

BUFETE DE LA GARZA, S.C.

TEMA “ABUSO DE DERECHO”
“BREVE ANALISIS SOBRE LA TEORIA DE ABUSO
DE DERECHOS”

ENRIQUE MARTÍNEZ GAITÁN

ABRIL DE 2015

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
 - 2.1.- ¿QUE ES LA TEORÍA DE ABUSO DE DERECHO?
 - 2.2.- NEGACIÓN DE LA TEORÍA
 - 2.3.- CRITERIOS DE ABUSO DE DERECHO
 - 2.3.1.- CORRIENTE SUBJETIVISTA:
 - 2.3.2.- POSICIÓN OBJETIVA:
 - 2.3.3.- POSTURA MIXTA O ECLÉCTICA
 - 2.4.- EL ABUSO DE DERECHO Y LAS LAGUNAS DEL DERECHO
- 3.- DOCTRINA SOBRE EL TEMA
 - 3.1.- HISTORIA
 - 3.2.- CONCEPTO DE ABUSO DE DERECHO
- 4.- ABUSO DE DERECHO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS
 - 4.1.- LA TEORÍA DEL ABUSO DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL MEXICANO
 - 4.2.- LA TEORÍA DEL ABUSO DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL
- 5.- PROPUESTAS PARA RESOLVER EL PROBLEMA

1.- INTRODUCCIÓN

El abuso de derechos es una teoría considerada siempre dentro del estudio de las instituciones jurídicas, la mayor inclusión de esta teoría se puede encontrar en la institución de la propiedad, la cual fue abordada con gran ingenio por el Derecho Romano y dentro del cual se puede encontrar un estudio muy indirecto de lo que hoy es la tesis de abuso de derechos, ello a través de las famosas máximas del Derecho Romano.

El tema en comento es de relevancia conocerlo puesto que en nuestro sistema jurídico mexicano no es posible encontrar de manera literal lo relativo a abuso de derechos, aunque si este regulado de manera indirecta, además de ser un buen instrumento a la hora desarrollar la práctica de la abogacía.

Lo más importante para el estudio de esta teoría es saber si en realidad existe tanto doctrinal como en la praxis, y además conocer los alcances y la manera de descubrir cuando se está frente a un abuso de derecho.

2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema estriba en razón de entender en primer lugar que es teoría del abuso y conocer si debe de existir de manera doctrinal, teniendo en cuenta que se trata de un derecho y que literalmente no cabría la posibilidad de existir abuso, en segundo lugar que criterios debe de tomarse para saber si hay un abuso de derecho o un ejercicio legítimo del mismo o si la norma da pie a ello y tercero saber si en la práctica se configura dicha teoría, quien la sanciona y bajo qué circunstancias se presenta.

2.1.- ¿QUE ES LA TEORÍA DE ABUSO DE DERECHO?

Para iniciar es preciso saber que significa el termino abuso de derecho, y es aquí en donde encontramos el primer tope, puesto que el desarrollo de esta tesis ha pasado por distintas etapas y culturas y que gracias a ello aun hoy día es solo conceptualizable atendiendo al orden jurídico existente y su cultura, lo cual lleva a perder una uniformidad sobre el concepto.

2.2.- NEGACIÓN DE LA TEORÍA

Grandes maestros del derecho como Planiol, Baudry-Lacantinerie, Duguit entre otros combaten el termino Abuso de Derecho, basados en el propio concepto de Derecho ya que este indica lo legal y lo tendiente a lo justo.

Desde una perspectiva lógica resulta inconsistente una doctrina del Abuso de Derecho que plantee nuevos límites, que restrinjan el poder de actuación del titular mas allá de sus facultades que le pertenecen precisamente en razón del derecho subjetivo. Hablar de abuso de derecho sería un contrasentido por que como dice Planiol.

“el derecho cesa donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera por la irrefutable razón de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario a derecho”¹
“esta nueva doctrina reposa toda ella sobre un vicio de lenguaje; su fórmula, uso abusivo del derecho, es una logomaquia, porque si yo uso mi derecho, mi acto es lícito y es ilícito será porque he excedido mi derecho, actuando en consecuencia, sin derecho. No hay que dejarse seducirse por las palabras”.

El sentido final de la idea de Derecho subjetivo radica en el otorgamiento de una potestad para que el titular pueda legítimamente actuar según su propio y exclusivo arbitrio. Quien no actué dentro de la potestad no puede invocar el derecho, pero quien actúa dentro de ellas jamás lo hará abusivamente.

2.3.- CRITERIOS DE ABUSO DE DERECHO

2.3.1.- POSTURA SUBJETIVISTA:

¹ M. Planiol. Traité Élémentaire de Droit Civil. 11^a ed. Párr. 871.

Respecto de esta corriente se establece principalmente que el abuso del derecho surge o se manifiesta cuando del uso de un derecho subjetivo se obtiene como resultado el de perjudicar a otra persona, en pocas palabras que de la actuación de ese derecho no se obtenga un beneficio propio.

Esta corriente se sustenta en numerosos criterios jurisprudenciales entre los que menciono dos muy socorridas sentencias emitidas por tribunales franceses. Nos referimos a la de Colmar de 1855, “un propietario levantó una inmensa chimenea, no para uso personal, porque era falsa, ya que no tenía tiro, con el solo propósito de oscurecer la morada del vecino”. Se sentenció que se “debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”; y, a la de Lyon, de 1856 “un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole acceso a la misma. El agua no era utilizada por dicho propietario sino que, más bien, se la dejaba perder en un río”, la Corte resolvió condenar al propietario en mención en tanto se había servido del poder de abusar de su cosa, inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar.

2.3.2.- POSTURA OBJETIVA:

Posteriormente con el fin de evitar los problemas y las insuficiencias que presentaba la corriente subjetiva del abuso del derecho, sale a la luz una nueva corriente que se traduce en la utilización de un concepto objetivo, que algunos califican como finalista o funcional.

Según esta concepción, el abuso del derecho no se conceptualizara por la intención de perjudicar por parte del titular del derecho, por la presencia de la culpa o por la ausencia de un interés serio y legítimo, sino por la presencia de un elemento objetivo, como es el evidente ejercicio anormal de un derecho subjetivo. Dicho en otras palabras, de una actuación contraria a la función económico-social inherente a cada derecho subjetivo. Así, ya no se trataría de indagar fundamentalmente por las intenciones del sujeto, por la ausencia de un interés serio y legítimo o de un beneficio personal, sino que 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.

2.3.3.- POSTURA MIXTA O ECLÉCTICA:

De acuerdo a esta concepción, ambos criterios, el subjetivo y el objetivo, no se contraponen, sino más bien se complementan o combinan y la preponderante gravitación depende del punto de vista que se adopte en cada caso. Uno de los representantes de esta corriente es Jossierand. Para él todo se reduce a discernir de una parte el espíritu o función del derecho controvertido y, de la otra, el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto.

2.4.- EL ABUSO DE DERECHO Y LAS LAGUNAS DEL DERECHO

Algunos tratadistas de la teoría del abuso basan la existencia del mismo derivado de una impresión en la ley, que a decir de varios tratadistas se le puede denominar laguna,

de ello se entiende que al abuso de derecho será una actuación en principio lícita, pero que por alguna laguna este acto es considerado no lícito al atentar con la paz social y dicha calificación solo podrá devenir de la valoración que realiza el juez.

A decir verdad el acto ilícito es en principio un derecho subjetivo, pero que puesto que durante su ejecución se puede verter dentro de un principio lícito pero que contraria los principios del derecho es decir se configura una laguna, un vacío el cual aunque normativamente no da lugar a su delimitación dentro de un ordenamiento el juez será el encargado de resolver dicha impresión en función a la falta de disposición que restrinja la realización del acto como lo ejecuta el sujeto activo. Mucho hemos dicho de alguna pero aun falta conceptualizarla y atendiendo a los criterios más populares de la doctrina la calificaremos como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera debería estar regulado por el sistema jurídico. Kelsen entre otros sostiene que las lagunas del derecho.

Son creaciones no jurídicas de los juristas porque ante la falta de legislación ad hoc, no cabe aplicar normas que no sean las que estatuyen la libertad, haciendo mención a ello Kelsen aduce: *“esta teoría es cerrada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo del individuo, su comportamiento está permitido”*.²

En nuestro sistema jurídico mexicano no podemos encontrar de manera literal lo tocante a la prohibición de abuso de derecho y mucho menos una norma que le imponga una sanción a quien realice tal acto. Lo cual deriva de que dicho abuso proviene de la actuación de un derecho subjetivo y por tanto si al establecer dicho derecho se impondría una sanción por el uso del mismo caeríamos en una falacia sobre la concepción de derecho.

² Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. Eduardo García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1958, capítulo V, p. 225.

3.- DOCTRINA SOBRE EL TEMA

3.1.- HISTORIA

Los antecedentes de la corriente del abuso son diversos puesto que si bien no se le pueden atribuir a los Romanos y su escuela pero si la extracción de ciertas máximas, mismas que llevaron a diferentes estudiosos a elaborar la corriente del abuso del derecho solo sobre la propiedad, la cual los Romanos estudiaron de manera maestra, algunas de las máximas Romanas son las siguientes: *Male enim nostro iure uti non debemus* (“No debemos usar mal de nuestro derecho”); la máxima de Paulo *Non omne quod licet honestum est* (“No todo lo que es lícito es honesto”); la manida expresión ciceroniana *Summum ius, summa iniuria* (“El estricto derecho, es la suprema injusticia”) y *Malitiis non est indulgendum* (“No hay indulgencia con la maldad”). Si bien es cierto sirven para hacer referencia al abuso de manera indirectamente también hay máximas que se utilizaron para rechazar la teoría del abuso como las siguientes: *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* (“Se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa”); *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 finalmente 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”).

Es claro que dentro del Derecho Romano no existía claramente la teoría que nos ocupa no obstante, no podría decirse que el principio estuviera completamente ausente del Derecho Romano

Aemulatio

Antes de entrar al análisis, debemos estudiar la terminología misma: La palabra “*aemulatio*” significa “competición” o “concurso”.

La *aemulatio* es concebida como el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a otra persona o a un bien ajeno. Lo importante, en este caso, es la intención de perjudicar.

Tal Como dice José Manuel Martín Bernal,

“por acto de emulación se entiende entonces el ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad de su dueño y sólo con la intención de dañar a otro”.³

Durante la Época Moderna, la prohibición de los actos emulativos tuvo una suerte dispar. En Francia, ya encontramos que Jean Domat en su libro *Lois civiles* indica que un propietario puede incurrir en responsabilidad si verifica un cambio en su fundo con el sólo objeto de dañar a otro sin beneficio para sí. Pese a esto, la resistencia a admitir el principio es mayor, pero llega a ser desbordada a propósito de los ideales de la Revolución, que proclama el absolutismo de los derechos subjetivos, especialmente el del dominio, por lo que al promulgarse el *Code Napoléon*.

³ Martín Bernal, José Manuel, *El Abuso del derecho*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., año 1982, p. 29, citado por Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 124.

Es en la época contemporánea a al ilustre Josserand es cuando se observa una nutrida y madura teoría del abuso del derecho. La evolución más cercana de la teoría es visible desde dos fases a decir de los estudiosos del tema, la primera es la llamada inconsciente la cual termina hasta finales del siglo XIX, y la segunda que se puede decir la moderna que se ha dicho inicia con los trabajos de Esmien y Laurent mismo que utiliza por primera vez el termino abuso del derecho.

Y nos detenemos aquí a partir de Josserand, cuando se establece los criterios de si existe o no abuso y lo relativo a la utilidad del acto.

3.2.- CONCEPTO DE ABUSO DE DERECHO:

A decir de la doctrina, la teoría del abuso es un principio general del derecho que, *“como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y el otro patológico”*.⁴

En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo y ahí sí cabría su estudio dentro de la Teoría General del Derecho, como lo sostiene Fernández Sessarego. En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva).

Un diccionario jurídico señala que abuso de derecho es:

*“acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter de absoluto”; “es el hecho de una persona de ejercitar, con el fin de perjudicar a otra, y por lo tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular”*⁵

Dicho en pocas palabras el Abuso de Derecho es una situación en la cual el sujeto titular de un derecho subjetivo adecua su conducta aparentemente a la norma que contiene su derecho, pero el ejercicio de dicho derecho resulta contrario a la moral, buena fe, buenas costumbres o simplemente no atiende al fin sociológico, político y económico que lo creo, independientemente de los fines que busque el titular de dicho derecho.

⁴Espinoza Espinoza, Juan. Código Civil Peruano Comentado, tomo i, gaceta jurídica, Primera Edición, Marzo del 2003, p.24

⁵Valetta, María Laura, “Diccionario Jurídico”, Buenos Aires, Valetta Ediciones, quinta edición, año 2007, p. 16.

4.- ABUSO DE DERECHO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS

4.1.- LA TEORÍA DEL ABUSO DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL MEXICANO

En la legislación mexicana nos abocamos al estudio de la tesis del Abuso de Derecho a través de la ley sustantiva Civil, bajo la figura de los Actos Ilícitos o que nacen de Actos Ilícitos, mismos que se encuentran descritos en la ley en comento, para lo cual hago un ejemplo de ello:

Código Civil Federal, Libro Cuarto De las obligaciones, capítulo V De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos,

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

Artículo 1912.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.⁶

De igual manera lo trata el Código Civil para el Estado de de San Luis Potosí Libro Cuarto De las Obligaciones Título Primero, Fuentes de las Obligaciones, De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos,

“Art. 1746.- 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.

Art. 1748.- 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”.⁷

Todas estas consideraciones de abuso de derecho como ilícito civil son sostenidas por diversas jurisprudencias y tesis las cuales citan en gran mayoría los artículos arriba mencionados del Código Civil Federal, para ello me permito transcribir algunas:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Febrero de 2003

Tesis: V.1o.25 C

Página: 967

ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR EL EJERCICIO ABUSIVO DE UN DERECHO. SUS ELEMENTOS. El artículo 1912 del Código Civil Federal, que preceptúa: "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay

⁶ Código Civil Federal, Libro Cuarto De las obligaciones, capítulo V De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos, Artículo 1912, pág. 178. "Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión".

⁷ Código Civil para el Estado de de San Luis Potosí Libro Cuarto De las Obligaciones Título Primero, Fuentes de las Obligaciones, De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, pág. 146.

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

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 6/2002. Pesquera Mare, S.A. de C.V. 14 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Pedroza Carbajal. Secretaria: Laura Catalina Maldonado Arce.

Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVIII, Agosto de 2003

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

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 64/2003. 31 de marzo de 2003. Unanimidad de votos.
Ponente: Hugo Arturo Baizábal Maldonado. Secretaria: Esther Carús Medina.

4.2.- LA TEORÍA DEL ABUSO DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Después del debate respecto de la existencia o no del Abuso de los Derechos y las observaciones o adecuaciones realizadas a las tesis que si los aceptaban, es como se llegó a la etapa en la cual se incorpora esta tesis en el derecho positivo y su primera inclusión se realizó en el ordenamiento de Landrecht de Prusia de 1794, mismo que en sus numerales 34-39 indicaba:

“no se debe indemnizar por un daño causado en el ejercicio de un derecho, a menos que entre las varias maneras posibles de ejercerlo se haya elegido aquella más dañosa a otro con el fin de ocasionarle un perjuicio”. Y su artículo 26 y 28 establecía: “*nadie puede abusar de su propiedad para lesionar a otro, con el fin de ocasionarle un perjuicio*”, entendiéndose como

*abuso “todo uso de la propiedad que por su naturaleza no puede tener otro fin que perjudicar a terceros”.*⁸

Posteriormente en Francia se vio nutrida e investida de carácter obligatorio debido a la jurisprudencia francesa misma que dictó dos sentencias pronunciadas por los tribunales franceses, bajo la vigencia del Código Civil de 1804. La primera de ellas fue emitida por el tribunal de Colmar con fecha 2 de mayo de 1855. Esta sentencia estableció el posible inicio de lo que sería la figura del abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX. En dicha decisión se declara 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”.

En la época contemporánea tuvo la tesis su inclusión en el código civil alemán de 1900. Y así posteriormente se fue incluyendo de manera directa y en muchos casos indirecta, en diversos ordenamientos hasta que se llegó al punto de asimilar la tesis del abuso bajo la del acto ilícito civil.

⁸ Tavorari Goycolea, Pía: *El Abuso en el Proceso*, Editorial Jurídica Congreso Ltda., Santiago, 2004, p. 30.

5.- PROPUESTAS PARA RESOLVER EL PROBLEMA

Respecto del primer problema habrá que tratar de crear un concepto legal, es decir que mínimo dentro de un código ya sea el civil o cualquier otro, se establezca el concepto de que se entiende por abuso de derechos.

Respecto de la existencia doctrinal esta es clara y evidente que si existe dado a que, si bien es cierto que hay un derecho subjetivo, y este depende de la creación, protección por parte del Estado y dado a que doctrinalmente este se conforma por la población a través de un pacto social, el beneficio de la colectividad está por encima de el beneficio de un particular, ya que el ejercicio de un derecho jamás podrá contraponerse al orden que lo sustenta y lo crea.

En relación a los criterios para averiguar si se está frente a un abuso de derecho, se podría primero aceptar la tesis de abuso de derecho y positivarla dentro del sistema jurídico mexicano de manera directa y literal o la segunda opción dentro de los criterios jurisprudenciales establecer los lineamientos mínimos para poder evaluar si hay o no abuso de derechos ya sea atendiendo a la postura subjetivista, objetivista o mixta, de las cuales los criterios más aceptados por la doctrina para evaluar si hay o no un abuso de derechos los siguientes son los más acertados:

- a) Intención de causar perjuicio (*animus nocendi*);
- b) Acción culposa o negligente, y
- c) No existencia de un interés serio y legítimo para el agente.
- d) Si cumplen con la función o finalidad socio-económica que los creo.

En cuanto a quien es el indicado para resolver la cuestión relativa a los abusos, es aquí en donde se encuentra el mayor reto puesto que la tesis de abuso de derechos no solo es aplicable hoy en día solo dentro del derecho civil sino también dentro del derecho administrativo, comercial e inclusive el procesal, entonces si se positiva o al menos se admite de manera literal la tesis en el código civil, los juzgadores podrán tomarla por supletoriedad las normas necesarias para responder a los casos de abuso, ya que de lo contrario como se trabaja hoy en día para poder saber si hay un abuso de derecho y para poder sancionarlo es necesario cometer otro abuso que es el de dejar todo el trabajo al sano juicio del juzgador y a su libre albedrío.

REFERENCIAS

Código Civil Federal. "Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión".

Código Civil para el Estado de San Luis Potosí. www.congresoslp.gob.mx.

Espinoza Espinoza, Juan. Código Civil Comentado, tomo i, gaceta jurídica, Primera Edición, Marzo del 2003.

FERNADEZ SESSAREGO, CARLOS. ABUSO DEL DERECHO, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1999.

Giorgio del Vecchio, *Sullastatualità del diritto*, Dott. A. Giuffré, Milano, 1958, trad. en Persona Estado y Derecho, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, citado por Luis Alfonso Dorantes Tamayo, *Filosofía del Derecho*, 2da Ed., Porrúa, México, 2009.

Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. Eduardo García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1958.

JOSSERAND, Louis, Curso de Derecho Civil, Editorial. Ejea, Buenos Aires, 1950, Tomo I.

M. Planiol. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 11^a ed.

Martín Bernal, José Manuel, *El Abuso del derecho*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., año 1982.

Peyrano, Jorge W., Abuso de los Derechos Procesales. En Abuso Procesal. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.

Tavolari Goycolea, Pía: *El Abuso en el Proceso*, Editorial Jurídica Congreso Ltda., Santiago, 2004, p. 30.

Valetta, María Laura, *"Diccionario Jurídico"*, Buenos Aires, Valetta Ediciones, quinta edición, año 2007.