



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL Y SU APLICACIÓN A LOS CONTRATOS

MARIA AMÉLIA COLACO ALVES



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL Y SU APLICACIÓN A LOS CONTRATOS

MARIA AMÉLIA COLACO ALVES

TESIS PRESENTADA PARA LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL.
TUTORA: DRA. HILDA PÉREZ
CARBAJAL Y CAMPUZANO.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO
MÉXICO, DF, AGOSTO DE 2011

A Ubiratan y a Pedro, con todo mi amor.

AGRADECIMIENTOS

Le agradezco en primer lugar a Dios, por mi vida y por las oportunidades que me ha regalado. A mis padres, se los agradezco por haberme enseñado la importancia de la búsqueda del conocimiento. A mi esposo Ubiratan, muchas gracias por tu apoyo y por tus pertinentes observaciones en este estudio.

Mis sinceros agradecimientos a todos los profesores del Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM con los cuales tuve el gusto de redescubrir el Derecho Civil, en especial a mi tutora, Dra. Hilda Pérez Carbajal y Campuzano.

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| Introducción | 2 |
| Capítulo I - Historia del abuso del derecho | 5 |
| 1.1 - Derecho Romano | 5 |
| 1.2 - Edad Media | 8 |
| 1.3 - El movimiento jurisprudencial francés | 10 |
| Capítulo II - Explicaciones doctrinarias sobre el abuso del derecho | 15 |
| 2.1 - La teoría finalista planteada por Louis Josserand | 15 |
| 2.2 - Críticas a la teoría del abuso del derecho y a la tesis finalista propuesta por Louis Josserand | 18 |
| 2.3 - Criterios de identificación y aplicación del abuso del derecho | 24 |
| 2.4 - Abuso del derecho y su naturaleza jurídica | 36 |
| 2.5 - El abuso del derecho y la buena fe | 40 |
| Capítulo III - El abuso del derecho en el derecho comparado | 43 |
| Capítulo IV - El abuso del derecho en México | 48 |
| 4.1 - La crisis del Estado Liberal, el surgimiento del Estado Social y sus impactos en la legislación civil mexicana | 48 |
| 4.2 - Análisis y críticas a los artículos 840 y 1912 del Código Civil vigente | 53 |
| 4.3 - El abuso del derecho como principio general del derecho | 58 |
| 4.4 - Abuso del derecho y la responsabilidad civil | 62 |
| 4.5 - Los efectos del acto abusivo | 70 |
| 4.6 - El abuso del derecho en los Tribunales mexicanos | 70 |
| Capítulo V - El abuso del derecho en los contratos | 73 |
| 5.1 - Breves apuntes comparativos sobre los Códigos Civiles de 1870, 1884, 1928 y 2000 en materia contractual | 73 |
| 5.2 - La autonomía de la voluntad y sus límites | 74 |
| 5.2.1. Las leyes de orden público y las buenas costumbres | 76 |
| 5.2.2 - La buena fe | 78 |
| 5.3 - El abuso del derecho como limitación a la libertad contractual..... | 80 |
| 5.3.1 - Aplicabilidad de la teoría del abuso del derecho en los contratos..... | 81 |
| 5.3.2 - Abuso del derecho en las fases pre-contractual y en los contratos..... | 86 |
| 5.4 - Consideraciones finales sobre el abuso del derecho en los contratos - la función social del contrato y la buena fe | 95 |
| Conclusiones | 98 |
| Bibliografía | 103 |

INTRODUCCIÓN

Los cambios vividos por la sociedad a partir del siglo XIX, pos revolución francesa, en los ámbitos económicos y sociales, han enseñado que los modelos tradicionales individualistas ya no más se adecuaban a las necesidades de los ciudadanos. La creación de los Estados modernos ha hecho surgir un nuevo modelo intervencionista, en contra de la orden liberal que predominaba a la época.

Con el pasar de los años, la sociedad civil se fortalece y crecen los movimientos sociales (organizaciones no gubernamentales, asociaciones de clase etc), con el rescate de valores como la solidaridad, la dignidad de la persona humana y la equidad. El derecho ha sufrido el impacto de los cambios vividos por la sociedad, con el fortalecimiento del derecho social y de los derechos humanos; son nuevos los valores presentados, que pasan por arriba de los conceptos tradicionales. En este escenario, empieza el cuestionamiento de la dicotomía Derecho Público y Derecho Privado, base del Estado Liberal, y ya no se puede hablar de intereses privados y públicos absolutos.

Dichos factores exigen del Derecho una nueva postura, teniendo en cuenta el ser humano como razón del ordenamiento jurídico. El sistema debe ser visto como único e indivisible. A la luz del derecho moderno, no se puede admitir que intereses particulares no estén asociados al principio de la solidaridad. La idea de solidaridad social proviene del hecho de que el hombre es miembro de una colectividad; es decir, vivir siempre en sociedad y solo poder vivir en sociedad¹. Es la conciencia de su individualidad, pero también su dependencia del grupo.

En ese contexto de cambios sociales y jurídicos, que tuvieron su apogeo el siglo XX, se ha desarrollado la teoría del abuso de los derechos, cuyo principal exponente ha sido Louis Josserand, y cuyo objetivo ha sido oponerse

¹ Ettore Nanni, Giovanni, *Abuso do Direito*, en Lotufo, Renan y Ettore Nanni, Giovanni (coord.), *Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo-Brasil, Editora Atlas, 2008, p. 743.

frente a la exacerbada individualidad presente en las ideas liberales, consagradas por la Revolución Francesa y por el Código Civil de Napoleón.

Josserand, al tratar la teoría del abuso de los derechos, ya destacaba que:

A esta concepción implacable, frenética de los derechos individuales, se opone la teoría de la relatividad, que lleva a admitir posibles abusos de los derechos, aun de los más sagrados. En esta teoría de los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlos; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada.²

No obstante la aplicabilidad de la teoría del abuso del derecho a todas las ramas del Derecho (procesal, administrativo, comercial, etc.), nuestra propuesta en la presente tesis es limitar su examen al ámbito del Código Civil mexicano y su incidencia en los contratos.

Para tanto, abordaremos, en una primera etapa – en los capítulos I, II y III -, su origen, analizándola desde el Derecho romano, pasando por la Edad Media y hasta llegar a la jurisprudencia francesa, que ha consagrado del abuso del derecho. Asimismo, mencionaremos los principales aspectos de la teoría finalista de Louis Josserand, sus críticas y los diversos criterios de identificación y aplicación del abuso del derecho. También será tema del estudio la naturaleza jurídica del acto abusivo y el derecho comparado.

² Josserand, Louis, *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*, trad. Carlos Valencia Estrada, Bogotá - Colombia, Editorial Temis Librería, 1982, p. 04.

En la segunda etapa del estudio – en el capítulo IV - nos proponemos examinar el abuso del derecho en el Código Civil para el Distrito Federal (que inició su vigencia el 1° de junio de 2000, a que denominaremos en este trabajo “Código Civil vigente”), partiendo de la constatación de los impactos de la doctrina de la socialización del derecho en aludida legislación. Además, analizaremos los artículos 840 y 1912 y el abuso del derecho como principio general, finalizando el capítulo con las consecuencias del acto abusivo, especialmente la responsabilidad civil, y el tratamiento del tema en la jurisprudencia mexicana.

Por fin – en el capítulo V -, ingresaremos al tema del abuso del derecho en los contratos. Como primer punto discurriremos sobre las leyes de orden público, las buenas costumbres y la buena fe como limitaciones a la autonomía de la voluntad. A continuación, abordaremos el abuso del derecho como limitación a la libertad contractual y sus impactos en las fases precontractual y en el contrato, con las críticas y observaciones correspondientes.

Para la comprobación de la hipótesis planteada fue aplicado el método documental, mediante consulta legislativa y análisis de obras de los principales doctrinadores nacionales y extranjeros que tratan del tema.

La doctrina mexicana carece de estudios con respecto al abuso del derecho. En este contexto, buscamos que este trabajo propicie un análisis sobre este interesante y útil tema, al cual desafortunadamente no se ha dado la merecida atención. No esperamos agotar el asunto, por ser demasiado amplio, sino aportar elementos que generen su discusión y colaboren de alguna forma al desarrollo de la ciencia jurídica.

CAPÍTULO I - HISTORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

1.1 - DERECHO ROMANO

Los conocidos romanos han servido a los autores, por un tanto para reforzar la teoría del abuso del derecho, y por otro para rechazarla. En efecto, a nadie se le olvida el *Nullus videtur dolo facere qui suo iure atitur* (se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa); el *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet* (ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer); y la máxima de Ulpiano *Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur* (quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa).³

Por otro lado, encontramos el *Male enim nostro iure uti non debemus* (no debemos usar mal de nuestro derecho); el *Non omne quod licet honestum est* (no todo lo que es lícito es honesto); la expresión *Summum ius, summa iniuria* (el estricto derecho es la suprema injusticia); y *Malitiis non est indulgendum* (no hay indulgencia con la maldad).⁴

A ejemplo de los adagios a que nos referimos, mientras que para determinados autores en el Derecho romano se reportaba el abuso del derecho, para otros la figura fue ignorada. La figura del abuso del derecho como la conocemos hoy de hecho no existía, pero parte de la doctrina considera que los romanos tenían un notable sistema de limitaciones en el ejercicio de los derechos subjetivos que emanaron del *Corpus Iuris Civiles*.⁵

A pesar de no conocerse una teoría que limitara el ejercicio abusivo del derecho, se podía notar que en el Derecho Romano existieron nociones embrionarias de esta teoría.⁶ Rafael Rojina Villegas⁷ señala que “en el Derecho

³ Rengifo García, Ernesto, *El abuso del Derecho*, Garrido & Rengifo Abogados, 2008, [http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Abuso %20del%20Derecho.pdf](http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf), p.05.

⁴ *Ibidem*, p. 06.

⁵ Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires - Argentina, Editorial Astrea, 1992, p. 94.

⁶ Ettore Nanni, Giovanni, *op. cit.*, nota 1, p. 739.

⁷ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Antigua Librería Robredo, 1962, p. 319.

romano encontramos ya la noción del abuso de un derecho, hoy definitivamente aceptada”.

A ese respecto, algunos autores consideran la existencia, en el Derecho romano de tres figuras precedentes al abuso del derecho: la *aemulatio*, la *exceptio doli* y las reglas de la vecindad.⁸ No obstante, entendemos, así como la mayoría de los autores, que la *aemulatio* se desarrolló en el derecho medieval, con fragmentos del Derecho romano⁹. Así, toda vez que esta figura fue desarrollada en el Derecho medieval, nos ocuparemos de ella en el apartado correspondiente.

La *exceptio doli* era un medio de defensa que procedía contra una *actio* injusta, cuyo objetivo era tornar ineficaz el acuerdo celebrado mediante dolo, invocando el dolo del autor en el juicio.¹⁰ Como un ejemplo dado por autores de prohibición del abuso de derecho, podemos citar igualmente la *acción pauliana*, en que se concedió a los acreedores y al *curator bonorum* frente a un deudor, cuando éste no era capaz de hacer el pago de sus deudas, y frente a terceros adquirentes, en la hipótesis de fraude. Se cita también como otro ejemplo el admitir que el propietario pueda abrir surcos en su fundo perjudicando las fuentes del vecino.¹¹

Juan Antonio Martínez Muñoz destaca que hay “una delimitación más precisa o diferente de lo que es justo, o del alcance de las facultades integrantes de algunos derechos, a la forma anteriormente vigente, pero no una condena por abuso del derecho que es imposible cuando las conductas antes autorizadas se ven prohibidas”. El referido autor añade que la prohibición del empleo de ciertas facultades o la determinación del empleo correcto de éstas tiene alcance jurídico y “la incorrección de su uso no constituye un abuso sino una transgresión que está sancionada”.¹²

⁸ Ettore Nanni, Giovanni, *op. cit.*, nota 1, p. 739.

⁹ Boulou, Daniel, *Abuso do Direito no Novo Código Civil*, São Paulo-Brasil, Editora Método, 2006, p. 39.

¹⁰ Ettore Nanni, Giovanni, *op. cit.*, nota 1, p. 739.

¹¹ Martínez Muñoz, Juan Antonio, *¿Abuso del Derecho?*, Madrid - España, Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 27.

¹² *Idem*.

En términos generales, se puede establecer que en el Derecho romano no se desarrolló la idea del abuso del derecho, ante la aplicación de la máxima de *danno infecto, qui iure suo utitur neminem laedit*,¹³ que garantizaría la total inmunidad de quien causa daño a otro amparado por el Derecho. El carácter “pragmático de los juristas romanos no llevara a una interpretación y aplicación literal de la misma, que, por lo demás, habría hecho del derecho romano un derecho cruel y autoritario”.¹⁴

En este mismo sentido Fernández Sessarego¹⁵ sostiene que la máxima del Derecho romano de que quien actúa de conformidad a un derecho subjetivo no es responsable por el daño originado a otro “estuvo mitigada por el uso que de la equidad hicieron los pretores”. Para él, de las máximas originadas en Roma debe “rescatarse la intuición de los pretores romanos en el sentido de otorgar a la justicia un valor comunitario, que se vivencia en las interacciones humanas que se dan en el seno de la colectividad, el mismo que debe armonizarse con los demás valores jurídicos, preferentemente con aquellos de la solidaridad y de la seguridad”.¹⁶

Sobre la actuación del derecho pretoriano, Josserand¹⁷ señala que “un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo puede estar en conflicto con el Derecho en general, con el derecho objetivo, con la juridicidad, y este conflicto es el que los romanos habían ya entrevisto y que traducían por la máxima famosa: *summum ius, summa injuria*”.¹⁸ Según el autor, el derecho pretoriano constituyó una reacción de la equidad contra el derecho estricto, solo que los romanos “se limitaron, en esta obra de humanización y socialización del derecho, a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño; para ellos el acto abusivo únicamente era el que se cumplía con intención nociva”.¹⁹

¹³ Quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa.

¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

¹⁵ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 96.

¹⁶ *Ibidem*, p. 97.

¹⁷ Josserand, Louis, *op. cit.*, nota 2, p. 04.

¹⁸ El estricto derecho es la suprema injusticia.

¹⁹ Josserand, Louis, *op. cit.*, nota 2, p. 05.

Algunos autores entienden, además, que no se podía abusar del derecho por cuanto la noción del derecho, en el mundo antiguo era objetiva y no subjetiva. Dicho de otro modo, su función era darle a cada quien lo suyo y no concederle facultades al individuo. Como el derecho no era facultad, tampoco poder o situación de ventaja otorgada por el ordenamiento, no podía existir abuso del derecho.²⁰

Es cierto poder concluir que los romanos no desarrollaron figura que se pueda considerar como antecesora directa del abuso del derecho, como ocurrió en la Edad Media, con la emulación. La postura prevalente, que compartimos, es en el sentido de que el Derecho romano desconoció la figura del abuso del derecho tal cual la conocemos; sin embargo, el derecho pretoriano se preocupó por establecer una interpretación y aplicación de la ley con base a la equidad, armonizando el sentido literal de la ley con los demás valores jurídicos, como la solidaridad y la seguridad. Los pretores romanos no estaban basados estrictamente en la ley, de modo que podían reprender a los abusos.

1.2 - EDAD MEDIA

Analizando el contexto histórico del período de la Edad Media, se puede considerar que hubo un proceso de desacralización de la naturaleza con el cristianismo, lo que llevó a la destrucción de la creencia clásica en los dioses. Tuvo, con eso, indudables influencia en la supresión de instituciones jurídicas, como la esclavitud y en la supresión del sistema de clientelismo en el derecho, que no pasaba de un sistema de corrupción en el que personajes influyentes recomendaban sus clientes para cargos y privilegios. Se puede considerar que hubo un reemplazamiento de un sistema de relaciones de justicia. Asimismo, la economía pasa a relacionarse con la acción política y los factores económicos integran el derecho, con el origen y desarrollo del derecho mercantil.²¹

Aunque en el derecho intermedio no es posible apreciar el reconocimiento de un principio jurídico semejante al que actualmente designamos como abuso del derecho, los principios del Cristianismo ayudaron a que surgiera la teoría de lo que en doctrina se conoce como “actos de

²⁰ Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 3, p. 08.

²¹ Martínez Muñoz, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 11, p. 34.

emulación”, que es considerada por grande parte de la doctrina como el inmediato antecesor de la noción de abuso del derecho.²²

Rodríguez Arias destaca que en el período postclásico termina imperando la influencia de la ética cristiana que condujo la máxima que “estima ilícito negar lo que a uno es útil y no daña al que lo pueda conceder”.²³

La emulación (*aemulatio*) consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la disimulada intención de causar un perjuicio a otra persona, a un bien ajeno o a un derecho.²⁴ El eje de la teoría de la emulación está representado en relaciones de vecindad, pero su construcción dogmática se centró en el área de los derechos reales y las obligaciones. Martínez Muñoz²⁵ lo define como: “aquellos actos que sin utilidad ni beneficio para una persona se realizan con intención de perjudicar al vecino, es decir, con *animus nocendi*”.

La emulación presentaba, de acuerdo a Martínez Muñoz, diferencias claras conceptuales y prácticas en relación al abuso de derecho:

si consideramos a los actos de emulación como aquellos en los que sin beneficio propio se dirigen intencionalmente a dañar a otro, y esto con independencia de que se amparen o no esos actos en un derecho subjetivo o facultad abstractamente protegida por el ordenamiento, es decir de que estos actos formen parte del contenido de algún derecho genéricamente definido, están claramente diferenciados del abuso del derecho, que según sus defensores, y se deriva del propio término con que se designa la idea, viene a caracterizarse por el hecho de ser actos constitutivos del ejercicio de un derecho legítimo.²⁶

Para el autor, si la emulación estaba prohibida cuando formaba parte del ordenamiento vigente. Luego no se trataba de abuso del derecho y sí un ilícito en sentido estricto.

²² Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 99.

²³ Rodríguez Arias, Lino, *El Abuso del Derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 17.

²⁴ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 99.

²⁵ Martínez Muñoz, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 11, p. 29.

²⁶ *Ibidem*, p. 30.

Al lado de la teoría de los actos emulativos, aparece, en el mismo período, la teoría de las inmisiones. Según Fernández Sessarego, las inmisiones nocivas “derivan de un determinado aprovechamiento de la propiedad que tiene como consecuencia el acarrear un perjuicio a un vecino. Así, pueden producirse inmisiones provenientes de olores, humos, ruidos, calor, entre otras causas”.²⁷ Las inmisiones estaban restringidas al derecho de propiedad y más específicamente a las relaciones de vecindad.²⁸

La explicación del origen del abuso del derecho en la Edad Media puede, por tanto, ser encontrada tanto en la teoría de los actos de emulación como en el concepto de inmisiones.

1.3 - EL MOVIMIENTO JURISPRUDENCIAL FRANCÉS

La teoría del abuso del derecho tal como la conocemos hoy surgió como doctrina autónoma en el contexto de una sociedad liberal a mediados del siglo XIX. Su formulación se desarrolló en los tribunales, con su reconocimiento por la jurisprudencia francesa pocos años después de que entrara en vigor el Código Civil de Napoleón.

Basado en los ideales de la Ilustración y en la necesidad de asegurar los intereses de la burguesía, el Código Civil napoleónico ha creó derechos de alcance absolutos, como el derecho de propiedad, de modo que prevaleciera el principio de la autonomía de la voluntad y no hubiera ninguna intervención del Estado en las relaciones privadas. Según Antonio Gómez Robledo, el Código de Napoleón “parece consagrar sin cortapisas el derecho absoluto de propiedad, cuya única limitación estaría, según el texto, en una disposición legal expresa”.²⁹

El Código Napoleónico recibe de la Revolución Francesa las ideas individualistas y la preocupación de mantener la libertad personal, dándole al derecho de propiedad y a la voluntad de las partes un valor absoluto. En cuanto a los contratos, puede decirse que dicho Código “encumbra a la libertad

²⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 103.

²⁸ Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 3, p. 09.

²⁹ Gómez Robledo, Antonio, *El abuso del derecho en Derecho Internacional*, “Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, número 12, p. 283.

humana al grado de que declara que el contrato tiene rango de ley entre las partes y solamente la limita cuando entra en conflicto con el orden público y con las buenas costumbres”.³⁰

En este contexto, las discusiones y debates vinculados a la figura del abuso muestran los esfuerzos desplegados por los juristas para sintonizar con una realidad social y con un renovado pensamiento iusfilosófico, que pugnaba por superar una cultura jurídica centrada en el egoísmo e individualismo. El aislamiento del ser humano, que sólo atendía a sus intereses personales, tenía que dejar paso a una concepción de solidaridad.³¹

La jurisprudencia francesa aportó fundamental contribución a una legislación que empieza a dictarse a partir de mediados del siglo XIX, a fin de poner el Código Civil de 1804 al día con el desarrollo de la ciencia y de la realidad social cambiante. Según Fernández Sessarego, “la jurisprudencia recurrió para cumplir con su cometido de administrar justicia, a falta de legislación expresa y dentro de un espíritu renovador, al valor de la solidaridad social y al principio de la equidad”.³² Fue éste el camino para el surgimiento del abuso del derecho.

Se puede decir que la teoría del abuso del derecho surge como una reacción social frente al exacerbado individualismo derivado de la Revolución Francesa y del Código Civil de Napoleón. El Tribunal de Colmar fue el primero a establecer en 1855 lo que se puede considerar el germen del abuso del derecho, mediante decisión que limitó el derecho de propiedad. En dicha decisión se declaraba que “si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y al abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”.³³

El Tribunal de Lyon, el año siguiente (1856), dictó una sentencia que también puede ser considerada un importante punto de partida para el desarrollo de la teoría del abuso del derecho, en la que se sancionó a un

³⁰ Buen Lozano, Néstor, *La decadencia del contrato*, 4ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 53.

³¹ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 16.

³² *Ibidem*, p. 108.

³³ *Ibidem*, p. 109.

propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar agua, con el único objetivo de perjudicar a su vecino, ya que el agua no era utilizada y se la dejaba perder en un río. La decisión mencionada remarca el exclusivo ánimo de dañar y el abuso de la cosa, con el mensaje de limitar el derecho de propiedad.³⁴

La jurisprudencia francesa ejerció fundamental papel en el intento de conciliar el respecto a la libertad individual con el interés social, limitando los excesos cometidos por particulares en el ejercicio de sus derechos e imponiendo la obligación de repararse los daños cometidos por tales comportamientos. Ha sido “la cuna y el terreno predilecto de cultivo de la doctrina del abuso del derecho”.³⁵ Ante la inexistencia de una base legislativa, surgen los primeros pasos de la teoría del abuso del derecho, con la emergencia de las nociones de relatividad de los derechos y de la solidaridad social.

Fue, sin embargo, hasta principios del siglo XX cuando de manera específica aparece el término *abus de droit* en la jurisprudencia francesa y en la legislación suiza (en su Código Civil de 1907). Fue “siempre o casi siempre a propósito del derecho de propiedad como los tribunales fueron reconociendo el abuso del derecho, como en los casos, que fueron tal vez los más típicos, de construcciones erigidas en el propio predio sólo por fastidiar al vecino (*Neidmauer, mur de chicane*), o también, en otro caso célebre, el del propietario que pretende hacer ejecutar la sentencia de desahucio cuando el arrendatario se encuentra gravemente enfermo”.³⁶

Sobre el tema, los hermanos Mazeaud destacan que:

Hubo que esperar al final del siglo XIX para ver que los autores se preocupaban por esa jurisprudencia. Fueron llevados así a poner en claro una idea que no estaba entonces sino en potencia, a formular la teoría del abuso del derecho. Josserand ha desempeñado en esto un papel de primer plano: en 1905, en una obra titulada: *De l’abus de droits*,

³⁴ *Ibidem*, p. 112.

³⁵ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 283

³⁶ *Ibidem*, p. 284.

el eminente jurista coordinaba las soluciones dadas por las sentencias y trazaba la doctrina nueva, que puntualizó más adelante en un libro donde supo poner el derecho al servicio de la moral y que constituye la exposición más completa y luminosa del problema. La obra de la doctrina fue fecunda. Los tribunales adquirieron consciencia de la transcendencia del principio; por el hecho mismo de que era bautizada, se hacía de ella una regla preciosa y, por tanto, se aseguraba su desarrollo. Las resoluciones que exigen la responsabilidad por ejercicio abusivo de un derecho constituyen hoy legión.³⁷

No podemos dejar de señalar que los tribunales franceses sostuvieron, en principio, la posición subjetivista del abuso del derecho, en la que se afirma que el abuso del derecho consiste el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto, sin que el acto resulte en beneficio propio. Serían, posteriormente, adoptados tres criterios: (i) intención de causar perjuicio; (ii) acción culposa o negligente; y (iii) no existencia de un interés serio y legítimo para el agente.³⁸

Bajo la influencia de las tesis de Porcherot y Josserand, la jurisprudencia del siglo XX pasa a conjugar el aspecto objetivo – la desviación del derecho de su propio fin – con el subjetivo – intención de dañar. Según Bonnetcase:

La jurisprudencia ha dividido claramente la noción de abuso de los derechos. Ve en ella, por una parte, un estado meramente psicológico y, por otra, una situación material. En el primer sentido, el abuso de los derechos se refiere al hecho de una persona de ejercitar, con el solo fin de perjudicar a otra, y por tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular. En su segundo sentido, el abuso de los derechos designa el acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que

³⁷ Mazeaud, Henry y León, y Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, volumen II, Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, 5ª Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 242.

³⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 125.

indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter absoluto.³⁹

Podemos concluir que la teoría del abuso del derecho, cuya semilla se desarrolló tanto en el Derecho romano como en la Edad Media, fue finalmente reconocida por el Derecho moderno después del Código Civil de Napoleón y bajo el análisis de la jurisprudencia francesa. Años después, ganó espacio en los más variados sistemas jurídicos del mundo.

³⁹ Bonnecase, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de las Obligaciones de los Contratos y del Crédito*, Puebla – México, Editorial Jose M. Cajica Jr., p. 321.

CAPÍTULO II - EXPLICACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO

2.1 - LA TEORÍA FINALISTA PLANTEADA POR LOUIS JOSSERAND

De todas las teorías formuladas, se debe reconocer que el gran defensor del abuso del derecho es Louis Josserand, referencia bibliográfica sobre el tema. En 1905 él ha escrito su obra *De l'abus des droits*, y en 1927 solidificó su concepción con *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Dicho autor es considerado hasta hoy uno de los más autorizados intérpretes de la teoría del abuso del derecho.

Analizando la jurisprudencia francesa, Josserand propone identificar los criterios utilizados para el reconocimiento del abuso del derecho, haciendo la distinción de cuatro puntos fundamentales: *la intención* del titular del derecho en perjudicar, así como el dolo y el fraude; *el técnico*, que sería el ejercicio incorrecto de un derecho, con fallas en su ejecución; *el económico*, que ocurre en el ejercicio de un derecho para fines ilegítimos; y *el social, funcional o finalista*. En esta última concepción, Josserand destaca que los individuos tendrían que ejercer su derecho subjetivo con un motivo legítimo a su espíritu.⁴⁰

La consecuencia ha sido el rompimiento de la exclusividad de los criterios subjetivos del acto abusivo (intención de causar el daño), con el surgimiento de los criterios objetivos, cuando hay desvío de finalidad del derecho subjetivo. Así que:

Propone Josserand para caracterizar el acto abusivo lo que dio en llamar el criterio funcional o finalista, el mismo que conjuga la desviación del derecho de su específica función social, en cuanto elemento objetivo, con el motivo ilegítimo del agente, el que configura el factor de carácter subjetivo (...). En lo que atañe al elemento subjetivo, que como está dicho se combina con el objetivo, Josserand señala que el criterio

⁴⁰ Pacheco Ferreira, Keila, *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*, São Paulo-Brasil, Editora DelRey, 2007, p. 24.

finalista deducido del objeto, del espíritu de los derechos presenta, como se le ha reprochado pero en una menor medida, un carácter abstracto y huido que podría ocasionar serias dificultades de aplicación si no fuera afortunadamente concretado gracias a la utilización del motivo legítimo que constituye su expresión sensible y su configuración.⁴¹

Josserand propone, para caracterizar el acto abusivo, lo que se llama el criterio funcional o finalista, que conjuga la desviación del derecho de su función social - como elemento objetivo - con el motivo ilegítimo del agente - elemento subjetivo.⁴² Es así que “se combina, aunque en diferentes dosis, los elementos que, de modo reductivo, propugnaban los seguidores del criterio subjetivo como aquellos de la tesis objetiva del abuso del derecho”.⁴³

Asimismo, él considera que el derecho moderno y contemporáneo se forman del abuso una idea mucho más comprensiva. Sería “abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiene a sustituirse un criterio funcional, derivado el espíritu del derecho, de la función que le está encomendada”.⁴⁴ Todo se reduce, pues, “a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra parte el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto”.⁴⁵ Los móviles ilegítimos, constitutivos de abuso, varían según la naturaleza del derecho ejercido: los hay como la colusión, el concierto fraudulento, el fraude a la ley, la intención de perjudicar.⁴⁶

Josserand propone, además, la distinción entre actos ilegales, culpables y excesivos, siendo los primeros aquellos que se ejecutan violando la ley; los segundos aquellos que se realizan dentro de los términos de la norma jurídica, pero contrarios a su espíritu y finalidad - incluyendo los actos abusivos; y los terceros igualmente se realizan dentro de los límites objetivos de la ley, pero originan daños a terceros en virtud de ciertos riesgos.⁴⁷

⁴¹ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 132-133.

⁴² *Ibidem*, p. 132.

⁴³ *Ibidem*, p. 134.

⁴⁴ Josserand, Louis, *op. cit.*, nota 2, p. 05.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 06.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 7, p. 325.

Sobre la tesis de Josserand, Magallón Ibarra⁴⁸ apunta que “el maestro de la Facultad de Derecho de Lyon advertía que los derechos subjetivos – como valores sociales -, no son atribuidos abstractamente, puesto que cada uno de ellos tiene su razón de ser y una misión que cumplir. Si por el contrario, nos apartáramos del destino que les corresponde, entonces estaríamos haciendo un mal uso de él, y consecuentemente abusaríamos, cometiendo una culpa que comprometería nuestra responsabilidad”.

Siguiendo este raciocinio, según Antonio Gómez Robledo, las categorías fundamentales de la teoría de Josserand son las de función, finalidad y relatividad, esta última por cuanto el derecho subjetivo es siempre relativo al orden jurídico objetivo en su totalidad. Para Robledo, no habría dudas de que la teoría de Josserand recibió gran aliento del Código Civil Soviético de 1923, en cuyos términos “la ley no protege los derechos civiles de que se hace uso en un sentido contrario a su destino económico y social”.⁴⁹

No obstante las críticas hechas a su doctrina, que veremos a continuación con más profundidad, las ideas de Josserand se han consolidado. “Esas ideas llegaron con vigor y poder convictivo hasta la actualidad, como que dos de los mejores juristas franceses de ese momento han expuesto que ‘la concepción doctrinal más convincente del abuso del derecho es la elaborada por Josserand’”.⁵⁰

De nuestra parte, creemos que Josserand sigue siendo un autor fundamental para la teoría del abuso del derecho. Él reconoce al concepto de la relatividad y la existencia del abuso del derecho, como desviación del derecho de su específica función social, tesis que ha sido reconocida por muchos ordenamientos, como veremos a continuación.

2.2 - CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO Y A LA TESIS FINALISTA PROPUESTA POR LOUIS JOSSERAND

⁴⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo VI, *El Sistema de las Obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1997, p. 200.

⁴⁹ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 293.

⁵⁰ Trigo Represas, Feliz A., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, *El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, Argentina, Editora Argentinos, 2004, p. 260.

La teoría del abuso del derecho ha sido criticada por algunos autores por ser considerada un contrasentido, por entenderse que todo acto abusivo es ilícito. Asimismo, muchas son las críticas con respecto a las dificultades prácticas de su aplicación, a la difícil prueba de la intencionalidad, a las consecuencias prácticas de la imprecisión conceptual y a la inseguridad jurídica que ésta acarrea.⁵¹

Según Antonio Gómez Robledo, “el ataque se libró en tres frentes sobre todo: o bien se negó de manera radical, por ser lógicamente inconcebible, la noción de abuso del derecho, o bien, sin llegar a tanto, se denunció su aparente inutilidad o, por el contrario, el peligro que representaría, sobre todo desde el punto de vista de la seguridad social”.⁵²

La principal crítica a la teoría del abuso y a la teoría del abuso del derecho viene de Marcel Planiol, para quién, en resumen, el derecho cesa donde el abuso comienza y que es inconcebible la idea de abuso de un derecho. De hecho, según M. Planiol,⁵³ la doctrina moderna:

se basa, absolutamente, en un lenguaje insuficientemente estudiado: su fórmula ‘uso abusivo de los derecho’ es una logomaquia, pues si uso de mi derecho, mis actos son lícitos; y cuando son ilícitos, se debe a que sobrepasé los límites de mi derecho, obrando sin él, o injuria, como decía la ley Aquilia; (...) únicamente queremos que se advierta que todo acto abusivo por el sólo hecho de ser ilícito, no constituye el ejercicio de un derecho, y que el abuso del derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito. No debemos engañarnos con las palabras; el derecho cesa donde comienza el abuso; no puede existir un uso abusivo de ningún derecho por la irrefutable razón de que un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario a él.

Para Planiol, los derechos en realidad casi nunca son absolutos y sí están limitados en su extensión y sometidos a condiciones. Cuando no se

⁵¹ Martínez Muñoz, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 11, p. 156.

⁵² Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 286.

⁵³ Planiol, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen VI, *Las Obligaciones*, trad. Jose M. Cajica Jr., 12 Edición, Puebla – México, Editorial Jose M. Cajica Jr., 1945, p. 542-543.

observan dichas condiciones o extensión se actúa sin derecho. Es decir, si el abuso es posible se debe a que el derecho está restringido por la ley. Para él, “el hombre abusa de las cosas, no de los derechos”. La teoría del abuso del derecho, por lo tanto, sería “una idea justa, con una fórmula falsa”.⁵⁴

Al referirse a la teoría de la relatividad de los derechos, Planiol señala que:

Josserand (*El Espíritu de los derechos y su relatividad*) distingue los derechos de *espíritu egoísta* y los derechos de *espíritu altruista*, que llama derechos función y que sólo pueden ejercerse a condición de no dañar a nadie. (...) Esta teoría, inspirada en pensamientos generosos, tiene como consecuencia entregar al ejercicio de los derechos a la arbitrariedad del juez, sin dar a éste una regla de conducta, para determinar si el derecho se ha ejercitado o no conforme a su destino económico y social.⁵⁵

Con respecto a la intención de perjudicar, Planiol añade que basta para convertir en ilícito un acto que objetivamente sería lícito, y que a la víctima corresponde la prueba de la intención del autor, lo que ni siempre es fácil. Según él autor, “la idea es generosa”, pero su aplicación “no debe exagerarse”, ya que los hombres “pasan su vida dañándose unos a otros” y “todo hombre, toda nación que adquiere una superioridad en una rama cualquiera de su actividad, suplanta a otros, domina a sus concurrentes, los daña, y tiene derecho a ello. (...) Manifiestamente es imposible obligar a quien triunfa a costa de otro a indemnizar a sus concurrentes desafortunados”.⁵⁶

Para ejemplificar su teoría, Planiol cita en su obra el caso de despido de obreros o empleados, que antes era un derecho absoluto concedido a la dos partes, cambiado por reformas propuestas en la legislación francesa del 1890, que pasaran a contemplar la posibilidad de que se causara daños y perjuicios, por inobservancia del plazo de despido por ejemplo; de la misma forma, señala el caso de las huelgas, que son consideradas lícitas, aunque se continúe

⁵⁴ *Ibidem*, p. 543.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 544.

⁵⁶ *Idem*.

reprimiendo “los actos de violencia, vías de hecho, amenazas y maniobras fraudulentas, que frecuentemente acompañan a las huelgas”. Para él, “el *abuso* es posible porque el derecho está limitado, y porque los huelguistas pueden hacer, de hecho, cosas prohibidas por el Derecho”.⁵⁷

En este sentido, hay que señalar que la respuesta de Josserand a la objeción de Planiol es en el sentido de que hay un paralogismo consistente en crear una confusión en torno a la doble acepción en que se toma el término ‘derecho’. La logomaquia que se reprocha se desvanecería en cuanto se denuncia la confusión verbal que la origina. Según Josserand, hay derecho y derecho, y el acto abusivo es simplemente aquél que, ejecutado en virtud de un derecho subjetivo cuyos límites han sido respetados, es, sin embargo, contrario al derecho considerado en su conjunto.⁵⁸

Para Gómez Robledo, lo único que quiso decir Josserand con estas palabras es que la oposición se establece entre el derecho subjetivo y el espíritu del orden jurídico positivo en su conjunto. Este es, en efecto, el concepto central en la teoría de Josserand sobre el abuso del derecho.⁵⁹

Regresando a las críticas a la teoría del abuso del derecho, Magallón Ibarra nos esclarece que “Marcel Planiol se ocupa también de examinar el aspecto que se encuentra en los índices históricos por la irresponsabilidad de los actos ilícitos, pues si el titular de un derecho ejecuta un acto que de él surge, entonces no puede atribuírsele culpa alguna al realizarlo, y, más aún, si tiene – a la vez -, el derecho de abstenerse, no puede reprochársele culpa alguna al no haberlo efectuado”.⁶⁰

Aun según Magallón Ibarra, el análisis de la teoría de Marcel Planiol nos permite identificarla como objetivista, no fuera el hecho de negar la existencia del ejercicio abusivo de un derecho. Se resume en considerar si la norma jurídica establece o no límites para el ejercicio de los derechos, de manera que

⁵⁷ *Ibidem*, p. 547-548.

⁵⁸ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 287.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 288.

⁶⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 48, p. 192.

quién los use actúe dentro o fuera de sus límites, con independencia de la intención de dañar.⁶¹

Según esta concepción objetivista, el abuso del derecho no estaría definido por la culpa o por la ausencia de un interés legítimo, sino por un elemento objetivo, que es el manifiesto ejercicio anormal de un derecho subjetivo. En ese contexto, para identificar al abuso del derecho se aplicaría un criterio de carácter objetivo como es el de la función o finalidad socio-económica de cada derecho, por lo que muchos autores vinculan el ejercicio abusivo con la violación del principio de la buena fe o de la moral y de las buenas costumbres.⁶²

Bonnecase, a su vez, hace la distinción entre los límites de los derechos y el abuso de éstos. Para él, la doctrina individualista nunca ha sostenido que los derechos puedan ser absolutos en su ejercicio. Dice, al respecto, que “todos los derechos son absolutos, puesto que se reducen a facultades de acción, pero tan pronto como se trata de aplicarlos, se convierten en relativos y contingentes, pues condenados a operar a través del medio social, encuentran las facultades concurrentes y caen bajo el imperio del Derecho, cuya suprema misión es limitar, conciliar y combinar las actividades contrarias”⁶³.

Luego, para Bonnecase no puede hablarse de abuso de derecho cuando se trata de la violación de los límites objetivos de un derecho. Considera que la verdadera noción de abuso de los derechos es su carácter psicológico y subjetivo, es decir el ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con un fin exclusivamente nocivo: “Por nuestra parte consideramos que la noción de abuso de los derechos se reduce a lo que hemos llamado su forma psicológica y que se descompone en varios elementos constitutivos”.⁶⁴ Asimismo, señala que “la noción de abuso de los derechos es esencialmente psicológica y subjetiva; corresponde al ejercicio de un derecho desviado de su fin específico

⁶¹ *Idem*.

⁶² Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 129.

⁶³ Bonnecase, Julien, *op. cit.* nota 39, p. 329.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 330.

y transformado en medio de vejación para otra persona, sin utilidad alguna para su titular”.⁶⁵

Para el ilustre autor:

A imagen del enriquecimiento sin causa, estimamos que la teoría del abuso de los derechos es una manifestación de la noción de derecho, operando en una forma directa e inmediata, como fuente de Derecho positivo, más allá de los textos legales o en defecto de éstos. (...) Lo indiscutible es que la posibilidad jurídica de perjudicar a tercera persona so pretexto de que se ejercita un derecho, y sin que este ejercicio presente un interés actual o eventual, sería manifiestamente contraria a la función de armonía o equilibrio sociales inherente a la noción de derecho.⁶⁶

León Duguit, a su vez, sostiene que todo derecho debe ejercitarse para que se intensifique la interdependencia humana; no puede haber un ejercicio abusivo de un derecho, puesto que sería contrario a la solidaridad social. Dicho de otro modo, los derechos solo pueden ejercitarse en la medida que cumplen funciones sociales y el abuso siempre será contrario a la solidaridad social. Según el autor, el ejercicio abusivo de los derechos es una idea contradictoria, pues el verdadero ejercicio de un derecho implica una forma de cooperación social y el abuso sería contrario a la solidaridad social.⁶⁷ Con las debidas distinciones, Duguit niega el abuso como lo hace Planiol.

Los hermanos Mazeaud, aunque acepten la existencia del abuso del derecho, critican a la teoría finalista propuesta por Josserand y la rechazan, porque “defender la doctrina de la finalidad social de los derechos es obligarle al juez a enfocar el problema de la responsabilidad desde aspectos que lo exceden”.⁶⁸ El criterio finalista “parece insuficiente”, de la misma forma que el criterio del motivo legítimo planteado por Josserand, según el cual el acto será abusivo si se explique o no por un motivo legítimo. Los Mazeaud sostienen que

⁶⁵ *Ibidem*, p. 328.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 7, p. 324.

⁶⁸ Mazeaud, Henry y León, y Tunc, André, *op. cit.*, nota 37, p. 255.

“el juez tiene siempre la misión de escrutar la finalidad de los derechos; lo cual excede de sus atribuciones. El criterio se mantiene lo mismo de impreciso”.⁶⁹

Afuera las críticas directas a la teoría finalista de Josserand, otras observaciones igualmente se dan en lo que se refiere al término “abuso del derecho”. Carlos Fernández Sessarego⁷⁰ señala que para muchos autores no se trataría efectivamente del abuso de un derecho subjetivo en sí mismo, sino en lo que se refiere a su actuación. Por lo tanto, debería ser “ejercicio abusivo”, ya que el derecho y su ejercicio son distinguibles: el primero es la atribución o facultad que corresponde a su titular y el segundo es la forma de hacer uso de esa facultad.

Sin embargo, parece adecuada la opinión de Trigo Represas, para quién “resulta obvio que la expresión ‘abuso del derecho’ no es la más correcta, pero tampoco era un óbice tan importante para edificar un embate tan decidido y tan terminante contra ella”. Además, “la objeción terminológica no es decisiva; un mal nombre no lleva necesariamente a una inidoneidad de la herramienta. Sin duda hubiera sido preferible referirse a ejercicio abusivo del derecho, pero la expresión ya carta de ciudadanía y cambiarla por otro, aún si fuera más exacta, traería más problemas que soluciones”.⁷¹

Henry y León Mazeaud comparten la misma idea, al decir que “esta disputa es una simple controversia de palabras”; y mencionan las palabras del propio Planiol, para quién “negar el uso abusivo de los derechos no es intentar que pasen como permitidos los actos dañosos tan variados que la jurisprudencia ha permitido; es tan sólo formular la observación de que el abuso de derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito... En el fondo, todo el mundo está de acuerdo; tan sólo, allí donde unos dicen ‘hay un uso abusivo de un derecho’, los otros dicen ‘hay un acto cumplido sin derecho’. Se defiende una idea justa con una idea errónea”.⁷²

De nuestra parte, compartimos la opinión de Gutiérrez y González en el sentido de que:

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 87.

⁷¹ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 268.

⁷² Mazeaud, Henry y León, y Tunc, André, *op. cit.*, nota 37, p. 239.

la ilicitud puede provenir de diferentes causas, y cuando se habla del *abuso del derecho* se quiere decir y hacer mención a una causa especial de ilicitud que consiste no en la extensión indebida que se da a un derecho, sino que manteniéndose el derecho dentro de sus límites legales, se le desnaturaliza al usarlo, porque se contraría el fin racional a que está destinado, porque se usa con un fin antisocial, y esto como se ve, no es cuestión de extensión, sino de intención⁷³.

Entendemos, además, que la discusión tan arraigada por años respecto a la teoría del abuso del derecho ha sido provechosa en el sentido de que fueron desarrollados varios criterios de identificación y aplicación del abuso del derecho, que pudieron ser contemplados por la mayor parte de los ordenamientos del mundo y asimismo sirvieron de fundamento a las resoluciones adoptadas por la jurisprudencia.

De cualquier forma, lo que se muestra relevante en las discusiones de todos esos años es el hecho de que a ninguno de los autores les parece razonable que pasen desapercibidos los actos dañosos realizados por un titular del derecho subjetivo en su ejercicio, sea por la intención pura de perjudicarle a otro, sea porque el ejercicio de dichos derechos deben de estar de acuerdo a su función o finalidad, o sea porque se considera dichos actos como ilícitos en la medida que extrapolan los límites de la ley.

El abuso del derecho debe ser considerado una institución jurídica existente y consolidada en la doctrina, pese, como hemos visto, a las críticas de naturaleza teórica. Es fuente generadora de responsabilidad en favor de la víctima del daño surgido por el ejercicio abusivo del derecho y merece todo el respaldo de la jurisprudencia.

2.3 - CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN Y APLICACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO

Como hemos señalado anteriormente, han sido incontables las críticas sobre la teoría del abuso del derecho. Sin embargo, su adopción por los ordenamientos de varios países hizo que se consolidara en el mundo jurídico.

⁷³ Gutiérrez y González, Ernesto, *Personales Teorías del Deber Jurídico y Unitaria de la Responsabilidad Civil*, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 120.

“La noción de abuso de los derechos, cuyo dominio de aplicación es tan extenso en la actualidad, fue en un principio discutidísima, y hasta se tachó de contradictoria. Sin embargo, necesariamente debió haber presentado una realidad, puesto que hoy no se discute su existencia”.⁷⁴ Para los hermanos Mazeaud, “la noción de abuso de un derecho es hoy una noción recibida definitivamente”.⁷⁵

La teoría del abuso del derecho terminó imponiéndose tanto en la jurisprudencia como en la legislación. En ella se ve una reacción contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecánica del derecho, representando, sin lugar a dudas, un instrumento de flexibilidad del derecho y su adaptabilidad a las realidades sociales y económicas.

En efecto, el abuso del derecho es sancionado hoy por las más diversas legislaciones del mundo. De esta forma, hace mucho se encuentra asentado en el derecho privado la figura del abuso del derecho como institución jurídica. Sin embargo, nos hace falta establecer conforme a qué criterios reconocemos la existencia del abuso en casos concretos.

Muchos autores han preferido no dar una definición del abuso del derecho⁷⁶ y lo creen arriesgado, ya que, de hecho, en su idea la pregunta interesante no es la referente al significado de las palabras, sino los criterios de su aplicación.⁷⁷ Tras el desarrollo de la teoría por la jurisprudencia francesa en el siglo XIX, diversas teorías surgieron con la finalidad de solucionar dicha cuestión, existiendo los más diversos criterios para la configuración del abuso del derecho. A continuación pretendemos analizar sus principales características y la opinión de los más renombrados doctrinadores al respecto.

⁷⁴ Bonnecase, Julien, *op. cit.*, nota 39, p. 321.

⁷⁵ Mazeaud, Henry y León, y Tunc, André, *op. cit.*, nota 37, p. 240.

⁷⁶ Martínez Muñoz (*op. cit.*, nota 11, p. 85) presenta la definición del abuso del derecho como “aquel acto jurídico cuyo efecto no puede ser otro que el de perjudicar a una persona, sin interés apreciable y legítimo para quien lo ejecuta”. Para Josserand (*op. cit.*, nota 2, p. 24), el acto abusivo es “el que, cumplido en virtud de un derecho determinado, de un derecho subjetivo, como la propiedad, es sin embargo contrario al derecho considerado en conjunto, a la juridicidad; podemos tener a favor nuestro, a nuestra disposición, determinado derecho, y sin embargo tener en contra nuestra al derecho íntegro, del mismo modo que con armas lícitas se pueden cometer delitos, y hasta crímenes”.

⁷⁷ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos Atípicos*, Madrid- España, Editorial Trotta, 2000, p. 39.

El análisis de esas teorías, tal cual las que presentamos en apartados anteriores, ayudará en la difícil tarea de comprensión del tema y en la interpretación de los más variados ordenamientos jurídicos del mundo, incluyendo el mexicano. Todos ellos adoptaron seguramente una o más de las tesis en la construcción de su legislación. A partir del momento en que un sistema jurídico adopta un determinado criterio para el ejercicio abusivo de un derecho, se debe poner atención a los límites señalados por dicho ordenamiento.⁷⁸

Así, la primera postura interpretativa que debemos aclarar es la corriente subjetiva de la intención de perjudicar (*aemulatio*) – a la que también se denomina “teoría subjetiva”, que se basa en el ejercicio de un derecho sin salirse de sus límites y condiciones, pero con la única finalidad de perjudicar a otro. Esta idea es el embrión de obras como las de Josserand y recibe críticas en el sentido de que obliga al juez a delicadas indagaciones sobre la intención de perjudicar y de que la prueba queda a cargo de la víctima, lo que resulta ser siempre muy difícil.⁷⁹

Es esa la corriente adoptada por Julien Bonnecase, para quién la noción de abuso de los derechos se descompone en varios elementos constitutivos. Esos elementos serían (i) el ejercicio de un derecho, ya que “la expresión técnica ‘abuso de los derechos’ se justifica, al igual que el ejercicio de un derecho, como primer elemento de la noción a que se refiere”; (ii) la ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho por su titular, con la observación de que “so pena de neutralizar de hecho la aplicación de los derechos, por absolutos, que sean en su principio, no deben los tribunales admitir fácilmente, con motivos de su ejercicio, la ausencia de toda utilidad para su titular”; (iii) la intención nociva, característica esencial de la noción de abuso de los derechos, que “debe estar absolutamente caracterizada y absorberse en la noción de dolo, en el sentido del derecho común, es decir, consistir según la voluntad del titular del derecho, en un ejercicio con el fin de dañar a otro”; y (iv) el perjuicio ocasionado a otra persona, una vez que “solo el perjuicio sufrido por

⁷⁸ Boulos, Daniel, *op. cit.*, nota 8, p. 38.

⁷⁹ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 283.

una persona es susceptible de poner en movimiento una acción fundada en el abuso de los derechos”.⁸⁰

En lo que se refiere al elemento psicológico, Bonnecase señala que los jueces “no tendrán que investigar si efectivamente la intención de dañar animo el espíritu del autor; deberán, por el contrario, tomar como base de sus decisiones los hechos de los cuales se pretende deducir el abuso de los derechos”.⁸¹

A ese respecto, Antonio Gómez Robledo dice que “hay que reconocer que la teoría que tiene por núcleo el *animus nocendi* ha sido la más típica y la tradicional, como resulta con toda evidencia del hecho de prohijarla hasta el presente Código Civil Alemán”.⁸²

Como he destacado anteriormente, esta posición ha sido siempre motivo de justificadas críticas, sobre todo en razón de la dificultad de probanza de la intención de la persona, lo que radica su mundo interior. El criterio de la intencionalidad es muy limitativo y no puede ser considerado esencial a la configuración del abuso del derecho. De lo contrario, muchas situaciones no podrían incluirse dentro de la teoría.

El problema estaría en “la dificultad de la prueba, tratándose de un hecho interno y subjetivo, por lo que, para obviar esta dificultad, se ha dicho que la ‘intención de dañar se prueba por la inutilidad total del acto para su autor’”.⁸³

A este respecto, entendemos que es peligroso considerar que la intención de dañar correspondería a la inutilidad total del acto para su autor; primero porque el hecho de que no haya utilidad no quiere decir que haya intención dañosa – trataremos de este punto más adelante, al desarrollar la teoría de la culpa. Sería una errónea interpretación técnica, aunque en la práctica se pueda considerar que el que no tiene ningún interés en el ejercicio del derecho tiene intención de dañarle a otro. Además, sería muy complicado

⁸⁰ Bonnecase, Julien, *op. cit.*, nota 39, p. 329.

⁸¹ *Ibidem*, p. 332.

⁸² Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 290.

⁸³ *Idem*.

atribuir a la víctima el cargo de demostrar que el autor no tenía otro interés sino el de perjudicar, porque surgirían diversos motivos para justificar la conducta, mismo que irrelevantes.

El juez, por tanto, “deberá balancear entre sí uno y otro elemento, la intención maligna y la falta de interés, sólo que con respecto a este último hay que hacer hincapié (porque a menudo parece olvidarse de ello ciertos autores) que el interés de que se habla aquí no es necesariamente el interés personal del agente”.⁸⁴

Aún con respecto a la difícil prueba de la intencionalidad, Martínez Muñoz destaca que dicha indagación no es ajena a otras figuras civiles, como la culpa, la buena fe, el dolo, miedo, error etc., de modo que no sería de todo relevante para implicar la inadmisibilidad de la teoría del abuso del derecho.⁸⁵ Para él, “estas críticas sólo afectarían a las posiciones que caracterizan el abuso del derecho en función de un determinado estado de ánimo, pero no a los que caracterizan con criterios objetivos, y también es cierto que la subjetividad de la intencionalidad no impide una exteriorización objetivable en los propios actos”.⁸⁶

Es decir, la dificultad de probanza de la intención maliciosa no puede ser considerada absoluta y no se configura razón suficiente para rechazarle al criterio subjetivo. Lo que se discute, en realidad, es si la teoría subjetiva es bastante para abrazar todas las hipótesis del abuso del derecho.

Siguiendo dicha opinión en el tema de la teoría subjetiva, entendemos que no hay cualquier equívoco en las ideas de esta corriente. La cuestión es saber si la intencionalidad es suficiente para reprimir de forma eficiente y deseable el ejercicio mal intencionado de un derecho y si debe ser el único criterio para que se configure el abuso y la ilicitud.⁸⁷

Otro criterio de aplicación y caracterización del abuso del derecho, que se ve muy próximo – y hasta coincidente para algunos autores – a la tesis

⁸⁴ *Ibidem*, p. 291.

⁸⁵ Martínez Muñoz, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 11, p. 158.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Boulos, Daniel, *op. cit.*, nota 8, p. 40.

subjetiva, es la culpa, en el que se sostiene que existe abuso si el ejercicio de un derecho perjudica a tercero debido a la culpa delictual (intención maligna) o a la culpa cuasidelictual (por imprudencia o negligencia).

Para Trigo Represas, con este criterio “no sólo se amplió el concepto del abuso del derecho, sino también el de la culpa; en la cual se puede entonces incurrir tanto traspasando los límites objetivos o materiales de un derecho, como permaneciendo dentro de ellos”.⁸⁸

Henry y León Mazeaud adoptan la teoría de la culpa, al decir que el ejercicio de un derecho “no impide, en modo alguno, la aplicación del criterio general de la culpa”.⁸⁹ Los hermanos señalan que muchos pretenden hacer del abuso de un derecho una fuente de responsabilidad distinta de la culpa, partiendo de la definición de culpa dada por Planiol, que sería “la falta contra una obligación preexistente” – concepto “criticable porque confunde la culpabilidad con la antijuridicidad”.⁹⁰ Para ellos, sin embargo, se podría decir que hay sí una falta a una “obligación preexistente”, una vez que “existe una obligación de no causarle mal a otro por pura malicia”.⁹¹

La tesis defendida por los Mazeaud establece dos hipótesis. La primera es el ejercicio abusivo del derecho realizado con la intención de perjudicar. Así, “ejercitar un derecho para causar un daño es, en efecto, incurrir en una culpa delictual, por caracterizarse esta última por la intención perversa, por el deseo de causar un perjuicio”.⁹² El caso de la culpa delictual presenta una situación de más tranquilidad, ya que “todo mundo está de acuerdo en exigir la responsabilidad del titular de un derecho cuando lo ejercita con un espíritu de malicia, para perjudicar a otro”.⁹³

Por constituir una culpa delictual el ejercicio de un derecho con la intención de perjudicar, las precisiones de la culpa delictual encuentran

⁸⁸ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 283.

⁸⁹ Mazeaud, Henry y León, y Tunc, André, *op. cit.*, nota 37, p. 258.

⁹⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 5ª Edición, México, Oxford University Press, 1999, p. 186. Para Bejarano Sánchez, los Mazeaud “proporcionan una definición correcta de culpa al afirmar que es un error tal de conducta que no se habría cometido por una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias exteriores que el demandado”.

⁹¹ Mazeaud, Henry y León, y Tunc, André, *op. cit.*, nota 37, p. 248

⁹² *Ibidem*, p. 247.

⁹³ *Idem*.

aplicaciones. Luego, sería necesario que el autor del daño haya deseado la realización del perjuicio y que haya obrado con este fin, no siendo suficiente que el autor haya obrado con cualquiera otra intención considerando la posibilidad de las consecuencias dañosas. Todavía, para los mencionados autores, no se podría concluir que el abuso se configuraría apenas con ejercicio de un derecho que tenga la finalidad única del daño, cuya tesis les parece “carente de fundamento y peligrosa en la práctica, por la facilidad con la cual brindaría falsas excusas el que hubiere incurrido en culpa delictual”.⁹⁴

La segunda hipótesis de aplicación de la teoría de la culpa defendida por los hermanos Mazeaud es el ejercicio de un derecho sin intención de dañar, donde se aplicaría la tesis de la culpa cuasidelictual. Igualmente podríamos verificar dos fundamentos dentro de esta tesis. El primero sería aquél en que uno haya ejercido el derecho propio sin tener interés en ello, hipótesis en la que se exige la responsabilidad del autor del daño. En la práctica “existe a veces poca diferencia entre quien obra para dañar y el que obra sin tener interés alguno en hacerlo”.⁹⁵

Otra cuestión relevante – y más controvertida – es la hipótesis en que el derecho es ejercitado con un interés. Es decir, habría culpa casidelictual del autor al abusar del derecho subjetivo que le es conferido, por imprudencia o negligencia, pero si se puede verificar interés de su parte. Se podría concluir, en este caso, que “toda acción del hombre es susceptible de ser imprudente o negligente”, por lo que “se abusa del propio derecho siempre que se incurre en una culpa en su ejercicio, definida la culpa según los criterios habituales”.⁹⁶

Los autores sostienen que “el ejercicio de un derecho no impide, en modo alguno, la aplicación del criterio general de la culpa. La culpa cuasidelictual es un error de conducta, que no cometería un individuo cuidadoso colocado en las mismas circunstancias ‘externas’ que el demandado. (...) Ciertamente las soluciones a que llegarán serían idénticas a

⁹⁴ *Ibidem*, p. 250.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 251.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 257.

aquellas a las que era llevado Josserand por su criterio de la finalidad social de los derechos”.⁹⁷

El propio Josserand llegó a admitir esta teoría en sus trabajos iniciales. Sin embargo, al defender la teoría objetiva cambió esta postura, al afirmar que la falta no intencional “sólo se toma en cuenta a medida que denuncia la desviación de un derecho respecto de su finalidad”.⁹⁸

Entendemos que de hecho la culpa casidelictual sólo podría ser considerada en la medida en que hubiere habido desviación de la finalidad del derecho. Sin este desenlace, la culpa en si – no necesariamente abarcaría la tesis del abuso del derecho, necesitaría otros elementos para que se constituyera.

Otro sistema que llegó a ser considerado por algunos autores es el de la falta de interés legítimo o utilidad, es decir, que los derechos son intereses jurídicamente protegidos. Con eso, la falta de interés serio y legítimo por parte de quien cumplió el acto se configura el carácter abusivo del ejercicio de un derecho. Se ha concluido que este criterio no aporta nada nuevo con relación al ya examinado de la culpa, ya que casi siempre la falta de interés o de utilidad significará que el autor del hecho ha obrado con intención maligna o por lo menos con negligencia o torpeza.⁹⁹ No lo consideramos, por lo tanto, un criterio nuevo.

La teoría objetiva de la ruptura del equilibrio de intereses surge, a su vez, cuando hay dos intereses: el del titular del derecho y el de la víctima de su ejercicio. Ambos se contraponen, de modo que es imposible mantener los dos incólumes, siendo necesario equilibrarlos. “Si en determinado momento la lesión del interés del perjudicado aparece como más grave desde el punto de vista social, que la lesión del interés del sujeto del derecho, se produce la ruptura del equilibrio de intereses que determina la intervención de la justicia en pro de aquel interés más amenazado”.¹⁰⁰

⁹⁷ *Ibidem*, p. 259.

⁹⁸ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 284.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 285.

Esta corriente comprende la evaluación de los principios que hacen los jueces ante un caso concreto. Pese a su aplicabilidad práctica y constante en la jurisprudencia moderna, no puede verse como base de la teoría del abuso del derecho, ya que pueden haber conflictos de intereses sin que se configure necesariamente el abuso.

La corriente funcionalista, que también se conoce como teoría objetiva, defendida por Louis Josserand, destaca el espíritu, finalidad y objeto de cada derecho. Todo se reduce a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido y por otra el móvil a que el titular ha obedecido en caso concreto. Es decir, el abuso existe cuando ocurre una disconformidad entre la finalidad económica y social propia del derecho subjetivo y el caso concreto.

Sobre esta teoría Lauterpacht señala que en muchos casos el uso de un derecho degenera en un abuso del derecho socialmente reprobable, no por intención siniestra del agente, sino porque, como resultado de cambios sociales que no van acompañados de un desarrollo correspondiente de la ley, la afirmación de un derecho fundado en una ley existente, llega a ser perjudicial e intolerable.¹⁰¹

Asimismo, para algunos autores el abuso del derecho existe siempre que concurren cualquier de los elementos señalados anteriormente, al que llaman de teoría mixta. Es decir, intención de dañar, ejercicio de modo más perjudicial, conducta contraria a la moral y buenas costumbres, desviación de finalidad etc. Otros afirman que ante la diversidad de criterios nos es deseable una fórmula única y sí la adopción de una norma genérica que deje a los jueces la libertad de apreciación para decidir en cada caso que se presente la existencia o no del abuso. Esta última teoría, sin duda, puede ser criticada en la medida en que deja todo al criterio del juzgador, lo que genera gran inseguridad jurídica.

Ahora bien, hechas las principales consideraciones con respecto a las teorías que involucran el abuso del derecho, cabe señalar nuestra opinión en el sentido de que la teoría objetiva o finalista es la más adecuada. No obstante las

¹⁰¹ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 294.

ideas distintas entre los que defienden la teoría objetiva y los adeptos de la teoría subjetiva, se puede entender que dichas teorías no son inconciliables.¹⁰²

Por el contrario, al ejercer el derecho con el objetivo de perjudicar a terceros, igualmente estará en contra de su finalidad social y económica. Por otro lado, puede que uno infrinja la finalidad del derecho al ejercerlo con abuso, sin “animus nocendi”, y aun así sería una hipótesis de abuso del derecho. En su plenitud, la teoría objetiva resulta más completa y abarcadora. Es la que más atiende a las necesidades modernas y está en conformidad con los principios de la buena fe y de la solidaridad, lo que explica su adopción por muchas legislaciones, sobre todo en lo que se refiere al derecho de propiedad.

En lo que se refiere a la seguridad jurídica y al arbitrio judicial sobre la finalidad económica y social de cada uno de los derechos, considerada una de las grandes críticas a esta corriente objetiva, entendemos que no se debe temer al arbitrio judicial, sobre todo cuando los ordenamientos jurídicos tienen sus instrumentos procesales que permiten la revisión de las resoluciones y garantizan la protección a eventuales abusos por los jueces. El criterio objetivo, en realidad, aporta más elementos que permiten en análisis por el juez que el criterio subjetivo, en el que hay que verificarse la intención dañosa del agente (que está en su foro íntimo).

En efecto, “el arbitrio judicial no debe temerse, y además es de toda evidencia que él se acentúa día a día, debido a necesidades imperiosas de la vida jurídica; y aun en numerosas instituciones consagradas por los códigos del siglo XIX el juez ha debido y debe desempeñar tareas de igual responsabilidad y riesgo que las que le asigna la teoría del abuso del derecho”.¹⁰³

En realidad, tanto la teoría subjetiva como la objetiva son llevadas al arbitrio judicial, la primera por demandar que se investigue la intención de las partes y la segunda al dejar a cargo del juez la constatación de que el ejercicio del derecho va en contra de su función social y al principio de la buena fe. En efecto, “la fórmula seguida, tanto en los sistemas subjetivos como en los

¹⁰² Boulos, Daniel, *op. cit.*, nota 8, p. 41.

¹⁰³ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 268.

objetivos, parece inclinarse por dejar la solución en manos de una facultad discrecional del poder judicial”.¹⁰⁴

Para finalizar este apartado, es conveniente destacar que otro punto no menos relevante sobre los criterios de aplicación del abuso del derecho es determinar si todos los derechos son sancionables por abuso. Trigo Represas¹⁰⁵ nos enseña que prestigiosos doctrinarios franceses afirman la existencia de algunos pocos derechos “discrecionales” o “absolutos”, en los que no se aplicaría la teoría del abuso del derecho. Según él: “al consagrarlos, el derecho positivo les ha reconocido, de manera más o menos ostensible, un carácter absoluto, porque él ha entendido muy difícil de apreciar su ejercicio de acuerdo a ciertas intenciones o porque, en el interés mismo de la paz social, el riesgo de abuso es preferible a los procesos suscitados por la incertidumbre de los criterios del abuso del derecho”.¹⁰⁶

Los hermanos Mazeaud aclaran que “existen ciertos derechos definidos, cuyo ejercicio no puede comprometer ciertamente la responsabilidad, incluso si ese ejercicio está condenado por la intención de perjudicar”.¹⁰⁷ Son muy poco numerosos y “el legislador ha querido que sean ejercitados con la libertad más completa y para garantizar esa libertad quiere que no se introduzca ninguna restricción en su ejercicio”.¹⁰⁸

Sería el caso, por ejemplo, del derecho que tiene una persona de retractar su consentimiento para donar un órgano, acto que no le trae ninguna consecuencia jurídica, mismo que la retratación sea culpable o maliciosa.¹⁰⁹ O mismo el derecho reconocido a los padres para oponerse al matrimonio de sus hijos.¹¹⁰

El tema llegó a ser tratado por Josserand, para quién existen sí derechos abstractos (*non causés*), que pueden ejercitarse en cualquiera condición y por cualquier fin, sin que su titular tenga que explicar los motivos que lo llevaron a

¹⁰⁴ Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30, p. 238.

¹⁰⁵ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 272.

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ Mazeaud, Henry y León, y Tunc, André, *op. cit.*, nota 37, p. 235.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 275.

¹¹⁰ Mazeaud, Henry y León, y Tunc, André, *op. cit.*, nota 37, p. 236.

eso y sin que se genere la responsabilidad. Según él, “Existe así cierto número de derechos abstractos, de prerrogativas perentorias y soberanas que cubren indiferentemente bajo su pabellón actos inspirados por motivos loables y actos que se realizan con un pensamiento malicioso, con objeto de dañar a tercero”.¹¹¹

Trigo Represas nos esclarece que falta un criterio que permita uniformizar la categoría de los derechos incausados, abstractos o absolutos, lo que ha llevado a prestigiosa doctrina a creer que la categoría está en decadencia. Según él, otros autores afirman que en el actual estado de desarrollo de nuestro derecho, no se puede admitir la existencia de derechos subjetivos (públicos o privados) de carácter incondicional.

Gutiérrez y González señala, dentro de la sistematización que propone, que “nunca podrá abusarse de un deber jurídico *lato sensu* en su especie deber jurídico *estricto sensu*, pues éste no es un derecho, sino precisamente una limitación a los derechos, es una limitación al libre derecho de actuar, al libre albedrío”.¹¹² En esta línea, el referido autor define el deber jurídico *estricto sensu* como “la necesidad de observar voluntariamente una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya a favor de una colectividad, ya de persona o personas determinadas”.¹¹³ Sería el caso, los deberes de los cónyuges en el matrimonio, de socorrerse mutuamente, por ejemplo.

Compartimos la opinión en el sentido de que los derechos insusceptibles de ser abusados sí pueden existir, pero serían la excepción – cuya análisis dependería del caso concreto –, siendo que “todos los derechos son susceptibles de abuso en su ejercicio; la excepción la configuran los escasísimos derechos incausados, la regla general es que no cabe admitir el ejercicio abusivo o desvinculado de una finalidad valiosa de ningún derecho”.¹¹⁴

2.4 - ABUSO DEL DERECHO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

¹¹¹ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 272.

¹¹² Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 17ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 589.

¹¹³ *Ibidem*, p. 31.

¹¹⁴ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 273.

Uno de los puntos más controvertidos sobre el tema del abuso del derecho es su naturaleza jurídica. Con efecto, es tenue en la materia el límite entre el ejercicio regular de un derecho – por lo tanto, hecho lícito – y su abuso. La doctrina desde hace mucho tiempo ha tratado del tema, que es de hecho muy controvertido, sobre todo ante el desarrollo y consagración de la teoría del abuso del derecho en los más distintos ordenamientos del mundo.

La limitación de la naturaleza jurídica del abuso del derecho es importante para su ubicación a nivel de la ciencia del derecho y para la constatación de las consecuencias que provienen de dichos actos, sobre todo para los ordenamientos que no tienen la materia definida de forma adecuada.

Muchos autores sostienen que el abuso del derecho puede ubicarse entre el lícito y el ilícito y se convergirá en lo que se llama de “*tertium genus*”, es decir un género diverso al de los actos o hechos lícitos o ilícitos.¹¹⁵

En esta línea de ideas, que no se puede establecer una antítesis radical, ya que existe una zona intermedia: la que viene dada y constituida por aquellas conductas o cosas que permitidas por el derecho son reprobadas por la conciencia social.¹¹⁶

Como señalamos en los capítulos anteriores, la teoría del abuso busca que “el individuo no ejercite sus legítimos derechos antisocialmente, sino más bien de modo normal, regular”.¹¹⁷ Encontramos en el ordenamiento las reglas de acción y las reglas de fin, es decir, pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones y el deber o la permisión de dar lugar a un cierto estado de cosas.

De igual forma existen también los principios, que sirven como justificación de las pautas específicas y cumplen una función de regulación de conducta – al establecer o aplicar normas a la resolución de casos concretos. Manuel Atienza ubica el abuso del derecho dentro de una categoría general que él llama “ilícitos atípicos”, cuya principal característica es la discordancia entre la regla y un principio del sistema. Explica que la normatividad del

¹¹⁵ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 139.

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 09.

derecho se da en un doble plano: el de las reglas y el de los principios. De esa dimensión regulativa del derecho compuesta por las reglas y los principios, Atienza justifica la figura del abuso del derecho cuando ambos entran en contradicción.¹¹⁸

Así que, para Atienza, los ilícitos se dividen en típicos y atípicos, siendo los primeros la oposición entre los actos y las reglas, y los segundos las conductas contrarias a principios de mandato. En los ilícitos atípicos existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo, por fuerza de su oposición a algún principio, esa conducta se convierte en ilícita. “La figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanismo de auto-corrección del Derecho: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificativo de las propias reglas”.¹¹⁹

El abuso del derecho, como ilícito atípico, tendría, según el prestigiado autor, cuatro elementos: a) la existencia de una acción autorizada por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño ante los principios relevantes del sistema, d) la generación de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos.

En efecto, el autor explica que el sentido de la institución del abuso del derecho es el de contribuir a la coherencia del derecho, al ajuste entre las reglas y los principios; o, asimismo, a evitar que produzcan ciertas consecuencias contrarias a principios jurídicos, de modo que puede producirse también sin que exista intención por parte del agente. “No es, o no es sólo, el principio de la buena fe, sino también evitar daños injustificados el que justifica

¹¹⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 77, p. 18.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

la figura del fraude al igual que ocurre con el abuso del derecho o con la desviación de poder”.¹²⁰

De esta forma, podemos afirmar que la ilicitud no se agota en la ilegalidad, pero igualmente alcanza a los actos que resulten contrarios a los principios generales de derecho que forman la totalidad del sistema jurídico.¹²¹

La ilicitud, en este caso, debe ser considerada en nivel diverso del acto ilícito clásico. En el acto ilícito tradicional, hay violación directa de la ley; en el abuso del derecho, hay una violación de los valores que han justificado el reconocimiento de dicho derecho por el ordenamiento. En el primer caso no se observa los límites lógico-formales y en el segundo axiológicos-materiales. En ambos casos, sin embargo, estaremos delante un acto ilícito, pero el acto abusivo está en otra categoría.¹²²

Carlos Fernández Sessarego, a su vez, señala la existencia de cláusulas generales condenatorias del abuso del derecho, que pueden o no existir expresamente en un ordenamiento, ya que estaríamos frente a un acto contrario a los principios generales del derecho, como de la buena fe y de las buenas costumbres.¹²³ Para él, en el ordenamiento jurídico existen prohibiciones específicas al lado de las genéricas, que comprenden un amplio espectro de conductas. El acto abusivo se convertiría en “la transgresión de un deber genérico, derivado de una prohibición, también genérica”.¹²⁴ El deber jurídico es el de no excederse en el uso de un derecho subjetivo, de manera antisocial e inmoral, generando lesión a otro o de no emplearlo de manera adecuada en relación con su finalidad social y económica.¹²⁵

Dicho autor sostiene además que “el incumplimiento del genérico deber, que consiste en actuar del modo prohibido por la ley – desde que ésta expresamente no ampara o no protege el ejercicio o la omisión abusiva de un derecho subjetivo – comporta, por tanto, un acto no permitido, es decir,

¹²⁰ *Ibidem*, p. 77.

¹²¹ Ettore Nanni, Giovanni, *op. cit.*, nota 1, p. 747.

¹²² *Ibidem*, p. 748.

¹²³ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 5, p. 144.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 136.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 144.

ilícito”.¹²⁶ El abuso del derecho, sin embargo, debe ser considerado un acto ilícito *sui generis*, estableciéndose una sutil distinción entre lo que sería un “acto ilícito” y un “acto ilícito *sui generis*”.¹²⁷

En este sentido, para el autor mencionado, las distinciones pueden resumirse de la siguiente forma: (i) el ilícito *sui generis* tiene su origen en un acto lícito, que se transforma en ilícito en el momento en que se transgrede el genérico deber de no lesionar a un interés ajeno; (ii) a través del acto abusivo no se lesiona un preexistente derecho subjetivo y sí un interés patrimonial que carece de específica protección normativa; y (iii) los criterios para la apreciación del ilícito *sui generis* por el juez son distintos a los que se utiliza en caso de un genérico acto ilícito o un fraude a la ley.¹²⁸

Adoptamos, por lo tanto, la opinión de que el abuso del derecho no sería exactamente un ilícito común, que ocurre en la medida en la que se transgrede a una regla de conducta prevista en el ordenamiento jurídico, lesionando un interés ajeno. Bejarano Sánchez, define al hecho ilícito, para efectos de ser considerado fuente de obligaciones,¹²⁹ como “una conducta antijurídica, culpable y dañosa, que impone a su autor la obligación de reparar los daños, esto es, la responsabilidad civil. O dicho de otra manera: hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente”.¹³⁰

Tampoco podríamos considerar el abuso del derecho un hecho lícito, ya que, pese la existencia de un ejercicio de derecho dentro de los límites autorizados por la ley, de alguna forma se contrapone a los principios generales del sistema, como la buena fe y la función social y económica del derecho subjetivo que se ha ejercitado. Es decir, el abuso del derecho configura en sí mismo una categoría nueva de ilícito, a que podríamos llamar de “ilícitos atípicos”, “ilícitos *sui generis*” o cualquier otra denominación, porque

¹²⁶ *Ibidem*, p. 146.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 159.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 159-164.

¹²⁹ Para algunos autores, con los cuales estamos de acuerdo, el daño no puede ser considerado elemento caracterizador del hecho ilícito, tampoco del abuso del derecho. Él que transgrede a una regla o principio sí está sujeto a la responsabilidad si la conducta generar un daño al tercero.

¹³⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 171.

lo que importa en la hipótesis no es el nombre y sí la idea que está por detrás de él.

Podemos, por lo tanto, concluir que el abuso del derecho es un hecho ilícito *sui generis*, fuente de obligación. Asimismo, veremos en el capítulo 4.3 que el abuso del derecho es igualmente un principio general del derecho, una enunciación normativa de valor genérico, que condiciona y orienta el ordenamiento jurídico, lo que implica su doble carácter.

Aunque exista una diferencia conceptual, en la práctica y en la mayoría de los ordenamientos, incluyendo el mexicano, el abuso del derecho ha sido considerado como hecho ilícito e igualmente generador de responsabilidad civil – es decir, fuente de obligaciones. Así, la discusión y controversia sobre las posibles esferas del ilícito, pese su utilidad e interés académico, no genera en la práctica cambios sustanciales, salvo en los ordenamientos que no tienen definida esta cuestión. Ambos (abusivo e ilícito) están en el campo de la ilicitud, presentando en la mayoría de las veces las mismas sanciones,¹³¹ y así lo consideraremos para efectos del desarrollo del presente trabajo.

2.5 – EL ABUSO DEL DERECHO Y LA BUENA FE

El análisis de la buena fe es importante en este estudio, principalmente por su relación con el tema del abuso del derecho y las posibles confusiones que se generan al respecto.

La buena fe en sentido amplio:

Es un postulado moral que obliga a la rectitud de conducta humana en todos sus órdenes: social, moral y jurídico, puesto que la convivencia social ordenada descansa en la fe y confianza recíprocas necesarias en toda relación interpersonal como aparece en la relación contractual. Este principio se expresa en los contratos bilaterales en la reciprocidad de las prestaciones; en el ejercicio de los derechos subjetivos, en el propósito de no dañar a otro y en la interpretación de los contratos en la fuerza vinculante de la voluntad de las partes por encima de la literalidad de las cláusulas. Las ideas de rectitud en la conducta y de fidelidad al deber de

¹³¹ Boulos, Daniel, *op. cit.*, nota 8, p. 48.

conducirse honestamente, constituyen el ingrediente moral de la buena fe.¹³²

La buena fe, como expresión de un principio general del derecho, tiene unidad en su esencia, aunque hay que reconocerse que se manifiesta como una diversidad en sus aplicaciones. Podemos, por ejemplo, considerar la diferencia entre las hipótesis de buena fe en el cumplimiento de un contrato (en que la buena fe aparece como el deber de lealtad entre las partes) y de los contrayentes de un matrimonio putativo (en que la buena fe aparece como la simple ignorancia de las causas de nulidad del matrimonio que pretenden contraer).¹³³

En el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos, la buena fe es considerada desde un punto de vista distinto, proporcionando al juez y al intérprete un criterio orientador para calificar hasta que punto se permite el ejercicio de dichos derechos. Por un lado, está relacionada con el deber de no pretender perjudicar al otro.¹³⁴ Por otro, con el deber de conducirse honestamente y de acuerdo a patrones socialmente exigibles, bajo los principios de la confianza y de la lealtad.

Algunas figuras típicas relacionan el ejercicio abusivo a la buena fe y son citadas largamente pela doctrina, una vez que generan una expectativa de conducta bajo a los principios de la confianza y de la lealtad: *venire contra factum proprium*, que expresa la idea de que no es permitido conducirse en

¹³² Galindo Garfias, Ignacio, *El principio de la buena fe en el derecho civil*, "Estudios de Derecho Civil", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 361.

¹³³ *Ibidem*, p. 363.

¹³⁴ La buena fe subjetiva es la creencia de que se está actuando correctamente, sin estarlo, considerando uno legítima su actuación en una situación que no existe. En este aspecto, puede ser considerada el opuesto de la mala fe: si se ignora el error – desde que no haya culpa –, está presente la buena fe; si no se lo ignora, está presente la mala fe (Sens dos Santos, Eduardo, *A Função social do contrato*, Florianópolis-Brasil, OAB Santa Catarina, 2002, p. 56). Algunos autores no coinciden con la distinción que se hace entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva, ya que sería una unidad de concepto. "Reitero que la buena fe es una unidad de concepto y estimo que es siempre de naturaleza subjetiva, porque radica en el ánimo del sujeto, autor de determinada conducta que exterioriza (o se oculta) la intención de aquel que observa un comportamiento, plausible o vituperable para el derecho. Existe así una indisoluble relación entre voluntad y acto, que conduce al jurista a reconocer, a través de la intención del sujeto, la presencia o ausencia de la buena fe, para atribuir en esa manera al acto las consecuencias previstas en la norma de derecho" (Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 132, p. 361).

contradicción a un comportamiento asumido con anterioridad. Expone la reprobación moral sobre aquél que asume un comportamiento contradictorio; la *suppressio* que se materializa cuando una posición jurídica no ejercida por mucho tiempo no pueda serlo después, por atentar contra la buena fe (por ejemplo, el comprador que no retira sus mercancías no puede obligar al vendedor que las guarde por tiempo indeterminado); la *surrectio* es el opuesto de la *suppressio*, haciendo surgir un derecho no existente jurídicamente antes, pero que se tenía como presente (por ejemplo, la distribución de ganancias por la sociedad de forma diversa a lo establecido en sus estatutos puede generar el derecho de recibirlas de la misma forma en el futuro); y la *tu quoque*, que expresa la idea de que aquél que viole una norma jurídica no puede exigir sus derechos con base en la misma norma (en el caso de los contratos, tiene su concretización con la *exceptio non adimplenti contractus*).¹³⁵

Es indiscutible, por ende, que el abuso del derecho está relacionado a la buena fe, pero ambos no se confunden. Si por un lado no es apenas la violación de la buena fe que genera el abuso del derecho – podemos considerar igualmente la función social y económica del derecho; de otro la buena fe tiene funciones más amplias que aquél.¹³⁶ La buena fe es más amplia que el abuso del derecho no solo porque impide el ejercicio del derecho que le sea contrario, sino porque impone comportamientos y sirve de criterio hermenéutico en las relaciones de negocios.¹³⁷

¹³⁵ Ettore Nanni, Giovanni, *op. cit.* Nota 1, p. 764.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 755.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 756.

CAPÍTULO III - EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO COMPARADO

Vimos en los capítulos anteriores que, a pesar de las discusiones y críticas, podemos considerar la teoría del abuso del derecho consagrada en la doctrina y en los ordenamientos jurídicos del mundo. “La figura del abuso del derecho, a pesar de las resistencias, críticas y hasta rechazos que ha suscitado durante el transcurso de su fatigosa elaboración dogmática, ha logrado, finalmente, la general aceptación de la doctrina así como su paulatina incorporación normativa en los ordenamientos jurídicos positivos contemporáneos”.¹³⁸ Los países que no la han incorporado en sus legislaciones en su mayoría la aplican a los casos concretos y la tienen aceptada por la doctrina y jurisprudencia.

El primer ordenamiento que dispuso sobre el abuso del derecho, siguiendo el criterio de la *aemulatio* fue el Landrecht de Prusia, en 1794, que decía “no se debe indemnizar por un daño causado por ejercicio de un derecho, a menos que entre las varias maneras posibles de ejercicio se haya elegido aquella dañosa a otro, con intención de producirle un perjuicio”.¹³⁹ Sin embargo, esta norma no ha sido contemplada por la jurisprudencia.

En la legislación comparada, se nota la adopción de distintos criterios sobre la teoría del abuso del derecho (objetivo, subjetivo y mixto). En lo que se refiere al criterio subjetivo del *animus nocendi*, encontramos el artículo 226 del Código Civil Alemán (B.G.B), que dispone que “No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda tener por objeto causar perjuicio a otro”, y el artículo 826 del mismo *Codex*, que estipula que “quien de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otro está obligado a su reparación” (826 del B.G.B). Otros dispositivos del Código Civil alemán igualmente tratan del abuso del derecho en casos concretos, como el que establece que la mujer no debe obedecer al marido cuando éste abusa de

¹³⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 05, p. 01.

¹³⁹ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 263.

su derecho (B.G.B, 825) o el abuso de disfrute en caso de rescisión del arrendamiento (B.G.B, 1.053).¹⁴⁰

Podríamos decir, en principio, que “El Código Civil alemán, colocándose en la hipótesis más restrictiva, previene terminantemente que sólo quedan fuera de la protección de la ley los actos cuyo fin único (*nur den zweck*) sea el de causar un daño a otra persona”.¹⁴¹

Sin embargo, pese a la adopción de la teoría subjetiva, la doctrina y la jurisprudencia alemanas ya se han manifestado en el sentido de que el ejercicio de los derechos subjetivos están limitados por la buena fe, en los términos del artículo 242 del B.G.B., como máxima de conducta ética y jurídica.¹⁴²

Asimismo, adoptando la teoría subjetiva del abuso del derecho, igualmente encontramos el artículo 833 del Código Civil Italiano (1942): “El propietario no puede realizar actos que no tengan otra finalidad que la de perjudicar o producir molestias a otros”.¹⁴³ Como se puede ver, en realidad el Código Civil italiano no ha incorporado el abuso del derecho como cláusula general, regulando apenas los actos emulativos.

El Código Chino sigue el mismo criterio subjetivo y establece en el artículo 148 que “el ejercicio de un derecho no puede tener por fin principal perjudicar a otro”.¹⁴⁴

Es importante subrayar que el Código Civil mexicano vigente (Código Civil para el Distrito Federal) también ha adoptado la teoría subjetiva del abuso del derecho, en la concepción de Bonnacase, al disponer en su artículo 1912 que “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 daño, sin utilidad para el titular del derecho”. Sin embargo, trataremos del tema con profundidad en capítulo apartado.

¹⁴⁰ Martínez Muñoz, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 11, p. 61.

¹⁴¹ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 291.

¹⁴² Pacheco Ferreira, Keila, *op. cit.*, nota 40, p. 48.

¹⁴³ Art. 833 “Atti d'emulazione: Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”. Código Civil Italiano, obtenido en <http://www.jus.unitn.it>.

¹⁴⁴ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 265.

Ahora bien. Además de aquellos que están de acuerdo con la teoría subjetiva del abuso del derecho, hay ordenamientos que se orientan hacia los criterios objetivos, como el Código Civil ruso, cuyo artículo 1º dispone que “los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo cuando se ejerciten en sentido contrario a sus fines sociales y económicos”.

El Código Civil brasileño, a su vez, se guía por el mismo criterio, con matices atinentes a la buena fe, al establecer en su artículo 187 que también comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres.¹⁴⁵

El Código Civil suizo trata de la idea del abuso del derecho en sus normas generales. El artículo 2 del Código Civil de 1907 indica que “Cada cual está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley”,¹⁴⁶ explicitando la figura de forma inequívoca.

En el Derecho suizo, la actuación de acuerdo a la buena fe y a la necesidad de no abusarse en el ejercicio de un derecho subjetivo están previstas en el citado artículo 2, de cuño evidentemente objetivista

De la misma forma, podríamos mencionar algunos casos específicos en los que la legislación suiza recoge la teoría de forma implícita, como el artículo 445 que establece la destitución del tutor por abuso de funciones, o el artículo 679 que dispone sobre medidas para evitar daños al vecino.¹⁴⁷

Para Gómez Robledo,¹⁴⁸ en el Código Civil suizo “el abuso del derecho se presenta como un principio general, ya que por no ser, como dice Gmur, sino la expresión negativa de la buena fe, su campo de aplicación es el más amplio posible, y así lo entienden los civilistas helvéticos”.

¹⁴⁵ Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. - Código Civil brasileiro, obtenido en www.planalto.gov.br.

¹⁴⁶ Art. 2. 1 « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. 2 L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi » - Código Civil Suizo, obtenido en <http://www.admin.ch>.

¹⁴⁷ Martínez Muñoz, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 11, p. 64.

¹⁴⁸ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 285.

Adoptando la teoría mixta, encontramos el Código Civil de Venezuela de 1942, cuyo artículo 1185, después de consagrar la obligación de reparar el daño causado con intención, o por negligencia o imprudencia, agrega: “debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.¹⁴⁹

El Código Civil de Bolivia de 1975 igualmente establece en su artículo 107 que “el propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otro, y en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico social en vista del cual se le ha conferido el derecho”.¹⁵⁰

El artículo 7 del Código Civil español también establece el abuso del derecho: “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

En Francia, de acuerdo a lo señalado con anterioridad, el Código Civil no ha admitido de forma expresa el abuso del derecho, a pesar de haber sido construido y de ser aplicado por la jurisprudencia, que ha sido el gran pilar del desarrollo de la teoría. “En Francia no existe una fórmula legislativa general que contemple el abuso del derecho, aunque si obviamente normas puntuales que prevén aspectos parciales de esta temática; pero, aún así, el país que ha tenido el mayor número de aplicaciones jurisprudenciales del principio”.¹⁵¹

Resaltamos una vez más que la teoría del abuso del derecho ha sido consagrada por la legislación de casi todos los países. Ha logrado si no una

¹⁴⁹ Trigo Represas, Feliz A., *op. cit.*, nota 50, p. 263.

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 265.

aceptación teórica totalmente completa, una incorporación normativa en los ordenamientos positivos contemporáneos.

En el transcurso de este siglo disminuyeron las disputas doctrinarias en torno de la teoría del abuso del derecho que conmovieron al pensamiento jurídico a fines del anterior (s. XIX) y a principios del presente (s. XX). Su fuerza expansiva superó objeciones ideológicas, hasta un punto en que hoy puede considerarse que el principio del abuso del derecho ha sido consagrado por todos los códigos del mundo, sea de forma expresa, sea de manera implícita, con criterio amplio o con criterio restrictivo.

CAPÍTULO IV – EL ABUSO DEL DERECHO EN MÉXICO

Antes de iniciar el análisis del abuso del derecho bajo la legislación mexicana, esclarecemos que nuestro estudio se basará en el Código Civil para el Distrito Federal, que inició su vigencia el 1° de junio de 2000, a que denominaremos a continuación exclusivamente “Código Civil vigente”.

Teniendo en cuenta las cuestiones técnico-legislativas controvertidas de este *Codex*,¹⁵² es importante señalar que el Código Civil vigente mantuvo todas las disposiciones aplicables en materia civil para el Distrito Federal del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, promulgado el 26 de marzo 1928, con todas sus reformas y adiciones publicadas hasta el 29 de mayo del 2000.

4.1 - LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL, EL SURGIMIENTO DEL ESTADO SOCIAL Y SUS IMPACTOS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL MEXICANA

Como hemos visto en el inicio del presente trabajo, la Revolución Francesa y los ideales del liberalismo fueron incorporados en el Código de Napoleón, del 1804, que, a su vez, inspiró otros ordenamientos, incluso el de México. En efecto, dichos ideales se presentan evidentes en los Códigos Civiles mexicanos de 1870 y 1884, sobre todo ante las influencias políticas y económicas ejercidas por Francia en este periodo.

Como bien señala Alicia Elena Pérez Duarte,¹⁵³ “el sistema seguido por la codificación del siglo XIX fue el civil clásico, por ello llevó a sus últimas

¹⁵² Es importante aclarar que, de manera controvertida, el Ejecutivo emitió un decreto publicado en *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 29 de mayo de 2000, el cual modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, promulgado el 26 de marzo 1928, con todas sus reformas y adiciones publicadas hasta aquella fecha en el ámbito de aplicación del fuero común, recogiendo sin modificación alguna todas las disposiciones aplicables en materia civil para el Distrito Federal, dándoles vigencia plena en el ámbito local en materia común, cambiando en materia federal su denominación a Código Civil Federal, dejando vigentes todos sus preceptos para asuntos del orden federal. Así, de forma un tanto confusa, quedó abrogado el anterior Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

¹⁵³ Pérez Duarte, Alicia Elena, *La incidencia del Estado Social de Derecho en la Legislación Civil Mexicana*, “Un siglo de Derecho Civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 43.

consecuencias la autonomía de la voluntad; su sustento era la libertad absoluta del individuo para seguir sus relaciones tanto *inter vivos* como las *mortis causa* y giraba en torno a los principios de libertad de propiedad, libertad contractual y libertad de testar”.

Los ideales propuestos por la Revolución Francesa y por el Estado de Derecho Liberal burgués entraron en crisis casi un siglo después, por motivos que pueden ser analizados aquí desde tres puntos de vista: las ideas de Marx y Engels (*Manifiesto Comunista*, 1848), la doctrina social de la Iglesia Católica y la doctrina de socialización del derecho, que tuvo como principal exponente León Duguit (*Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, 1911).

La tesis marxista critica la burguesía, la propiedad y los medios de producción, proponiendo un sistema social diferente. Según Néstor de Buen Lozano, el marxismo presentaba un sistema en el que “toda estructura jurídica, liberal y capitalista que descansa en la libre empresa y que tenga como símbolo al contrato – resultado de un libre juego de voluntades – debe desaparecer para dar lugar a una economía intervenida en la que el Estado es el patrón, como la expresión de la clase proletaria que representa”.¹⁵⁴ Así, el contrato “adquiere una característica esencialmente diferente, al constituirse en el medio para hacer efectivos los planes económicos nacionales”.¹⁵⁵

La Iglesia Católica igualmente ataca el sistema liberal burgués, lanzando su tesis de defensa de la clase explotada. León XIII, por medio de la Encíclica *Rerum novarum* (1891), establece las bases de la doctrina social, afirmando que se debe hacer uso adecuado de las riquezas, que son comunes y deben entregarse por medio de la caridad (idea en la que se puede vislumbrar el principio de la función social de la propiedad). Se acepta la intervención del Estado, para la administración de la cosa pública a favor de la prosperidad y para cuidar de la clase proletaria.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30, p. 77.

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 80.

Asimismo, la Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), dictada por Pío XI cuarenta años después, reafirma la situación precaria del mundo liberal y admite un doble carácter de la propiedad: individual y social, al afirmar que el Estado debe imponer a la propiedad las modalidades que dicte el interés público. La misma Encíclica repudia el principio liberal de la libre competencia.¹⁵⁷

Treinta años más tarde, la Encíclica *Master et Magistra* (1961), del Papa Juan XXIII, constituye un documento que sorprende por su modernismo, al reiterar que las condiciones económicas exigen la intervención del Estado, el que debe tutelar el interés de los trabajadores violados por el capitalismo y promover el progreso social. Se reconoce que la época es de socialización.¹⁵⁸

La doctrina de la socialización del derecho tuvo como principal exponente León Duguit, para quien el derecho privado en el siglo XIX había sufrido una transformación profunda en su estructura. Para el autor, el mundo moderno ha superado algunas instituciones fundamentales del sistema liberal: la libertad individual, reflejada por el principio de la autonomía de la voluntad; el principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad; y la responsabilidad individual por culpa.¹⁵⁹

Asimismo, para Buen Lozano, “el concepto de libertad y de derecho subjetivo ceden su lugar a la función social. El hombre ya no es libre de no hacer nada. Debe ejercitar su derecho para cumplir la meta suprema del mismo que es el beneficio común. El trabajo puede serle impuesto y reglamentarse para que de ese modo el hombre cumpla con la función social que tiene asignada. Su libertad cede frente al interés colectivo”.¹⁶⁰

Aún según Duguit, ya no se aplica la tesis liberal de que toda situación jurídica debe nacer necesariamente del contrato. Para él, al lado del contrato aparecen otras figuras jurídicas a las que los juristas quieren dar fuerza y grado

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 83.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 85.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 87.

de contrato, pero que serían actos absolutamente diferentes (quizá actos unilaterales), como los contratos de adhesión, los contratos de taquilla etc.¹⁶¹

La crisis del liberalismo alcanzó su apogeo el siglo XX, con la Primera Guerra Mundial y con movimientos sociales de carácter social, como las Revoluciones Soviética y Mexicana, esta última terminada cuando iniciada la primera, en 1917. La Revolución Mexicana “terminó con un régimen de gobierno dictatorial y alcanzó ciertas reivindicaciones sociales para las clases desposeídas – obrera y campesina -, reivindicaciones que quedaron plasmadas en la Constitución Política que nos rige y en los ordenamientos secundarios, entre ellos el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928”.¹⁶²

Así, en lo que se refiere propiamente al Derecho mexicano, podemos considerar que la Constitución de 1917 es un parte aguas entre el Estado Liberal y el Estado Social. De acuerdo a Néstor de Buen Lozano:

En la evolución jurídica de México, pude marcarse una línea divisoria entre el sistema liberal, auspiciado desde la Independencia, de notoria influencia francesa, que tendría sus monumentos jurídicos en la Constitución de 5 de febrero de 1857 y en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y el sistema socialista, preconizado por la Revolución iniciada en 1910, pero que alcanza su expresión jurídica, de trascendencia universal, en la Constitución hoy vigente, de 5 de febrero de 1917, y en las leyes que de ella resultaron. De éstas pueden citarse en especial el Código Civil de 1928, la ley Federal del Trabajo en 1931 y la ley del Seguro Social de 1943.¹⁶³

La Constitución de 1917 contempla garantías individuales por un lado y por otro establece el control estatal en la concesión de garantías sociales y en el campo económico, como se ve especialmente en los artículos 27, 28 y 123,¹⁶⁴ que trata específicamente del manejo de la propiedad y de las tierras de

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 89.

¹⁶² Montero Duhalt, Sara, *La Socialización del Derecho en el Código Civil de 1928*, en Sánchez-Dávila, Jorge A. (coord.) “Libro del cincuentenario del Código Civil”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, p. 158.

¹⁶³ Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30, p. 112.

¹⁶⁴ Según Néstor de Buen Lozano (*op. cit.*, nota 30, p. 112, p. 115), el artículo 123 de la Constitución Mexicana “constituye la expresión, por una parte, del sistema de garantías sociales y por otra demuestra

México, de los monopolios y de la intervención del Estado en el ámbito económico y del trabajo y de la previsión social. Luego, el Estado mexicano “es concebido intervencionista, coordinador, regulador, distribuidor, planificador y prestador de bienes y servicios cuya meta es la justicia social”.¹⁶⁵

A su vez, el Código Civil de 1928 llevó las orientaciones sociales de la Constitución de 1917 y sus redactores han sufrido la influencia de las ideas de Duguit. Dichas ideas están claramente presentes en la exposición de motivos, en la que consta que:

Una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social. Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre la otra.¹⁶⁶

Pese al intento del legislador, no se puede caracterizar el Código Civil de 1928 de carácter social, ya que adolece de ciertas incoherencias ideológicas y en algunas disposiciones se presenta retrasado.¹⁶⁷ El orden jurídico secundario “no asimiló automáticamente los programas sociales de la Constitución; timidez y lentitud lo han caracterizado. De 1884 a la fecha se han vislumbrado tendencias reorientadoras, pero en general, el Derecho Civil es la disciplina de estudio más reacia al cambio”.¹⁶⁸

Al respecto, podemos abordar tres de las instituciones que reflejan las nuevas tendencias del Derecho: la propiedad, el contrato y la responsabilidad. En lo que se refiere a la propiedad, el Código Civil de 1928 ha sin duda sido

palpablemente la evolución contractual hacia extremos tales de limitación de la autonomía de la voluntad”.

¹⁶⁵ Pérez Duarte, Alicia Elena, *op. cit.*, nota 153, p. 43.

¹⁶⁶ Narváez Hernández, José Ramón, *El Código Privado-Social. Influencia de Francesco Consentini en el Código Civil Mexicano de 1928*, “Anuario Mexicano de Historia del Derecho”, Volumen XVI, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

¹⁶⁷ Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30, p. 116.

¹⁶⁸ Pérez Duarte, Alicia Elena, *op. cit.*, nota 153, p. 44.

influenciado por las ideas de la Función Social propuesta por Duguit.¹⁶⁹ Los artículos 836 y 840 son los más expresivos; el primero faculta la ocupación de la propiedad por la autoridad pública y el segundo limita el ejercicio del derecho de propiedad, declarando ser ilícito el ejercicio que no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario. El artículo 840 será mejor analizado en los tópicos siguientes.

En cuanto a los contratos, como fuente general de obligaciones, el Código Civil de 1928 no puede ser considerado muy innovador. La autonomía de la voluntad siguió más o menos los mismos lineamientos de los Códigos del siglo pasado, “con ligeras modificaciones o adiciones, más de forma que de fondo”.¹⁷⁰

Ya en el ámbito de la responsabilidad, el Código Civil de 1928 presentó más novedades en relación con el antecesor. El Código Civil de 1884 tenía por principio de que no perjudica quien hace valer su derecho, lo que es sustituido por las disposiciones relativas al abuso del derecho en su artículo 1912, Asimismo, consideramos los preceptos más significativos los artículos 1910, 1912 y 1913, cuyos términos fueron mantenidos en el Código Civil vigente.

El abuso del derecho en los términos del artículo 1912, es decir, como cláusula general, representó, por ende, una innovación al ordenamiento jurídico mexicano y evidencia el espíritu socialista del legislador a la época. Pese a las buenas intenciones del legislador, las disposiciones relativas al abuso del derecho son merecedoras de análisis y críticas, lo que haremos a continuación.

4.2 - ANÁLISIS Y CRÍTICAS A LOS ARTÍCULOS 840 Y 1912 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

De forma expresa y como disposición genérica, el abuso del derecho no tenía precedente en el Código Civil de 1884 y fue incorporado por primero en el Código Civil de 1928. El abuso del derecho se encontraba en los artículos 840

¹⁶⁹ Para Gutiérrez y González (Gutiérrez y González, Ernesto, *El Patrimonio*, 9ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2008, 1160 páginas), el Código de 1928 tiene una serie de normas que en forma clara consagraron esa doctrina. Tal sucedió en los artículos 16, 840, 937, 1152-IV y 2453. Asimismo, el autor destaca que “el derecho de propiedad no se puede determinar teniendo en cuenta solo las facultades del propietario, sino que por el contrario, se deben considerar básicamente las limitaciones y modalidades que la ley impone a ese derecho” (p. 280).

¹⁷⁰ Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, nota 162, p. 165.

y 1912 del Código Civil de 1928, disposiciones que se mantuvieron en el Código Civil vigente.

Ambos artículos, aunque en un primer momento puedan parecer semejantes – de hecho, la redacción sueña muy similar –, son en realidad distintos. El artículo 840 se basa en la teoría objetiva del abuso del derecho (en la que es indiferente la intención del autor del daño), mientras el artículo 1912 adopta la corriente subjetiva de Bonnecase, en la que la intención dañosa es considerada condición para la configuración del abuso.

En efecto, se establece en el artículo 840 que “no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario”. Dicha disposición se ubica en el Capítulo I (Disposiciones Generales), del Título Cuarto (Propiedad), del Libro Segundo (Los Bienes). Se refiere al abuso del derecho aplicable al derecho de propiedad.

Para la configuración del abuso del derecho en esta hipótesis es necesario que el resultado del ejercicio del derecho de propiedad cause perjuicio a tercero y que no se demuestre utilidad para el propietario. En este caso, al legislador no le importó si el autor del daño tiene o no la intención de perjudicar al otro, siendo suficiente el resultado dañoso sin utilidad para el propietario. El *animus nocendi* no es considerado en este caso.

La crítica que se puede hacer al artículo 840 y que igualmente podemos extender al artículo 1912 es la demostración de que el ejercicio del derecho se dio únicamente para causar daño a tercero y sin utilidad para su titular. La prueba de tal hecho es muy compleja, ya que el autor del daño puede alegar cualquier utilidad a su favor, dejándole al arbitrio judicial dicha constatación. Lo que se puede esperar, en la práctica, es que la jurisprudencia adopte como limitación al ejercicio del derecho de propiedad su función social y la buena fe.

El artículo 1912 del Código Civil vigente, a su vez, determina que: “Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”. El referido artículo se encuentra

en el Capítulo V (De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos), Título Primero (Fuentes de las Obligaciones), del Libro Cuarto (De las Obligaciones).

Diferentemente del artículo 840 – que se aplica a la propiedad y acepta el criterio objetivo –, el artículo 1912 puede ser considerado como norma general, aplicable al ejercicio de todos los derechos, y adopta el criterio subjetivo del abuso del derecho, condicionándolo a la intención dañosa.

El artículo 1912 acepta en sus términos la doctrina de Bonnacase. (...) De manera que comprende, primero, el ejercicio con dolo, ‘si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho. (...) Podemos decir que la norma general para el ejercicio de todo derecho, está consagrada por el artículo 1912, comprendiendo los derechos principalmente patrimoniales y la norma especial se estatuye en el artículo 840 para el abuso de la propiedad.¹⁷¹

Señalamos, en este contexto, que la incongruencia entre los artículos 840 y 1912, que adoptan corrientes distintas, resulta de dos aspectos. El primero es que la disposición con respecto al derecho de propiedad (concepción objetiva) es consecuencia directa de la influencia ejercida por Duguit en lo que se refiere a la función social de la propiedad,¹⁷² que inspiraran los legisladores mexicanos.¹⁷³ El segundo es que la noción de abuso de derecho adoptada en el artículo 1912 tiene clara origen en el Código Alemán (B.G.B), cuyo artículo 226 dispone que “No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda tener por objeto causar perjuicio a otro”.

De nuestra parte, el artículo 1912 merece igualmente algunas críticas. Así como en el artículo 840, el legislador atribuye como requisito del abuso del derecho que el ejercicio del derecho no genere utilidad para su titular, lo que,

¹⁷¹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* nota 7, p. 323-324.

¹⁷² “Dentro de esta tendencia de socialización del derecho, se comprende que los particulares puedan gozar de su Derecho real de propiedad, pero cumpliendo con sus bienes, la función social correspondiente, y en ello se involucra el hacer un uso racional de su derecho, esto es, utilizar su propiedad para el fin que se les protege por la ley. El uso de un derecho, cualquiera que sea, debe hacerse de acuerdo con el fin racional que debe tener en el conglomerado social, y si no se hace ese uso, entonces se está abusando del derecho” (Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 165, p. 323).

¹⁷³ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 223.

como hemos visto, es muy complicado en términos probatorios. Asimismo, la adopción de la corriente subjetiva defendida por Bonnacase, que implica la consciencia del exceso por parte del autor del daño y su deseo de perjudicar al tercero, es demasiado estrecha y no alcanza todos los casos abusivos que deben ser cohibidos.

Destacamos anteriormente nuestra opinión de que el criterio objetivo o finalista es lo que se presenta más adecuado a la teoría del abuso del derecho. El ejercicio de un derecho con el único objetivo de perjudicar a terceros, estará ciertamente en contra de su finalidad; por otro lado, bajo la tesis objetiva, mismo si hay violación de la finalidad del derecho al ejercerlo con abuso, sin dolo, seguiríamos con una hipótesis de abuso del derecho.¹⁷⁴

La corriente objetiva es, en definitiva, capaz de absorber más hipótesis en las que se hace mal uso de los derechos, además de estar de acuerdo con los valores y los principios del derecho. El criterio subjetivo, por otro lado, limita la aplicación de la teoría del abuso del derecho – tornándola en muchos casos obsoleta -, ante la dificultad de prueba de la intención dañosa y de la inexistencia de utilidad para el titular. Deja también de considerar los casos en los que no hay *animus nocendi*, pero sí hay evidente abuso por parte del titular del derecho subjetivo. Esta limitación, en la práctica, puede fomentar el mal uso de los derechos y también premiar a los que de ellos se utilizan con el objetivo de perjudicar a terceros.

La doctrina desde hace mucho se manifiesta favorablemente al ejercicio del derecho de acuerdo a su función social y a la buena fe, por lo que hubiera sido el legislador mexicano más feliz si contemplara esas limitaciones. Claro

¹⁷⁴ Para una mejor ilustración, podemos mencionar como ejemplo la hipótesis en la que una empresa A atendía a sus clientes por medio de un número telefónico que pertenecía a uno de sus funcionarios. El funcionario pasa a trabajar en la empresa B, del mismo sector, cediendo a la empresa B el mismo número telefónico, al cual los clientes de la empresa A también seguían llamando. En este caso, el ejercicio del derecho del funcionario le ha sido útil (recibir llamadas de clientes en su actual empresa), pero la desviación de clientes, generando perjuicios a la empresa A, configura uso abusivo del derecho, mismo si el funcionario no haya tenido el objetivo de perjudicar su anterior empleador. Lo mismo se aplica a los casos en los que hay exceso en el ejercicio del derecho de información, perjudicando la imagen de terceros, o abuso en el ejercicio del derecho de vigilancia en establecimientos privados de venta de mercancías, constriñendo sus funcionarios o clientes.

que nada impide a que dichas limitaciones sean establecidas por la doctrina y por la jurisprudencia, como ha ocurrido en Alemania, donde se considera que la buena fe (artículo 242 del B.G.B) es una máxima de conducta ético-jurídica y debe aplicarse igualmente al ejercicio de los derechos.

En cuanto a la naturaleza jurídica del abuso del derecho en el Código Civil vigente, nos parece evidente que es un hecho ilícito, tanto en el artículo 840 como en el 1912. El artículo 840 dice expresamente que “nos es lícito” y el artículo 1912 está ubicado, como ya apuntamos, en el Capítulo V (De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos), Título Primero (Fuentes de las Obligaciones), del Libro Cuarto (De las Obligaciones).

Hacemos en este punto referencia al capítulo en el cual se abordan las diferentes tesis sobre la naturaleza jurídica del abuso del derecho. En aquel momento, señalamos que el abuso del derecho debería ser considerado un ilícito atípico o *sui generis*, una vez que el acto abusivo es distinto de los hechos ilícitos en general, éstos mencionados expresamente en el artículo 1910 del Código Civil vigente.¹⁷⁵ En efecto, de acuerdo a Antonio Gómez Robledo, el artículo 1910 trata “de actos ilícitos, abiertamente contrarios a la moral o al derecho, mientras que el acto abusivo es del todo conforme al derecho subjetivo, a éste por lo menos”.¹⁷⁶

También hemos aclarado que esta diferencia conceptual no ha implicado grandes cambios en la práctica, ya que en la mayoría de los ordenamientos el abuso del derecho ha sido considerado como hecho ilícito e igualmente generador de responsabilidad civil, presentando en la mayoría de las veces las mismas sanciones.

En el caso del Código Civil vigente está claro que el legislador consideró el acto abusivo como hecho ilícito generador de responsabilidad en caso de daño a tercero, aunque lo haya tratado de manera distinta del hecho ilícito referido en el artículo 1910. Es cierto que si hubiera el legislador considerado

¹⁷⁵ Art. 1910. “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

¹⁷⁶ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 289.

hecho ilícito en sentido estricto y abuso del derecho figuras idénticas no las habría separado en dos artículos.

En este sentido de ideas, resulta igualmente evidente que el abuso del derecho tal como establecido en los artículos 840 y 1912 del Código Civil vigente es considerado un hecho ilícito y, por ende, fuente de obligación, dando lugar a la indemnización prevista por el legislador en caso de daño generado a terceros.

4.3 - EL ABUSO DEL DERECHO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Superado el primer análisis de los artículos 840 y 1912 del Código Civil vigente, pasamos a tratar del abuso del derecho como principio general del derecho. En líneas generales, nuestro objetivo es saber si el abuso del derecho tiene doble naturaleza, es decir, además de una fuente de obligación, puede ser considerado un principio general del derecho.

Principios, en sentido genérico, son los primeros juicios de valor hechos sobre algo; son preposiciones básicas que condicionan y validan estructuras subsecuentes. Son “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”.¹⁷⁷

Asimismo, el principio puede ser definido como aquella idea a priori o algo existente en el mundo físico o construcción conceptual abstraída de la experiencia del mundo que es el punto de partida o base sobre la que se estructura un conocimiento teórico o se construye un sistema pragmático regulador de acciones.¹⁷⁸

En el Derecho, los principios son enunciaciones normativas de valor genérico, que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico en su aplicación e integración o mismo para la elaboración de normas.¹⁷⁹ Son fundamentos de la racionalidad jurídica,¹⁸⁰ que pueden ser implícitos o

¹⁷⁷ Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁷⁸ Cota Marçal, Antonio, *Princípio – Estatuto, função e uso no Direito*, em Horta Tavares, Fernando (coord.), *Constituição, Direito e Processo - Princípios Constitucionais do Processo*, Curitiba-Brasil, Editora Juruá, 2007, p. 35.

¹⁷⁹ Reale, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 27ª Edición, São Paulo-Brasil, Editora Saraiva, 2003, p. 174.

¹⁸⁰ Fiuza, César et al., *Direito Civil – Atualidades*, Belo Horizonte – Brasil, Editora DelRey, 2003, p. 88.

explícitos – si contemplados por la norma - y que si comunes a todos los ámbitos del derecho son considerados generales.

De acuerdo con Luis Vella, los principios generales del derecho son “las supremas verdades del derecho, es decir, aquellos elementos lógicos y éticos del derecho que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a los diversos pueblos. (...) De estos principios proceden las reglas del derecho, es decir, las determinaciones particulares del ordenamiento jurídico”.¹⁸¹

Ahora bien. El estudio del abuso del derecho nos ha permitido ver que la construcción de esta teoría tiene su origen remoto en Roma y en especial en la Edad Media. Los adagios romanos, que manifestaban la relatividad de los derechos y exaltaban su buen ejercicio,¹⁸² y la *aemulatio*, que prohibía el mal uso del derecho de propiedad en contra de la vecindad, nada más reflejaban el pensamiento ético y racional de que los derechos deben promover el equilibrio y la justicia y que se debe cohibir su malo ejercicio.

Esta idea evidentemente lógica ha ganado fuerza a partir del siglo XIX, como una reacción en contra del individualismo y ha ocupado espacio en las legislaciones del todo mundo. Es del sentido común del Derecho la percepción de que el ejercicio de un derecho no debe realizarse para perjudicar un tercero y o en contra de su propósito o finalidad.

En estas líneas, podemos considerar el abuso del derecho un principio general del derecho, ante las características que lo definen: es una proposición descriptiva (que puede o no estar prevista en la norma), de carácter general, que refiere, de manera sintética, el contenido y las grandes tendencias del derecho.¹⁸³ Asimismo, tiene por finalidad la orientación, integración y comprensión del ordenamiento jurídico.

En este contexto, señala Ignacio Galindo Garfias que:

¹⁸¹ Vella, Luis. *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*, Roma-Italia, Librería Editrice Dell'Universita' Gregoriana, 1965, p. 174.

¹⁸² *Male enim nostro iure uti non debemus* (no debemos usar mal de nuestro derecho); el *Non omne quod licet honestum est* (no todo lo que es lícito es honesto); la expresión *Summum ius, summa iniuria* (el estricto derecho es la suprema injusticia); y *Malitiis non est indulgendum* (no hay indulgencia con la maldad).

¹⁸³ Grau, Eros Roberto, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Madrid – España, Editorial Dykinson, 2007, p. 122.

No parece existir disputa acerca de que el concepto de buena fe, de la misma manera que la noción de buenas costumbres, la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, el equilibrio de las prestaciones en los contratos onerosos, así como el deber de reparar el daño causado, etcétera, son principios que inspiran en los actuales tiempos a la obra legislativa, porque son expresión de la justicia en los casos concretos y, sobre todo, porque son la base de sustentación del orden y de la seguridad que deben regir las relaciones humanas e inspirar el ordenamiento jurídico.¹⁸⁴

Para Manuel Borja Soriano, el abuso del derecho llega a ser una manifestación de la noción de derecho:

A semejanza del enriquecimiento sin causa, la teoría del abuso de los derechos nos parece ser una manifestación de la noción de derecho, operando de una manera directa e inmediata como fuente de derecho positivo, más allá de los textos legales o a la falta de estos textos... Lo que es indiscutible es que la posibilidad jurídica de perjudicar a otro al amparo del ejercicio de un derecho, y sin interés presente o eventual para este ejercicio, iría manifiestamente contra la función de armonía social o de equilibrio social inherente a la noción del derecho.¹⁸⁵

De este principio proceden naturalmente reglas del derecho. En el Código Civil vigente dicho principio puede ser observado, por ejemplo, en los artículos 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”); 837 (“el propietario o el inquilino de un predio tienen derecho de ejercer las acciones que procedan para impedir que por el mal uso de la propiedad del vecino, se perjudiquen la seguridad, el sosiego o la salud de los que habiten el predio”); 839 (“en un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad

¹⁸⁴ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 132, p. 358.

¹⁸⁵ Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, 7. Edición, México, Ed. Porrúa, 1971, p. 435.

vecina; a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio”); 845 (“nadie puede construir cerca de una pared ajena, o de copropiedad, fosos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos; ni instalar depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor o fábricas destinadas a usos que puedan ser peligrosos o nocivos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos, o sin construir las obras de resguardo necesarias con sujeción a lo que prevengan los mismos reglamentos, o a falta de ellos, a lo que se determine por juicio pericial”); 853 (“el propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados y azoteas de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino”); 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”); 935 (“el propietario de las aguas no podrá desviar su curso de modo que cause daño a un tercero”); y 1092 (“todo el que se aproveche de un acueducto, ya pase por terreno propio, ya por ajeno, debe construir y conservar los puentes, canales, acueductos subterráneos y demás obras necesarias para que no perjudique el derecho de otro”).

Señalamos, además, que siendo el abuso del derecho es un principio, no habría la necesidad de que estuviera previsto en el ordenamiento. De hecho, como hemos visto, pese la inexistencia de regla para la teoría del abuso, los tribunales franceses y otros, como los italianos, impiden el ejercicio intencionalmente malicioso o contrario a la finalidad del derecho, estableciendo el principio de la relatividad de los derechos, contrario a la concepción de derechos absolutos.

Sin embargo, los legisladores mexicanos optaron por crear una norma genérica que cohibe el ejercicio abusivo de los derechos, de modo que lo consideramos un principio general del derecho explícito. El artículo 1912 del Código Civil vigente, a su vez, es lo que llamamos cláusula general del derecho, dado su carácter genérico, abierto y flexible, y el hecho de prescribir un principio general del derecho.

Las cláusulas generales son una variedad de gran amplitud interpretativa, inspirados en principios de solidaridad, justicia y equidad, imprimiendo a los ordenamientos un carácter de actualización y modernidad.¹⁸⁶ En efecto, estos conceptos denominados cláusulas generales por los juristas son, entre otros, “la buena fe, la lealtad, el enriquecimiento ilegítimo, el abuso del derecho, la preferencia del interés colectivo sobre el individual, etc. Su función específica consiste en facilitar el ajuste permanente de la ley al cambio social”.¹⁸⁷

Las cláusulas generales del derecho llevan, por vía de regla, principios, justamente porque son el medio por el cual el derecho busca siempre el equilibrio con los cambios y el progreso de la sociedad, sin que sea necesaria una constante intervención legislativa; por eso su carácter genérico, abierto y flexible.

Sin embargo, principios y cláusulas generales no son sinónimos. Principios son pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible, ya las cláusulas generales son normas dotadas de gran apertura semántica, que permiten la incorporación de principios, directrices y máximas de conductas.¹⁸⁸

Podemos concluir, ante lo expuesto, que el abuso del derecho es un hecho ilícito, fuente de obligaciones, y así lo ha establecido el legislador mexicano en el artículo 1912 del Código Civil vigente. El doble carácter del abuso del derecho lo hace igualmente un principio general del derecho, constituyendo el mismo artículo 1912 una cláusula general.

4.4 – ABUSO DEL DERECHO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

No es objeto de la presente tesis un análisis detallado del tema de las obligaciones en general, tampoco de la responsabilidad civil, ya que se tratan de asuntos muy complejos y que demandarían cada uno su propio estudio. No

¹⁸⁶ Cruz Ponce, Lisandro, *Algunos principios generales de nuestra legislación civil*, “Revista de Derecho Privado”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 2, núm. 4, enero-abril de 1999, p. 45.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ Abreu Barroso, Lucas y Lisita Passos, Cristiane, *Direito Agrário Contemporâneo*, Belo Horizonte – Brasil, Editora DelRey, 2004, p. 167.

obstante, siendo el abuso del derecho fuente de obligación y generador de la responsabilidad civil, vamos a dedicarnos a algunos aspectos que se presentan relevantes a la comprensión del tema.

La responsabilidad civil es “el nombre que toma la obligación¹⁸⁹ generada por el hecho ilícito (y también el *riesgo creado*), la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros”. En sentido contrario, el hecho ilícito fuente de obligaciones es una conducta antijurídica, culpable y dañosa, “que impone a su autor la obligación de reparar los daños, esto es, la responsabilidad civil”.¹⁹⁰ La responsabilidad civil no es bien la causa o fuente de las obligaciones, sino el efecto, la obligación misma generada por la causa *hecho ilícito*.

De estos conceptos extraemos los elementos que componen el hecho ilícito – fuente de obligaciones – que genera la responsabilidad civil *subjetiva*, que son: la antijuridicidad, la culpa y el daño. Señalamos, en este sentido, el aspecto subjetivo de la responsabilidad aquí referida, que supone el análisis del matiz de la conducta del sujeto (culpa), ya que el derecho establece hipótesis de responsabilidad objetiva.

La antijuridicidad la consideramos como la transgresión, por acción u omisión, de una norma expresa o de principio jurídico implícito, ya que la conducta antijurídica no requiere la prohibición explícita del hecho, siendo suficiente que pueda deducirse del sistema del derecho.¹⁹¹

De la misma forma, consideramos antijurídica la conducta que viola las disposiciones particulares, como las del contrato, por ejemplo: “si tanto las normas generales (las leyes) como las individuales o particulares (contrato, declaración unilateral, sentencia), son *derecho*, de aquí se deduce con rigor lógico que es igualmente antijurídica la violación de una ley (hecho ilícito

¹⁸⁹ Podemos definir “Obligación” como “la necesidad jurídica que tiene la persona llamada *deudor*, de conceder a otra, llamada *acreedor*, una prestación de dar, de hacer o de no hacer (Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 05).

¹⁹⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 171.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 175.

extracontractual) que la violación de un contrato o cualquier otro acto de este tipo (hecho ilícito contractual)".¹⁹²

Todo comportamiento de una persona que lesionare injustamente la esfera jurídica ajena constituye un acto ilícito y esta esfera jurídica se lesiona por quien, hallándose vinculado a otro por una obligación, *no cumple ésta* y por quien, sin estar vinculado por obligación alguna, vulnera el derecho de una persona violando el precepto general que prohíbe atentar a los derechos ajenos.¹⁹³

La constatación que hacemos nos permite examinar un interesante aspecto de la clasificación de la responsabilidad civil en *extracontractual* y *contractual*. En efecto, dicha clasificación parte de la idea de que la responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, mientras la responsabilidad extracontractual nace de un delito o cuasidelito; de la violación de la ley.

Pese a tal división, que ha sido, incluso, adoptada por el legislador mexicano, muchos juristas ya han apuntado para el hecho de que el concepto de responsabilidad civil debe ser unitario, de forma a comprender tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, una vez que la violación del contrato o de norma jurídica particular constituye igualmente un hecho ilícito, es decir, una conducta antijurídica, culpable y dañosa.¹⁹⁴

En este sentido, Gutiérrez y González aclara que:

El hecho ilícito que consiste en violar un contrato, no es contractual sino también extracontractual por su origen, toda vez que surge de la violación que se hace de un contrato, y esa violación no es parte de las normas o cláusulas contractuales. La norma o cláusula contractual tiene por esencia el ser cumplida, no el que no se cumpla; por lo mismo el 'no cumplir', al no ser ni parte, ni de la esencia del contrato, está fuera de él y de ahí que el incumplimiento sea extracontractual, está fuera o extra

¹⁹² *Ibidem*, p. 179.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 174.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 181.

del contrato, aunque se origine con la vida del contrato, ya que *extra* quiere decir 'fuera de'.¹⁹⁵

No obstante dicha tesis, el Código Civil vigente siguiendo la tradición adoptó la bipartición, al reglamentar en sus artículos 1910 y siguientes la responsabilidad civil extracontractual, y en los artículos 2104 y siguientes el incumplimiento de las obligaciones, o sea, la responsabilidad civil contractual. Por tal razón, para fines del presente estudio, consideraremos la clasificación de la responsabilidad en contractual y extracontractual, al entendimiento de que, en lo que se refiere a sus efectos prácticos, tal discusión no genera grandes cambios.¹⁹⁶

Prosiguiendo nuestro razonamiento, la antijuridicidad, elemento fundamental del hecho ilícito, puede ser considerada formal o material. Así, es contraria al derecho la conducta que se choca a la regla jurídica (antijuridicidad formal), e igualmente la conducta que contradice los principios o intereses que la norma de derecho aspira proteger (antijuridicidad material).

Explica Raul Plascencia Villanueva que:

con la antijuridicidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o bien jurídico, de ahí que se afirme como contenido de la antijuridicidad la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con ausencia de causas de justificación.¹⁹⁷

En general, el quebrantamiento formal de la norma coincidirá en la negación de los valores por ella protegidos, y su observancia supondrá respecto a dichos valores. Sin embargo, hay casos en los que el respecto al

¹⁹⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 73, p. 39.

¹⁹⁶ Manuel Bejarano Sánchez (*op. cit.*, nota 90, p. 182) apunta algunas diferencias accidentales entre la responsabilidad contractual y extracontractual, "en razón de que son generadas por la violación de un tipo distinto de norma jurídica". Entre ellas están el hecho de que en la responsabilidad extracontractual, la víctima debe demostrar la culpa del responsable y en la contractual no hay esta necesidad. "La violación del contrato es una demostración de la culpa del obligado". Otras diferencias están en el campo de las consecuencias de cada una de estas responsabilidades.

¹⁹⁷ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 134.

enunciado de la regla viola los valores que ella salvaguarda, como el ejercicio abusivo de un derecho. Inversamente, hay hipótesis en las que la negación del dispositivo de la regla se justifica cuando hay congruencia con los valores que busca proteger, como en el estado de necesidad.

El segundo elemento del hecho ilícito civil es la culpa, definida, en sentido amplio, como “un matiz o color particular de la conducta, es una calificación del proceder humano que se caracteriza porque su autor ha incurrido deliberada o fortuitamente en un error de conducta, proveniente de su dolo, de su incuria o de su imprudencia”.¹⁹⁸ La culpa es distinta de la antijuridicidad, ya que hay conductas culpables y no antijurídicas. Elemento de la culpa es la imputabilidad, en el sentido de que no es responsable del hecho ilícito el que no tenía capacidad de entender o de querer en el momento en que lo ha cometido, cuando el estado de incapacidad no derive de su culpa (ebrio, por ejemplo).¹⁹⁹

Para la caracterización del hecho ilícito, además de la acción u omisión que viole una norma jurídica protectora de intereses ajenos o un derecho subjetivo, es necesaria la culpa, el conocimiento de la ilicitud del acto, con dolo, si intencionalmente; o con culpa en estricto sentido, si se asume el riesgo de las consecuencias de la conducta. Luego, la conducta contraria al derecho practicada sin que se sepa su ilicitud no es un hecho ilícito, aunque sea antijurídica (por ejemplo, si alguien se apropia de un objeto de otra persona lo creyendo suyo).²⁰⁰

Las formas de la culpabilidad son el dolo y la culpa en sentido estricto. El dolo es el error de conducta intencional y la culpa en sentido estricto es el error cometido por imprudencia, negligencia, descuido o torpeza. En el derecho mexicano, los preceptos que tratan de la responsabilidad por hechos ilícitos y del incumplimiento de las obligaciones se limitan a mencionar la culpa como

¹⁹⁸ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 186.

¹⁹⁹ Trabucchi, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid – España, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 221.

²⁰⁰ Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, V. 7: *Responsabilidade Civil*, 11ª Edición, São Paulo – Brasil, Editora Saraiva, 1997, p. 39.

elemento de la responsabilidad civil, sin precisar su grado (artículos 1922, 1930, 1931 y 2107 del Código Civil vigente).

En este sentido, como hemos visto, el abuso del derecho presupone el dolo para su configuración, ya que el artículo 1912 es muy claro al afirmar la necesidad de que se demuestre “que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”. El dolo es el hecho ilícito ejecutado a sabiendas de su ilicitud, cuya consecuencia dañosa es deseada.

Sobre el tema de la culpa, señalamos brevemente dos aspectos que, por no ser esenciales al tema objeto de este estudio, no trataremos con profundidad. El primer aspecto es la responsabilidad por hechos ajenos, como la de los padres sobre los hijos menores, fundada en la culpa *in vigilando*, y el caso de los patrones por la conducta de los empleados, fundada en la culpa *in eligendo*; y la responsabilidad por obra de las cosas (daños causados por cosas de nuestra propiedad, como animales, ruinas de edificios etc).

El segundo aspecto es la *responsabilidad civil objetiva*, cada vez más presente en el ordenamiento mexicano, fundada en la noción de *riesgo creado*, en la cual no es necesaria la constatación de culpa del causante del daño. En efecto, al lado de la responsabilidad civil basada en la noción de culpa y llamada por tal motivo responsabilidad subjetiva, surgió “la responsabilidad objetiva, apoyada en un elemento ajeno a la calificación de la conducta, en un dato aparente, objetivo, como es el hecho de causar un daño por la utilización de un objeto peligroso que crea un estado de riesgo para los demás”.²⁰¹ La responsabilidad objetiva tiene como fuente hechos lícitos, “considerados como objetivamente dañosos”.²⁰²

El último elemento del hecho ilícito fuente de obligaciones es el daño,²⁰³ consubstanciado, para fines de la responsabilidad civil, en la “pérdida o

²⁰¹ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 192.

²⁰² Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 73, p. 18.

²⁰³ Algunos autores, con los cuales concordamos, señalan que el daño no es elemento del hecho ilícito, apenas para la responsabilidad civil. Él que ingresa en el campo de la ilicitud (por medio de un acto ilícito propiamente dicho o de un acto abusivo), está sujeto a ser parte de la relación jurídica obligacional responsabilidad civil, en caso de que haya daño. Habría hecho ilícito sin daño y daño sin hecho ilícito (Boulos, Daniel, *op. cit.*, nota 8, p. 105). Como hemos señalado, no es objetivo de este trabajo el análisis teórico de la responsabilidad civil. Utilizamos como base de nuestro raciocinio las ideas de algunos de

menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones”.²⁰⁴ El daño incluye el perjuicio, que es la privación de bienes que habría de tener y que deja de percibir por efecto del acto dañoso. El derecho mexicano establece el daño de naturaleza patrimonial y moral, este último previsto en los artículos 1916 (responsabilidad extracontractual) y 2116 (responsabilidad contractual).

Sólo es resarcible el daño que es consecuencia inmediata y directa de la conducta lesiva, tal como se establece en el artículo 2110 del Código Civil vigente²⁰⁵: “Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

Con base en estos esclarecimientos preliminares en lo que se refiere al hecho ilícito como fuente de obligaciones, podemos concluir que el abuso del derecho tal como establecido por el artículo 1912 del Código Civil vigente es una conducta antijurídica – presente la antijuridicidad material -, dolosa – y, por lo tanto, culpable en sentido amplio -, y dañosa. Como consecuencia, siendo un hecho ilícito, el abuso del derecho genera una responsabilidad civil *subjetiva*, con las consecuencias que provienen de dicha responsabilidad.

Señalamos, una vez más, que el abuso del derecho es un hecho ilícito atípico o *sui generis*. Tal discusión ya ha sido objeto de capítulo específico y no genera cambios en la práctica, razón por la cual no se hacen nuevas referencias en este momento.

La responsabilidad civil extracontractual se traduce en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un *riesgo* creado. La indemnización puede realizarse con la reparación en naturaleza o

los principales juristas mexicanos, teniendo siempre en cuenta que pueden existir divergencias entre ellos, sobre las cuales tendríamos que desarrollar un trabajo específico. Lo que importa en este aspecto es que, considerado o no el daño como elemento del hecho ilícito, es necesario para que se configure la responsabilidad. Sin embargo, como el daño no es elemento del abuso del derecho, puede haber abuso sin daño, con consecuencias otras, como nulidad del acto, posibilidad de rescisión, o mismo que la víctima busque interrumpir el acto abusivo por medio de la tutela inhibitoria.

²⁰⁴ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 194.

²⁰⁵ Si bien está el artículo 2110 ubicado en el tema del incumplimiento de las obligaciones (responsabilidad contractual), la condición de que el daño sea directo e inmediato se aplica igualmente a la responsabilidad extracontractual. No deja de ser una crítica que se le hace al legislador mexicano.

por un equivalente, a elección del ofendido, tal cual establece el *caput* del artículo 1915 del Código Civil vigente: “La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”.

Por otro lado, el incumplimiento de una obligación contractual previa (ilícito contractual) igualmente permite a la víctima la reparación por los daños y perjuicios causados, además de ser posible exigir el cumplimiento forzoso del contrato (artículos 1949 y 2107 del Código Civil vigente). Asimismo, la ley faculta la rescisión del contrato, el saneamiento en caso de evicción o de vicio oculto, la posibilidad de oponerse la excepción *non adimpleti contractus* y en algunos casos el derecho de retención.²⁰⁶

Finalizamos este tópico mencionando las hipótesis de no responsabilidad prevista por el legislador, es decir, casos en que el incumplimiento de un deber jurídico o de una obligación no genere responsabilidad por los daños ocurridos, como el caso fortuito o fuerza mayor, culpa inexcusable de la víctima, inexistencia de culpa o negligencia por cualquiera de las partes, y la prescripción.²⁰⁷

4.5 – LOS EFECTOS DEL ACTO ABUSIVO

Claro está que los efectos del ejercicio abusivo de un derecho no están limitados a la indemnización, tal como establece el artículo 1912. La reparación, en estos términos, puede ser el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios (artículo 1915).

Asimismo, el acto abusivo puede generar la nulidad (relativa o absoluta) del acto jurídico, el cumplimiento forzoso de una obligación, la rescisión de un contrato, la oposición de la excepción *non adimpleti contractus* etc. Estas

²⁰⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 73, p. 129.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 118.

hipótesis vamos a examinar con más detalles en el capítulo en el que trataremos del abuso del derecho en los contratos.

Señalamos, por fin, que la parte perjudicada puede, de forma preventiva plantear que cese el acto u omisiones abusivos, sirviéndose, para tanto, de la tutela inhibitoria.

4.6 – EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS TRIBUNALES MEXICANOS

La jurisprudencia mexicana poco se manifiesta sobre el tema del abuso del derecho como fuente de obligaciones. Vía de regla, las resoluciones presentan el abuso en su concepción genérica o más bien como principio general del derecho. Asimismo, se pudo verificar la existencia de algunas tesis relativas al abuso del ejercicio del derecho de acción, de evidente carácter procesal y que no son objeto del presente estudio.

Las tesis que logramos encontrar en lo que se refiere específicamente al artículo 1912 destacan el criterio subjetivo adoptado por el legislador mexicano, estableciendo que “para la procedencia de la indemnización prevista en el artículo 1912 del Código Civil vigente se requiere no sólo acreditar el ejercicio de un derecho, la causación del daño y la falta de utilidad por parte del titular de ese derecho, sino también el elemento subjetivo consistente en la intención de producir el daño.”²⁰⁸

En el mismo sentido:

El artículo 1912 del Código Civil Federal, que preceptúa: ‘Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.’, acepta en sus términos la tesis doctrinal del abuso de los derechos de Julien Bonnetcase, que sostiene que la verdadera noción del abuso del derecho se reduce a su forma psicológica, como el ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con un fin exclusivamente nocivo y se compone

²⁰⁸ Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Amparo directo 2089/2001; Yolanda Castañeda Tamayo; 28.09.2001; Unanimidad de votos; Registro No. 186700; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Julio de 2002; Página: 1231; Tesis Aislada: I.9o.C.80 C.

de cuatro elementos (...). En consecuencia, habrá lugar a la indemnización por el abuso de un derecho, siempre y cuando se actualicen los señalados elementos, a saber, el ejercicio de un derecho, la intención dañina en el ejercicio del derecho, la ausencia de utilidad para el titular de ese derecho y el perjuicio ocasionado a otra persona; ya que no puede considerarse que hubo ejercicio abusivo de un derecho cuando no obstante la intención nociva del titular en dañar a otro, su ejercicio conlleve un beneficio a su favor, o bien, cuando sin haber ese beneficio para su titular, no exista intención de provocar el daño causado.²⁰⁹

La carencia de resoluciones involucrando el abuso del derecho en la forma establecida por el artículo 1912 se presenta como consecuencia de la dificultad de prueba del *animus nocendi* y de la no utilidad al titular del derecho en ejercicio. Ya manifestamos con anterioridad nuestra opinión en el sentido de que la adopción del criterio subjetivo por el legislador limita por demasiado la aplicación del abuso del derecho.

²⁰⁹ Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito; Amparo directo 6/2002; Pesquera Mare, S.A. de C.V., 14.10.2002; Unanimidad de votos; Registro No. 185014; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII, Febrero de 2003; Página: 967; Tesis Aislada: V.1o.25 C. En el mismo sentido: "El artículo 1833 del Código Civil establece que 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. Este precepto consagra la teoría del uso abusivo de un derecho, la que entraña una logomaquia, pues el derecho cesa donde comienza el abuso, por lo que no se puede hablar, en rigor lógico, de abuso de derecho. Esta teoría incorrectamente formulada contiene, sin embargo, la idea verdadera de que existe acto abusivo cuando éste es contrario al objeto, al espíritu y a la finalidad de la institución, y el derecho se ejercita simplemente para perjudicar a otro, lo que constituye culpa delictuosa. Así por ejemplo, el propietario que levanta en su terreno una pared desmesurada con el único objeto de oscurecer la casa del vecino, o el litigante que al emplear todos los subterfugios del procedimiento, demora la solución del pleito, cometen un acto abusivo" (Amparo directo 2713/49; Fonseca Mora María Ricarda; 11.09.1950; Unanimidad de votos; Registro n. 343729; Localización: Quinta Época; Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Página 2328; Tesis Aislada.

CAPÍTULO V – EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS

5.1 - BREVES APUNTES COMPARATIVOS SOBRE LOS CÓDIGOS CIVILES DE 1870, 1884, 1928 Y 2000 EN MATERIA CONTRACTUAL

En materia contractual, los Códigos de 1870 y 1884 consagran la plena libertad contractual, manteniendo el principio de que no es necesario que un contrato esté especialmente regulado para que surta efectos, lo que significa reconocer los pactos desnudos o contratos innominados.²¹⁰ Sin embargo, mismo con la tendencia liberal, el Código de 1884 presenta restricciones en lo que se refiere a la autonomía de la voluntad.

En efecto, si, por un lado, el legislador de 1870 afirmó que “Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos, y no podrán revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes, salvo las excepciones consignadas en la ley”, por otra parte en el Código de 1884 es más fácil hallar las limitaciones a la autonomía de la voluntad.²¹¹

El art. 1310 del Código de 1884, por ejemplo, permite a los contratantes establecer las cláusulas que entiendan adecuadas, limitando de inmediato esta facultad, y expresando que las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrían por puestas, aunque no se expresen.²¹²

Además, el Código de 1884 establece en sus artículos 6 y 7 la ineficacia de la renuncia a las leyes en general y, en especial, a las prohibitivas o de interés público, y el segundo sanciona con la nulidad los actos ejecutados en contra de las leyes prohibitivas. El artículo 15, a su vez, expone la imposibilidad de alterar o nulificar, en cuanto a sus efectos, las leyes que interesan al derecho público y las buenas costumbres.²¹³

En este contexto, no obstante la opinión de algunos juristas en el sentido de que en el Código Civil de 1928 y en el Código Civil vigente toda la materia

²¹⁰ Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30, p. 69.

²¹¹ *Ibidem*, p. 216.

²¹² Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, nota 162, p. 165.

²¹³ *Idem*.

de contratos está animada para limitar la autonomía de la voluntad, la verdad es que las disposiciones relativas a la materia contractual son muy semejantes a las del Código Civil de 1884. Las normas inclinadas a los principios de solidaridad social pueden ser mejor observadas en otros ámbitos, como de la propiedad y de la responsabilidad (campo en el que se ubica el abuso del derecho). Son artículos semejantes en lo que se refiere al tema: 6, 7, 8, 1796, 1839 y 1843 del Código Civil de 1928 (disposiciones mantenidas en el Código Civil vigente), y 1307, 7, 15, 1276 y 1388, 1310 y 1313 del Código Civil de 1884.

Néstor de Buen Lozano señala que el legislador de 1928:

Se inclina por una socialización en alguna de las normas, particularmente al tratar de la propiedad, de la responsabilidad y de determinados contratos en particular, como son la compraventa, el arrendamiento y la aparcería. Sin embargo, en cuanto a las reglas generales del contrato, salvo algunos detalles sin importancia, se sigue la tendencia liberal de los códigos precedentes.²¹⁴

Así, en lo que se refiere a los contratos, la doctrina y la jurisprudencia han cuidado de establecer, cada vez más, límites a la autonomía de la voluntad. A continuación, nos preocuparemos en analizar los más relevantes.

5.2 - LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES

El principio de autonomía de la voluntad, considerado fundamental por la filosofía individualista, significaba la atribución de total libertad a los contratantes en lo que se refiere a las disposiciones contractuales. Dicha filosofía individualista permitía la renuncia a la justicia y a la solidaridad social.

La autonomía de la voluntad ha originado tres otros principios: el de la libertad contractual (que, a su vez, implica tres facultades, la de contractar o no; escoger las partes y determinar el contenido de las disposiciones contractuales); el principio del *pacta sunt servanda* o de la fuerza obligatoria de

²¹⁴ Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30, p. 129.

los contratos; y el principio de que el efecto del contrato surte efectos apenas entre las partes.²¹⁵

En efecto, además de la libertad para definir el contenido del contrato, la autonomía de la voluntad implica también la libertad de contratar o no, es decir, decidir según sus intereses si y cuando se establecerá la relación jurídica contractual y la libertad de escoger el otro contratante.²¹⁶

Sin embargo, los niveles insostenibles y absolutos que ha alcanzado dicho principio dentro de los ordenamientos jurídicos, tornando los contratos muchas veces injustos y desiguales, generaron la necesidad de que ciertos cambios fueran realizados.

El golpe sufrido por el Estado liberal y la evolución del pensamiento jurídico a partir del siglo XIX transformaron la autonomía de la voluntad en un principio más flexible y relativo, amparado en conceptos como lo de la justicia y lo de la equidad. El Estado Social incorporó nuevos principios, como los valores sociales del trabajo, de la dignidad de la persona y de la libre iniciativa. El derecho pasó a ser analizado bajo otras premisas, lo del social y del interés colectivo.

En este sentido, “el progreso del pensamiento económico y político provocó la necesidad de poner en práctica determinadas instituciones que, sin derrumbar radicalmente la autonomía de la voluntad, vinieron a constituir escollos que paulatinamente han ido aumentando y destruyendo sus cimientos”.²¹⁷

Dichas instituciones, consideradas como limitaciones a la autonomía de la voluntad, se tornaron más relevantes a lo largo del siglo XX, en busca de la realización de la justicia contractual, es decir, la igualdad entre los contratantes, con una distribución equitativa de riesgos.

De este modo, para fines de este estudio, trataremos a continuación las limitaciones a la autonomía de la voluntad en el contrato, que pueden ser

²¹⁵ Pacheco Ferreira, Keila, *op. cit.*, nota 40, p. 164.

²¹⁶ Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, V. 3: *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 26ª Edición, Editora Saraiva, 2010, p. 21.

²¹⁷ Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30, p. 227.

divididas entre “naturales” y “extraordinarias”,²¹⁸ siendo las primeras aquellos preceptos que son normales y que nunca han sido dejadas de lado, como las leyes de orden público, las buenas costumbres y la buena fe; y las segundas aquellas figuras que vinieron posteriormente a imponer diques a la autonomía de la voluntad, como la teoría de la imprevisión y del abuso de los derechos.²¹⁹ Dentro de este tópico nos dedicaremos a las limitaciones a que llamamos naturales, ya que el próximo estará dedicado especialmente al abuso de los derechos en los contratos.

5.2.1. LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES

La primera y principal limitación natural al contrato es aquella que dice respecto a la violación a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, que configuran el hecho ilícito a que se refiere el artículo 1830 del Código Civil vigente. Como todas las conductas, la voluntad es libre, en un contrato, para decidir sobre todo que la ley no le prohíbe o le ordena. En este contexto, las normas relativas al orden público²²⁰ y a las buenas costumbres²²¹ son inderogables por voluntad de las partes.

Tenemos que considerar, en este aspecto, que, por principio, “el acto ilícito no debe ser considerado como un acto válido, susceptible de producir las consecuencias que las partes pretenden obtener, si observan una determinada

²¹⁸ Dicha división la hacemos con el único objetivo didáctico, por sugerencia de Néstor de Buen Lozano (*op. cit.*, nota 30). De cualquier modo, las llamadas limitaciones naturales y extraordinarias deben ser estudiadas en el mismo contexto (límites a la autonomía de la voluntad).

²¹⁹ *Ibidem*, p. 228.

²²⁰ El concepto de orden público siempre ha sido y siempre será objeto de discusión. Para fines de este estudio – ya que no nos cabe una investigación sobre el tema-, podemos considerar que constituye lo que no puede ser traspasado “bajo pena de invalidar una argumentación, una creación normativa, una justificación de procederes y consecuencias o una sentencia judicial”. Asimismo, “marca siempre la presencia de lo público, de lo que pertenece al exclusivo resorte del Estado y que conforme a ello solo el Estado puede definir, sin que los particulares tengan al respecto ni ingerencia ni autonomía ninguna de decisión”. Con eso, podemos definir cuatro aspectos que son característicos a las normas de orden público: 1. no pueden ser derogadas por acuerdo de voluntades; 2. impiden la aplicación de la ley extranjera; 3. pueden y a veces deben aplicarse retroactivamente ya que no se pueden invocar a su respecto derechos adquiridos; 4. no se puede alegar válidamente el error de derecho si ha recaído sobre esta clase de normas. (Assef, Lucía María, *La noción de Orden Público: entre la tónica jurídica y el análisis crítico del discurso*, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, XXII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, noviembre 2003, http://www.robertexto.com/archivo14/nocion_ord_publico.htm).

²²¹ Las consideramos como las reglas no escritas de comportamiento, cuya observancia corresponde a la conciencia ética de las personas y cuya violación es moralmente reprobable (Boulos, Daniel, *op. cit.*, nota 8, p. 188).

conducta que no está permitida, o se producen ciertos efectos no queridos por el declarante”.²²²

En este exacto sentido, en el artículo 6° del Código Civil se establece que “la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”. De igual forma, en el artículo 8° se establece que “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

La ilicitud, como hemos visto anteriormente, no se restringe a ilegalidad del acto (que se agota en el concepto de la ley), y la adopción de un criterio simplemente legalista no debe ser aceptado por el jurista. El orden público y las buenas costumbres tienen sus orígenes en las fuentes reales del derecho, es decir, “en los hechos sociales mismos, en la estructura jurídica, política y económica del grupo social que el legislador ordinario está obligado a respetar y hacer cumplir”.²²³

La reacción del ordenamiento frente al ilícito civil tiene dos principales vertientes: la primera es una función represiva con la invalidez del acto reprobable (en este caso, el dato determinante estaría en la causa, motivo o fin perseguido con la realización del acto); la segunda es una función reparadora, siendo el ilícito fuente de obligaciones (tema ya analizado en este estudio), la responsabilidad.²²⁴

Así que, en el ámbito contractual, la inobservancia de la ley como causa de nulidad puede ser observada en diversos dispositivos legales. Es causa de nulidad, por ejemplo, la contratación con el fin ilícito u objetos ilícitos,²²⁵ indeterminables y/o imposibles, de acuerdo a los artículos 1824 y siguientes del Código Civil vigente. Tampoco puede ser objeto del contrato la herencia de

²²² Galindo Garfias, Ignacio, *El ilícito civil*, “Estudios de Derecho Civil”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 50.

²²³ *Ibidem*, p. 60.

²²⁴ *Ibidem*, p. 53.

²²⁵ Artículo 1830: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”. Artículo 1831: “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento,²²⁶ ni es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia. Asimismo, es causa de nulidad por inobservancia legal, la ausencia de forma a los actos jurídicos, si expresas en la ley,²²⁷ o la existencia de vicios de la voluntad.

5.2.2 - LA BUENA FE

La buena fe contractual, de naturaleza objetiva, proviene de la interpretación del artículo 242 del Código Civil Alemán, que no requiere el elemento psicológico e interno. Es una regla de conducta basada en la lealtad, la confianza. Es el deber de no frustrar la confianza ajena, que ha creído en la conducta en concordancia con patrones de razonabilidad, lealtad y equidad en los negocios.

Es la que observamos en el artículo 1796 del Código Civil vigente: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”.

La buena fe objetiva es una regla de conducta conforme a padrones socialmente exigibles. En los contratos, ha incorporado elementos como la lealtad, la solidaridad y la fraternidad, siendo una unión de intereses equilibrados y un instrumento de cooperación leal entre las partes. La valorización de la confianza ha cambiado el modelo clásico de contrato centrado en el principio de la autonomía de la voluntad y ha permitido una aproximación entre valores y contrato. Con eso, se admite la atribución de efectos sobre conductas de las partes, aunque no tengan ellas buscado voluntariamente dicha reglamentación.²²⁸

²²⁶ Artículo 1826: “Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento”.

²²⁷ Artículo 1833: “Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal”.

²²⁸ Pacheco Ferreira, Keila, *op. cit.*, nota 40, p. 212-214.

En este contexto, anotamos que:

La buena fe contractual significa la lealtad a lo prometido en las cláusulas del contrato, de manera expresa o tácita (cláusulas naturales) realizando la conducta esperada conforme a las normas del contrato, de la ley y de los usos, que suelen seguirse en la interpretación del cumplimiento de lo convenido. Con ello se pretende indicar que la buena fe consiste en el rechazo de todo aquello que sea contrario a la intención común de las partes que se revela o manifiesta en la naturaleza del contrato (del conjunto de las cláusulas), y de la práctica reiterada para interpretarlo conforme a su especie. La buena fe contractual comprende la recíproca lealtad que debe observarse al celebrar el contrato, la que se exige a las partes durante la vigencia del mismo y la que atañe al cumplimiento de las obligaciones contraídas.²²⁹

Algunos autores señalan que la buena fe contractual debe ser considerada un deber anexo a la relación contractual. Asimismo, otros apuntan diversos deberes que estarían dentro del concepto de buena fe objetiva o contractual, que serían los deberes de cuidado, seguridad, información, aclaración, protección al patrimonio de la otra parte, secreto etc.²³⁰

Bejarano Sánchez señala que “los contratantes deben conducirse como hombres honrados en la ejecución del contrato y no atenerse a la letra de éste. Debe tenerse presente que obra de mala fe quien pretende obtener un provecho injusto en detrimento de otro”.²³¹

Asimismo, la buena fe en las estipulaciones contractuales y la equidad de las prestaciones “prestan al consentimiento la fuerza vinculatoria que hace del contrato, así formado, un conjunto de normas coercibles entre las partes, integrándose de esta manera al ordenamiento jurídico en su conjunto, al derecho objetivo cuya aplicación y cumplimiento es de orden público, de interés

²²⁹ *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Libro IV, Primera parte: De las obligaciones, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, p. 229.

²³⁰ Diniz, Maria Helena, *op. cit.*, nota 216, p. 32.

²³¹ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 128.

general”.²³² En este sentido, la libertad de las partes para contratar y para fijar el contenido de las estipulaciones “encuentra sus límites en el orden público, en la función económico-jurídica del contrato, en la equidad de las estipulaciones y en la buena fe de los contratantes”.²³³

La buena fe, como principio informador, aplicada a los contratos, está igualmente amparada por los artículos 1851²³⁴ a 1857 del Código Civil vigente, en lo que se refiere a la interpretación del contrato. En la labor de la interpretación, la buena fe gana fuerza en la intención de las partes, por encima de la literalidad de las cláusulas o de las formalidades del contrato. Asimismo, los efectos del contrato deben ser aquellos a los que se ha propuesto las partes, en los términos de lo establecido en el artículo 2182²³⁵ del Código Civil vigente.²³⁶

5.3 - EL ABUSO DEL DERECHO COMO LIMITACIÓN A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Además de la violación a la ley y a las buenas costumbres, y de la buena fe, encontramos otras limitaciones a la libertad contractual que, a lo largo de la evolución del Derecho, fueron incorporadas por los ordenamientos jurídicos, sobre todo frente al apareamiento de nuevas figuras contractuales y a las nuevas formas de negocios. A estas limitaciones se las llamamos “limitaciones extraordinarias”,²³⁷ apenas con la finalidad de diferenciarlas de las que ya hemos analizado.

En efecto, estas nuevas figuras de limitación “vinieron a imponer diques a la voluntad contractual y a convertir en mito el principio de la autonomía. Unas afectaron a la duración de los contratos; otras impidieron el ejercicio excesivo de los derechos subjetivos; las más recientes destruyeron las bases de la contratación, bien por causas supervenientes no previstas por las partes –

²³² Galindo Garfias, Ignacio, *Cláusulas Inequitativas en los contratos*, “Estudios de Derecho Civil”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 329.

²³³ *Idem*.

²³⁴ Artículo 1851.- “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.

²³⁵ Artículo 2182.- “La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierta el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare”.

²³⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 132, p. 370.

²³⁷ El término lo utilizamos por sugerencia de Néstor de Buen Lozano (*op. cit.*, nota 30).

de ahí el nombre que la doctrina les atribuye -, bien por causas contemporáneas a la celebración del acto mismo”.²³⁸ Sería el caso de las moratorias, del plazo de gracia, de la teoría del abuso del derecho, la teoría de la imprevisión, el estado de necesidad etc.

Este trabajo pretende limitarse al abuso del derecho. En este punto y reuniendo muchos de los elementos con los que hemos trabajado desde el inicio, nuestra propuesta es analizar la aplicabilidad de la teoría del abuso del derecho a los contratos, sea en su formación (pre-contractual) como en su cumplimiento y extinción, apuntando lo que entendemos son sus principales consecuencias.

5.3.1 - APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS

La primera pregunta que hacemos al tratar del abuso del derecho en materia contractual, la cual debemos contestar, es si podemos considerar el contrato, es decir, una obligación contractual, como un derecho subjetivo, cuyo ejercicio, por lo tanto, puede ser abusivo. Una difícil pregunta ante las infinitas concepciones de derecho subjetivo que la doctrina ha presentado a lo largo de los siglos, sin que existiera armonía entre ellas.²³⁹

El estudio del tema ha sido desarrollado por diversas corrientes. La primera que citamos es la que defiende el derecho subjetivo como un poder de la voluntad concedido por el ordenamiento, teniendo como su principal exponente Bernardo Windscheid. Por voluntad se entiende la voluntad del orden jurídico y no del facultado. “Es la voluntad objetiva, contenida en la norma positiva, del sujeto facultado por el derecho objetivo, y no la voluntad psicológica de los individuos”.²⁴⁰

Otra corriente importante es la que analiza el derecho subjetivo como un interés jurídicamente tutelado, defendida por Jhering. Él explica que su doctrina

²³⁸ Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30, p. 227.

²³⁹ Señala Fausto E. Vallado Berron (*El Derecho Subjetivo*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 19, julio-septiembre de 1955, p. 129) que “Partiendo del supuesto radical de que el derecho subjetivo es algo diferente de la norma positiva, del derecho objetivo, el pensamiento jurídico se ha preocupado siempre por ‘definir’ aquél, por encontrar las características que nos permitan destacarlo con individualidad y proyección propias frente al derecho subjetivo”.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 131.

se refiere a los intereses medios, es decir, “intereses generales y constantes en una sociedad, los que el orden jurídico toma en cuenta para protegerlos con independencia de los propósitos individuales”.²⁴¹ El derecho subjetivo sería un interés jurídicamente protegido, que se encuentra determinado objetivamente por la norma.

Jorge Jellinek, a su vez, ha reunido ambas las corrientes, dándole al derecho subjetivo un concepto del interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual. Fausto Vallado Berron²⁴² nos explica que Jellinek no ha alcanzado el punto de vista objetivo de Jhering y Windscheid, ya que considera el interés y la voluntad de la unidad biológica del hombre.

Otro análisis del derecho subjetivo lo considera como facultad. Giorgio Del Vecchio lo señala como una facultad atribuida a un sujeto, que corresponde a un deber jurídico de otra. Él señala una cierta “identidad entre derecho objetivo y derecho subjetivo, sino en tanto que sea declarada en una norma, la que a su vez es para él una limitación de esa facultad”.²⁴³ Hans Kelsen, por su parte, ha venido a completar la noción anterior afirmando que cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a la que está jurídicamente obligado.²⁴⁴

La moderna doctrina ha incorporado muchas de las ideas anteriores, y trajo un concepto de derecho subjetivo más amplio:

Podemos concluir que el derecho subjetivo es, en estricto sentido, la norma positiva, el derecho objetivo mismo; pero también podemos decir de él que es voluntad normativa, interés objetivo, facultad jurídica, posibilidad de poner en marcha el mecanismo coercitivo del Estado, autorización o permiso, técnica específica del derecho privado y participación en la creación del derecho objetivo. Asimismo puede verse el derecho subjetivo desde el punto de vista del sujeto, como posibilidad

²⁴¹ *Idem.*

²⁴² *Ibidem*, p. 133.

²⁴³ *Idem.*

²⁴⁴ Saldaña, Javier, *Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, año XXIX, núm. 86, mayo-agosto de 1996, p. 685.

de hacer o de omitir lícitamente algo. Los derechos subjetivos no forman, pues, un orden diverso del objetivo ni el antecedente forzoso de éste, ya que nuestras personales aspiraciones no pueden designarse objetivamente como derechos.²⁴⁵

En este sentido, sobre el derecho subjetivo:

Hoy podemos darnos cuenta que este concepto ha invadido prácticamente todo lo que conocemos como derecho: lo mismo el terreno del derecho público que el derecho privado, y también el llamado derecho social. De ahí que pueda llegar a afirmarse, con justificada razón, que 'la característica del discurso jurídico contemporáneo -y aun del discurso jurídico político- radica en su inclinación a razonar de modo casi exclusivo, sea cual sea el tema que se trate, en términos de 'derechos', es decir, de prerrogativas, facultades o poderes de los sujetos jurídicos'. (...) En este sentido, podemos darnos cuenta cómo el concepto de derecho subjetivo lo mismo se aplica al reconocimiento de los derechos del ciudadano de participar en la vida pública, que a las relaciones jurídicas surgidas de un contrato de compraventa.²⁴⁶

Keila Pacheco Ferreira²⁴⁷ señala que las modernas concepciones del derecho subjetivo están asociadas al que podríamos llamar de *situación jurídica*, más amplia que la del derecho subjetivo. La *situación jurídica*, tal como propuesta por León Duguit, tiene algunas condiciones: (a) lo que importa son las reglas jurídicas objetivas que, una vez aplicadas, crean situaciones jurídicas y no derechos subjetivos; (b) no existe nada sino derecho objetivo; (c) todos los individuos tienen que someterse al derecho objetivo; y (d) las situaciones jurídicas son subjetivas cuando son especiales o particulares a una determinada o determinadas personas, y objetivas cuando derivan directamente de la norma jurídica o de un acto de voluntad. La autora aclara que para muchos juristas la definición de *situación jurídica* corresponde a todas las relaciones jurídicas que afectan una persona, integrando los derechos subjetivos y los deberes, los poderes, los intereses legítimos etc.

²⁴⁵ Vallado Berron, Fausto E., *op. cit.*, nota 239, p. 140.

²⁴⁶ Saldaña, Javier, *op. cit.*, nota 244, p. 685.

²⁴⁷ Pacheco Ferreira, Keila, *op. cit.*, nota 40, p. 156-158.

En este mismo sentido:

La moderna concepción del derecho subjetivo se integra por varios elementos o características que lo identifican como tal, a saber: por una parte, los sujetos de la relación jurídica que se establece, es decir, el sujeto titular de la facultad o poder y la persona obligada, o sea, el individuo en quien recae la obligación de cumplir con un deber; por otra parte, el segundo elemento que queremos señalar es la relación misma, es decir, la facultad o poder que genera una obligación o un poder recíproco; en tercer lugar, para ser considerado el derecho como derecho subjetivo tiene que existir un orden jurídico (el llamado derecho objetivo) que se traduce en una norma jurídica por la que se reconoce la facultad de uno de los sujetos y el deber jurídico del otro; finalmente, podemos desprender del anterior elemento la existencia de un "órgano" capaz de dilucidar el conflicto que puede presentar la eventual falta de cumplimiento de la relación planteada entre los sujetos reconocidos por la norma jurídica. De manera sintética y bajo el riesgo de trivializar el contenido del derecho subjetivo, estos son los elementos a través de los cuales podemos caracterizar dicho derecho.²⁴⁸

La conclusión a la que llegamos es la de que la obligación contractual sí puede ser incluida dentro de las modernas concepciones de derecho subjetivo, o más bien de la situación jurídica, cuyo ejercicio debe ser limitado por el equilibrio entre los intereses individuales y sociales. El sujeto de derecho en una situación jurídica subjetiva es el centro de convergencia de derechos, facultades, poderes, deberes, prerrogativas y obligaciones que le confiere el ordenamiento jurídico.

Siguiendo nuestro razonamiento en lo que se refiere a la aplicabilidad del abuso del derecho a los contratos, la segunda observación que hacemos es relativa a la incidencia del artículo 1912 en los contratos.

En efecto, se ha podido analizar en este trabajo el abuso del derecho como fuente de obligaciones y su naturaleza de hecho ilícito *sui generis*, en los

²⁴⁸ Saldaña, Javier, *op. cit.*, nota 244, p. 692.

términos de lo que establece el artículo 1912 del Código Civil vigente, el abuso del derecho como conducta antijurídica, culpable (dolo) y dañosa, generadora de responsabilidad. Se pudo ver igualmente que el abuso del derecho es un principio general del derecho, ante las características que lo definen (una proposición descriptiva, de carácter general, que refiere el contenido y las grandes tendencias del derecho) y que el artículo 1912 del Código Civil vigente es lo que llamamos una cláusula general del derecho.

Los principios generales del derecho, por ser las ideas rectoras de un sistema jurídico concreto, son aplicables a todas las normas del ordenamiento. Inicialmente, el abuso del derecho es una fuente de obligaciones y el contrato otra, pero no podemos olvidarnos del carácter doble de aquél, como principio informador del derecho.

De esta forma, si alguna duda a ese respecto surge en cuanto a la aplicabilidad del abuso de los derechos al contrato, esta ya no existe a partir del momento en el que nos atentamos para el hecho de que el abuso del derecho es igualmente un principio general del derecho, que ha sido incorporado al referido dispositivo legal.

En este contexto, Néstor de Buen Lozano²⁴⁹ aclara que “No cabe duda que bajo el amparo del *abuso del derecho*, el Estado puede poner trabas a la conducta de los particulares, y es indudable que, en principio, no existe inconveniente alguno en llevar al terreno contractual esa limitación”. Prosigue el referido autor diciendo que

Si bien es cierto que el Código mexicano hace referencia a la teoría del abuso, de manera especial con relación al derecho de propiedad y a la responsabilidad derivada de los actos ilícitos, tampoco aquí existe, por otra parte, obstáculo alguno que impida trasladar al contrato las mismas disposiciones, de manera particular en cuanto al art. 840 y de modo general por lo que hace al art. 1912, ya que el ejercicio del derecho que ese precepto establece como supuesto normativo, bien puede tener su origen en un contrato.

²⁴⁹ Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30, p 237.

Dicha conclusión, además de basada en argumentos jurídicos, también puede ampararse en la lógica del espíritu social del legislador. No sería posible imaginar que, por simples cuestiones terminológicas o puramente sistemáticas, el abuso del derecho no sería aplicable a los contratos, a cualquier otra obligación o mismo en todas las disposiciones del Código Civil vigente.

5.3.2 - ABUSO DEL DERECHO EN LAS FASES PRE-CONTRACTUAL Y EN LOS CONTRATOS

a) ABUSO DEL DERECHO Y LA FASE PRE-CONTRACTUAL

La doctrina apunta para la importancia del análisis de la responsabilidad pre-contractual, como parte del estudio del contrato – considerado éste como el instrumento jurídico para los fines económicos de los particulares. El jurista no puede ignorar el período pre-contractual así como no ignora el período pre-delictual (hay, por ejemplo, delitos en grado de tentativa y frustración, con efectos jurídicos relevantes).²⁵⁰ Así, por el período preliminar o preparatorio del contrato, entendemos las cuestiones que pueden surgir desde el primer momento en que las partes inician las negociaciones, siendo apenas conversaciones preliminares o ya realizada una oferta.

La *culpa in contrahendo* presentada por Ihering, consiste en la violación de deberes que asisten a los contratantes durante el curso de las negociaciones preliminares. Se trata de algunos deberes de conservación, explicación y comunicación de las partes.²⁵¹ Asimismo, alude a la omisión de diligencias apropiadas para acceder al perfeccionamiento de un contrato en vías de formación.

Podemos citar como ejemplo los deberes impuestos a las partes de explicar a la otra los hechos importantes para la tomada de decisión, de no ocultar maliciosamente los defectos ocultos; o cuando una de las partes conociera la ilicitud o imposibilidad de la prestación, sin que la otra lo supiera, etc. También se entiende que aquél que en el curso de una negociación, ya avanzada lo suficiente para despertar en la otra parte una legítima expectativa

²⁵⁰ Aguilar Gutiérrez, Antonio, *El periodo preliminar o de formación del contrato y la responsabilidad pre-contractual*, "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 7, enero-abril de 1950, p. 70.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 74.

acerca de su culminación, la rompe intempestivamente sin motivo justificado, incurre en *culpa in contrahendo* y debe responder por los daños consiguientes.

La doctrina moderna admite la responsabilidad pre-contractual e igualmente rechaza la posibilidad de que una negociación sea suspensa de forma arbitraria e injustificada. Se habla, además, de los deberes anexos a la relación obligacional, presentes también en la fase pre-contractual, que son de comportamiento y exigen de las partes una actuación de acuerdo con padrones sociales de lealtad, lisura y cooperación, es decir, de acuerdo a la buena fe contractual.²⁵² Así, la responsabilidad pre-contractual puede ser analizada bajo dos puntos fundamentales: violación de los deberes anexos en las negociaciones y rompimiento injustificado de tratativas. En este sentido:

La doctrina moderna, por el contrario, inspirándose fundamentalmente en la equidad y la buena fe que deben presidir las relaciones jurídicas contractuales, afirma, según hemos visto ya, que por el mero hecho de entrar en negociaciones, se produce entre los futuros contratantes una relación jurídica de la que derivan ciertos deberes sobre su conducta mutua en el curso de las negociaciones y que existe una obligación de reparar el perjuicio sufrido por la persona que ha efectuado gastos en vista de la preparación de un contrato.²⁵³

El abuso del derecho en la formación del contrato se verifica sobre todo en el rompimiento injustificado y arbitrario de las negociaciones. En México y de acuerdo al artículo 1912 del Código Civil vigente, el abuso en su forma de hecho ilícito se configurará en caso de que dicho rompimiento tenga por objetivo perjudicar terceros, sin utilidad para aquél que ha dado por terminadas las tratativas. Hay en este comportamiento un abuso de la libertad de no contratar, generando el abuso del derecho, en los casos en que la oferta no sea obligatoria o en términos de negociaciones preliminares. La consecuencia es la reparación del daño causado a la otra parte y la evidente limitación al principio de la autonomía de la voluntad.

²⁵² Pacheco Ferreira, Keila, *op. cit.*, nota 40, p. 219.

²⁵³ Aguilar Gutiérrez, Antonio, *op. cit.*, nota 250, p. 74.

La constatación de la ruptura como injustificada y arbitraria quedaría, así como el *animus nocendi*, siempre a cargo del arbitrio judicial. Para muchos autores se configuraría la arbitrariedad cuando hubiera una ruptura no justificada por ninguna razón comercial que pueda derivarse de las mismas negociaciones. Podríamos citar el ejemplo de una retratación que se hiciera por mera preferencia personal, cuando la persona con la que se venía tratando ofreciera idéntica proposición.

No obstante las más variadas posiciones con respecto a la naturaleza de la responsabilidad que genera la conducta de interrumpir injustificadamente las tratativas, entendemos que la responsabilidad pre-contractual tiene, nos moldes en que sistematizado el Código Civil vigente, naturaleza extracontractual, configurando hecho ilícito la violación de los deberes de lealtad, lisura y confianza de los tratantes (es decir, el deber anexo de buena fe). El fundamento de esta responsabilidad serían, de esta forma, los artículos 1910 y 1912 del Código Civil vigente.²⁵⁴

La culpa precontractual o *in contrahendo* se opone a la contractual por el contenido del deber violado. El que incurre en culpa contractual viola el deber de satisfacer la prestación oriunda de la relación obligacional preexistente. El que comete una culpa *in contrahendo* o precontractual, vulnera el deber general de actuar con buena fe.

En los casos en que no hay apenas negociaciones preliminares y ya se ha hecho la oferta, el Código Civil vigente prevé la obligatoriedad de esta, en los términos de los artículos 1804 y siguientes.²⁵⁵ La frase “quedará ligado”

²⁵⁴ Para algunos autores el fundamento de la culpa *in contrahendo* es el ejercicio abusivo de los derechos, llegando algunos a decir que se trataría de una responsabilidad *sui generis* que no se confunde con la contractual ni con la extracontractual. El fundamento para esta afirmación estaría en el hecho de que toda la ruptura (culposa) injustificada constituiría abuso del derecho de no contratar. Sin embargo, no podemos olvidarnos que el Código Civil mexicano ha adoptado la corriente subjetiva del abuso del derecho, que se configura solamente en los casos en que se demuestra la intención de dañar. Asimismo, la responsabilidad pre-contractual no se limita a los casos de ruptura de las tratativas.

²⁵⁵ Artículo 1804.- “Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”. Artículo 1805.- “Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata”. Artículo 1806. “Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado

indica que “aunque el policitante retire su oferta antes del vencimiento del plazo fijado por los tratantes o por la ley, esa retratación es inoperante y el contrato será perfecto una vez otorgada la aceptación, quedando a favor del aceptante una acción de ejecución en caso de incumplimiento, como si se tratara de un contrato normalmente formado”.²⁵⁶ En esta hipótesis, aunque existente el *animus nocendi*, no estaríamos delante de un abuso del derecho y sí propiamente de un hecho ilícito contractual, que genera la responsabilidad de la misma naturaleza.

Como ya hemos visto, el daño indemnizable debe ser necesariamente directo e inmediato a la conducta del agente, aquí considerados los de naturaleza económica o moral. En el caso de la responsabilidad precontractual, el alcance de la reparación del daño debe ser el restablecimiento al *status quo* patrimonial anterior al inicio del negocio frustrado, con los pagos de los gastos efectuados con motivo del un contrato.

Los daños que deben ser reparados son los que llama la doctrina de “interés contractual negativo”. Por no tratarse la responsabilidad precontractual de una responsabilidad de naturaleza contractual, no puede exigirse que se cumpla con la obligación que hubiera surgido de ese contrato que no llegó a perfeccionarse. Asimismo, la falta de ganancias por la no celebración del contrato “sólo puede ser considerada como resultado indirecto y mediato de la ruptura, sin que pueda imputársele al tratante que se retractó, ya que éste siempre ha tenido el derecho de abandonar las primeras proposiciones para seguir otras nuevas”.²⁵⁷

b) ABUSO DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS: FORMACIÓN, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN

Así como en la fase preliminar, el abuso del derecho se manifiesta igualmente en el ámbito del contrato, no sólo en el establecimiento de las disposiciones contractuales, sino también en su cumplimiento y extinción. No

durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones”. Artículo 1807. “El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes”.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 73.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 86.

se trata de dejar de cumplir la obligación pre-establecida, en las hipótesis en que hay un incumplimiento culpable del contrato, lo que sería considerado un hecho ilícito en sentido estricto.

El abuso del derecho requiere el ejercicio malicioso de un derecho sin interés ni motivos legítimos. Luego, se presenta en un contrato cuando una de las partes utiliza las prerrogativas que le fueron otorgadas en la esfera del contrato para perjudicar la otra, sin que obtenga cualquier utilidad para eso. Así, por ejemplo, incurre en abuso del derecho el arrendador que celebra un contrato de arrendamiento de su inmueble, permitiendo el subarrendamiento bajo su autorización,²⁵⁸ pero que se opone siempre e injustificadamente a las propuestas de subarrendamiento presentadas por el arrendatario. O mismo el que se utiliza del derecho de veto que le confieren los estatutos de una sociedad con mala intención, sin preservar el interés de la sociedad y con el único objetivo de perjudicar a los demás socios.

El abuso del derecho en la esfera del cumplimiento del contrato implica la violación de la buena fe contractual y es contrario a la función social del contrato. En estas hipótesis que señalamos, el abuso del derecho (como hecho ilícito *sui generis*), genera responsabilidad de naturaleza contractual, ya que la esfera jurídica se lesiona por uno en razón de una obligación previa a que está vinculado. Las consecuencias relativas al abuso son las mismas aplicables al incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Al respecto, el artículo 1949 del Código Civil vigente dice que “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

²⁵⁸ Artículo 2480.- “El arrendatario no puede subarrendar la cosa arrendada en todo, ni en parte, ni ceder sus derechos sin consentimiento del arrendador; si lo hiciera, responderá solidariamente con el subarrendatario, de los daños y perjuicios”.

De esta forma, la víctima del abuso del derecho en materia contractual puede optar por el cumplimiento del contrato o por la resolución de la obligación, además de resarcirse de los daños y perjuicios. Como el abuso no se origina del incumplimiento de la obligación – ya que formalmente se trata de un ejercicio del derecho subjetivo –, entendemos que la víctima puede, en realidad, hacer con que cese el ejercicio abusivo, con el proseguimiento de la relación contractual, obteniendo con eso el cumplimiento del contrato dentro de los padrones de conducta exigidos por la buena fe. En los ejemplos que mencionamos anteriormente, la víctima podría intentar hacer valer forzosamente el subarrendamiento o tornar ineficaz el veto del socio, si comprobadamente perjudiciales e injustificados.

Asimismo, la víctima del abuso del derecho puede demandar la rescisión del contrato. Para Gutiérrez y González,²⁵⁹ “la rescisión es un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho ‘ipso iure’, sin necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente valido, por incumplimiento culpable en este, imputable a una de las partes”. El pacto comisorio genérico a todos los contratos bilaterales se encuentra en el citado artículo 1949, al referir que “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas...”. Dicho de otro modo, a la luz del Código Civil vigente, la rescisión no requiere declaración judicial.²⁶⁰ En el caso de que haya controversia al respecto la cuestión, se la somete a la autoridad judicial, valiendo considerar la gravedad del abuso cometido.

Configura igualmente ejercicio abusivo de derecho la inclusión de cláusulas de contenido desproporcional y contrarios a la buena fe, que tengan el único objetivo de dañar la contraparte. Las cláusulas abusivas son “aquellas estipulaciones reprobadas por el ordenamiento, en virtud del abuso de la posición dominante, cuando es empleado con exceso o anormalidad el poder

²⁵⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 73, p. 136.

²⁶⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 146.

de negociación, para introducir al contrato estipulaciones que generen un desequilibrio injusto o carente de razonabilidad”.²⁶¹

Esa anormalidad del poder de negociación puede ocurrir por diversas razones. Se puede, por ejemplo, considerar la hipótesis en la que una de las partes se encuentra en situación de necesidad o de ignorancia en la negociación o mismo cuando no pueda discutir las cláusulas contractuales, como los contratos de adhesión.²⁶² La limitación se opera, en este caso, en la libertad que disponen las partes de decidir el contenido del contrato.

El abuso del derecho puede servir de base para el control de las cláusulas abusivas, ante el hecho de que el “abuso del derecho puede presentarse en el ejercicio de cualquier derecho subjetivo, dentro del marco de la responsabilidad extracontractual o contractual, ya que respecto de ésta, puede existir abuso en la redacción, ejecución o liquidación de cualquier clase de contrato”.²⁶³

La lesión, vicio de la voluntad, ocurre en los casos de evidente desproporción entre las prestaciones, generada por situación de necesidad (aquí incluyendo el apuro económico) o inexperiencia.²⁶⁴ Asimismo, el Código Civil vigente establece en su artículo 1815²⁶⁵ el error²⁶⁶ por dolo en la formación de los contratos, que es igualmente un vicio de la voluntad y genera la nulidad

²⁶¹ Suescun de Roa, Felipe, *Control Judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad*, “Revista de Derecho Privado”, Colombia, Universidad de los Andes, núm. 41, septiembre de 2009, p 06.

²⁶² Algunos autores sostienen que en este caso, a ejemplo de los contratos de adhesión, no hay consentimiento y, por lo tanto, no hay contrato. Al respecto, Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 112, y Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, nota 30.

²⁶³ Suescun de Roa, Felipe, *op. cit.*, nota 261, p. 05.

²⁶⁴ Lesión es “la evidente desproporción en las prestaciones, que sufre una de las partes en un convenio oneroso, con motivo de su necesidad o apuro económico en el que se encuentra al celebrar el acto jurídico o por la inexperiencia que tiene en la materia del contrato”(Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 112, p. 335).

²⁶⁵ Artículo 1815. “Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”.

²⁶⁶ Se entiende por error “una creencia sobre algo del mundo exterior o interior físico de un ser humano, que está en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad. Pero siempre, aunque se esté en error, se tiene un conocimiento, equivocado, pero un conocimiento al fin y al cabo” (Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 73, p. 395).

si ha sido la causa determinante.²⁶⁷ La voluntad, como nos aclara Bejarano Sánchez, “debe ser cierta y libre: debe ser el resultado de una determinación real y espontáneamente decidida”.²⁶⁸

La existencia de un abuso puede conducir a privar de eficacia una cláusula²⁶⁹ o mismo todo el contrato cuando el abuso del derecho da lugar a que exista un vicio de consentimiento²⁷⁰. De esta forma, podemos considerar el abuso del derecho en la formación del contrato es causa de nulidad relativa del acto jurídico, que puede eventualmente convalidarse. Ese ejercicio abusivo por una de las partes es, como hemos visto, conducta que igualmente genera la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

Vale advertir, en este contexto, que la autonomía de la voluntad permite que un contrato, celebrado entre personas capaces, sí contenga cláusulas desequilibradas, voluntad que debe ser respetada, desde que corresponda efectivamente al libre consentimiento de las partes, lo que en regla no ocurre.

Asimismo, hay abuso en el ejercicio del derecho de rescisión, es decir, cuando hay incumplimiento del contrato por la otra parte. En el caso de la extinción de la relación contractual, se puede, por ejemplo, considerar abusiva la rescisión de un contrato de arrendamiento por un único retraso de dos días en el pago de la renta. Entendemos que en este caso la rescisión pueda ser contestada en la vía judicial y eventualmente negada, evaluándose la gravedad del ilícito cometido.

La rescisión del contrato es abusiva cuando una de las partes haya cumplido casi con la totalidad de las prestaciones. En este caso, la parte perjudicada debe cobrar el saldo remanente y eventuales daños y perjuicios, pero no puede optar por la rescisión.²⁷¹

²⁶⁷ Artículo 1816. “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico”.

²⁶⁸ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, p. 73.

²⁶⁹ La nulidad parcial del contrato puede ser una sanción útil para todos. Para tanto, la doctrina exige que queden intactos los elementos indispensables del contrato. Asimismo el acto jurídico hay que ser divisible, decretándose la nulidad en evento que no esté vinculado a otro.

²⁷¹ Pacheco Ferreira, Keila, *op. cit.*, nota 40, p. 230.

Al respecto, Bejarano Sánchez aclara que “en nuestro medio, la aplicación de la rescisión se efectúa de ordinario determinando la extinción del contrato por cualquier incumplimiento, sin matizar las resoluciones en proporción a su gravedad, lo que lleva a incurrir en notorias iniquidades”. Sigue diciendo que “El juez debe tener el poder de decidir si el incumplimiento del obligado es suficientemente grave para provocar el efecto extintivo de la rescisión, y no limitar su función a constatar la violación del contrato y aplicar ciegamente el efecto resolutorio”.²⁷²

La doctrina moderna también se ocupa de lo que llamamos de responsabilidad pos-contractual en que, a ejemplo de la fase pre-contractual, tienen las partes que observar los deberes de confianza y lealtad entre las partes mismo después de terminado el contrato.²⁷³ El abuso del derecho en esta hipótesis generaría responsabilidad civil extracontractual, con las consecuencias correspondientes.

En cualquiera de las hipótesis de abuso del derecho en materia contractual, los daños objeto de resarcimiento deben ser directos e inmediatos del hecho perjudicial; y, asimismo, deben ser ciertos. La extensión de la reparación alcanza los daños económicos, donde se incluyen los daños propiamente dichos (pérdidas o menoscabos sufridos en el patrimonio) y los perjuicios (privación de bienes que habría de tener y que deja de percibir por efecto del acto dañoso); y los daños morales, en los términos de los artículos 1916 y 2116 del Código Civil vigente.

5.4 - CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS - LA FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO Y LA BUENA FE

Se ha podido constatar en los tópicos anteriores que el abuso del derecho es perfectamente aplicable a la fase pre-contractual y a los contratos, generando no sólo la obligación indemnizatoria, sino otros efectos, como son la nulidad, la rescisión, el cumplimiento forzoso de la obligación etc. Se ha señalado, además, que el abuso del derecho en los términos de lo establecido

²⁷² Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 90, 309.

²⁷³ Pacheco Ferreira, Keila, *op. cit.*, nota 40, p. 227.

por la legislación mexicana, presupone la intención dañosa, lo que ya ha sido objeto de reiteradas críticas en este estudio.

Por otro lado, en este trabajo, se ha apuntado la evolución del derecho contractual, revelando que el individualismo y el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, que algún día han sido inalcanzables, se tornaron relativos y flexibles, y dieron lugar a la prevalencia de los intereses sociales y colectivos sobre los intereses particulares. Las partes tienen la libertad de contratar y de estipular lo que les conviene, desde que observen los intereses mayores de la sociedad. Es la función o finalidad social del contrato, oriunda de la teoría de socialización del derecho propuesta por Duguit, cuyo objetivo es el equilibrio de intereses y la promoción de la justicia contractual.

El derecho de propiedad y la libertad contractual, así como todos los derechos de finalidad egoísta, están condicionados a una función social, a fin de promover los valores de la colectividad de acuerdo con la realidad actual y con el sistema jurídico contemporáneo.²⁷⁴

Tal como se ha establecido en diversas legislaciones que adoptan la teoría objetiva del abuso del derecho, la libertad contractual debe necesariamente estar limitada por la finalidad social del contrato. Así, el abuso del derecho debe castigar todo acto que, por sus fines y/o móviles, sea opuesto a la función social del derecho en ejercicio, es decir, que contraría la función que le ha sido asignada a un determinado derecho

Asimismo, hay abuso del derecho cuando su ejercicio contrariar a la buena fe. En materia contractual, hay violación a la buena fe cuando exista un rompimiento del equilibrio contractual o cuando una de las partes actúa en contra de los principios de la lealtad y de la confianza que la otra parte le ha otorgado, no importando si haya o no intención de perjudicar una a la otra. En contra de la buena fe, el ejercicio de la libertad contractual configura abuso del derecho.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 185.

No obstante el legislador mexicano no haya contemplado estas hipótesis en el artículo 1912, entendemos que la doctrina y jurisprudencia mexicanas podrán, tal como ocurrido en Alemania, mejor adecuar el abuso del derecho al ordenamiento mexicano, considerando los valores a que nos referimos.

En efecto, pudimos encontrar una interesante tesis aislada, en la que se destaca que la oposición de la excepción del contrato no cumplido puede tener carácter abusivo si contraria a la buena fe y a los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocer dicho derecho:

No basta cualquier incumplimiento de las obligaciones asumidas por uno de los contratantes para que se justifique el de la otra parte, sino que es menester que aquél sea de tal importancia que deje o sea capaz de dejar insatisfecho el interés del acreedor, atendiendo a la interdependencia funcional de las prestaciones correlativas; así lo exige el principio de buena fe en el cumplimiento del contrato que establece el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, pues si los contratos desde que se perfeccionan obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, esta misma regla conduce a estimar inadmisibles las pretensiones de que se exima del cumplimiento a una de las partes, cuando el incumplimiento del otro contratante no es de importancia, toda vez que ello implicaría un ejercicio abusivo de ese derecho por contrariar los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo - el de preservar el sinalagma contractual - y por exceder los límites impuestos por la buena fe.²⁷⁵

Igualmente se aplican al contrato las figuras del *venire contra factum proprium*, *suppressio*, *surrectio* y *tu quoque*, que relacionan el ejercicio abusivo a la buena fe. Podemos, por ejemplo, entender que la ruptura injustificada de

²⁷⁵ Amparo directo 273/2003; Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Sistema de Transporte Colectivo; 18.06.2003; Unanimidad de Votos; Registro n. 183878; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII, Página 1061; Tesis Aislada I.8o.C.251

las tratativas es una conducta contradictoria a un comportamiento asumido con anterioridad (*venire contra factum proprium*).

El abuso del derecho en la esfera contractual tiene no sólo plena aplicabilidad como es de gran utilidad para la promoción de la justicia contractual y de la equidad, preservando los principios de la confianza y de la lealtad en los negocios. No tenemos dudas de que el abuso del derecho es una herramienta que ha obtenido definitiva carta de ciudadanía en el derecho moderno, debiendo, por lo tanto, ser mejor analizada por la doctrina y más aceptada por los tribunales mexicanos.

CONCLUSIONES

A continuación, presentamos una síntesis de las principales conclusiones de nuestro estudio:

1. El Derecho romano no contempló figura jurídica semejante al que designamos actualmente como el abuso del derecho. Sin embargo, el Derecho pretoriano constituyó a la época una reacción de la equidad contra el derecho estricto (*summum ius, summa iniuria* – el estricto es la suprema injusticia).
2. El abuso del derecho tiene su precedente histórico directo en la Edad Media, con los actos de emulación y las inmisiones, que consistían en el ejercicio de un derecho subjetivo con la disimulada intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno e inmisiones nocivas derivadas de un determinado aprovechamiento de la propiedad. Ambas estaban ligadas a las relaciones de vecindad.
3. La doctrina del abuso del derecho tal como la conocemos hoy surgió en el contexto de la sociedad liberal del siglo XIX, como una reacción social en contra de los valores individualistas derivados de la Revolución francesa y del Código Civil de Napoleón. La jurisprudencia francesa ejerció fundamental papel en el intento de conciliar el interés social con la libertad individual. Fue, sin embargo, en el siglo XX que surgió por primera vez el término *abus de droit*.
4. El principal exponente y uno de los más autorizados intérpretes de la doctrina del abuso del derecho es Louis Josserand, con sus obras *De l'abus de droit* y *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Su tesis rompió la exclusividad del criterio subjetivo del acto abusivo (intención de causar el daño), proponiendo el criterio funcional o finalista, derivado del espíritu del derecho y de la función que le está encomendada.
5. La tesis presentada por Louis Josserand ha sufrido diversas críticas a lo largo del tiempo. Para Marcel Planiol la teoría del abuso del derecho es una incongruencia, ya que el derecho cesa donde empieza el abuso. Es, para él, una idea justa con una fórmula falsa. Bonnecase, a su vez,

afirmaba que no hay que hablarse en abuso de derecho cuando se trata de violación de los límites objetivos de un derecho, ya que para él la verdadera noción de abuso es el carácter psicológico, es decir, un derecho sin utilidad y con fin exclusivamente nocivo. Para León Duguit, los derechos solo pueden ejercitarse en la medida que cumplen funciones sociales, lo que torna el ejercicio abusivo una idea contradictoria.

6. No obstante las críticas presentadas por diversos juristas renombrados, la negación del abuso del derecho no prospera. El abuso del derecho puede ser considerado hoy una institución jurídica existente y consolidada. En realidad, las discusiones respecto a la teoría fueron provechosas en el sentido de que han sido desarrollados varios criterios de identificación y aplicación, y la noción de abuso del derecho terminó imponiéndose en los más diversos ordenamientos del mundo.
7. Como criterios de identificación y aplicación del abuso del derecho señalamos el sistema subjetivo, que se establece cuando alguien ejerce su derecho con la finalidad de perjudicar a otro. Próxima a la teoría subjetiva, hay la teoría de la culpa, adoptada por los hermanos Mazeaud, para quien el ejercicio de un derecho no impide la aplicación del criterio general de la culpa (delictual o cuasidelictual). Se puede mencionar, además, la teoría de la ruptura del equilibrio de intereses y el sistema de la falta de interés legítimo o utilidad.
8. La corriente funcionalista u objetiva es la defendida por Louis Josserand, en la que el ejercicio de un derecho debe estar de acuerdo con su espíritu, finalidad o función social. En su plenitud, es la que se muestra más completa y abarcadora, atendiendo a las necesidades modernas y al principio de la solidaridad.
9. En cuanto a su naturaleza jurídica, consideramos el abuso del derecho como un ilícito atípico o *sui generis*, una vez que con el ejercicio de un derecho (y, por lo tanto, una conducta lícita en principio), hay violación de los valores que han justificado el reconocimiento de dicho derecho por el ordenamiento. Aunque implique una diferencia conceptual, en la

práctica el abuso del derecho es considerado como hecho ilícito fuente de obligaciones.

10. Con la crisis del Estado Liberal, que alcanzó su apogeo el siglo XX, la doctrina de la socialización del derecho ganó espacio, y tuvo por principal exponente León Duguit. Con ella el concepto de libertad y de derecho subjetivo ceden lugar a la función social.
11. La Constitución Mexicana de 1917 deja atrás el esquema de Estado Liberal e inicia un nuevo esquema que es el Estado Social de Derecho. Asimismo el Código Civil de 1928 y el Código Civil vigente sufrieron influencia de las ideas de Duguit, sobre todo en los ámbitos de la propiedad y de la responsabilidad. Esos valores han igualmente transformado la autonomía de la voluntad – que había alcanzado niveles absolutos e insostenibles - en un principio más flexible y relativo, como forma de alcanzar la justicia y el equilibrio contractual.
12. En el Derecho mexicano, el abuso del derecho como cláusula general representó una innovación del Código Civil vigente, una vez que no había precedente en el Código de 1884. El abuso del derecho se presenta de manera expresa en los artículos 840 – propiedad – y 1912 – obligaciones que nacen de los actos ilícitos. Ambos merecen críticas, no sólo por establecer como condición del ejercicio abusivo del derecho la ausencia de utilidad para su titular, sino también por adoptar – en el caso del artículo 1912 – el criterio subjetivo (el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño).
13. El abuso del derecho tal como se encuentra establecido por el artículo 1912 del Código Civil vigente es una conducta antijurídica, dolosa y dañosa, fuente de responsabilidad civil *subjetiva*. Además de la reparación de los daños y perjuicios, el acto abusivo puede generar la resolución o nulidad del acto, el cumplimiento forzoso de una obligación; y puede ser cesado por las vías judiciales (tutela inhibitoria). Asimismo, dado su naturaleza doble, el abuso del derecho es un principio general del derecho.

14. La propuesta de este trabajo es analizar la aplicabilidad de la teoría del abuso del derecho a los contratos, sea en su formación como en su cumplimiento y extinción. Podemos, de esta forma, concluir que en los contratos el abuso del derecho tiene plena aplicabilidad y puede ser considerado una limitación a la autonomía de la voluntad, tal como las leyes de orden público, las buenas costumbres y la buena fe contractual, esta consistente en la lealtad, lisura y cooperación que debe observarse al celebrar el contrato y en su cumplimiento. El Estado puede poner trabas a la conducta de los particulares y no hay inconveniente en llevar el abuso del derecho al ámbito contractual.
15. En el período preliminar del contrato – que surge desde que las partes inician las negociaciones –, los contratantes deben observar los deberes de conservación, explicación y comunicación de las partes, además de la buena fe contractual. En este sentido, se puede configurar ejercicio abusivo de la libertad de no contratar la ruptura injustificada de las negociaciones, con el objetivo de perjudicar al otro, generando responsabilidad de naturaleza extracontractual. Los daños que deben ser reparados son los que llama la doctrina de “interés contractual negativo”; no se puede exigir que se cumpla con la obligación que hubiera surgido de ese contrato que no llegó a perfeccionarse.
16. El abuso del derecho se presenta en el contrato cuando una de las partes utiliza las prerrogativas que le fueron otorgadas para perjudicar la otra, sin que obtenga cualquier utilidad para eso. Se admite, además, abuso del derecho en el ejercicio del derecho de dar por terminado el contrato (rescisión). La víctima del abuso del derecho en la esfera contractual puede optar por el cumplimiento del contrato o por la resolución de la obligación, además de los daños y perjuicios causados, desde que directos e inmediatos a la conducta abusiva.
17. Asimismo, hay abuso del derecho en la inclusión de cláusulas de contenido desproporcional, contrarias a la buena fe y a la equidad. La existencia de un abuso puede conducir a privar de eficacia una cláusula o de todo el contrato, cuando el abuso del derecho da lugar a que exista

un vicio de consentimiento. De este modo, el abuso del derecho en la formación del contrato es causa de nulidad relativa del acto jurídico.

- 18.El abuso del derecho en la esfera contractual es de gran utilidad para la promoción de la justicia contractual y de la equidad. Tal como se ha establecido en diversas legislaciones que adoptan la teoría objetiva del abuso del derecho, el ejercicio de un derecho debe estar limitado por su finalidad social y por la buena fe. Serían estas las más adecuadas directrices del abuso del derecho, que, no obstante no estén contempladas en el artículo 1912 del Código Civil vigente, la doctrina y la jurisprudencia mexicanas podrán considerarlas a los fines propuestos.
- 19.El elemento subjetivo adoptado por el legislador mexicano debilita y limita la teoría del abuso del derecho, lo que se refleja en la baja cantidad de tesis y resoluciones al respecto. No tenemos dudas de que el abuso el derecho es una herramienta de gran utilidad, consolidada en el Derecho moderno, que debería ser mejor analizada y considerada por los juristas mexicanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREU BARROSO, Lucas y LISITA PASSOS, Cristiane, *Direito Agrário Contemporâneo*, Belo Horizonte – Brasil, Editora DelRey, 2004, 284 páginas.
- AGUIAR DIAS, José de, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo II, trad. Juan Agustin Moyano e Ignacia Moyano, Puebla-México, Jose M. Cajica Jr., 1957, 534 páginas.
- ASSEF, Lucía María, *La noción de Orden Público: entre la tónica jurídica y el análisis crítico del discurso*, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, XXII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, noviembre 2003, http://www.robertexto.com/archivo14/nocion_ord_publico.htm.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos Atípicos*, Madrid- España, Editorial Trotta, 2000, 134 páginas.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 5ª Edición, México, Oxford University Press, 1999, 462 páginas.
- BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de las Obligaciones de los Contratos y del Crédito*, Puebla – México, Editorial Jose M. Cajica Jr., 678 páginas.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, 7. Edición, México, Ed. Porrúa, 1971, 460 páginas.
- BOULOS, Daniel, *Abuso do Direito no Novo Código Civil*, São Paulo-Brasil, Editora Método, 2006, 318 páginas.
- BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*, 4ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2004, 370 páginas.
- COTA MARÇAL, Antonio, *Principio – Estatuto, função e uso no Direito*, en HORTA TAVARES, Fernando (coord.), *Constituição, Direito e Processo - Princípios Constitucionais do Processo*, Curitiba-Brasil, Editora Juruá, 2007, pp. 31-58.

- CRUZ PONCE, Lisandro, *Algunos principios generales de nuestra legislación civil*, “Revista de Derecho Privado”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 2, núm. 4, enero-abril de 1999, pp. 38-59.
- DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro, V. 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 26ª Edición, Editora Saraiva, 2010, 893 páginas.
- _____, *Curso de Direito Civil Brasileiro, V. 7: Responsabilidade Civil*, 11ª Edición, São Paulo – Brasil, Editora Saraiva, 1997, 560 páginas.
- ETTORE NANNI, Giovanni, *Abuso do Direito*, en LOTUFO, Renan y ETORE NANNI, Giovanni (coord.), *Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo-Brasil, Editora Atlas, 2008, pp. 738-772.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires - Argentina, Editorial Astrea, 1992, 328 páginas.
- FIUZA, César *et al.*, *Direito Civil – Atualidades*, Belo Horizonte – Brasil, Editora DelRey, 2003, 344 páginas.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Cláusulas Inequitativas en los contratos*, “Estudios de Derecho Civil”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 327-341.
- _____, *El ilícito civil*, “Estudios de Derecho Civil”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 49-63.
- _____, *El principio de la buena fe en el derecho civil*, “Estudios de Derecho Civil”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 357-378.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El abuso del derecho en Derecho Internacional*, “Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, número 12, pp. 281-316.
- GRAU, Eros Roberto, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Madrid – España, Editorial Dykinson, 2007, 275 páginas.

- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 17ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2008, 1346 páginas.
- _____, Ernesto, *El Patrimonio*, 9ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2008, 1160 páginas.
- _____, Ernesto, *Personales Teorías del Deber Jurídico y Unitaria de la Responsabilidad Civil*, México, Editorial Porrúa, 1999, 383 páginas.
- JOSSERAND, Louis, *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*, trad. Carlos Valencia Estrada, Bogotá - Colombia, Editorial Temis Librería, 1982, 90 páginas.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo VI, *El Sistema de las Obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1997, 387 páginas.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, *¿Abuso del Derecho?*, Madrid - España, Universidad Complutense de Madrid, 1998, 255 páginas.
- MAZEAUD, Henry y León, y TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, volumen II, Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, 5ª Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 720 páginas.
- MONTERO DUHALT, Sara, *La Socialización del Derecho en el Código Civil de 1928*, en SÁNCHEZ-DÁVILA, Jorge A. (coord.) “Libro del cincuentenario del Código Civil”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, pp. 157-176.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *El Código Privado-Social. Influencia de Francesco Consentini en el Código Civil Mexicano de 1928*, “Anuario Mexicano de Historia del Derecho”, Volumen XVI, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- PACHECO FERREIRA, Keila, *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*, São Paulo-Brasil, Editora DelRey, 2007, 263 páginas.

- PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *La incidencia del Estado Social de Derecho en la Legislación Civil Mexicana*, “Un siglo de Derecho Civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 43-52.
- PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen VI, *Las Obligaciones*, trad. Jose M. Cajica Jr., 12 Edición, Puebla – México, Editorial Jose M. Cajica Jr., 1945, 627 páginas.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del Delito*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, 297 páginas.
- REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 27ª Edición, São Paulo-Brasil, Editora Saraiva, 2003, 381 páginas.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *El abuso del Derecho*, Garrido & Rengifo Abogados, 2008, <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf>, 49 páginas.
- RODRÍGUEZ ARIAS, Lino, *El Abuso del Derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, 198 páginas.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Antigua Librería Robredo, 1962, 531 páginas.
- SALDAÑA, Javier, *Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, año XXIX, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 685-703.
- SENS DOS SANTOS, Eduardo, *A Função social do contrato*, Florianópolis-Brasil, OAB Santa Catarina, 2002, 122 páginas.
- TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid – España, Editorial Revista de Derecho Privado, 488 páginas.

TRIGO REPRESAS, Feliz A., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, *El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, Argentina, Editora Argentinos, 2004, 971 páginas.

VALLADO BERRON, Fausto E., *El Derecho Subjetivo*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 19, julio-septiembre de 1955, pp. 129-140.

VELA, Luis. *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*, Roma - Italia, Librería Editrice Dell'Università Gregoriana, 1965, 465 páginas.

AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, *El periodo preliminar o de formación del contrato y la responsabilidad pre-contractual*, "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 7, enero-abril de 1950, pp. 69-81.

SUESCUN DE ROA, Felipe, *Control Judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad*, "Revista de Derecho Privado", Colombia, Universidad de los Andes, núm. 41, septiembre de 2009, pp. 2-17.

Legislación:

Código Civil brasileño, obtenido en www.planalto.gov.br.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado, Libro IV, Primera parte: De las obligaciones, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, 286 páginas.

Código Civil para el Distrito Federal, obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx>

Código Civil italiano, obtenido en <http://www.jus.unitn.it>.

Código Civil suizo, obtenido en <http://www.admin.ch>.

Criterios Editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/>