amparo ante la propia autoridad responsable, acompañando copias de la demanda para las demás partes en el juicio, incluyendo al Ministerio Público y una para el expediente. En los demás casos, conocerán y resolverán sobre la suspensión los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito;

XII.- La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los

términos prescritos por la fracción VIII. Si el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca;

XIV.- Salvo lo dispuesto en el párrafo final de la fracción II de este artículo, se decretará el sobreseimiento del amparo o la caducidad de la instancia por inactividad del quejoso o del recurrente, respectivamente, cuando el acto reclamado sea del orden civil o administrativo, en los casos y términos que señale la ley reglamentaria. La caducidad de la instancia dejará firme la sentencia recurrida;

XV.- El Procurador General de la República o el Agente del Ministerio Público Federal que al efecto designare, será parte en todos los juicios de amparo; pero podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios, cuando el caso de que se trate carezca a su juicio, de interés público;

XVI.- Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda. Si fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados. Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción

que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Igualmente, el quejoso podrá solicitar ante el órgano que corresponda, el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo, siempre que la naturaleza del acto lo permita.

La inactividad procesal o la falta de promoción de parte interesada, en los procedimientos tendientes al cumplimiento de las sentencias de amparo, producirá su caducidad en los términos de la ley reglamentaria.

XVII.- La autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente, cuando no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo, y cuando admita fianza que resulte ilusoria o insuficiente, siendo, en estos dos últimos casos, solidaria la responsabilidad civil de la autoridad con el que ofreciere la fianza y el que la prestare, y

XVIII.- Se deroga.³²

Como se puede observar, de lo antes transcrito, el espíritu de la Ley, es bastante claro y tiene un fin recto: La protección de los Derechos fundamentales de la persona; en el último tema del capítulo tercero se expondrá la otra parte de este tema, la realidad del comportamiento del sujeto pasivo de la Ley, y del contraste que existe, para posteriormente proponer una solución.

2.1.3 El amparo y sus principios

Acerca de la palabra Amparo, el maestro Héctor Fix Zamudio ha escrito en el Diccionario Jurídico Mexicano una gran cantidad de información al respecto y del cual citaremos sólo algunas partes (salteadas) que rezan así:

"I. (Del castellano amparar, en el sentido de proteger los derechos de una persona.)

³² *Constitución política de los Estados Unidos mexicanos.* 30° edición esfinge, México 2010. P 96, 100

El Juicio de Amparo mexicano constituye en la actualidad la última instancia impugnativa de la mayor parte de los procedimientos judiciales, administrativos y aún de carácter legislativo, por lo que tutela todo el orden jurídico nacional contra las violaciones realizadas por cualquier autoridad, siempre que esas infracciones se traduzcan en una afectación actual, personal y directa a los derechos una persona jurídica, sea individual o colectiva.

II. Sin embargo, debe tomarse en consideración que el propio juicio de amparo surgió con el propósito esencial de proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, contra su violación por parte de las autoridades públicas.³³

En este punto del trabajo se desea hacer un alto para comentar que lo escrito en el anterior párrafo será muy importante para defender la propuesta que será expuesta en el capítulo tercero, porque desde la lógica más elemental y a través de la doctrina se puede percibir que tal Ley efectivamente fue pensada y surgió con un fin bien definido, solucionar una necesidad consistente en proteger los Derechos de la persona humana otorgados por la Carta Magna, es decir, el fin que persigue, es el de ser un refugio para toda persona que le hayan sido violados sus derechos, no sólo formalmente sino (y quizás más importante desde este punto de vista) materialmente. En el capítulo tercero analizaremos un caso y definiremos si la Ley de Amparo es usada con los fines para los cuales fue creada, o si por el contrario, se aparta y los contraviene.

La situación actual de la Ley de Amparo pretende ser más completa, resguardar más Derechos, sin embargo también provocó una circunstancia ambigua ya que se debe tomar en cuenta que esto da lugar a que muchas de las demandas presentadas tengan fines distintos. La parte que deseo comentar es la que tiene mayor importancia, el de la impugnación de las sentencias en los litigios

³³ Héctor Fix Zamudio., Diccionario Jurídico Mexicano *op cit.*, p. 157.

legales, así, de acuerdo con Héctor Fix Zamudio en este mismo Diccionario apunta:

“la más importante desde el punto de vista práctico, ya que un gran porcentaje de los Juicios de Amparo que resuelven los tribunales federales corresponden a la misma, se refiere a la impugnación por la parte afectada de las sentencias judiciales definitivas, es decir, aquellas contra las cuales no procede ningún recurso o medio de defensa ordinario (artículo 46 de LA) ya sea que la violación se cometa durante el procedimiento (aa. 159 y 160 LA) o en la sentencia misma (a. 158 LA), y en todas las materias, es decir tratándose de sentencias pronunciadas por los tribunales civiles (incluyendo las mercantiles); las de carácter penal (si son condenatorias del inculpado).”³⁴

Desde la opinión doctrinal, el Profesor Chávez Castillo, escribe:

“Es un juicio constitucional, que se inicia por la acción que ejercita cualquier persona ante los tribunales de la Federación en contra una ley o acto de autoridad, en las hipótesis previstas en el artículo 103, Constitucional, que considere violatorio de sus garantías individuales, teniendo por objeto la declaración de inconstitucionalidad de dicho acto o ley invalidándose o nulificándose en relación con quien lo promueve, restituyéndolo en el pleno goce de esas garantías que han sido violadas.”³⁵

Ahora bien, en seguida comentare los principios rectores.

Principio de la iniciativa o instancia de parte.

³⁴ *Ibidem.*, pp. 157-159.

³⁵ Chávez Castillo, Raúl. *op cit.*, p. 25.

El Juicio de Amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, Es decir, que se desencadena la función jurisdiccional únicamente por quien se considera agraviado en sus derechos, mas no de oficio.

Principio de la existencia del agravio personal y directo

I.- El Juicio de Amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, el agravio solo se tomara como tal por el juzgador cuando este sea personal y directo, es decir, no podrá tomarse como valido cuando el acto se dirija de personas indeterminadas, no se tomara como personas indeterminadas cuando el acto consista en una ley porque en tal situación la persona quejosa será quien encuadre en la hipótesis estipulada por la ley.

Principio de prosecución judicial del Juicio de Amparo

Al respecto el artículo 107 estipula:

Artículo 107. Todas las controversias de que habla el Artículo 103 *se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico* que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:³⁶

Principio de la relatividad de las sentencias

De esa manera en el artículo 107, fracción II, la constitución hace alusión a este principio:

II.- La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, *limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la*

³⁶*Ley de Amparo*,. Isef, México 2010 p. 106

queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.³⁷

Principio de definitividad del Juicio de Amparo y sus excepciones

Asentado en el artículo 107, fracción III, de nuestra Carta Magna en la que textualmente dice:

“Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia;

b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y

c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio;

IV.- En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será

³⁷*Ibidem.*, p. 100

necesario agotar éstos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo requiera como condición para decretar esa suspensión”³⁸

Implica que el quejoso tiene la obligación de agotar todas las instancias y recursos ordinarios para tratar de modificar, revocar, nulificar el acto por el cual se pide el amparo y protección de la justicia federal. Por otro lado, es importante comentar que existen excepciones a este principio.

Principio de estricto derecho y la facultad de suplir la queja deficiente.

Este principio está consagrado en el artículo 107, fracción II constitucional párrafos segundo, tercero y cuarto, en los que nuevamente notamos que no los expresa directamente, sino se deducen respecto de los que si el juzgador aplica la suplencia de la deficiencia de la queja. Esta parte del ordenamiento constitucional reza así:

“Artículo 107. Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes...

En el Juicio de Amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución.

Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el

³⁸ *Ibidem*, p. 101-102

estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán el desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la Asamblea General o el segundo emane de ésta.³⁹

Este principio se refiere a que el juez está obligado a limitarse a resolver los actos reclamados o conceptos de violación que el quejoso exprese en su demanda de amparo y no determinar de oficio lo que, aun cuando sea legítimo, justo y real, se debería tomar como violación o agravio. Aquí es donde deseamos expresar que el estricto derecho, lo consideramos como abuso de la formalidad que se traduce en Abuso del Derecho y más específicamente en Abuso del Derecho en el proceso (que es el instrumento para determinar lo que es derecho). Nos permitimos vincularlo con el principio jurídico *súmmum jus, summa injuria* (es decir, que el supremo derecho es la suprema injusticia, refiriéndose a que la aplicación del derecho positivo puede en determinadas ocasiones causar, causar más daño que provecho, por lo que debe dejarse campo al arbitrio judicial).

³⁹ *Ibidem*, p. 101.

Principio de procedencia del amparo contra sentencias definitivas o laudos (Amparo directo)

Contemplado en el inciso a) de la fracción III del artículo 107 de la carta magna que a la letra dice:

*“III.- Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:
Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia;”⁴⁰*

Al respecto el Doctor Burgoa, para determinar cuándo es procedente el Amparo directo y al mismo tiempo cuando se considera que una violación ha trascendido al resultado del fallo, comenta:

“Según la norma actual se conserva la procedencia del Juicio de Amparo directo o unisustancial para atacar los tipos de violaciones que se registren en los procedimientos judiciales propiamente dichos o del trabajo a saber, las violaciones in procedendo y las violaciones in judicando, es decir que se realicen en la secuela procesal y las que se realicen en la

⁴⁰ *Ibidem*, p. 101

sentencia definitiva o en el mismo laudo arbitral o en resoluciones que pongan fin al juicio.

Para que una violación se cometa durante la secuela procesal del juicio en que hubiera recaído el fallo que se impugne haga procedente el amparo directo contra este, se requiere que “afecte al quejoso, trascendiendo al resultado del fallo”. Ahora bien, ¿Cuándo se ocasiona por una violación procesal dicha afectación con la mencionada trascendencia? Pese a la amplitud de los términos en que en que estos fenómenos procesales se conciben por disposición constitucional que comentamos, debe establecerse que las violaciones que se realicen durante la secuela del procedimiento, para que den origen al amparo directo, no deben traducirse en contravenciones legales que sean ocasionadas por actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, ya que en este último caso el amparo procedente es el bi-instancial conforme a lo preceptuado por el inciso b) de la fracción III del artículo 107 constitucional, en relación con la fracción VII del mismo precepto y con el artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo. Por lo tanto, dentro de la idea de “violaciones procesales que afecten las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo”, deben comprenderse las infracciones procesales que, sin ser originadas por actos de imposible reparación dentro del juicio de que se trate, se enmarquen en alguno de los casos específicos de las contravenciones a leyes del procedimiento civiles, administrativos, penales o del trabajo, señalados en el artículo 159 y 160 de la Ley de Amparo”.⁴¹

Según la Ley de Amparo deberá presentarse por conducto de la autoridad responsable que emitió el acto que se reclama y se interpone ante el Tribunal Colegiado de Circuito y excepcionalmente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación si ésta ejerce la facultad de atracción prevista en el último párrafo de la fracción V del artículo 107 de la carta magna.

⁴¹ BURGOA Orihuela, Ignacio, op cit., p. 309-310

2.1.4. Principio de procedencia del Amparo Indirecto

Este principio es el que concuerda con el tipo de Amparo que se comenta en el capítulo tercero de este trabajo, de ahí que sea especialmente importante analizarlo y comentar el proceso que le corresponde así como realizar un cuestionamiento sobre si se comete Abuso del Derecho en el Proceso con motivo de este. En nuestra Carta Magna, tal procedencia está estipulada en las fracciones VII y XII del artículo 107 que textualmente asienta:

*“VII.- El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia; [...] XII.- La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.”*⁴²

Ahora bien, en la Ley de Amparo tal procedencia está estipulada en el artículo 114 en el que textualmente reza:

“ARTICULO 114.- El amparo se pedirá ante el juez de Distrito:

⁴² Ley de Amparo. *op cit.*, p. 103-104.

I.- Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso;

II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo;

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia.

III.- Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido;

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso;

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben.

IV.- Contra actos en el juicio, que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación;

V.- Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería;

VI.- Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1o. de esta Ley.

VII.- Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.”⁴³

En este sentido es necesario comentar la fracción V, por la vinculación directa con lo que pretendemos demostrar, ya que ésta fracción apunta personas extrañas al juicio, para lo cual se abre una interrogante para saber si lo que formalmente es extraño a juicio coincide con la realidad en los litigios; o si por el contrario, la verdad de la situación es que la parte que interpone este juicio lo hace, como lo dice la doctrina del Abuso del Derecho en el Proceso, desviando el fin para el cual fue hecha por el legislador, adelantando que esto es lo que se intentará esclarecer en el capítulo tres de este trabajo.

Asimismo, en el artículo 115 de esta misma Ley, es más estricto, al menos formalmente para la interposición de este juicio, el cual nos permitimos citar textualmente: “*ARTÍCULO 115.- Salvo los casos a que se refiere la fracción V del artículo anterior, el Juicio de Amparo sólo podrá promoverse, contra las resoluciones judiciales del orden civil, cuando la resolución reclamada sea contraria a la ley aplicable al caso o a su interpretación jurídica.*”⁴⁴

⁴³ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 32.

La demanda se interpone ante Juzgado de Distrito normalmente, ante el superior de la autoridad responsable o las autoridades judiciales locales por excepción, explicado de manera sucinta, el procedimiento es el siguiente: Recibida la demanda, el Juez realiza un examen y emite un proveído que puede ser declaración de incompetencia, excusarse de conocer el juicio por circunstancias personales, desechamiento, prevención o auto de admisión en el que además se requiera a la autoridad responsable para que remita su informe justificado, también se debe notificar al tercer perjudicado si es que lo hay, el Ministerio Público Federal adscrito, en ese mismo acto fije la fecha y hora para la celebración de la audiencia y, si es que se pidió, o aplica de oficio, se abre incidente de suspensión provisional, independientemente de que la autoridad responsable haya remitido su informe justificado la audiencia constitucional se celebra, con las pruebas y/o alegatos que el quejoso, autoridad responsable, tercero perjudicado y en su caso el pedimento realizado por el Ministerio Público Federal hayan presentado, en esa misma audiencia se dicta sentencia.

2.1.5. La suspensión de los actos reclamados y sus efectos.

La suspensión de los actos reclamados para los efectos del Amparo es un auto del Juzgado de Distrito en el que le ordena a la autoridad responsable cesar las violaciones que dice estar padeciendo el quejoso. Para el maestro Burgoa la suspensión en general es: *“Aquel acontecimiento (acto o hecho) o aquella situación que generan la paralización o cesación temporal limitadas de algo positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo, el desarrollo o las consecuencias de ese “algo” a partir de dicha paralización o cesación, sin que se invalide lo anteriormente transcurrido o realizado.”*⁴⁵

En esta misma obra y refiriéndose a la suspensión en el Juicio de Amparo ha escrito:

⁴⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio. *op cit.*, p. 710.

“la suspensión en el Juicio de Amparo es aquel proveído judicial (acto que concede la suspensión de plano u oficiosa, provisional o definitiva) creador de una situación de paralización o cesación temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencias de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a éstas y que el propio acto hubiere provocado.”⁴⁶

Constitucionalmente esta institución procesal esta sancionada en las fracciones X y XI del artículo 107, y que textualmente determinan:

“X.- Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público. Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo, y en materia civil, mediante fianza que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión ocasionare, la cual quedará sin efecto si la otra parte da contrafianza para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo, y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;

XI.- La suspensión se pedirá ante la autoridad responsable cuando se trate de amparos directos promovidos ante los Tribunales Colegiados de Circuito y la propia autoridad responsable decidirá al respecto. En todo caso, el agraviado deberá presentar la demanda de amparo ante la propia

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 711.

*autoridad responsable, acompañando copias de la demanda para las demás partes en el juicio, incluyendo al Ministerio Público y una para el expediente. En los demás casos, conocerán y resolverán sobre la suspensión los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito;*⁴⁷

La Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales también la contempla en su capítulo III denominado precisamente: De la suspensión del acto reclamado.

Ahora bien, tomando como criterio la urgencia de la suspensión por motivo de la gravedad de los actos reclamados, existen dos tipos de suspensión en el Juicio de Amparo, la suspensión de oficio y la que es a petición de parte agraviada.

La suspensión de oficio según el artículo 122 de la materia, se decreta en el mismo auto en que el juez admita la demanda, se otorga únicamente de acuerdo a los supuestos establecidos en el artículo 123 de la Ley de Amparo y que obedece a tres motivos: el primero es la naturaleza de los actos reclamados; es decir los que en sí son inconstitucionales por lo que no necesitan confirmación de violación por el daño que puede causar es por eso que la Ley ordena decretar la suspensión hasta en tanto se verifique su existencia; el segundo se basa en conservar viva la materia del Amparo para que se pueda restituir la garantía violada, es decir, existe la presunción de irreparabilidad del daño en caso de no suspender los efectos del acto reclamado; el tercer motivo obedece a una ideología política de protección social a la parte considerada débil.

El efecto de la suspensión consistirá en ordenar que cesen los actos que directamente ponen en peligro la vida permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional.

⁴⁷ *Constitución política de los Estados Unidos mexicanos*. 30° edición esfinge, México 2010. p. 104.

Para fundamentar lo dicho, citamos los artículos de la Ley reglamentaria:

“ARTICULO 122.- En los casos de la competencia de los jueces de Distrito, la suspensión del acto reclamado se decretará de oficio o a petición de la parte agraviada, con arreglo a las disposiciones relativas de este Capítulo.

ARTÍCULO 123.- Procede la suspensión de oficio:

I.- Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal;

II.- Cuando se trate de algún otro acto, que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

III.- (Se deroga).

La suspensión a que se refiere este artículo se decretará de plano en el mismo auto en que el juez admita la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, para su inmediato cumplimiento, haciendo uso de la vía telegráfica, en los términos del párrafo tercero del artículo 23 de esta ley.

Los efectos de la suspensión de oficio únicamente consistirán en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional; y tratándose de los previstos en la fracción II de este artículo, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, tomando el juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados.”⁴⁸

⁴⁸ Ley de Amparo, *op cit.*, p. 33.

En la suspensión a petición de parte agraviada y a diferencia de la primera, ésta se dicta en una audiencia incidental y sólo se decreta si concurren los siguientes requisitos: Que la solicite el agraviado, que no se siga perjuicio al interés social, que no se contravengan disposiciones de orden público o que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se le causen al agraviado con la ejecución del acto.

Al respecto nos permitimos citar el artículo correspondiente:

“ARTÍCULO 124.- Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

I.- Que la solicite el agraviado;

II.- Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público;

Se considera, entre otros casos, que sí se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando de concederse la suspensión:

a) Se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes;

b) Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos;

c) Se permita el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario;

d) Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la raza;

e) Se permita el incumplimiento de las órdenes militares;

f) Se produzca daño al medio ambiente, al equilibrio ecológico o que por ese motivo afecte la salud de las personas, y

g) Se permita el ingreso en el país de mercancías cuya introducción esté prohibida en términos de Ley o bien se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 131 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se incumplan con las normas relativas a regulaciones y restricciones no arancelarias a la exportación o importación, salvo el caso de las cuotas compensatorias, las cuales se apegarán a lo regulado en el artículo 135 de esta Ley; se incumplan con las Normas Oficiales Mexicanas; se afecte la producción nacional;

III.- Que sean de difícil reparación los daños o perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

El juez de Distrito, al conceder la suspensión, procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio.⁴⁹

Ahora bien existe una tesis aislada que especifica la finalidad de esta figura y al efecto dice:

“SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. SU FINALIDAD ES LA DE PRESERVAR LOS DERECHOS O INTERESES SUBJETIVOS DEL QUEJOSO.

La suspensión es una medida cautelar o conservativa de una situación ya existente que tiene como finalidad evitar que ésta se altere, ya sea con la ejecución de los actos reclamados, o bien, por sus efectos y consecuencias, deduciéndose de ello que la medida cautelar en el juicio de garantías no crea derechos o intereses subjetivos en beneficio del quejoso, sino que únicamente los preserva en

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 34.

cuanto a que no se afecten por la ejecución de los actos reclamados, con independencia de que los mismos sean o no inconstitucionales.

SEXO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. I.6o.C.37 K

Amparo en revisión 2196/97. Adolfo Gándara Espinosa. 20 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Párrafo Rodríguez. Secretario: José Guadalupe Sánchez González.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VI, Septiembre de 1997. Pág. 737. Tesis Aislada.⁵⁰

Con todos los argumentos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales anteriores se puede afirmar que la suspensión de los actos reclamados tiene un fin, el de mantener viva la materia de litigio; el de preservar los Derechos o intereses del quejoso; ahora bien y con el fin de enfocar esto último al Abuso del Derecho en el Proceso, surgen por lo menos dos interrogantes: ¿es un Derecho obtener la suspensión (provisional por lo menos) de los actos reclamados cuando la demanda interpuesta no tiene otro fin que retardar la inminente ejecución de una sentencia como está estipulada en el artículo 81 de la Ley de Amparo? ¿Estará acorde con la Justicia preservar los intereses subjetivos del quejoso cuando tales sean sólo legalmente válidos, aunque contravengan los principios que rigen la misma?

⁵⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. p. 737.

2.2 DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD

Cuestiones previas.

Es prudente advertir que este trabajo es atípico, ya que no sigue el enfoque que la gran mayoría, los cuales intentan dar una descripción y sistematización de las reglas del proceso; el nuestro en cambio, pugna por exhibir cómo los medios de prueba y la ideología de estricto Derecho prevaleciente, influyen para que exista divergencia entre la verdad material y la verdad formal en el proceso, y que tienen como consecuencia que aparezca con suma facilidad el Abuso del Derecho en el Proceso, lo anterior cambia radicalmente la forma de dictar Derecho en un proceso tan sensible y determinante como es el del Juicio de Amparo Indirecto.

Interesa exhibir cómo formalmente es muy fácil demostrar una violación a una Ley procesal, cómo se puede demostrar con pruebas estrictamente formalistas que existió una violación en el juicio no haber sido notificado o por lo menos haber sido notificado de manera distinta de como lo ordena la Ley o por cualquier otro motivo, y teniendo la facultad de interponer Amparo Indirecto Civil.

Por otro lado es importante manifestar que la figura en estudio es considerada una figura que es adelantada porque ve por un lado al individuo pero sin descuidar a la colectividad, en ese sentido el maestro Fernández Sessarego ha escrito:

*“Es dentro de esta nueva óptica que se explaya la meditación iusfilosófica en nuestros días y se comienzan a replantear, o a construir, las instituciones jurídicas. Los hombres de derecho comprenden que si bien el “yo” no se confunde con el “nosotros”, el “nosotros” está implantado en la estructura del “yo”. Si bien es cierto que el ser humano no se diluye en lo social, su naturaleza participa de lo social”.*⁵¹

⁵¹ Fernández Sessarego, Carlos. *Op cit*, p. 18.

Se desea dejar asentado que en torno a este problema los autores han pensado en darle solución de diferentes maneras, las cuales aún cuando no nos satisfacen, se quieren comentar; por ejemplo Jordi Ferrer Beltrán, que desde una perspectiva teórica analiza los conceptos de prueba y el significado del hecho de probar en su obra *“Prueba y Verdad en el Derecho”* quien en la introducción critica la dogmática procesalista diciendo que:

“Así, resultan muy escasos los estudios que abordan el problema de la prueba desde un punto de vista conceptual, intentando dilucidar qué significa que un hecho esté probado y cuál es la noción de prueba más adecuada para dar cuenta de los problemas que enfrentan los juristas día a día. [...]

Pues bien, el presente trabajo pretende abordar, desde la óptica de la teoría del Derecho, los problemas conceptuales de la noción de prueba y de hecho probado, así como las posibilidades de justificación racional de la selección de las premisas tácticas del razonamiento judicial.

Para ello, partiré de un enunciado tipo: “Está probado que p”, cuando ese enunciado es emitido por un juez en el marco de un proceso formando parte de la declaración de hechos probados.⁵²

Como otra forma de aprovechar lo escrito por este autor es importante manifestar que me identifico con sus ideas vertidas en el libro en comento, específicamente porque no hace distinción de la prueba en las diferentes ramas del Derecho. Lo mismo considero en este trabajo, en el que aún cuando por su naturaleza me obliga a enfocar el Abuso del Derecho realizado en el Proceso concretamente al interponer la demanda en materia de Amparo Indirecto Civil, lo anterior no implica que no pueda ser aplicado para otras, sino es que en todas las demás ramas e instancias del Derecho.

⁵² Ferrer Beltrán, Jordi. Prologo de Michele Tarufo. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid, M Ponds, 2005, 2ª Edición. p. 14-15.

De acuerdo a lo anterior, este autor ha escrito:

“He señalado ya que el objeto del análisis es la noción general de prueba. Con ello quiero poner de manifiesto que, en mi opinión, no hay una diferencia conceptual entre la prueba civil, penal, administrativa, laboral, etc. Tiendo a pensar que, en realidad, no hay tampoco una diferencia conceptual entre la prueba jurídica y aquella que es propia de cualquier otro ámbito de la experiencia”⁵³

Por otro lado y con el fin de demostrar que es importante replantear lo que significa que en un expediente esté demostrado, por ejemplo, que el demandado ha sido notificado; o que lo fue de manera distinta a como lo establece la legislación; o que el Juez no haya valorado correctamente las pruebas ofrecidas, o cualquier otro acuerdo. En este sentido, es importante cuestionar ¿lo que establece la legislación civil es suficiente para conocer la verdad real o si se conforma con la verdad jurídica? Y las siguientes preguntas obligadas, en caso de que sea lo segundo, ¿será suficiente la función tanto de legisladores, como de juzgadores y de sociedad en general con conocer la verdad legal? ¿Es un asunto superfluo o toral para mantener la paz social?

Por lo anterior, considero importante comentar lo que este autor ha escrito, quien basa su trabajo al abordar el problema de lo que significa *está probado que P* y tocante a esto dice que debe advertirse, que no puede identificarse como único sentido para esa expresión. Así, en efecto, destacará tres posibles sentidos que, si bien no son seguramente los únicos que pueden registrarse en los usos de los juristas y de los teóricos, sí son quizás los más relevantes.

En el *primer* sentido, especifica: *“está probado que p” como sinónimo de “es verdad que p”*

⁵³ *Ídem.*

*“En una primera acepción, decir que algo está probado equivale predicar la verdad de aquello que se considera probado. De este modo, no habría diferencia entre las nociones de prueba y verdad.”*⁵⁴

Tesis que después rechaza que se aplique en un proceso judicial dado que en atención a ella cabe considerar probada una proposición para la que no se dispusiera de evidencia alguna. Además comenta que son muchos los juristas que consideran, más débilmente, que la verdad es condición necesaria, pero no suficiente, de la prueba de una proposición, y citando a Alsina ha escrito: *“prueba es la comprobación judicial, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende. (Alsina 1961, p. 225).”*⁵⁵

También cita a Bonnier diciendo que descubrimos la verdad cuando conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esa conformidad.

Continúa el autor comentando, en lo que además estamos de acuerdo, que la finalidad de la prueba es la averiguación de la verdad, y no sólo porque lo escriba el autor, sino además porque así lo expresan los principios generales del Derecho.

En el segundo sentido “está probado que p” como sinónimo de “el juez ha establecido que p” cuyo exponente más sobresaliente según considera este autor es Carnelutti, quien dice que a pesar de que se utilice el término prueba indistintamente en ámbitos jurídicos y científicos, el significado debe ser claramente distinguido, ya que en cualquier otro contexto probar significaría demostrar la verdad de una proposición; en cambio en el contexto del proceso judicial y al respecto ha escrito: *“probar (...) no querrá decir ya demostrar la*

⁵⁴ *Ibidem.*, p 31.

⁵⁵ *Ibidem.*, p. 32

*verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos específicos. (Carnelutti 1947, p. 55)."*⁵⁶

Por otro lado analiza la diferencia de lo que significa probar en general y la alteración y deformación de que sufre en el ámbito jurídico.

*"de forma general, probar significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de su verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal [...]. Si la ley da cuenta de sus procesos bajo nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significara demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos."*⁵⁷

Esto último es delicado y peligroso para el medio judicial, y motivo de escándalo y decepción para una persona que acude al juez a que se le haga Justicia, ya que de acuerdo a lo anterior, el propósito de probar no tendría relación con el descubrimiento de la verdad y por lo tanto lo único que se debe seguir al pie de la letra es la formalidad del proceso, en este sentido se objeta el hecho de que se admita como algo normal que una prueba jurídica pueda no coincidir, ser apartada o hasta contraria a justicia, defendida bajo el argumento de la legalidad o de la practicidad; sin embargo, es de tomar en cuenta que aquí está en debate algo de mayor envergadura, de mayor magnitud: la estabilidad, la paz social y política de un país que está poniendo en riesgo por un *status quo* defendido cada vez con menor legitimidad y del cual el Derecho participa en gran medida. Ahora bien, respecto de los argumentos para poder defender tal situación podrán decirse muchos más, sin embargo, todos juntos no están tomando en cuenta que el

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 35.

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 42.

Derecho no es un fin en sí mismo sino un medio para la convivencia en sociedad, y por lo tanto no está cumpliendo con el fin más importante que es, más que aplicar Derecho, aplicar Justicia.

Se considera que si bien es cierto que el autor hace una descripción de lo que sucede en un proceso judicial cuando el juez dicta sentencia, eso no significa que sea lo más deseable en términos de aplicación de justicia, no de Derecho únicamente, que es justamente lo que se está solicitando en este trabajo.

En el tercer sentido: está probado que p como sinónimo de hay elementos de juicio suficientes a favor de p, en la que la proposición tiene que ver con los elementos de juicio disponibles como corroboración de la hipótesis sobre los hechos que ella expresa, es decir, la proposición se considera probada sí y sólo sí hay elementos de juicio a favor de la misma y además la proposición es verdadera, según lo escrito por el autor: *“en otras palabras, una hipótesis sobre los hechos puede resultar probada, aún cuando sea falsa”*.⁵⁸

Lo dicho en el anterior párrafo es preocupante por un lado, y por el otro encuadra perfectamente con la divergencia que se exhibe en este trabajo, porque en la Ley de Amparo y en el Código Federal de Procedimientos Civiles existe exceso en la formalidad en el proceso de Amparo Indirecto Civil y sobre todo en la idiosincrasia de los Jueces y secretarios de acuerdos, lo que deja la puerta abierta que es aprovechada por cualquier persona que se inventa quejoso para encuadrar en cualquiera de los supuestos marcados en el artículo 103 constitucional y 1º de la Ley de Amparo para que proceda su demanda sobre un acto de una autoridad en la que sin más requisitos es admitida, solicitan el informe a la responsable, otorgan la suspensión provisional y señalan fecha y hora para la audiencia constitucional y todo lo anterior aún cuando sea falsa, aún cuando esa supuesta violación pueda subsanarse de una manera más pronta y fácil, o cuando el quejoso no persiga un interés serio y legítimo, o cuando al

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 38.

interponerlo lo haga con el fin contrario al fin social o económico para el cual la Ley de Amparo fue sancionada, como es el de alargar el procedimiento innecesariamente u obtener un beneficio económico indebido.

En otra parte de la misma obra el autor hace un análisis de algo tan fundamental para los objetivos que se persiguen en este trabajo como es la *divergencia que existe entre la verdad material y la verdad formal* y al efecto escribió:

“Las distintas limitaciones procesales y no procesales (como los intereses de las partes) que pueden interferir en la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados, producen que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos. Siendo así, se ha planteado la necesidad de dar cuenta de alguna forma de los casos en que el normal discurrir del proceso conduce, por una u otra forma de las razones estudiadas, a la declaración de hechos probados que se apartan de lo realmente ocurrido.”⁵⁹

Posteriormente define las dos tipos de verdades escribiendo:

La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. Por ello, también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad tout court, sin más calificativos. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en el sentido, en las que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero es plausible sostener que la verdad (material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no-ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Ésta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial.

⁵⁹ *Ibidem.*, p. 61.

La verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria.[...]

De este modo, la declaración de hechos probados realizada por el juzgador deviene verdadera (en sentido formal) por el sólo hecho de ser pronunciada por el órgano judicial. Aunque nada se dice respecto por parte de los defensores de la distinción, parece claro, de este modo, que la declaración de hechos probados adquiere fuerza constitutiva.

Ello no quiere decir, sin embargo, que el juzgador disponga de total discrecionalidad para determinar los hechos probados, o que pueda hacerlo a su libre arbitrio (sí parece suponerlo, en cambio, NIETO, 2000, pp.248-249). Es más, podría incluso suceder que el juez o tribunal tuviera la obligación jurídica de intentar descubrir los hechos realmente acaecidos, esto es, la verdad material.[...]

Así, ha sido muy habitual que se sostenga que es un objetivo del proceso penal el descubrimiento de la “verdad material de los derechos”, mientras que en el proceso civil ese no sería un objetivo institucional, conformándose con la “verdad formal”. Esto sería debido a la vigencia en el proceso civil del principio dispositivo y a la presencia de un buen número de reglas de prueba legal, a diferencia de lo que ocurriría en el caso del proceso penal. Así, cuando se sostiene una tesis como esta, no sólo se niega que de hecho se produzca en el proceso civil una disociación entre los hechos declarados probados y aquellos realmente ocurridos. Se afirma, además, que no es un objetivo del proceso civil, a diferencia del proceso penal, el descubrimiento de la verdad material. (JIMÉNEZ ASENJO, s.f., p. 404.; QUINTANO RIPOLLES, 1960, p. 243; ARAZI, 1986, pp. 30 SS., y VERDE, 1990, p.467).⁶⁰

⁶⁰ *Ibidem.*, p 62- 70.

Respecto de esto último no se está de acuerdo con estos autores ya que, si bien es cierto que se debe seguir el principio dispositivo, los lineamientos que disponga la Ley para conservar la igualdad, también es cierto que esta misma, independientemente de la rama del Derecho de la que estemos tratando, el objeto de la prueba no puede ser otro más que conocer la verdad material, y la verdad formal debe ser consecuencia de la primera si se considera que su función es la de un medio para mantener la paz social.

Después, en esta misma obra se comenta que en buena parte de las proposiciones no se puede conocer si son verdaderas, aún más, existen algunas que de antemano se saben que no son verdaderas, sin embargo se consideran como si lo fueran, además considera que pueda darse el caso de que un enunciado fáctico resulte jurídicamente probado pero sea falso. Y también, que un enunciado verdadero no resulte probado.

Más adelante, él autor intenta dar otras salidas, las cuales aunque no solucionan el problema, las exponemos porque forman parte de la realidad jurídica cotidiana, la primera consiste en la posibilidad de que el Juez (o específicamente en nuestro caso, en el secretario de acuerdos) decida tener por verdadera una proposición aunque no la crea, es decir, puede aceptarla a modo de hipótesis de trabajo o por obediencia a una norma que así lo ordena. Este autor considera que la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero” y “ser aceptado como verdadero”, permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal.

El hecho de que se tenga que aceptar una prueba y de deba presentar como verdadera aunque se sepa que es falsa sólo aplica a los abogados porque su lealtad se encuentra comprometida únicamente en una parte de la contienda, pero no aplica a los legisladores, a los Jueces y secretarios de acuerdo por los siguientes razonamientos: primero porque en este caso existe un litigio de por medio y no puede darles la razón o negárselas a ambas facciones sino perseguir

el Derecho y la Justicia, y segundo porque sus funciones son públicas y de interés social.

Es necesario hacer un comentario en el sentido de que, la distinción entre la verdad material y formal fue elaborada por la doctrina alemana del siglo XIX como una reacción a la constatación de que, en muchos casos, los hechos declarados probados en los procesos judiciales no coincidían (y algunas veces no podían jurídicamente coincidir) con los hechos realmente acaecidos. Es decir, que eran declaradas probadas proposiciones que, en cambio, resultaban falsas y a la inversa. Todas las anteriores transcripciones tienen como fin demostrar que a pesar de que los teóricos han encontrado motivos para justificar la situación de la legalidad, no implica que éstos resuelvan el problema que de manera indirecta intenta resolver esta tesis: La creciente desigualdad, y su consecuencia, el descontento social.

Estamos conscientes, que no va a existir sistema jurídico que logre aplicar el Derecho estrictamente a la realidad acaecida ya que eso es utópico, sin embargo, sí se puede y se debe acercar a la realidad el sistema jurídico excesivamente formalista como el que existe en nuestro país.

Desde otro punto de vista, los anteriores argumentos y formas de ver la relación que existe entre la verdad formal y la verdad material, en un proceso judicial no es suficiente porque no logra el objetivo al que se quiere llegar como fin último de este trabajo, el de contribuir que no se cometa Abuso de Derecho en el Proceso y su consecuencia inmediata, favorecer la paz social, ya que se puede justificar de una o varias formas tal situación pero no proponer soluciones y lo de lo que se trata en esta parte del trabajo es precisamente eso, focalizar nuestra atención en las soluciones y las consecuencias de no hacerlo, en la contribución que esta figura legal tiene en la realidad para provocar desigualdad económica y por lo tanto el descontento social y/o político. En ese sentido, intentando tener una posición neutral y sin pretender incluirlo como parte del tema de tesis sino más bien abrir algunas interrogantes para el inicio de otras tesis, es importante

preguntar, ¿qué tanto ha contribuido el Derecho para que exista desigualdad económica en el mundo? ¿Qué tanto ha contribuido el Derecho positivo mexicano para que exista la indignante y lacerante suma de 50 millones de pobres y a la vez personas de las más ricas del mundo en los últimos años? ¿Cuánta responsabilidad le corresponde a los abogados postulantes y a los representantes del poder legislativo y judicial? ¿cuánto hemos contribuido cada uno de nosotros para que exista tal situación?, ¿Cuánta razón tienen aquéllos quienes se manifiestan por la autonomía, por la lucha armada, por la destrucción del sistema económico, político y social? ¿Qué tan prudentes son aquéllos que llamaron al voto nulo en las pasadas elecciones del 5 de julio de 2009? ¿Qué tan apremiante y para quién, el llamar a un movimiento armado, presagiando una “trilogía” 1810, 1910, 2010? Y que conste que son preguntas.

Asimismo, desde otra perspectiva, este apartado intenta mostrar que nuestro enfoque del tema del Abuso del Derecho lo vamos a orientar al juicio, a cómo esta práctica se aplica o se manifiesta en el proceso, de esta manera estamos de acuerdo con Luis Maurino que afirma que el ámbito natural donde se manifiesta todo Abuso del Derecho sustancial, es el proceso el que está escrito así:

*“Pero lo que nos interesa aquí, es la figura estricta de este abuso que, aún manteniéndose el derecho sustantivo en su forma adecuada, se ejerce sobre el proceso.”*⁶¹

De la misma manera el mismo autor manifiesta: *“los actos procesales son distintos sustancialmente del acto jurídico privado (civil), aunque ambos sean de naturaleza jurídica.”*⁶²

⁶¹ Maurino, Alberto Luis. *Abuso del Derecho en el proceso*, Buenos Aires, La Ley, 2001. p. 7.

⁶² *Ibidem.*, p. 1.

Por otro lado se considera correcto explicar el por qué el Abuso del Derecho en el Proceso no aparece dentro de la Teoría General del Derecho de manera abierta y por qué, aún cuando de manera indirecta está sancionado en el Derecho Positivo, en la realidad no se aplica, porque el Derecho Mexicano tiene una tendencia formalista, Kelseniana, así, para los autores Atienza y Ruiz Manero, en sus obra *Ilícitos Atípicos* encuentran que esto se debe a que existe una fuerte influencia del derecho romano al exponer:

“Pero entre las distinciones a trazar dentro de los ilícitos no aparece en la categoría de ilícitos que nosotros llamaremos <atípicos> y a la que pertenecen las tres nociones mencionadas, (estas tres nociones mencionadas son el abuso del derecho, el fraude de Ley y el de la desviación de poder). Para Austin, las únicas disposiciones que, dentro del campo de los ilícitos, tienen carácter necesario (la influencia del Derecho romano en su concepción es obvia) son las que permiten separar los crímenes (los delitos públicos) de los ilícitos civiles (los delitos privados) y, dentro de esta última categoría, la que tiene lugar entre los torts, por un lado y la ruptura de las obligaciones provenientes de contratos o de cuasi contratos, por otro. Hay también otros principios, nociones y distinciones que son objeto de estudio de la teoría general de Derecho (de la general jurisprudence), pero no por razones de necesidad lógica, sino por simple utilidad, esto es, porque aparecen normalmente en los sistemas de Derecho evolucionados; sin embargo, Austin no menciona tampoco aquí el abuso del derecho, el fraude del ley o la desviación de poder (o lo que podría ser su equivalente funcional en el sistema del common law).”⁶³

Más adelante en este mismo texto encuentra otra justificación en la generalidad de las teorías, aunque tal argumento no es convincente porque una figura sólo aparentemente está provocando disfuncionalidad en el sistema jurídico,

⁶³ Atienza Rodríguez, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *op cit.*, p. 14.

pero esto no puede ser posible, sobre todo si consideramos que el sistema está compuesto por reglas y por principios y que si bien es cierto que la regla excluye el principio, también es cierto que aquella no puede estar fuera de este, al exponer:

Más adelante, en esta misma obra, intentando hacer una sistematización de los tipos de normas que existen en los sistemas legales ha escrito:

“Ahora bien, en nuestros sistemas jurídicos no existen únicamente normas de los tipos antes descritos (reglas de acción y reglas de fin), sino también otras a las que suele llamarse principios, y en las que cabe, a su vez, distinguir entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Tales principios sirven, por un lado, como justificación de las reglas, de las pautas específicas”⁶⁴

Con este mismo principio vamos a desarrollar en el tercer capítulo de nuestra de tesis, la idea es en el sentido de proponer una adición al artículo 57 del Código Federal de Procedimientos Civiles, y por otro lado, y atendiendo a que nuestra invitación va en el sentido de eliminar esta figura en materia de Amparo, también proponemos hacer una reforma al artículo 81 de la misma.

2.2.1. Concepto y naturaleza jurídica

El teórico Jorge A. Sánchez Cordero Dávila escribe en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones jurídicas e indica que el Abuso del Derecho:

*“I. La voz abuso del derecho no tiene una raíz etimológica propia. Sin embargo, algunas frases del derecho romano recogen la idea: *summum jus summa injuria*: La aplicación ciega de la regla del derecho conduce a consecuencias injustas; o bien al contrario se puede citar la frase del*

⁶⁴ *Ibidem.*, p. 18

Digesto "neminem leadit qui suo iure utitur": aquel que usa un derecho no perjudica a nadie. La teoría del abuso del derecho tiene como problema central el considerar que el ejercicio sin control del derecho, representa una amenaza para la justicia que es el fin esencial del sistema jurídico.

II. El instrumento de control por excelencia es la teoría del abuso del derecho. El tema más discutido de esta teoría es la determinación del límite que establezca que más allá de él, el ejercicio del derecho es abusivo y por lo tanto irresponsable. El sistema para la determinación del límite varía según algunos autores: unos opinan que lo determinante es la intención de dañar a otro; otros afirman que lo importante es la desviación del derecho de su función social. Los elementos que se señala como constitutivos de la teoría del abuso de derecho son:

a) Culpen el ejercicio del derecho; b) intención de causar un daño; c) el desconocimiento de la función social del derecho. Como ejemplo de la tarea del abuso del derecho, en nuestra legislación se puede citar en materia de propiedad el siguiente: No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no de otro resultado por causar perjuicios a tercero, sin utilidad para el propietario a. 840 CC). Otros ejemplos pueden encontrarse en lo preceptuado por los aa, (sic, artículos) 16 y 934 CC." ⁶⁵

Ahora bien, desde la perspectiva doctrinal considero correcto comentar que existen muchas corrientes y autores para determinar el concepto que nos ocupa, sin embargo los fines que persiguen esta obra orillan a comentar sólo aquellos que nos pudieran servir para fundamentar la propuesta esgrimida en el tercer capítulo. Así citaremos al maestro Alberto Luis Maurino, que citando a Gelsi Bidart escribe:

Gelsi Bidart: (16) focaliza la noción en un doble sentido: amplio y estricto el asentar:

⁶⁵ Jorge A. Sánchez Cordero Dávila en *Diccionario jurídico Mexicano, op cit.*, p. 28.

- 1) *En sentido lato o muy lato (latísimo sensu), se entiende como abuso del proceso, “toda desviación de las normas programadas a su respecto por el legislador”. Comprendería , el proceso simulado, fraudulento, doloso, etc.(17)*
- 2) *En sentido estricto, siendo el uso del derecho en el proceso, un derecho de carácter instrumental para garantizar la eficacia del derecho, el abuso es un instrumento con el cual se procura remediar, restituir, reemplazar algún elemento que no funciona o funciona mal”.*⁶⁶

Por otro lado los maestros Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, realizan una reconstrucción y generalización de cómo esta figura opera, en ese sentido ha escrito:

“La acción A realizada por el sujeto S en las circunstancias X es abusiva si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo.

2) Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba que prohíba causar D.

3) D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

3.1) Que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S revisó A sin ningún fin serio y legítimo discernible.

3.2) Que D es un daño excesivo o anormal.

4.) El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la

⁶⁶ Maurino, Alberto Luis. *op cit.*, p. 4.

*regla permisiva a que se alude en 1) y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X` [X más a alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1) o 3.2)] la acción A esta prohibida.*⁶⁷

Por otro lado el maestro Carlos Fernández Sessarego en su obra *Abuso del Derecho* y citando a Spota menciona un concepto de Abuso del Derecho y al efecto ha escrito: *“aquel “que se ejecuta sin exceder los límites objetivos del derecho, pero que, por su móvil no concordante con aquella finalidad social o económica, deja de ser amparado por el ordenamiento jurídico, o sea, por el derecho como un todo, por la juridicité.”*⁶⁸

También este mismo autor cita a Bejarano Sánchez para referir el concepto de esta figura asienta: *“que parece ser congruente con la norma de derecho, un comportamiento que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos de manera que su actualización no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito.”* Y es que, para el citado autor, el sentido con que se ejercita el derecho, al perturbar intereses vitales, constituye una conducta *“materialmente antijurídica aunque sea coherente con la disposición formal de la misma”*⁶⁹

2.2.2. Ubicación.

Iniciaremos comentando la ubicación de nuestro tema, al respecto coincidimos con lo que dice el erudito Alberto Luis Maurino, que en su obra *Abuso*

⁶⁷ Atienza Rodríguez y Ruiz Manero, Juan Manuel. *op cit.*, p. 57.

⁶⁸ Fernández Sessarego, Carlos. *op cit.*, p. 23.

⁶⁹ *Ídem.*

del Derecho en el Proceso y citando a Luis Adorno ha escrito: “*el tema del Abuso del Derecho de Proceso pertenece a la Teoría General del Derecho*”.⁷⁰

La figura que tratamos está enmarcada en la teoría general del proceso, y pretende ser una tesis vista desde una perspectiva desde la sociología del Derecho, por lo tanto una tesis materialista, empírica, realista.

En otra parte de la misma obra, y citando a Pellegrini, Alberto Luis Maurino describe la actuación de los abogados al cometer Abuso del Derecho y escribe:

“Refiriéndose a la actividad judicial presente de los tribunales italianos. dice Pellegrini (9): “el abuso del proceso es cometido por personas que pertenecen a una clase forense sin escrúpulos, también, mediante la promoción (llevar adelante) de cualquier causa a pesar de conocimiento previo de no poder conseguir algún resultado ventajoso para el propio cliente o en caso de no estar en condición de patrocinar con preparación y competencia de defensa alguna, con el único fin de percibir importantes gastos que aumentan con él pasar del tiempo en la extenuante espera, prolongando lo más posible la sentencia que indicará el día de la derrota.”⁷¹

Por su parte, el maestro Fernández Sessarego al tratar la relación entre el Abuso de Derecho y las transformaciones sociales dentro del presupuesto socio-político afirma:

“La teoría del abuso del derecho refleja, como ninguna otra, la crisis del derecho en las últimas décadas. Es, por ello, una institución clave para comprender los cambios producidos en cuanto a la visión del derecho de partes de los juristas y su función en la sociedad actual.

⁷⁰ Maurino, Alberto Luis. *op cit.*, p.1.

⁷¹ *Ibidem.*, p. 30.

La crisis de las instituciones jurídicas tiene una profunda raíz socio-política. Ella responde a los cambios suscitados en el seno de diversas sociedades, de los pueblos. La ciencia jurídica no podía permanecer inmóvil ante las transformaciones operadas en las relaciones humanas cuando a ello le corresponde, precisamente, regular valiosamente dichos contenidos socio- existenciales.”⁷²

Nuestro Derecho fundamentado en la Constitución de 1917, tiene principios, fuentes y fines, tomando en cuenta que esa es producto de una revolución social, el fin más general es el de ser un instrumento social para aplicar justicia y mantener la paz social, si no cumple con ese cometido, no tendrá razón de ser; por lo tanto, no tiene por qué existir divergencia entre la verdad formal y la verdad material en un proceso judicial y menos en un proceso jurídico tan importante como es el Juicio de Amparo.

Con el fin de demostrar que esta figura es de conveniente aplicación a la legislación Mexicana, sobre todo en la actualidad, retomamos lo que ya fue escrito en la justificación, en el sentido de que, desde hace tres décadas hemos entrado en el sistema económico neoliberal, en el que el Derecho social es cada vez menos importante, y por lo tanto se está reduciendo cada vez más a la defensa de los Derechos privados, en especial al de la propiedad. Lo anterior concuerda con lo escrito por el autor Carlos Fernández Sessarego cuando apunta:

“Como se ha puesto de manifiesto (ver 4), la crisis del derecho se desencadena bajo la acción simultánea de una cambiante realidad social y de una nueva visión filosófica[...] Esta nueva tendencia se manifiesta, medularmente, en una reivindicación del sujeto de derecho, en una ampliación de su tutela jurídica frente a la erosión de un sistema creado para privilegiar la protección del patrimonio y para permitir intolerables excesos en el ejercicio de los derechos individuales, con absoluta prescindencia del

⁷² Fernández Sessarego, Carlos. *op cit.*, p. 112.

derecho o del interés de los demás[...] Dentro de esta protección están comprendidos aquellos sujetos cuyos intereses eran lesionados por la acción prepotente y abusiva, fuera de control jurídico, del titular de un derecho que, aparentemente, actuaba en nombre de una mal utilizada libertad individual, en el ejercicio anormal de un derecho subjetivo.

La tutela de la persona, ligada estrechamente con la tipicidad de las normas de los códigos civiles, se circunscribía sólo a proteger los derechos expresamente normados. Los intereses existenciales, que no habían alcanzado creación normativa, por más importantes y dignos de tutela que fueran, quedaban al margen de la protección del derecho. Esta situación tiende a cambiar en los últimos tiempos, fundamentalmente en lo que concierne a los derechos de la persona. Pero alcanza también, en cierta medida, a los derechos de carácter patrimonial. Se amplía así el ámbito de protección de intereses jurídicamente relevante en beneficio de la persona humana.”⁷³

2.2.3. Clasificación, criterios para determinarlo.

Lo fundamental en esta figura procesal es la contradicción; la divergencia que existen entre la pretensión de tutela jurídica, y su finalidad auténtica, es decir, entre lo que pide formalmente una parte del proceso y el fin que desea lograr con esa petición, ese es uno de los motivos por los cuales no aparece en la gran mayoría de las legislaciones o lo hace de manera indirecta, porque no afecta al Derecho Positivo, y por lo tanto no es tomado en cuenta por los teóricos de esta tendencia. En cambio, en este trabajo lo que intentamos defender es que si un acto u omisión contraviene los principios sobre los cuales están asentados en las Leyes positivas, y por lo tanto afecta la realidad, la materialidad en la aplicación

⁷³ *Ibidem.*, p. 113-115.

del Derecho, tales actos u omisiones no podrán ser considerados como legales y por consiguiente reprimidos.

2.2.3.1. Criterio subjetivo:

Es aquel en el que se toma en cuenta la intención del promovente para perjudicar, aquellos casos en que el ejercicio de un Derecho se realiza con mala fe, culpa o dolo al ejercerlo, o ejercer tal sin interés o utilidad para el promovente. Existe tal conducta cuando se abusa, más que del Derecho, de la forma abusiva del titular ya que, según esta teoría, el titular tenía conocimiento de las consecuencias antisociales de su actuar, lo cual es real porque los abogados, quienes principalmente realizan este tipo de acciones, al ser peritos en la materia, conocen las consecuencias jurídicas y por eso la realizan, y aquí encontramos todos otro obstáculo porque es muy difícil comprobar ante el juez que el titular del derecho tenía esa intención, pues siempre el abusador del Derecho defenderá su posición con el Derecho positivo.

2.2.3.1. Criterio objetivo:

Es aquel en el que se considera que el Abuso consiste en el ejercicio contrario al fin económico y social del Derecho, en un ejercicio contrario de su institución, de los principios que lo fundamentan, o que es contrario a la moral o a un fin de solidaridad social, lo cual consideramos que sirve más para impugnar este tipo de actos en la realidad. Tomando este criterio, el elemento objetivo es una actuación contraria a la función económico-social para el cual fue creada tal norma de la cual se abusa. De esta manera estos autores no ponen el acento en el interés tutelado en las normas sino en la finalidad con que cada Derecho ha sido instituido por el legislador, es decir, realizan un análisis más profundo de lo que determina la Ley, la interpretan también desde una perspectiva hermenéutica; total. El autor Fernández Sessarego citando a Josserand comenta: “el acto abusivo es el de la desviación del Derecho de su función social.”⁷⁴

⁷⁴ *Ibidem.*, p. 132.

2.2.3.3 Criterio ecléctico:

Como su nombre lo indica, esta teoría toma lo mejor de las dos anteriores, intentando concluir que éstas no son excluyentes, sino más bien son complementarias, su mejor expositor es Josserand, quien combina elementos tanto de la posición subjetiva, de la de tipo objetiva, propone que para caracterizar el acto abusivo, este autor considera que para caracterizar el abuso es necesario considerar la desviación del Derecho de su función social, el cual es el elemento objetivo, además este autor señala otros criterios como son la intención de dañar, que es el elemento subjetivo, la culpa que la considera una nota de carácter técnico, y la falta de interés serio y legítimo que supone la existencia de un factor económico.

Por los fines que persigue este trabajo y analizando la realidad en la que se desenvuelve la legislación Mexicana, se tomara como bueno el criterio objetivo porque es la única forma en la que se puede comprobar en la práctica de litigio.

2.2.4. Legislación del Abuso del Derecho en el proceso:

A pesar de la dificultad para insertar esta institución, existen legislaciones que directa o indirectamente la reconocen. El maestro Rodríguez Grez, en su obra *Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial* citando otra obra de su autoría ha escrito: *las legislaciones podrían calificarse en tres grandes grupos: las de carácter intencional, las de carácter funcional y las favorables al concepto del abuso*⁷⁵. En las del primer tipo, las caracteriza porque, de una norma interna se proyecta un interés hacia un fin moral, las del segundo tipo, las considera más ambiciosas, menciona que estas tienen por objeto emplear el Derecho como instrumento político para asegurar una finalidad de la misma especie, o sea política, el tercer tipo de legislaciones, las identifica porque no existe una norma

⁷⁵ Rodríguez Grez, Pablo. *op cit.*, p. 161.

general que se refiera al tema, pero sí existen normas aisladas que recogen esa teoría y la incorporan a través de la jurisprudencia.

Por su parte, el maestro Carlos Fernández Sessarego, al determinar los alcances de la norma que condena tal abuso, ha asentado:

“La técnica legislativa no es uniforme cuando se trata de descalificar el abuso del derecho. En unos casos el pronunciamiento es breve y conciso, y por lo tanto categórico, como ocurrió con el código civil suizo de 1907, en cuyo artículo 2º se precisa escuetamente: “El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”. En este mismo sentido, en ellos el texto legal se limita a precisar, como lo hacen los códigos civiles peruanos de 1936 y de 1984, que “la ley no ampara el abuso del derecho”. No se señala ningún criterio que pudiera ser utilizado por el juez para determinar la presencia del acto abusivo.

En dicha hipótesis el contenido del principio general es sumamente escueto, hecho que es alabado por los más criticados por los menos. El legislador se contrae simplemente condenar el abuso, por lo que se delega en la jurisprudencia determinar, frente cada caso y conformidad con la doctrina las circunstancias, tanto subjetivas como objetivas, que podrían originar un abuso del derecho. La función del juez adquiere su importancia en la medida que le corresponde evaluar y vivenciar axiológicamente la conducta del agente, precisar sus alcances y límites. Y es que, como es obvio, el legislador comprende la sutileza, la movilidad, de la frontera que existe entre el ejercicio regular de un derecho subjetivo y la ilicitud sui generis derivada de su actuación antisocial por el titular del derecho.

Otras legislaciones, por el contrario, determinan el o los criterios de los que ha de valerse el juez para calificar la actuación abusiva de un derecho. Pocas, como es el caso del código civil alemán de 1900, identifiquen restrictivamente

en la intención de perjudicar en criterio a adoptarse. Es decir se hace prevalecer el elemento del todo objetivo.

Otros códigos civiles, en cambio, establecen en sus textos un criterio objetivo. Se alude a la finalidad o función inherente al derecho subjetivo. Algunos cuerpos legales mencionan también, al lado de la finalidad, los estándares jurídicos de la equidad, la buena fe o las buenas costumbres. Este es el caso del código civil griego de 1941, cuyo art. 281 prescribe: El ejercicio de un derecho está prohibido si se sobrepasa manifiestamente los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres o por el fin social o económico de dicho por derecho”.

Existen códigos civiles, como es el caso del español a partir de la reforma de 1974, que hacen referencia, de modo simultáneo, tanto el criterio subjetivo de” la intención del autor”, como al objetivo de la finalidad del derecho, a los cuales se adosa, como telón de fondo, el principio de la buena fe.”⁷⁶

El autor Alberto Luis Maurino que comenta varios ordenamientos entre los cuales está la legislación italiana, de la cual se expresa así:

“Código de procedimiento civil italiano: en el capítulo III titulado “de los deberes de las partes y de los defensores”, expresa en el artículo 88, lo siguiente: “deber de lealtad y probidad”. – Las partes y sus defensores deben comportarse el juicio con lealtad y probidad.”

Faltando los defensores a este deber, el juez, está obligado a denunciar el hecho a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre ellos.

En el artículo 92 establece la condena por la transgresión de los deberes indicados en el artículo 88, integrar las normas sancionatorias del abuso, el artículo 96 que dice:

⁷⁶ Fernández Sessarego, Carlos. *op cit.*, p. 189-190.

*responsabilidad agravada. – si resulta que la parte vencida ha obrado o resistido en juicio con mala fe o culpa grave, el juez, ha pedido de la otra parte, la condenara no sólo a las costas, sino al resarcimiento de daños, que liquida en la sentencia aún de oficio...*⁷⁷

Respecto de la legislación mexicana, citaremos los siguientes ordenamientos:

En el Código Civil para el Distrito Federal, en la parte de Disposiciones Preliminares está escrito:

*“Artículo 16. Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas.”*⁷⁸

“Artículo 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

*El derecho concedido en este artículo dura un año.”*⁷⁹

Luego en el libro segundo: De los bienes, Título cuarto: De la propiedad, Capítulo primero: Disposiciones generales textualmente dispone:

*“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.”*⁸⁰

⁷⁷ Maurino, Alberto Luis. Op. Cit. p. 29.

⁷⁸ Código Civil para el Distrito Federal, México. Isef. 2010. p 2.

⁷⁹ Ídem.

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.”⁸¹

Libro cuarto. De las obligaciones, Primera parte. De las obligaciones en general Capítulo v. De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos.

Artículo 1912. 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.⁸²

También sirve de apoyo comentar lo que estipula el artículo 72 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que a la letra establece:

“Los tribunales no admitirán nunca recursos notoriamente frívolos e improcedentes; los desechará de plano sin necesidad de mandarlos a hacer saber, ni formar artículo, se impondrán si lo estimaren procedente, una corrección disciplinaria al que los hubiere promovido y a su patrono. En el caso de que tales recursos o promociones ameriten sanción conforme al código penal, harán al ministerio público la consignación correspondiente.”⁸³

Artículo 57 del Código Federal de Procedimientos Civiles:

⁸⁰ *Ibidem.*, p. 68.

⁸¹ *Ibidem.*, p. 73.

⁸² *Ibidem.*, p.127.

⁸³ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México. Isef. 2010.*, p. 13.

“Artículo 57.- Los tribunales no admitirán nunca incidentes, recursos o promociones notoriamente maliciosos o improcedentes. Los desecharán de plano, sin necesidad de mandarlos hacer saber a las otras partes, ni dar traslado, ni formar artículo.”⁸⁴

Todos los ordenamientos antes citados hacen alusión (de manera directa o indirecta), al Abuso del Derecho al Proceso, sin embargo deseamos observar que en el caso de México, esta institución a pesar de estar legislada, por desgracia es letra muerta, es importante contabilizar las demandas que aún cuando son admitidas no tienen otro fin que el de retardar la aplicación de Justicia, conteniendo por un Derecho que desde el inicio se vislumbra sin fundamento.

En el caso de México es real que tan sólo para dirimir algún asunto en primera instancia es necesario litigar algunos años, y más aún cuando una de las partes se ampara, los litigios se dupliquen en tiempo e incluso puede transcurrir décadas para resolver.

Otro factor que consideramos trascendente y por el cual escribimos este trabajo es que la sociedad en su conjunto no le cree, no le tiene confianza al Poder Judicial ni a los abogados, creándose una cultura de la ilegalidad que afecta en varios ámbitos del país, perdiendo la sociedad y en cierta medida también los abogados porque pudiendo resolver un asunto en menor tiempo y utilizando menos ataviesas legaloides obtendrían los mismos ingresos por la cantidad de asuntos que los interesados optarían por legalizar o regularizar.

⁸⁴ Código Federal de Procedimientos Civiles, Isef, México 2010 p. 20.

CAPÍTULO TERCERO: EL ABUSO DEL DERECHO AL INTERPONER LA DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA CIVIL.

Cuestiones previas

Tomando en consideración que el tema del Abuso del Derecho en el Proceso ya fue abordado en el capítulo segundo, antes de llegar a argumentar que se comete tal práctica en la interposición del Amparo Indirecto Civil, se considera conveniente abordar dos reflexiones:

La primera consistente en preguntar, y sin afán de incursionar en otros temas de tesis, sino más bien preparar la defensa de nuestra posición y de dejar el camino abierto para el desarrollo de otras tesis; en la realidad, ¿cuántas demandas de amparo indirecto se pueden interponer sobre un mismo caso, para un mismo fin y ocultando algunas cuestiones?, ¿cuál es el fin formal y real que se persigue al interponerlos?, ¿cuánto tiempo transcurre desde la presentación de la demanda, el auto de radicación, el otorgamiento de la suspensión provisional, el envío del informe justificado por parte de la autoridad responsable, así como el envío de éste a satisfacción del quejoso?, ¿cuántas observaciones y de qué tipo hace el quejoso cuando le ponen a la vista el informe justificado?, ¿de cuánto es la garantía impuesta por los probables daños y perjuicios que se pudieran causar al tercero perjudicado para que siga surtiendo efectos la garantía provisional otorgada?, ¿por cuántos días se puede prolongar esta situación jurídica en el caso de que el tercero perjudicado promueva ante la autoridad responsable para saber si ha vencido el plazo otorgado por el Juzgado de Distrito al quejoso, y aquella, por medio de oficio al Juzgado de Distrito para que manifieste si a la fecha el quejoso ha exhibido la garantía? para en caso contrario ejecutar el acto reclamado, además del tiempo que el Juzgado de Distrito, después de haber recibido el oficio de la autoridad responsable, conteste mediante otro oficio.

Todos los anteriores cuestionamientos podrían ser tomadas en cuenta para un litigante que ve inminente la ejecución de la sentencia o que calcula que será vencido ya no por el Derecho sino por el factor económico para seguir

manteniendo un litigio, por la ignorancia o por el hartazgo de la contraparte le sea conveniente interponer dicha última instancia.

Así, analizando, por un lado la Ley de Amparo, sus principios y los fines que persigue, y por el otro al quejoso en sus actuaciones procesales y en la intención que persigue en tales, pretendemos dilucidar y descubrir si existe Abuso del Derecho en el Proceso al interponer la demanda de Amparo Indirecto Civil.

La segunda reflexión consiste en analizar los argumentos de los detractores del tema del Abuso del Derecho en el proceso, para que *a contrario sensu* se pueda demostrar su importancia en la sociedad, tales argumentos no se pretenden derrumbar ni mucho menos menospreciar, sino únicamente defender esta posición de acuerdo a las situaciones vividas, por lo que las siguientes demostraciones se consideran como válidas y correctas para el desarrollo y cumplimiento no sólo del Derecho, sino además, de la aplicación de la justicia. Antes de mencionarlos se considera sensato hacer un comentario de la problemática que se propone resolver este tema; al respecto el maestro Fernández Sessarego en su obra citada ha escrito:

“No ha sido tarea fácil, y ha costado cierto el tiempo convencer, a través de la aplicación jurisprudencial del abuso del derecho, que con la aceptación de esta necesaria figura jurídica no se pretende atentar, ni se atenta, con toda libertad individual, ni se erosiona sustancialmente el señorío de la voluntad. El abuso de derecho es sólo un límite jurídico, impuesto originalmente por la moral social y luego consagrado por el ordenamiento positivo, tendiente a que el individuo actúe sus derechos subjetivos según las directivas de la solidaridad social, sin causar lesión por daño a intereses ajenos no protegidos por normas específicas.

Mediante la manifestación de los principios del abuso del derecho se pretende equilibrar la legítima actuación de los

derechos individuales, indispensables para la realización de la persona humana, con los intereses de la colectividad.”⁸⁵

Ahora bien, regresando a las objeciones a las que está sometida la doctrina del Abuso del Derecho, son las siguientes:

Como primer descredito, los detractores de la teoría del Abuso del Derecho manifiestan que temen o consideran que la aplicación de esta teoría signifique otorgar al Juez un excesivo poder, el mismo que puede poner en peligro el absoluto señorío de la voluntad como lo menciona el maestro Fernández Sessarego al citar al Maestro Guillermo Borda, sin embargo, el mismo autor, (con el cual estamos de acuerdo, aunque no de manera completa, guardamos nuestras reservas porque la experiencia nos indica que no todos los jueces actúan solo conforme a Derecho y menos aun los que lo hacen conforme a Justicia), asienta que:

“no son justificados los temores de quienes piensan que la facultad concedida a los jueces para evitar el ejercicio abusivo de los derechos “pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes les reconocen”. [...] es “muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado este poder”, por lo que, en la práctica, se ha demostrado que los temores expresados por cierto sector de juristas adversarios de la teoría del abuso del derecho es inconsistente. De ahí que ellos, como lo comprueba Borda, “hoy se baten en franca retirada.”⁸⁶

El segundo ataque consiste en considerar que se afecta el Derecho de la defensa en juicio, lo cual a nuestro modo de entender tampoco es un argumento

⁸⁵ Fernández Sessarego, Carlos. *op cit.*, p. 235.

⁸⁶ *Ibidem.*, p. 8.

válido, ya que la defensa de los intereses de un particular, no se coarta de ninguna manera, lo que se resguarda es que la defensa debe tener un límite, el cual debe ser definido por el Estado, cumpliendo con uno de sus cometidos consiste en procurar el bien común, es decir, no es una función de los particulares el hecho de velar por la aplicación de la Ley y más aún de la Justicia, sino del Estado a través de los tres poderes establecidos.

La tercera objeción consiste en atribuir poca utilidad práctica de la institución, sin embargo se cree que esa apreciación es incorrecta, porque a pesar de no poder fundamentar de forma legal precisamente por la característica de esta figura, sí se debe reflexionar sobre la cantidad de litigios legales que, por la facilidad con la que puede ser declarado de manera contraria a la realidad, es aprovechado, provocando un daño a la sociedad.

Para responder a tales críticas se considera correcto comentar primero, que no vamos a lograr apreciar el fenómeno del Abuso del Derecho en el proceso, si no logramos ver la totalidad de tal, se trata de ver la vida humana, la experiencia de las acciones u omisiones de las partes en litigio, y también el Derecho positivo, en este sentido hacemos nuestra la visión que tiene el maestro Carlos Fernández Sessarego que en su obra *Abuso del Derecho* analiza al Derecho desde una perspectiva tridimensional, en su parte conducente escribió:

“...se trata, pues, de tres objetos, de distinta consistencia ontológica que, sin embargo, cobra unidad en dinámica interacción, fenómeno que ocurre en la experiencia jurídica. De ahí que podamos constatar que no es posible referirse al Derecho como totalidad cuando está ausente alguna de aquellas dimensiones, sin que ello pueda suponer, de otro lado, que sólo una de ellas, per se, se constituya como “lo jurídico”. Por ello podemos sostener que sólo la vida humana social no es derecho, pero que, sin embargo, no se concibe al derecho sin su básica presencia en la experiencia jurídica. Las normas de suyo, aisladamente, no constituyen “el derecho”, como tampoco lo son únicamente los valores

jurídicos. Los tres elementos son imprescindibles para la aprehensión de “lo jurídico”, pero ellos deben conjugarse dinámicamente para que podamos percibir “lo jurídico” como una unidad conceptual.”⁸⁷

De la misma manera se desea advertir sin ningún ánimo de engreimiento que para que este trabajo sea comprendido en su totalidad, requiere necesariamente se entiendan dos aspectos de la figura que tratamos: la primera es que existe una divergencia respecto de la naturaleza jurídica, la manera en que se aborda, los alcances, la conveniencia o inconveniencia de sancionar esta figura en el Derecho positivo y sobre el tipo de normas que, en su caso, deben asentarse en los ordenamientos respectivos, etcétera, la segunda es que sólo se puede entender si se toma en cuenta la totalidad del Derecho (principios, valores y fines).

Para fundamentar lo dicho, se considera correcto citar al maestro Fernández Sessarego quien manifiesta abiertamente la dificultad que representa para un sector de juristas la aprehensión de esta figura, textualmente reza:

“el Abuso del Derecho surge originariamente como una figura de transición entre dos diferentes concepciones del Derecho, por ello resultó ser un extraño instituto, de difícil aprehensión para los juristas de cerrada formación individualista en cuanto a que, a sus ojos, entrañaba una flagrante contradicción lógica dentro del sistema jurídico imperante.”⁸⁸

Sin embargo se desea expresar que existen muchas instituciones y figuras jurídicas que sí logran proveer de justicia, obviamente esta situación es favorable para la sociedad y también que está relacionada con dos factores: el primero es que los Jueces, Secretarios de acuerdo y demás personal, sí están facultados expresamente en la Ley para dictar los acuerdos, autos y resoluciones para

⁸⁷ *Ibidem.*, p. 45.

⁸⁸ *Ibidem.*, p. 145.

lograrlo; el segundo es la voluntad y convicción de parte de esas mismas personas para proveer en determinado sentido, es decir, el convencimiento, la inclinación que tienen para aplicar más que Derecho, Justicia. Es decir, encontramos dos factores, el primero es externo, legal, formal, mientras que el segundo es subjetivo, interno.

Sin embargo, el estudio de estos dos factores comentados en el párrafo anterior, para proveer justicia escapan a los fines de nuestro trabajo, dejando abierta la incógnita para que sea desarrollado por otras tesis, de ¿hasta dónde un funcionario del juzgado, en las actividades propias, se deja guiar por la formalidad, por la Ley, y hasta dónde, conociendo la situación real y sin apartarse de la Ley (o apartándose lo menos posible) actúa para no apartarse de la justicia? Un estudio tal vez psicológico-jurídico, sociológico-jurídico, o de ambos tipos, podría resolver la incógnita, no lo sabemos, pero es el caso que aquí encontramos un posible tema de investigación.

Aún cuando entendemos que debe existir una jerarquía que defina las bases para interpretar la Ley en un litigio civil, eso no implica que sea correcto seguir dando mayor importancia a la interpretación conforme a la letra de la Ley, que conforme a los Principios Generales del Derecho cuando se presenta la hipótesis consistente en que el asunto no se puede dilucidar sino utilizando tales principios.

Como una manera de demostrar que lo que se ha venido criticando en el sentido de que el Derecho Mexicano es excesivamente formalista en detrimento a la solución de los problemas reales, es importante comentar lo que establece el Código Civil Federal que en la parte de Disposiciones Preliminares establece:

“Artículo 19. Las controversias judiciales 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.”

“Artículo 20. Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a

favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.”⁸⁹

Aun cuando en la doctrina no aparecen los artículos anteriores, se anexan porque se les encuentra relación, para demostrar una vez más que existe una inclinación muy acentuada en el Derecho positivo Mexicano a la formalidad, pero lo más preocupante es que los artículos que tímidamente la exhiben no se aplican, es letra muerta, como los artículos ya citados en el tema 2.5.6. Legislación del Abuso del Derecho en el Proceso.

Así, de los artículos anteriores, el primero da una preeminencia a la formalidad, dejando en último orden de prelación a los Principios Generales del Derecho, sabiendo que aquellos no pueden ser contrarios y que pertenecen a éstos; el segundo artículo parece más comprometido con la Justicia pero los legisladores cometieron el mismo error que en el primer caso: dejarlo en segundo lugar porque sólo se emplea a falta de Ley aplicable.

3.1. LAS NOTIFICACIONES:

El motivo por el cual se comenta el tema de las notificaciones es porque es tal vez el punto más débil, vulnerable y toral por varios motivos, por mencionar algunos son: porque de ese acto depende que se siga un proceso hasta llegar a sentencia firme o que se quede estancado por tiempo indeterminado con los consecuentes beneficios o perjuicios para las partes involucradas; también es así porque a pesar de que en la Ley exista todo un procedimiento para el notificador en el acto del emplazamiento, en la práctica existen varios criterios y más en los juzgados de primera instancia, en este sentido existen juzgados tan rígidos que no permiten que un demandado se dé por notificado en el local del juzgado, hasta

⁸⁹ *Código Civil Federal*, Isef. México 2010. P. 7

ardides para acompañar al actuario a un domicilio distinto con persona distinta que se haga pasar por el demandado, tomando en cuenta lo anterior, las notificaciones pueden ser difíciles aún cuando el demandado esté conforme con las prestaciones que se reclaman en la demanda y esté de acuerdo en allanarse o firmar convenio con el actor, en el otro extremo puede ser relativamente fácil notificarlo aún cuando el demandado realmente no quiera, no pueda notificarse, e incluso, ya haya fallecido.

En los ejemplos anteriores sin lugar a dudas existe una divergencia entre el escrito en los autos del juicio y lo realmente acaecido en las personas involucradas, sin embargo este enfoque va dirigido a lo que más comúnmente sucede en la práctica, la renuencia a darse por notificado legalmente de parte del demandado ya sea del auto de radicación o de cualquier otro que afecte sus intereses, y una vez que este haya sido emplazado, se le haya seguido proceso, e incluso se le haya dictado sentencia firme, tal demandado cuando se le quiere ejecutar la sentencia, interpone demanda de Amparo indirecto civil cuyos agravios ya son conocidos, artículos 14 y 16 constitucionales, ya que no fue notificado de la demanda que se le seguía o por lo menos fue notificado de una manera distinta a como lo ordena la Ley por lo que nulifica el proceso y obliga a la contraparte a iniciar el proceso en primera instancia, en cuya sentencia ya se vislumbra la inminente derrota para el demandado: no obstante lo anterior, el daño causado tanto pecuniario como en el factor tiempo para el actor en el juicio de primera instancia.

Por otro lado la Ley contempla que las notificaciones a la Autoridad Responsable deben hacerse por medio de oficio, además de que toma en cuenta diversas hipótesis que se podrían presentar y la manera de hacer tales notificaciones tenerla por notificada, al respecto la fracción I del artículo 28 de la Ley de Amparo determina:

“ARTÍCULO 28.- Las notificaciones en los juicios de amparo de la competencia de los juzgados de Distrito, se harán:

I.- A las autoridades responsables y a las autoridades que

tengan el carácter de terceros perjudicados, por medio de oficios que serán entregados en el domicilio de su oficina principal, en el lugar del juicio por el empleado del juzgado, quien recabará recibo en el libro talonario cuyo principal agregará a los autos, asentando en ellos la razón correspondiente; y fuera del lugar del juicio, por correo, en pieza certificada con acuse de recibo, el cual se agregará a los autos. Cuando no existiere el libro talonario, se recabará el recibo correspondiente,⁹⁰

Con respecto al tercero perjudicado: en su parte conducente, el artículo 30 de la Ley de la materia determina: “...y, en todo caso, el emplazamiento al tercero perjudicado y la primera notificación que deba hacerse a persona distinta de las partes en el juicio, se harán personalmente.”⁹¹

3.2 ABUSO PROCESAL AL INTERPONER LA DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO CIVIL CUANDO EL QUEJOSO SEÑALA NO HABER SIDO NOTIFICADO O NOTIFICADO DE MANERA DISTINTA DE COMO LO MARCA LA LEY EN UN JUICIO ORIGEN DEL ACTO RECLAMADO.

El Derecho Civil Mexicano tiene una inclinación formalista, como dan cuenta los artículos 19 y 20 del Código Civil Federal ya citados en el tema anterior, pues toman más en cuenta a los documentos, trámites, firmas, sellos asentados en los documentos tanto de los particulares como de las autoridades para iniciar, substanciar, probar, presentar alegatos y dictar sentencia en un asunto litigioso, al mismo tiempo, no se le presta la debida atención a la realidad de los hechos, y eso sin comentar los otros vicios de los cuales padece.

3.2.1. El comportamiento de la parte que abusa del Derecho en el proceso, el encuadramiento de las hipótesis marcadas por la teoría.

⁹⁰ Ley de Amparo, . op cit., p. 7.

⁹¹ *Ibidem.*, p. 8.

Ahora bien, desde la perspectiva Constitucional se considera que si bien es cierto que el demandado tiene el Derecho de defenderse, de oponer las excepciones y defensas que crea convenientes para sus proteger sus intereses consistentes en el respeto a la garantía constitucional de debido proceso dictada en el artículo 14 constitucional, más importante es la obligación por parte del Estado de proveer, no sólo Derecho como en la actualidad se hace, sino también justicia pronta, completa e imparcial, palabra que aunque es difícil de definir, respecto de esta cuestión es importante referirse a lo que establece el Derecho natural, ya que si bien es cierto que en estos tiempos es más difícil aplicar justicia por la complejidad de las relaciones sociales, es importante tomar en cuenta lo que ya fue expresado en el primer tema del capítulo segundo en el sentido de todos los hombres llevan impreso en lo más profundo de su corazón lo que es Justicia, de que el Derecho natural vale por sí mismo.

De la misma manera, la descripción a la que hemos hecho alusión intenta precisamente puntualizar una situación, que se separa no del Derecho positivo, tampoco de la Ley de Amparo o del Código Federal de Procedimientos Civiles y aún de la Constitución, pero sí del espíritu, de la magnitud, de la forma e intereses para los cuales fueron creadas tales normas. En ese tenor, es importante tomar en cuenta que en la actualidad, a pesar de que legalmente no se puede acusar a la contraparte de Abuso del Derecho en el Proceso porque no está claramente definida esta figura en el Derecho Positivo Mexicano, sin embargo sí se puede realizar este trabajo que tiene como objetivo despertar el interés, provocar una conmoción doctrinal sobre el tema que tenga como fin una reforma legislativa para que a su vez arroje como resultado que esté perfectamente definida y sobre todo aplicada.

Por otro lado es importante aclarar que no se pretende mostrar como una víctima al tercero perjudicado, ni presentar como un perverso al quejoso, porque eso no sería académico ni serio.

Reiterando lo escrito anteriormente, otra de las grandes preocupaciones por las cuales se escribe sobre el Abuso del Derecho en el Proceso no solo es la falta de calidad y ética de parte trabajo de los abogados, sino además el prestigio, la credibilidad, el aporte del trabajo jurídico a la sociedad; lo anterior, por el poco o nulo prestigio e incluso mala fama que padece nuestra noble carrera, la poca confiabilidad que padece el Derecho en la sociedad que es provocada principalmente por los largos, tediosos y absurdos procesos judiciales que no aplican justicia si no se limitan al Derecho positivo.

Muchas de las personas que se ven la necesidad de involucrarse en un litigio jurídico, y en las que su abogado patrono les expresa que se ha ganado el juicio y que están en la etapa de ejecución de sentencia, como es lógico, para el actor es un alivio y fuente de satisfacción porque le será restituido el Derecho que les corresponde, sin embargo y contrariamente a lo anterior, si la contraparte interpone Juicio de Amparo indirecto y más aún, incidentes y recursos dentro del mismo, el actor (en primera instancia) no puede entender ¿cómo es posible que el ejercicio de un Derecho (acción de Amparo), sea utilizado para no cumplir con una obligación, (que es la ejecución del Derecho que tiene la contraparte) ¿cómo es posible que un Derecho ya ganado a través de los juzgados establecidos para tal efecto? incluso con sentencia, sea desechado por la interposición de un Amparo Indirecto Civil, en el que se aleguen supuestas cuestiones de violación de debido proceso, una supuesta falta de emplazamiento o bien un emplazamiento de manera distinta a lo ordenado por la Ley, cuando el quejoso y/o su representante legal ya aparecen enterados en los autos del juicio de primera instancia, (en el que ha habido un desgaste económico y de tiempo importante) y todo eso provoque que no pueda ser ejecutado el Derecho que ya había sido ganado desde la primera instancia. Sería conveniente hacerse un examen de honestidad para intentar determinar la magnitud de la divergencia entre la verdad material y la verdad formal en un litigio ¿Cuántos de los incidentes, recursos, y Amparos Indirectos tienen como intención salvaguardar un Derecho el cual ha sido violado

por alguna autoridad? y ¿cuántos de estos se han interpuestos con la pretensión de retardar la inminente ejecución de la sentencia?

Por otro lado, las ventajas de pasar a formar parte del Derecho positivo la propuesta aquí hecha serian:

Primera, que el abogado le resolvería el asunto a su cliente (el que no tiene la razón) con todos los recursos de la Ley y el Juez (por prudencia o por obligación impuesta la Ley y la contraparte) resolverían el litigio, también los abogados contenderían ahora con la precaución de no excederse en los Derechos de su representado porque entonces el juez se vería obligado a declarar Abuso del Derecho en el Proceso con la respectiva consecuencia (pagar a la contraparte la misma cantidad que los beneficios obtenidos) ya sea de oficio o a petición de parte, (conociendo la idiosincrasia y el nivel de eficiencia de los Juzgados de Distrito podemos adelantar que casi siempre sería a petición de parte).

Segunda; que los abogados postulantes, serian un factor de desarrollo económico, social y cultural. Se considera correcto comentar sobre todo la perspectiva económica-social del Abuso del Derecho en el proceso de Amparo Indirecto Civil porque, aunque no sea en todos los casos, si en la mayoría sucede que una persona de clase económico-social baja, le es más difícil tener la información y los recursos económicos para financiar una demanda de Amparo, y por lo tanto también será también difícil evadir o retardar el cumplimiento de sus obligaciones, (será ejecutado desde la primera instancia, perdiendo desde luego el poco patrimonio que pudiera tener) ya que, aunque los abogados de oficio hacen su trabajo, el cumulo de trabajo inevitablemente impacta en la calidad de la defensa. Situación contraria sucede con las personas que tienen un nivel económico social medio o medio alto y alto, ya que éstas sí podrán tener no sólo acceso a la información, el conocimiento y los *contactos*, sino también los recursos económicos para poder retardar e incluso liberarse de las obligaciones a las que está sometido y como consecuencia de lo anterior conservar y/o aumentar su patrimonio. Pues bien, lo anterior provoca que el Amparo sea un factor

determinante para la repartición de la riqueza en nuestro país, motivo por el cual, considero fundamental para la paz social.

La tercera ventaja sería que los actores en un litigio legal y la comunidad en general crean más en el sistema de Justicia mexicano y no existan casos tan vergonzosos como el de Rubi Marisol Frayre Escobedo en Chihuahua, se tendría más confianza en las instituciones, y desde luego, en los abogados.

3.2.2. Ejemplo del abuso del derecho en el proceso en un caso específico.

En este apartado se expone un ejemplo sin exhibir nombres de quejosos o terceros perjudicados, este trabajo se limita a describir las acciones u omisiones tanto de unos como de otros, describiendo las ventajas y concesiones para los primeros así como las desventajas legales para los segundos, tal situación se critica aun cuando el autor de este trabajo participó como autorizado del quejoso.

En este trabajo deseamos expresar el hecho que ocurre en la realidad, el Abuso del Derecho en el Proceso al interponer la demanda de Amparo Indirecto Civil en un asunto de arrendamiento en el que los demandados son dos personas físicas, el primero aparece como representante legal de una persona moral y el otro como aval y persona física, ambos arrendatarios de un departamento para uso de oficina de despacho de abogados en el Distrito Federal, sus actuaciones son las siguientes.

En el litigio en primera instancia manejan un artificio; consistente en que intencionalmente los arrendatarios firmaron dos contratos, el primero de fecha 1 de enero de 2005 y el segundo de 1 de enero de 2006 en el que no especificaron la duración de ese contrato.

En el recurso de Queja interpuesto ante la Sala, el primero de los arrendatarios manifestó como agravios que no se le habían valorado correctamente las pruebas exhibidas en el Juzgado de Arrendamiento Inmobiliario.

En el Amparo Indirecto Civil, el ardid consistió en que el segundo demandado (en su carácter de aval) alego no ser notificado de la demanda ante el Juzgado de Arrendamiento Inmobiliario o al menos no haberlo sido conforme a la Ley.

El Amparo Directo estuvo dirigido contra la sentencia definitiva del Juzgado de Arrendamiento Inmobiliario (que la Sala Civil confirmó), la treta radicó en que los quejosos argumentaron no haberles resuelto todos y cada uno de los excepciones y defensas solicitadas.

La cronología es la siguiente: Los arrendatarios incumplieron con su obligación de pagar las mensualidades por concepto de arrendamiento, el arrendador los demandó y le tocó conocer el Juzgado Cuadragésimo de Arrendamiento en el Distrito Federal, en la etapa probatoria la actora exhibió el contrato de arrendamiento de primero de enero de 2005 y los demandados exhibieron el contrato de arrendamiento del 1 de enero de 2006 alegando que éste contrato era el válido ya que era el último que habrían firmado y además la firma era diferente que en el primero, entonces la contraparte solicitó que los demandados exhibieran los recibos de pago, la sentencia era inminente en su contra.

Como siguiente estrategia, los demandados interpusieron un recurso de revisión (del cual le tocó conocer la Novena Sala Civil) porque supuestamente no había sido correctamente valorada una prueba que habían ofrecido, recurso que obviamente perdieron, por lo que en la sentencia de la sala, los magistrados determinaron que la queja era infundada y por lo tanto, en la sentencia del Juzgado Cuadragésimo de Arrendamiento Inmobiliario quedó confirmada.

También interpusieron dos Amparos, el primero fue un Indirecto Civil interpuesto por el segundo de los demandados, en su carácter de aval, en sus conceptos de violación manifestó no haber sido notificado o ésta fue hecha de manera diferente a como lo establece la Ley. Por otro lado un Amparo Directo Civil, en el que ambos arrendatarios, ahora quejosos, en sus conceptos de violación manifestaron que el Juez Arrendamiento Inmobiliario no se les había resuelto todos y cada uno de los excepciones y defensas expuestas en su escrito de contestación de demanda.

De lo anterior es de donde se inscribe la crítica sobre todo desde la interposición de los Amparos, ya que los demandados cometen Abuso del Derecho en el Proceso, porque si bien es cierto en los litigios jurídicos, no se puede evitar la esgrima de los contendientes, también es cierto que la astucia de parte de los abogados debe tener un límite, que desde nuestra perspectiva le corresponde determinarlo al Estado.

Así también consideramos que, si bien es cierto que la Constitución otorga a los gobernados la posibilidad de acudir a los tribunales en demanda de Amparo y protección de la Justicia Federal, este Derecho no fue establecido para sustraerse o para retardar la ejecución de la sentencia como (en el caso que nos ocupa), en el que indebidamente los arrendatarios lo hacen, ya que además de contravenir la legislación positiva según el artículo 81 de la Ley de Amparo, también lo hace en relación a los Principios Generales del Derecho que sustentan esas mismas Leyes.

Para reafirmar lo anterior y no obstante que en la Ley de Amparo prevé y castiga el desvío de la interposición de Amparo al ordenar:

“ARTICULO 81.- Cuando en un Juicio de Amparo se dicte sobreseimiento, se niegue la protección constitucional o desista el quejoso, y se advierta que se promovió con el propósito de retrasar la solución del asunto del que emana el acto reclamado o de entorpecer la ejecución de las

resoluciones respectivas o de obstaculizar la legal actuación de la autoridad, se impondrá al quejoso o a sus representantes, en su caso, al abogado o a ambos, una multa de diez a ciento ochenta días de salario, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”⁹²

Con lo que se considera que es una sanción risible, ya que comparando el costo-beneficio casi siempre es mayor el segundo por lo que resulta rentable interponer tal juicio

En la misma línea del pensamiento, es razonable que una persona haga uso de sus Derechos y prerrogativas, sin embargo el ejercicio de tales no es ilimitado, porque éste está sujeto a los límites que impone el Derecho de los demás y del orden público.

Se debe recordar que la administración de Justicia no es una función de los particulares sino una obligación del Estado, es un servicio público y por lo tanto superior al Derecho de los particulares. Como consecuencia de lo anterior, debería ser una prioridad para el Estado proteger de Abuso del Derecho en el Proceso a los ciudadanos como un medio para preservar la paz social. Esta última afirmación la defendemos a toda costa porque el exceso de la formalidad provoca un Derecho rígidamente aplicado que provoca descontento de la población hacia los juzgadores, abogados, instituciones y Estado en general.

Por último y como colofón, se demuestra que a pesar de que existen artículos de la Ley para inhibir el desvío de la función del Amparo como lo asientan los artículos 57 del Código Federal de Procedimientos Civiles y el 81 de la Ley de Amparo, en la práctica éstos no son suficientes, de aquí la conveniencia de dejar asentado que la propuesta de este trabajo no intenta resolver una hipótesis que no esté estipulada ya en la Ley, sino más bien la complementa, la especifica al darle el nombre de Abuso del Derecho en el Proceso, amplía la hipótesis al asentar que

⁹²*Ibidem*,. p. 21.

se tomaran aspectos como la evidencia en autos y la garantía. Tomando siempre como base que su función es la de ser una herramienta más eficaz para los Jueces y Magistrados y con eso disminuir el Abuso del Derecho en el Proceso en su labor de aplicar Justicia.

Por otro lado, con el fin de contrastar las actuaciones del quejoso en el caso que nos ocupa, con lo que ordena la Ley de Amparo, se comentan los siguientes textos. De esa manera el artículo 1º de la Ley de Amparo que textualmente asienta:

ARTÍCULO 1.- El Juicio de Amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I.- Por Leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuo...⁹³

En este caso, el quejoso tiene como objetivo, retardar la ejecución de la sentencia en el juicio de primera instancia tramitado ante el Juzgado de Arrendamiento Inmobiliario, de esta manera vemos claramente que existe divergencia entre el fin que persigue la Ley y el que persigue el quejoso; Mientras la Ley tiene por objeto resolver controversias generadas por la violación a las garantías individuales por parte de alguna autoridad, el quejoso, sabiendo de antemano que no le están violando ninguna garantía individual ya que no logra demostrar con los recibos de pago, con testigos, con algún depósito bancario, o con algún otro comprobante que ha cumplido con la obligación sinalagmática estipulada en el contrato de arrendamiento, aún así interpone el Juicio de Garantías.

En esas circunstancias, y tomando en cuenta que la Ley está diseñada para otorgar el Amparo y protección de la justicia Federal por casi cualquier motivo, la actitud del Juzgado de Distrito en su afán de cumplir con la formalidad de respetar la garantía de audiencia y de debido proceso, admiten la demanda, le otorga la

⁹³ *Ibidem.*, p. 1

suspensión provisional para mantener viva la materia del Amparo, solicita el informe justificado a la autoridad responsable, con esto logra el quejoso el fin buscado, que aunque no ilegal, si contrario a los fines para los cuales fue creada la Ley de Amparo.

Es de hacer notar que el Juicio de Amparo tiene dos objetivos: El primero es genérico y consiste en proteger el Orden Constitucional; el segundo es específico tiene como objetivo evitar que las autoridades del Estado afecten las garantías de los gobernados, es decir la función del Juicio de Garantías es la de detener y nulificar los actos de las autoridades que han rebasado el límite de su actuación que la que la legislación les permite.

De esta manera, la interposición del Amparo Indirecto alcanza su fin única y exclusivamente cuando corrige el exceso cometido por el servidor público al realizar sus funciones como tal. Por lo anterior se podrá asentar que visto el fin distinto para el cual está siendo utilizado el Juicio de Garantías, es procedente que sea prevenida la demanda, y en caso de ser admitida, el Juez tendría la obligación de dictar, (ya sea de oficio o a petición de parte) auto declaratorio de Abuso del Derecho en el Proceso (con las correspondientes consecuencias). Aquí la duda respecto de si el Juzgador Federal en tal supuesto estaría prejuzgando sobre el fondo del asunto, en nuestra opinión, no sería es así, porque no le estaría negando al quejoso la suspensión provisional, mucho menos la definitiva; sino únicamente estaría dictando un auto que contiene un probable supuesto jurídico futuro, que, en caso cumplirse, recaerá la consecuencia legal estipulada en la misma.

El quejoso, en el juicio aquí puesto de ejemplo, es abusivo porque contradice el interés protegido por la Ley de Amparo, ya que el legislador al crearla tenía como fines evitar cualquier violación sin motivación o fundamento en contra de los gobernados.

El fin que persigue el Estado con la Ley del Amparo, es el de poner a la disposición del gobernado un medio eficaz para combatir los actos arbitrarios de

las autoridades, sin afectar los Derechos del tercero perjudicado (sin afectar los que tiene el arrendador de recibir legítima y legalmente la cantidad pecuniaria establecida de acuerdo a la equidad o al contrato respectivo), en este caso el tercero perjudicado sí es afectado, ya que en la realidad existen daños y perjuicios los cuales soportó desde meses antes de la presentación de la demanda que interpuso ante el Juzgado de Arrendamiento Inmobiliario del Distrito Federal, en este caso es necesario reflexionar sobre si existe divergencia entre los fines que persigue la Ley de Amparo y los fines que persigue el quejoso.

A pesar de que en el artículo 125 de la Ley de Amparo estipula la obligación de garantizar por daños y perjuicios de parte del quejoso para responder por posibles daños al tercero perjudicado, es de mencionar que no cumple su función respecto del factor tiempo ya que no obstante que en el auto que determina la suspensión provisional otorgada dejara de surtir sus efectos si el quejoso no la garantiza, sin embargo de ese estado procesal al del auto del Juzgado de origen en el que ordene al actuario el lanzamiento del inmueble, es de varios meses los cuales son aprovechados por el quejoso para seguir retardando la ejecución de la sentencia, es decir, el Juzgado del Distrito aún cuando dicta a petición del tercero perjudicado auto en el que le comunica a la autoridad responsable (Juzgado de Arrendamiento Inmobiliario del Distrito Federal) que ha pasado el término para que el quejoso exhibiera la fianza, para que siguiera surtiendo efectos la suspensión provisional decretada a su favor, aún así el tiempo que transcurre para que el tercero perjudicado promueva en ese sentido para que el Juzgado de origen pueda actuar en consecuencia y por lo tanto pase de los autos al actuario adscrito y se lleve a cabo el desalojo, es muy largo.

Se reitera la posición en el sentido de que se encuentra una divergencia, una contradicción entre el fin que logra el quejoso y el fin que pretende lograr la Ley de Amparo, ya que sería ilógico concluir que el artículo 107 de nuestra Carta Magna fue creado para ser tomado como pretexto de un contratante que no ha cumplido con una obligación sinalagmática, pudiendo retrasar la ejecución de la sentencia en caso de litigio, la lógica nos dicta que sería apartado entender que

existe una contradicción entre lo estipulado por los artículos 17 y el 107 constitucionales.

Sería incorrecto siquiera sugerir que en el ejemplo del que nos guiamos, el quejoso al interponer la demanda de Amparo ejerció su Derecho dentro de los intereses que la norma protege, de ahí que vemos en este tema una propuesta asequible.

Adelantando un poco en este sentido, se considera conveniente que exista una figura procesal, un incidente ya sea a petición de parte interesada o de oficio, para que el Juez pueda hacer una declaración del Abuso del Derecho en el Proceso con el objetivo, no de coartar el Derecho que el quejoso tiene para interponer la demanda de Amparo, tampoco para impedir que obtenga una suspensión provisional o definitiva, mucho menos el de restringir el uso de los Recursos y el Amparo, sino sencillamente, y siguiendo los Principios Generales del Derecho: que exista una equidad entre las partes. Visto desde una perspectiva del interés que debería tener el Estado: conseguir que la astucia de los abogados tenga un límite.

En ese sentido, la pretensión del quejoso, ya sea ostentándose como tercero interesado al juicio, o bien como demandado que no ha sido emplazado a juicio o emplazado de manera distinta a como lo marca la Ley, al interponer tal demanda logra protegerse sin razón, privilegio que hace la función de eximir del pago a su contraparte en el juicio de origen por varios meses e incluso años más, así, el quejoso logra violar la norma al obtener una pretensión a su favor que el legislador no tomó en consideración.

3.2.3. La desviación que hace el quejoso de la función de la Ley de Amparo.

El análisis del artículo 14 Constitucional puede ser muy amplio, sin embargo para los fines perseguidos en este trabajo bastara con comentar someramente el segundo párrafo porque es donde está fundamentada la formalidad en el proceso,

sin lugar a dudas éste persigue que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento, ahora bien tomando en cuenta que el termino, *esencial* tiene como sinónimos: sustancial, principal, notable, necesario, en ese sentido, si bien es cierto que el proceso debe cumplir con tales requisitos cuya finalidad es evitar el despotismo, este procedimiento no debe exagerar en ser minucioso respecto de la formalidad porque entonces inevitablemente aparece el principio *súmmum jus, summa injuria*.

Así el artículo 14 constitucional prescribe:

“A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho... ⁹⁴

En ese sentido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado lo siguiente respecto de la formalidad del artículo 14 constitucional

*FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO.
SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y
OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.*

La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las

⁹⁴ *Constitución política de los Estados Unidos mexicanos, op cit., p. 16.*

formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

P./J. 47/95

Amparo directo en revisión 2961/90. Opticas Devlyn del Norte, S.A. 12 de marzo de 1992. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo directo en revisión 1080/91. Guillermo Cota López. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

Amparo directo en revisión 5113/90. Héctor Salgado Aguilera. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo.

Amparo directo en revisión 933/94. Blit, S.A. 20 de marzo de 1995. Mayoría de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo directo en revisión 1694/94. María Eugenia Espinosa Mora. 10 de abril de 1995. Unanimidad de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veintitrés de noviembre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 47/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, Distrito Federal, a veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo II, Diciembre de 1995. Pág. 133. Tesis de Jurisprudencia⁹⁵

Por otra parte, a pesar de que formalmente una parte interponga demanda de Amparo Indirecto Civil alegando que no se han seguido las formalidades esenciales del procedimiento, como la falta de notificación o notificación hecha de manera distinta a como lo ordena la Ley, el juzgador, fundamentándose en la adición aquí propuesta y en esta jurisprudencia, deberá proveer auto para no permitir la práctica del Abuso del Derecho, pues que como podrá verse no avala el hecho de que se interponga con otros fines.

Tomando en cuenta lo anterior, no tiene ninguna lógica pensar que una norma constitucional pudiera promover fines contrarios a los que tutelan otros de la misma Carta Magna, es decir, no obstante que en la Constitución política no se sobrevalora el principio de la formalidad respecto de la prontitud y exactitud de la aplicación de la justicia, es decir, no pondera el exceso de la escrupulosidad, al no permitir que so pretexto de cuidar la formalidad en los litigios sea violado flagrantemente el otro principio consistente en impartir la Justicia en los plazos y

⁹⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.*

términos que determinen las Leyes, esto es, en emitir su resolución de manera pronta completa e imparcial, según lo estipulado en el artículo 17 del mismo ordenamiento; pues bien, a pesar de estar escrito de manera clara formalidades esenciales en la práctica sucede que si un demandado le conviene interponer demanda de Amparo Indirecto Civil, lo hace, convirtiendo las formalidades esenciales en formalidades seguidas casi religiosamente.

Con lo anterior, de ninguna manera se propone anular las formalidades esenciales del proceso, ni siquiera se insinúa que éstos sea un obstáculo utilizado por el juzgador o que aquellos son utilizados por el juzgador para dejar de aplicar verdadera Justicia, es más, la historia nos muestra que éstos son el resultado una corrección de juicios que eran seguidos hasta sentencia ante la ignorancia no solo formal, sino materialmente del litigio por parte del demandado. Lo que sí se afirma en este trabajo es que, como resultado de la antigua situación adversa mencionada, se crearon estas formalidades y que en la actualidad en su mayoría se utilizan para impugnar cuestiones de forma, que no tocan el fondo del asunto aunque se diga lo contrario, y más bien lo que realmente se busca es el de retardar la ejecución de la sentencia.

Ahora comentaremos cómo está estipulado en la Ley la tramitación de la suspensión provisional y la definitiva: Al efecto, la Ley de Amparo estipula:

“ARTÍCULO 122.- En los casos de la competencia de los jueces de Distrito, la suspensión del acto reclamado se decretará de oficio o a petición de la parte agraviada, con arreglo a las disposiciones relativas de este Capítulo.

ARTÍCULO 123.- Procede la suspensión de oficio:

I.- Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal;

II.- Cuando se trate de algún otro acto, que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

III.- (Se deroga).

La suspensión a que se refiere este artículo se decretará de plano en el mismo auto en que el juez admita la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, para su inmediato cumplimiento, haciendo uso de la vía telegráfica, en los términos del párrafo tercero del artículo 23 de esta ley.

Los efectos de la suspensión de oficio únicamente consistirán en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional; y tratándose de los previstos en la fracción II de este artículo, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, tomando el juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados.

[Artículo 124]

ARTÍCULO 124.- Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

I.- Que la solicite el agraviado;

II.- Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público;”⁹⁶

Vemos la facilidad con la cual se puede obtener la suspensión provisional y como el quejoso en el caso que nos ocupa, contraviene los principios para los cuales fue creada esta Ley, además de que crea un ambiente de desconfianza y rechazo a los órganos del poder y a los procesos judiciales.

⁹⁶ Ley de Amparo op cit., p. 33.

3.3 LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN.

3.3.1. Los tres factores para la solución del problema.

La propuesta para solucionar este problema recae según nuestra perspectiva en tres diferentes entes: en los juzgadores, en los legisladores y en la que consideramos más importante, en la sociedad.

Respecto de los primeros, la propuesta de este trabajo en relación a lo que deberían realizar los Jueces y Secretarios de Acuerdo, concuerda con lo que dice el maestro Fernández Sessarego que escribe: *“Ello significa, como lo anota el propio autor, librarse de la hipoteca de normativismo y de formulismo abstracto. Dentro de su visión del derecho. Los códigos y las leyes sólo sirven al jurista como planos topográficos que le son útiles para orientarse en el mundo de la convivencia social.”*⁹⁷ Siendo estos los que permiten que bajo el argumento de la formalidad o practicidad se cometan infinidad de injusticias, si bien es cierto que podrían oponerse muchos argumentos más, aparte de los enunciados en este párrafo para defender su actuación; no menos verdad es que todos ellos no podrán cambiar la realidad de que son los Jueces y los Secretarios los responsables directos porque son quienes lo aplican y que al tener una formación positivista (o por no verse implicados y ser acusados de parcialidad ante el Consejo de la Judicatura Federal lo cual también es muy válido), en sus acuerdos no toman en cuenta la realidad en la que se desenvuelve la sociedad, en este sentido es importante analizar si el perfil de los Jueces debe ser el mismo como hasta ahora: Un personaje serio que encuentra las soluciones a los litigios con un criterio estrictamente legal; que a la menor duda lo que hace es recurrir a la doctrina y a la Ley olvidando la sociología del derecho; intocable, que no sale de su oficina sino es para ir a sus congresos y reuniones con colegas, llevando una vida alejada de la realidad social; que cuando tiene que justificar su resolución lo hace apuntando su dedo en las líneas de un texto de una Ley que ha sido

⁹⁷ Fernández Sessarego, Carlos. *op cit.*, p. 27.

sancionada desde hace décadas la cual ha sido emitida con criterios político-electorales más que cumpliendo las necesidades de la sociedad. Lo que proponemos es que sea un una persona asequible: que deje su personalidad intocable; dispuesta a salir (sea de oficio o a petición de parte interesada) del suntuoso inmueble a realizar pruebas de reconocimiento o inspección judicial; el juzgador debe ser un aferrado seguidor de conocer la realidad, y no limitarse a recibir los informes fríos, manejados por la parte interesada.

Quienes tienen otra parte de la responsabilidad son los legisladores: los diputados federales por la negligencia y falta de tacto y talento político para reglamentar una situación adversa y desfavorable para la gran mayoría de la población como es el Abuso del Derecho en el Proceso, se deberá reconocer, además que tiene un impacto directo en la repartición de la riqueza y por lo tanto, un impacto indirecto en la paz social.

Por último quienes tienen una mayor responsabilidad es la sociedad en su conjunto: esta sociedad incapaz de tener la suficiente madurez para mirar con responsabilidad el rol que le toca jugar en la historia de la Nación a la que pertenece, que está enfrascada en una relación simbiótica perdida con el Estado porque aquella está deseando tener un mejor gobierno y Este a su vez está solicitando una mejor sociedad, la cual aún cuando existen analistas que la consideran como una víctima de la clase política; es importante ver la otra cara de este mismo fenómeno: es la sociedad la que educa sus hijos, la que elige a sus gobernantes y la que consume esos productos y servicios del tipo que la hace, la misma que ya está descrita en el quinto párrafo de la introducción de este capítulo.

Así las cosas, al acumularse la formación positiva de los juzgadores, la negligencia de los legisladores y sobre todo esta sociedad con características idiosincrásicas desfavorables al raciocinio, a la ciencia, a la ética y legalidad, provocan que una persona obtenga una suspensión provisional e incluso la definitiva por motivos tan abstractos o específicos, tan formales o prácticos pero muy poco apegados a la realidad; de esta manera, aunque sólo formalmente

exista una violación al proceso, el fin de interponer el Amparo no es ganar el litigio sino alargar el tiempo de la inminente ejecución o bien: ganar la contienda desde el otro terreno: el económico porque la contraparte tal vez ya no pueda continuar sufragando los gastos del litigio en Amparo y si le otorgan la suspensión definitiva al quejoso menos aún para volver a iniciar el litigio en primera instancia. Ahora bien lo que se propone solucionar al reglamentar esas actuaciones son las consecuencias que esto acarrea, como recuperar la confianza de la sociedad, en sus instituciones, en los abogados, lograr una repartición de la riqueza más equitativa y como consecuencia lógica, mantener la paz social el cual el Derecho está destinado a lograr.

En este sentido la propuesta va encaminada a adicionar las facultades que tenga el juzgador en el litigio de carácter civil. En este sentido, El Juez deberá combinar magistralmente con base, si en la Ley, (porque de lo contrario se estaría cayendo en una subjetividad peligrosa), pero sin descuidar la realidad, la verdad legal. En tal caso este funcionario deberá cumplir con una función doble: La de ser rector y vigilante del Derecho sin descuidar en lo mas mínimo la Justicia en el proceso; Cuidando que Además aplicar Derecho, se aplique Justicia. Ocupara la Ley ya no para hacer un encuadramiento, sino como plano rector para construir derecho individualizado (dictar sentencia), lo anterior porque en la realidad la diferencia material entre las partes muchas veces es tanta que interfiere en el proceso y en el fondo del asunto.

Descrito lo anterior, al puntualizar la responsabilidad que a cada elemento de la sociedad le corresponde y teniendo a la vista de todos la situación, aunado a que nadie podrá ocultar seriamente que en esta época existe la divergencia que en este trabajo se plantea y después de preguntarse sobre la proporción en la que es responsable la promulgación, sanción y aplicación del Derecho.

3.3.2. La reforma al artículo 81 de la Ley de Amparo.

El artículo 81 de la Ley de Amparo en la actualidad reza así:

“Artículo 81.- Cuando en un juicio de amparo se dicte sobreseimiento, se niegue la protección constitucional o desista el quejoso, y se advierta que se promovió con el propósito de retrasar la solución del asunto del que emana el acto reclamado o de entorpecer la ejecución de las resoluciones respectivas o de obstaculizar la legal actuación de la autoridad se impondrá al quejoso o a sus representantes, en su caso, al abogado o a ambos, una multa de diez a ciento ochenta días de salario, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”⁹⁸

Para quedar como sigue:

Artículo 81.- Cuando se inicie un Juicio de Amparo o recurso y se advierta que se promovió con el propósito de retrasar la solución del asunto del que emana el acto reclamado o de entorpecer la ejecución de las resoluciones respectivas o de obstaculizar la legal actuación de la autoridad, se sancionara con desechamiento de la demanda o recurso que intente entablar. Si del estudio inicial solo existe duda de tales vicios, el juzgador dictará acuerdo preventivo en el sentido de que, en caso de que se confirme alguno de los supuestos anteriores o se dicte sobreseimiento, se niegue la protección constitucional o se desista el quejoso, se impondrá al quejoso o a sus representantes o a ambos, el pago de indemnización al tercero perjudicado, el cual será determinada a juicio de peritos que serán nombrados por el Juez o tribunal.

La propuesta aquí esgrimida es viable porque tiene muchas ventajas de las cuales solo se comentaran las más importantes, la primera es que tiene una función preventiva del abuso del Derecho al interponer la demanda porque existe la posibilidad de desechamiento, la segunda es que una cuando tal abuso no es tan evidente y con el fin de no dejar en indefensión al quejoso, no se desecha pero si

⁹⁸ Ley de Amparo, . *op cit.*, p. 2.

se acordara lo conducente, y la tercera que es consecuencia de la segunda, consistente en que la indemnización no tiene una cantidad fijada sino que se cuantificara en relación a los beneficios obtenidos, esta forma de inhibir esta práctica representa una ventaja en relación a como está establecida en la actualidad, ya que la parte quejosa mide, sopesa el beneficio obtenido contra la posible multa, que casi siempre esta es irrisoria en relación a aquel, lo que se anularía, pues ya no existiría ventaja.

CAPITULO IV: CONCLUSIONES

Primera: Ya desde el Derecho Romano se reconocía de manera clara el fenómeno del Abuso del Derecho a través de principios como: *súmmum jus, summa injuria* que lo reconocía ; o que *male enim nostro jure uti non debemus*, que lo prohibía; o que *malitis hominum indulgendum non est*, que amenazaba con castigarlo; y desde luego, que *non omnia quod licet honestum est*, no todo lo que es lícito es honesto, que aun cuando formalmente un asunto esté siendo guiado por la legalidad, de ninguna manera es garantía de que sea justo.

En la Edad Media se reconoció a través de la institución denominada, emulación.

En México se reconoció el Abuso del Derecho en el Proceso enfocado en el Juicio de Amparo en la exposición de motivos de la Ley de Amparo de 1936 con el estadista Lázaro Cárdenas Del Río.

Segunda: El Derecho positivo mexicano es el resultado de una combinación del antiguo formulismo procesal romano, del Código Civil Francés, cuya característica principal es el individualismo y el estricto Derecho, atenuado con las ideas de protección social emanadas de la Revolución Mexicana, estas últimas están siendo drásticamente disminuidas sobre todo a partir de 1982 por el neoliberalismo económico.

Tercera: El Abuso del Derecho en el Proceso resulta ser un instituto de difícil aprehensión para los juristas de cerrada formación individualista, porque surge como una figura de transición entre dos concepciones del Derecho.

Cuarta: El Amparo es una institución que se vislumbró en el extranjero y se creó y evoluciona en México, cuyas principales características son la prosecución judicial; el estricto Derecho; la instancia de parte agraviada; la existencia de un agravio personal y directo; relatividad de la sentencia y definitividad.

Quinta: En la aplicación del Derecho positivo mexicano existen figuras que si aplican Justicia y eso se debe a dos factores: el primero es objetivo, se debe a

que la Ley faculta a juzgadores a actuar de oficio y el segundo es subjetivo: a la voluntad de estas mismas personas que al darse cuenta, no permiten que se consume la práctica deshonestas.

Sexta: El Juicio de Amparo a pesar de haber sido concebido para proteger al gobernado, en la realidad se ha convertido en una especie de inmunidad de parte de un quien tiene los recursos económicos para ilegítimamente liberarse o retardar el cumplimiento de sus obligaciones; situación contraria sucede con los que no tienen los recursos para interponerlo, ya que aunque efectivamente les corresponda el Derecho, sea por falta de confianza en las instituciones, por ausencia de una cultura de la legalidad, por falta de recursos económicos y/o conocimientos, no lo defienden en juicio y si lo hacen, no logran ejecutarlo porque muchas veces la contraparte interpone el Juicio de Amparo; convirtiéndose así éste último en un colaborador de la desigualdad económica, política y social.

Séptima: La desigualdad generada por el abuso del Derecho en el Amparo contribuye a la provocada por otros factores para crear un descontento de una sociedad que, aunque enajenada con los medios masivos de comunicación, hábitos de negligencia, consumismo, fanatismos y tradiciones, lo anterior no es ninguna garantía de que sea pacífica al momento de que sea arrastrada hasta el límite en la injusticia y desigualdad.

Octava: A pesar de que las teorías del Derecho y del Estado han desarrollado explicaciones sobre el tema en estudio, también existe una parte de la doctrina que no acepta el Abuso del Derecho en el Proceso por considerar que el juzgador puede hacer mal uso de ellas, porque limita la defensa en juicio o porque no tiene utilidad práctica; todas las anteriores objeciones no pueden derrumbar la realidad de nuestras dos principales afirmaciones; que existe una divergencia entre la Ley y la realidad lo que provoca desigualdad y de que esa desigualdad orilla a una violencia generalizada cada vez más inminente.

Novena: El Derecho podrá cumplir una función de instrumento del Estado para solo mantener la paz social, sólo si es visto desde una perspectiva tridimensional: La vida social, las normas y los valores jurídicos.

Décima: La propuesta aquí defendida no va encaminada a suprimir los recursos legales, los incidentes o el Juicio de Amparo, sino a delegar responsabilidades, asignándolas principalmente a la sociedad enajenada, pasando por unos legisladores con poca visión de estadistas y por último a ampliar las facultades del juzgador para prevenir y reprimir las actuaciones tendientes a provocar abuso del Derecho en el proceso además de pugnar por un perfil distinto de juzgador pasando de un personaje serio, formal, buscador de soluciones únicamente en gruesos libros a un verdadero promotor, inquieto y buscador de la verdad material saliendo de su suntuosa oficina a *campo* para realizar diligencias de oficio precisamente para lograr, no solo el equilibrio formal sino también el equilibrio real entre las partes y después complementarla con la legalidad, logrando proveer justicia no solo Derecho como hasta en la actualidad.

Décima primera: En el caso de estudio, resulta contrario a toda lógica que el quejoso al interponer los recursos y los juicios de Amparo tuviera un fin acorde a los que persigue la Ley de Amparo, lo que se podría impedir si pasara a formar parte del Derecho positivo la reforma al 81° de la Ley de Amparo porque se tendría la oportunidad de detener la conducta inadecuada en dos momentos: El primero y de manera anticipada el juez podría dictar acuerdo de desechamiento y en caso de duda prevención consistente en garantizar con una cantidad que prudentemente dicte el Juez, debiéndose ajustar después a dictamen de peritos; en el segundo momento, cuando el Juez dictara auto de Abuso del Derecho en el Proceso con su consecuencia de perder pecuniariamente el beneficio ganado con el abuso cometido.

Décima segunda: El Derecho positivo mexicano toma en cuenta los suficientes supuestos legales para responder a la realidad, el problema legal más grave lo representa el hecho de que por razones de practicidad o de guardar la legalidad

ésta es mal entendida pasando de seguir las formalidades esenciales del proceso a seguir las formalidades del proceso religiosamente.

Décima tercera: La Ley de Amparo, a pesar de contemplar en su artículo 81, el supuesto de utilizar el Juicio de Amparo desviando los fines para los cuales fue creado y amenazando con multa a quien haya retrasado, entorpecido y obstaculizado la aplicación de la Ley, éste artículo no lo hacen valer los juzgadores, no lo aplican, confirmando lo aquí afirmado en el tercer capítulo en el sentido de que se ha creado una sociología del Derecho de guardar excesivo formalismo a costa de castigar la aplicación del artículo 17 constitucional.

Décima cuarta: El uso del Amparo como el Abuso del Derecho en el proceso, tienen una repercusión en la repartición de la riqueza, al nulificar o retardar las sentencias de quien tiene los medios necesarios para interponerlo, lo anterior no le es posible hacerlo quien no cuenta con la suficiente capacidad económica o de conocimientos jurídicos, y

Décima quinta: La solución a este problema tiene dos fuentes: uno es estrictamente legal y se soluciona con la reforma 81° de la Ley de Amparo; en cambio el segundo es más ambicioso de cumplir e irrealizable en el corto y mediano plazo consistente en cambiar la idiosincrasia del Derecho y de la formalidad mal entendida, aunado a una sociedad culta y educada.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo*, 3ª ed., México Porrúa, 1997.
2. Arellano García, Carlos. *Practica forense del Juicio de Amparo*. 11ª Edición. Porrúa. 1997.
3. Burgoa Orihuela, Ignacio. *El Juicio de Amparo, México*. Porrúa 2005
4. Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 13º ed., México, Porrúa, 2004.
5. Castro, Juventino V., *La suspensión del acto reclamado en el Juicio de Amparo*, 6ª ed., México, Porrúa, 2004.
6. Chávez Castillo, Raúl. *Juicio de Amparo*. 5ª Edición. México. Porrúa. 2007.
7. Chávez Padrón, Martha. *Evolución del Juicio de Amparo y del Poder Judicial Mexicano*. 1ª Edición. México. Porrúa. 1990.
8. Eco, Humberto, *Como se hace una tesis, técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. Barcelona. Gedisa. 2001
9. Fernández Sessarego, Carlos. *Abuso del Derecho*. Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1992
10. Ferrer Beltrán. Jordi, Prologo de , Michele Tarufo. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª Ed., Madrid, M Ponds, 2005.
11. Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, 2ª ed., México, Porrúa, 1999.
12. García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 59 edición, Porrúa, México, 2006
13. Góngora Pimentel, Genaro David. *Introducción al estudio del Juicio de Amparo*. 9ª Ed. México, Porrúa, 2003.

14. Góngora Pimentel, Genaro David y Acosta Romero David, *Ley de amparo: legislación, jurisprudencia y doctrina*. 2ª Ed., México. Porrúa, 2003.
15. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario jurídico Mexicano*, Coord. Raúl Márquez Romero, Porrúa, México 2001.
16. Luis Maurino, Alberto, *Abuso del Derecho en el proceso*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
17. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Ilícitos atípicos*. Trotta, Madrid, 2000
18. Ovalle, Favela José, *Garantías constitucionales del proceso*. 2ª Ed. México. Mc Graw-Hill. 2002
19. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Vigésima segunda edición. España 2001
20. Rodríguez Grez, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
21. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Juicio de Amparo*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2003.
22. Walter Arellano, Hobelsberg, *Metodología Jurídica*, Porrúa México.
23. Witker, Jorge. *Como elaborar una tesis en Derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho*. Civitas, Madrid 1991

Legislación y jurisprudencia

1. Constitución política de los Estados Unidos mexicanos. 30° edición esfinge, México 2010.
2. Código Civil Federal, Isef. México 2009.
3. Código Federal de Procedimientos Civiles, Isef, México 2009.
4. Código Civil para el Distrito Federal. México. Isef. 2009.
5. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México. Isef. 2009.
6. Ley de Amparo,. Isef, México 2009.
7. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Isef, México 2009.
8. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.