

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA Y LA CONTRADICCIÓN EXISTENTE  
ENTRE LOS ARTÍCULOS 1653 Y 1654 DEL CÓDIGO CIVIL  
Y 18 DE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL**

**FLOR DE MARÍA CANIZ HERRERA**

**GUATEMALA, FEBRERO 2013**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA Y LA CONTRADICCIÓN EXISTENTE  
ENTRE LOS ARTÍCULOS 1653 Y 1654 DEL CÓDIGO CIVIL  
Y 18 DE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**FLOR DE MARÍA CANIZ HERRERA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, febrero 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

PRESIDENTE:	Licda. Bertha Aracely Ortiz Robles
VOCAL:	Licda. Miriam Liliana Rivera Álvarez
SECRETARIO:	Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz

**Segunda Fase:**

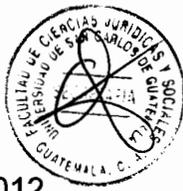
PRESIDENTE:	Lic. Mario Gordillo Galindo
VOCAL:	Lic. Santos Flores Sarmientos
SECRETARIO:	Lic. Obdulio Rosales Dávila

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)

*Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz*

*Abogado y Notario*

COLEGIADO 5652



Guatemala, 14 de agosto de 2012

Doctor

**Bonerge Amílcar Mejía Orellana**

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



**Estimado Doctor Mejía:**

En atención a la providencia de fecha diez de agosto de dos mil doce, en la cual se me designó como asesor del trabajo de tesis intitulado **“ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA Y LA CONTRADICCIÓN EXISTENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 1653 Y 1654 DEL CÓDIGO CIVIL Y 18 DE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL.”** propuesto por la bachiller **FLOR DE MARÍA CANIZ HERRERA**, con número de carné 199521864, de conformidad a las facultades que me otorga el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, al concluir mi función procedo a rendir el siguiente: DICTAMEN.

- ❖ Conforme las facultades que me fueron otorgadas, en su oportunidad sugería algunos correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré en su momento eran necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla, manifestándose la Bachiller Flor de María Caniz Herrera, estar de acuerdo.
- ❖ Para determinar si el contenido de la investigación es científico y técnico realicé un análisis sobre los temas desarrollados en cada capítulo y determiné que efectivamente la investigación se apega al perfil científico y técnico requerido, ya que abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad, la recolección de información realizada por la Bachiller Flor de María Caniz Herrera, fue de gran apoyo en el desarrollo de la investigación.
- ❖ Para la presentación de la tesis se realizó en una secuencia ideal para su buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos de investigación: Deductivo, se analizaron las opiniones de Jueces del Ramo Civil y Abogados en ejercicio de la profesión, así como en busca de la jurisprudencia y las exposiciones de motivos de la Comisión Ordinaria de Trabajo de Puntos de Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala; Analítico, Se analizo la propuesta de la bachiller de reformar y derogar los artículos que regulan la institución del abuso del derecho y con ello crear una fórmula que

*Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz*

*Abogado y Notario*

COLEGIADO 5652

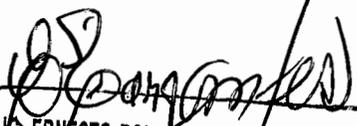


defina dicha institución en forma correcta y no exista contradicción con la doctrina y con ello lograr una norma jurídica vigente y positiva que garantice la seguridad jurídica de los guatemaltecos. Dialéctico, pues se relacionaron los hechos investigados para determinar el fin de la investigación, en este caso determinar que la redacción de la institución del abuso del derecho en lo que respecta a la consecuencia del supuesto de la norma jurídica en lo que respecta al cobro de la indemnización de los daños y/o perjuicios. Como Técnicas de Investigación se utilizó: Entrevistas, para obtener la opinión de Profesionales del Derecho como los Señores Jueces del Ramo Civil y Abogados en ejercicio, sobre la regularización del marco legal de actuación de los sujetos de derecho, así como, si consideran que es vital reformar la institución y derogar los artículos que la hacen ineficaz. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de forma clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.

- ❖ En la redacción del trabajo de investigación, la bachiller utilizó la lexicografía y gramática adecuada sin descuidar en ningún momento el lenguaje técnico jurídico requerido para un profesional del derecho.
- ❖ Considero que la bibliografía utilizada por la ponente en el desarrollo de la investigación se considera apropiada, habiéndose consultado textos doctrinarios de autores nacionales como extranjeros, que tratan de forma precisa sobre la temática contenida en la investigación.

Considero como Asesor que la investigación de la ponente, es una contribución científica de importancia, pues se trata sobre un tema de la actualidad y que permite observar lo que regula en la Constitución Política de la República, El código Civil y la Ley del Organismo Judicial, haciendo una aportación científica teórica y práctica, por lo consiguiente estimó que el trabajo sí cumple con las pretensiones de la autora. Además cuenta con la adecuada validez, pues la sustentante enfoca con propiedad durante todo el desarrollo de la investigación criterios objetivos, positivos, certeros y actuales relacionados con el tema de la institución del Abuso del Derecho.

Por lo anteriormente expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis presentado, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público

  
LIC. ERNESTO ROLANDO CORZANTES CRUZ  
ABOGADO Y NOTARIO



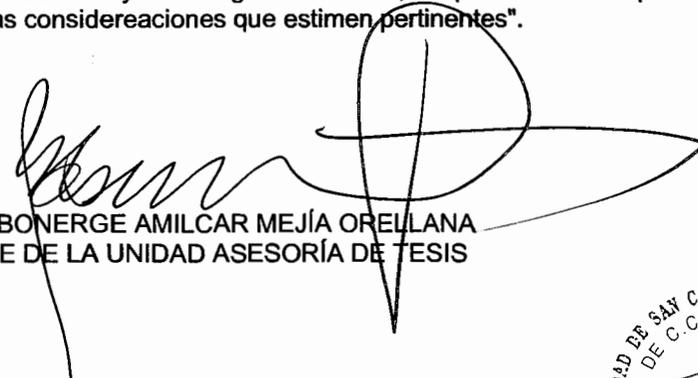
FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 30 de agosto de 2012.

Atentamente, pase a el LICENCIADO MILTON RENÉ SANDOVAL RECINOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante FLOR DE MARIA CANIZ HERRERA, intitulado: "ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA Y LA CONTRADICCIÓN EXISTENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 1653 Y 1654 DEL CÓDIGO CIVIL Y 18 DE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".



DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

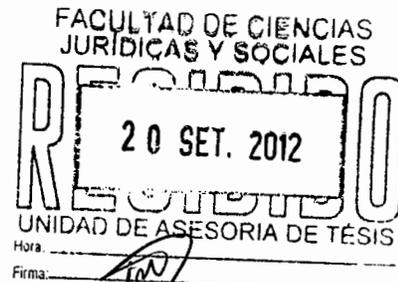
cc.Unidad de Tesis  
BAMO/iyr.





Guatemala, 18 de septiembre de 2012

**Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**

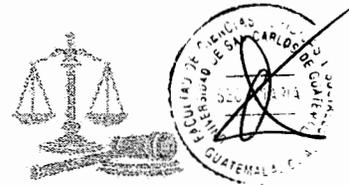


Estimado Doctor Mejía:

En atención a la providencia emitida con fecha treinta de agosto de dos mil doce, en la cual se me nombra como revisor de la tesis de la bachiller **Flor de María Caniz Herrera**, quien se identifica con el carné número 1995-21864, sobre el tema intitulado **“ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA Y LA CONTRADICCIÓN EXISTENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 1653 Y 1654 DEL CÓDIGO CIVIL Y 18 DE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL.”**

Con base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo a emitir el siguiente dictamen:

- Luego de haber realizado un estudio y análisis al presente trabajo de investigación, se pudo observar que el mismo es de suma importancia por su contenido jurídico, científico y técnico, pues el mismo no solo cumple con los requisitos exigidos por el normativo respectivo, sino es una temática de suma importancia para la sociedad guatemalteca, ya que se pretende dar a conocer a los funcionarios públicos que tienen la facultad constitucional de iniciativa de ley para que se redacte la institución de abuso del derecho de forma adecuada y acorde a la realidad social imperante, haciendo una reforma a la Ley del Organismo Judicial, y por lo tanto, se propone la derogación expresa de la norma jurídica civil que contradice a dicha institución, puesto que la misma hace que el abuso del derecho sea vigente y no positivo en lo que respecta al cobro de indemnización por daños y/o perjuicios del sujeto de derecho afectado.
- La metodología y técnicas de investigación utilizadas en la presente investigación fueron: a) Dialéctica; b) Analítico; c) Deductivo; y d) Entrevistas
- En la investigación se utilizó una redacción con términos jurídicos, conforme al tema de investigación, ya que el objetivo es integrar al ordenamiento jurídico guatemalteco, una fórmula de la institución clara, precisa y sobre todo que garantice



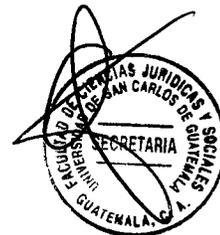
la seguridad y certeza jurídica que emana como principio de la Constitución Política de la República de Guatemala.

- La presente investigación, es una contribución científica para el ordenamiento jurídico guatemalteco, ya que el tema planteado afecta a un porcentaje elevado de guatemaltecos, evidenciándose con ello que existe una gran necesidad de regular el marco de actuación de las personas y profesionales que hacen la reclamación de daños y perjuicios causados por el abuso al momento de ejercer su derecho, pues la forma en que actualmente se encuentra legislado es inoperante el ejercicio de ese derecho por existir contradicción entre los artículos que lo regulan y con la doctrina.
- La metodología y técnicas de investigación utilizadas permitieron una redacción con términos jurídicos y así poder realizar conclusiones congruentes a la investigación y realidad nacional, referente a la forma inadecuada que está redacta la institución, así con la confusión existente entre los artículo 1653 del código Civil y 18 de la Ley del Organismo Judicial, asimismo las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación considerando la ponente la respectiva reforma y derogación y con ello puede se convierta en una norma jurídica vigente y positiva y lograr una definición clara y precisa ajusta a la realidad nacional guatemalteca.
- La bibliografía utilizada en la presente investigación se considera apropiada, toda vez que fue una fuente muy importante en el desarrollo de la investigación.
- En conclusión el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de investigación realizado por la bachiller **Flor de María Caniz Herrera**, considero conveniente la impresión del mismo para que pueda ser discutido en el correspondiente examen público.

  
LIC. MILTON RENÉ SANDOVAL RECINOS  
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 24 de enero de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante FLOR DE MARÍA CANIZ HERRERA, titulado ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA Y LA CONTRADICCIÓN EXISTENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 1653 Y 1654 DEL CÓDIGO CIVIL Y 18 DE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr.

A large, stylized handwritten signature in black ink.

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lic. Avidán Ortiz Orellana'.

Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



Rosario



## DEDICATORIA

- A Jehová Dios: Agradecerle infinitamente por la oportunidad de ser parte de la humanidad y proveerme de la fortaleza para lograr cumplir las metas que me he propuesto y guiarme en el camino correcto.
- A mi señora madre: Mirna Nohemí Herrera Cienfuegos, por el apoyo y amor incondicional que me ha brindado y hacerle saber que ella ha sido mi mayor motivación para alcanzar esta meta. Gracias por disfrutar cada uno de mis triunfos como propios.
- Y a mí padre Gabriel Caniz Vásquez, (Q.E.P.D)
- A mis hijos: María Alejandra y José Emilio, no tengo palabras para compensarles el apoyo que me han brindado siempre. Agradezco enormemente a Dios por darme dos hijos maravillosos y esperando que éste esfuerzo les sirva de ejemplo
- A mis hermanos: Gabriel, Iván Manuel, y a Marco Vinicio, (Q.E.P.D.). Mil gracias, por siempre estar conmigo y por el apoyo el cual fue fundamental para lograr este éxito.
- A mis sobrinos: Con mucho aprecio, y que pueda servirles de ejemplo.
- A mi familia: Por compartir conmigo este momento, su apoyo y confianza
- A mis padrinos: Licda. Crista Ruíz de Juárez, estoy sumamente agradecida, por su amistad, su apoyo, y los conocimientos que sin egoísmo me traslado como docente. Lic. Francisco Abraham Sandoval Villacorta, Lic. Webster Rosales Campbell, Lic. Rubén Darío Morales Veliz, e Ing. Edin Herrera Cienfuegos, por su ejemplo, su apoyo, motivación y sobre todo por la confianza que me han brindado como profesionales y hacerles saber que han sido parte fundamental dentro del desarrollo de mi carrera, que Dios les bendiga y gracias por compartir este éxito conmigo.



A Lic. Efraín Guzmán: (Q.E.P.D.). Catedrático y amigo, que me acompañó siempre con sus consejos, siempre le recordaré.

A Yobany Lucero: Que Dios le bendiga a usted y a su familia.

A mis catedráticos: Por sus conocimientos impartidos en el trascurso de la carrera.

A: La Gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Haciendo el compromiso como profesional egresada de esta casa de estudios, que la dignificaré y honraré en cada uno de los servicios profesionales que preste.

A mis amigos: Que me han brindado su amistad sincera y por todo lo compartido, muchas gracias.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. objeto y realización del derecho.....	1
1.1. El derecho como objeto de estudio .....	2
1.1.1. Noción del derecho.....	3
1.1.2. Derecho positivo y derecho vigente.....	6
1.1.3. Derecho subjetivo.....	8
1.2. La relación del derecho.....	9
1.2.1. La misión del derecho.....	11
1.2.2. La libertad y el derecho.....	12
1.2.3. El ejercicio de los derechos.....	14
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. El abuso del derecho en la doctrina y la legislación.....	15
2.1. Antecedentes de la teoría del abuso del derecho.....	16
2.1.1. Derecho romano.....	17
2.1.2. Los actos de emulación.....	21
2.1.3. Regulación legislativa internacional del abuso del derecho.....	22
a) Derecho civil francés.....	23
b) Derecho civil italiano.....	25
c) Derecho civil español.....	26
d) Derecho civil mexicano.....	27
e) Derecho civil argentino.....	28
2.2. Teorías contrarias a la teoría del abuso del derecho.....	28
2.3. Teorías favorables a la teoría del abuso del derecho.....	29

2.4. Teoría del abuso del derecho dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco	30
2.4.1. Derecho civil castellano y de la Colonia.....	30
2.4.2. Revolución liberal de 1871 y el Código Civil de 1877.....	35
2.4.3. Código Civil de 1933.....	38
2.4.4. Código Civil de 1963.....	37

### CAPÍTULO III

3. La teoría del abuso del derecho en el derecho guatemalteco.....	39
3.1. Exposición de motivos de los proyectos de la Ley del Organismo Judicial... Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.....	40
3.2. Jurisprudencia técnica.....	49
3.2.1. Objeto de la jurisprudencia técnica.....	50
3.2.2. Ramas o aspectos de la jurisprudencia técnica.....	51
3.3. Conformación de la teoría del abuso del derecho.....	54
3.3.1. Intencionalidad jurídica y moral del autor.....	57
3.3.2. Finalidad económica.....	59
3.3.3. Derivaciones del abuso del derecho.....	60
3.3.4. Actos ilegales, ilícitos y excesivos.....	61
3.4. Legislación existente de la teoría del abuso del derecho en Guatemala.....	62
3.4.1. Artículos 1653 y 1654 del Código Civil guatemalteco y el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial.....	62
3.5. Impertinencias y contradicciones en el ordenamiento jurídico sobre la teoría del abuso del derecho en Guatemala.....	66
3.6. Necesidad de reformar la teoría del abuso del derecho.....	73
3.6.1. Artículos 1653 del Código Civil guatemalteco y 18 de la Ley del Organismo Judicial.....	74



**Pág.**

3.6.2. Artículo 1654 del Código Civil.....	75
3.7. Criterios obtenidos del cuestionario formulado a Jueces del Ramo Civil y Profesionales del Derecho en Ejercicio.....	77
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>81</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>83</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>85</b>



## INTRODUCCIÓN

El derecho es una ciencia y como tal, surgen diversas contrariedades y una serie de fenómenos diversos y variables que al final le dan el carácter de orden jurídico-social del que nadie escapa. El derecho constriñe a unos y faculta a otros; y cuando se hace mal uso de ese derecho, se le denomina abuso del derecho, y tiene como consecuencia la sanción coercitiva de restituir el daño o el perjuicio, o ambos, al afectado, extendiéndose en todo caso a la propiedad, tal como regula el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial.

El abuso del derecho, como institución al momento de su interpretación surgen varias interrogantes por la forma en que está redactada, por los conceptos exceso o mala fe, no se sabe si constituye una sola postura, o todo lo contrario, si se hace en forma separada, también surge la polémica sí se incurre o no en abuso de derecho, por la abstención en el ejercicio de un derecho. Se considera de suma necesidad reformar la ley, erigiendo una fórmula clara de lo que es el abuso del derecho, y derogar la norma jurídica que contradice dicha institución que la hace vigente pero no positiva al momento de reclamar los daños y perjuicios.

La hipótesis planteada partió que es imperativo reformar la fórmula empleada por el legislador para definir el abuso del derecho de forma clara y precisa, y con ello se desprende que se derogue toda norma jurídica impertinente y contradictoria.

La investigación se limita a los siguientes ámbitos: a) temporal entre los años 2011 y 2012; b) geográfico las cabeceras de los municipios de Salamá y Rabinal, departamento de Baja Verapaz; y c) personal la opinión de los Profesionales en Derecho.

El objetivo general consistió en analizar y examinar la institución del abuso del derecho con el fin de determinar si su definición es adecuada o si existe contradicción.

En virtud, del análisis jurídico y doctrinario de la institución del abuso del derecho



Incorporado como precepto fundamental dentro de la Ley del Organismo Judicial, representa para los guatemaltecos un avance legislativo importante, por lo que el presente trabajo de tesis proporciona fundamentos y criterios básicos para su reforma y derogación y lograr la finalidad de una justicia pronta y cumplida.

El presente trabajo consta de tres capítulos estructurados así: capítulo I se desarrolla todo lo concerniente al derecho como ciencia, definiciones básicas de derecho, características, y la relación que se da entre los integrantes de una sociedad y su ejercicio. En el capítulo II, se desarrolla todo lo relativo a la institución del abuso del derecho, haciendo alusión a la doctrina y la legislación guatemalteca e internacional que regulan la institución, así como, las teorías positivas y negativas de la misma, que sirve como guía para quienes quieren profundizar en el tema. En el capítulo III, se analiza la legislación guatemalteca con respecto a la teoría del abuso del derecho, abarcando desde el proyecto de ley de la Ley del Organismo Judicial y su reforma y los efectos que conlleva al hacer dicha reforma, y el análisis porque se considera impertinente y contradictoria y sobre todo comprobando la hipótesis plantada cuando se cuestiona a los Profesionales del Derecho en ejercicio de la profesión.

Las técnicas utilizadas fueron bibliográfica y un cuestionario dirigido a los Jueces del Ramo Civil y Abogados en ejercicio. Y el método de investigación fue el deductivo y analítico, para llegar a la síntesis de lo que es la institución del abuso del derecho.

El abuso del derecho es la circunstancia que provoca un sujeto al utilizar la norma legal de forma excesiva, inadecuada, injusta o impropia, cuando los actos resultan contrarios a la buena fe, ética, moral y principios que deben imperar en la aplicación del derecho contradiciendo valores del sistema legal. Por lo que el presente trabajo de investigación es trascendental tanto para el derecho sustantivo como adjetivo, teniendo como objetivo primordial sugerir su reforma legislativa, para que no exista inconstitucionalidad, contradicción e impertinencia como se legisla actualmente.



## CAPÍTULO I

### 1. Objeto y realización del derecho

“El objeto del derecho es todo aquello que es susceptible de constituir materia de relación o protección jurídica”.<sup>1</sup> La expresión objeto del derecho se emplea en distintos sentidos. Algunas veces se designa con ella lo que cae bajo la potestad del hombre, y se llama **objeto inmediato del derecho**; otras, significa aquello a que tiende el derecho, lo que se nos hace posible a causa del derecho, el objetivo final del derecho, y se llama, asimismo, **objeto mediato del derecho**. Así, en los derechos de obligación, por ejemplo, se llama objeto tanto el hecho del deudor, o sea la prestación, como la cosa de que se debe gozar de la prestación. Por esa razón, “en obsequio de mayor exactitud del lenguaje y precisión de ideas, se ha convenido en llamar objeto del derecho lo que cae bajo el poder del hombre, y contenido de los mismos lo que podemos obtener a causa del Derecho”.<sup>2</sup>

La definición de lo que constituye el objeto del derecho presenta algunas dificultades, por la diversidad de criterios que existen en torno a éste, Pereznieto, por ejemplo, afirma que el objeto del derecho **es el comportamiento humano**. Según Rojina Villegas, **sólo la conducta humana es la que constituye el objeto del derecho**, y agrega que es falsa la afirmación que menciona que los bienes o las cosas puedan ser objeto del derecho. Por ello se indica que las cosas o bienes, sean corporales e

---

<sup>1</sup> Pacheco Gómez, **Teoría del derecho**. Pág. 196

<sup>2</sup> Nicolás Coviello, citado por: Pacheco Gómez, **Teoría del derecho** Pág. 195

incorporales, sólo pueden ser objeto del derecho de forma indirecta que el punto que los enlaza como objeto de derecho es el ser humano. Ello es, que constituyen objeto del derecho solamente cuando se encuentran relacionados con las personas.

“Para brindar alguna luz sobre el tema, resulta conveniente consignar que, sobre el concepto objeto del derecho caben tres acepciones, a saber:

- a) **El objeto del derecho objetivo**, que sería la conducta humana de relevancia jurídica;
- b) **El objeto de la relación jurídica**, que sería la materia sobre la que versa la relación; y
- c) **El objeto de los derechos y obligaciones** que surgen de la relación jurídica, que está constituido por los bienes.”<sup>3</sup>

### 1.1. El derecho como objeto de estudio

El estudio del derecho como una ciencia, se inicia por la misma necesidad que los seres humanos tienen de coexistir unos con otros, siendo ineludible la creación de reglas y/o normas jurídicas que proporcionen seguridad jurídica certeza y sobre todo la paz social, también esas normas jurídicas han establecido la designación a quién

---

<sup>3</sup> Alberto Pereira-Orozco. *Introducción al estudio del derecho II*. Pág. 76



corresponde gobernar y cómo ha de gobernarse para que exista el equilibrio y la armonía dentro de una sociedad.

### **1.1.1. Noción del derecho**

Es un trabajo arduo constituir una noción precisa de lo qué es el derecho, primero por ser una ciencia tan dinámica; y segundo por lo trascendental que es lograr realizarlo, verbigracia, en la antigüedad el derecho se le dio una doble forma como una facultad y como una norma. También se le considero como un conjunto de reglas y disposiciones moderadoras que declaraban y protegían los intereses materiales y morales de los hombres en un mundo exterior compuesto por otros hombres, que estaban vinculados y relacionados por un metódico amparo.

Es decir esas reglas y disposiciones reguladoras dieron lugar al nacimiento de relaciones obligatorias teniendo como objetivo principal la conducción social, por qué se indica esto, por el hecho de que la disposición imponía a que se cumpliera una conducta en la medida que se contrariaba esa regla o disposición, de tal suerte que al darse la libertad del hombre en su conducta individual frente a un deber ya establecido, dio como origen al deber de cumplir en forma ineludiblemente sin excepción alguna la misma, sin excepciones.

Se realiza un análisis paralelo para tratar de entender primero, el alcance o lo que abarca el concepto ideal de libertad, y en segundo, la limitación que tiene esa libertad por las concepciones deber y obligación. La libertad del ser humano fue valorada



cuanto éste se convierte y se le llega a considerar como sujeto del derecho, y sus consecuencias más inmediatas consisten en deberes y obligaciones perdurables, es decir, que mientras el hombre viviera y aún más, después de su muerte le perseguían esos deberes y obligaciones, pero, en vida el ordenamiento le otorgaba la libertad de hacer lo que las reglas y normas jurídicas e incluso las normas morales le permitían realizar en algunos aspectos de su vida personal, donde pudiera cumplir con sus deberes y obligaciones conferidas.

Por otro lado, la idea de la libertad no solo se dan deberes y obligaciones si no que de forma paralela surgen derechos y facultades; en ambos sentidos estos se ejecutan en forma reciproca entre las partes que intervienen en la relación jurídica. Posteriormente la sociedad humana concibe al derecho con una misión social, que le proporciona beneficios y al mismo tiempo la garantía de que cada individuo tiene derechos y puede exigírsele el cumplimiento de sus obligaciones, ya sea en forma individual o en forma colectiva, ya que por la naturaleza misma el ser humano se interesa y se preocupa por sus derechos, pero con ello recíprocamente surgen sus obligaciones y tiende a exigir que se cumpla lo que le conviene o lo que en derecho le corresponde.

Durante los siglos XIX y XX, al derecho se le conceptúa como una norma de conducta a la que había que someterse, porque proporcionaba protección en la vida social y evitaba que surgieran conflictos entre sus miembros. El concepto actualmente, se ha ampliado y también se han integrado otras consecuencias, es decir, que la norma jurídica su contenido comprende un criterio más extenso que tiene inmerso la obligación, el deber, la facultad y la sanción y que a la vez representa un declaración



del derecho que tienen un hombre, asegurándolo por medio de mandatos imperativos, incluso llegando a afectar la libertad.

En uno y otro sentido, al derecho se le sigue teniendo como el orden que dirige, independientemente de las voluntades a quienes va dirigido y explica el por qué es creada una norma jurídica, cuando se define a quienes va dirigida y aún cuando está cobra vigencia en contra de la libre voluntad de los individuos que forman esa sociedad.

“En otras oportunidades el derecho es definido bajo los caracteres que cada uno de los autores le imprimen bajo su perspectiva, -aunque aparecen elementos comunes- al decir de P. Ceferino González, primero, como una actividad o facultad personal; segundo, un ejercicio útil de la misma facultad; tercero, un ejercicio lícito; y cuarto, una relación con los demás seres racionales, por la que se le impone respecto a la referida actividad.”<sup>4</sup> En síntesis puede decirse, que el derecho tiene como finalidad principal mantener la convivencia social estable y pacífica entre los miembros de una sociedad. Siendo necesario la regulación de la vida social por medio de normas jurídicas antes y después de su nacimiento y aún ulteriormente después de la muerte, por lo tanto, la vida social humana está compuesta por una estructura que hace posible una ordenada convivencia y, que, detrás de ella está necesariamente la creación de normas jurídicas, afirmando con ello, que no hay acto o acción humana que no esté sujeta a esa regulación legislativa.

---

<sup>4</sup> Citado por Otto Nicolás S. de Otto. **Apuntes del derecho civil (parte general)**. Pág. 13.



### **1.1.2. Derecho positivo y derecho vigente**

Como se menciona con anterioridad, el derecho se ha constituido bajo normas jurídicas, que tienen por objeto regular la convivencia armónica dentro de la sociedad, y siendo que el Estado, es el único que está legitimado para crear ese ordenamiento jurídico, por lo que, es necesario se realice una comparación entre el derecho positivo y el derecho natural, surgiendo con ello la contrariedad que se da entre el ideal jurídico de un derecho natural, es decir, que es la justificación del derecho, contra lo que el ser humano plasma dentro del ordenamiento jurídico.

El derecho positivo, puede definirse de la siguiente manera, “es el que tiene aplicación práctica, el que es reconocido, aceptado y aplicado judicial o extrajudicialmente en un lugar y tiempo determinado”.<sup>5</sup> Por lo tanto, ese conjunto de normas jurídicas para ser observadas y aplicadas para una determinada época y lugar han sido instituidas por el ser humano por medio del órgano legislativo, teniendo como único objeto que se rija bajo una conducta individual o colectiva.

Como es de suponerse la coexistencia y la forma en que se regulan esas normas jurídicas son los problemas principales que afronta el derecho positivo, pues la convivencia segura y pacífica de la sociedad no es el único fin, sino, que también tiene otro fin fundamental es la justicia, la que ha de alcanzarse al aplicarse y ponerse en práctica las normas jurídicas las cuales nacen por los sucesos sociales imperantes en

---

<sup>5</sup> Dorantes Tamayo, Luis. ¿Qué es el derecho?, Introducción filosófica a su estudio. Pág. 81.



un período determinado. Al final, la idea de un ordenamiento jurídico es la realización de la más plena justicia.

La positividad del derecho tiene como origen las normas jurídicas y cómo deben de aplicarse, mas debe afirmarse que es indispensable una verdadera regulación de la conducta humana, como sujetos de derecho a quienes se dirigen las normas jurídicas y que estas al mismo tiempo se encuentren vigentes, es decir, que no sean derogadas o abrogadas, y que causen una obligación. En este sentido se puede hablar de positividad y de vigencia del derecho, dado que no solo basta la creación de las mismas, es necesario que existan, que se apliquen, que se observen y que al final se cumpla eficazmente como afirma Dorantes Tamayo, cuando dice que “Un derecho vigente cuando, habiendo sido elaborado y aprobado técnicamente, de acuerdo con todas las reglas previamente establecidas para ello, no ha sido abrogado por ninguna ley posterior, -Lex posterior derogar priori-; no importa que alguna de sus normas dejen de ser aplicadas efectivamente; la vigencia de éstas también continúan”.<sup>6</sup>

El derecho positivo, conforme a lo expuesto, es el que concede facultades y recíprocamente confiere obligaciones; y la relación estrecha que existe entre el derecho vigente es de suma trascendencia, porque, la norma jurídica al estar vigente da como resultado la aplicabilidad, y al mismo tiempo esa aplicabilidad hace que la norma jurídica sea útil a la sociedad y sobre todo sea positiva.

---

<sup>6</sup> *Ibíd.* Pág. 81



### 1.1.3. Derecho subjetivo

Después de haber establecido qué es el derecho positivo y el derecho vigente, aparece otra interrogante ¿Cuál es el alcance de las facultades jurídicas que tienen los individuos frente a otros o frente al Estado?. Al derecho subjetivo se le ha definido como la facultad de obrar, la posibilidad de hacer cada quien, por sí mismo alguna cosa o exigir de otro que lo haga u omita hacerlo en provecho propio.

Cuando se habla de derecho subjetivo, se delibera que se discute de la libertad que todo sujeto de derecho tiene para ejercer la facultad que la ley le otorga, resultando por ello un sentido distinto de lo que es el derecho positivo, toda vez que éste es el que lo genera. El derecho subjetivo tiene varias ponencias, citando a los siguiente autores: Bernardo Windscheid, “El poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico”; Rodolfo Ihering, “los derechos – subjetivos - son intereses jurídicamente protegidos”; Jorge Jellinek, “un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual”; Rodolfo Stammler, “todo derecho subjetivo o voluntad sujeta al derecho, depende de un derecho objetivo o voluntad jurídicamente soberana, por lo que, una facultad jurídica es la voluntad conforme al derecho de un sujeto de derecho”; Jorge del Vecchio, “la facultad de voluntad y de pretender atribuida a un sujeto, que corresponde a una obligación de parte de otro”; o Hans Kelsen, “el derecho subjetivo es, como deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma”.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Citados por Fausto E. Vallado Berrón. *Introducción al estudio del derecho*. Pág. 120 - 127.



Al hacer el análisis correspondiente se deslinda que, lo que tienen en común las ponencias anteriores al concepto de derecho subjetivo, está en que el derecho subjetivo constituye un aspecto positivo de poder entre las relaciones jurídicas que surgen, en otras palabras, se concretan a circunstancias técnicas y específicas cuando se trata del derecho privado, ya que este lo que persigue es que se cumpla un derecho o una obligación exigibles y que se sancione a quien la incumpla; sin embargo, esas eventualidades precisan que se dé la existencia de derechos privados subjetivos, y de forma paralela derechos públicos subjetivos, todos dirigidos a obtener derechos privados y públicos; aquéllos que competen a la persona como tal (derechos de la persona, de familia, de las cosas, y de las obligaciones) y éstos indican la forma en que puede accionarse cuando una de las partes dentro de la relación jurídica es el Estado y cómo se le pide o reclama algo, marcándose la diferencia entre los derechos privados subjetivos y públicos

Y lo más importante, cuando el Estado actúa dentro de una relación jurídica privada como persona jurídica colectiva y no como un ente coercitivo y de poder; y cuando este mismo está en la posición de administrador y el afectado es el administrado.

## **1.2. La realización del derecho**

“Hoy casi todos los teóricos de lo jurídico están de acuerdo en que la finalidad es el motivo que estimula la creación de todo derecho, y afirman que no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito; esto es, al intento de satisfacción de una

necesidad práctica”.<sup>8</sup>

“El fin, la finalidad, el propósito, consiste en producir en la realidad social unos determinados efectos, los efectos que son deseados por considerarlos valiosos, justos, convenientes, adecuados a la subsistencia de una sociedad correctamente ordenada, oportunos, garantizadores de la autonomía personal, serviciales para el bien común, etcétera”.<sup>9</sup>

Por ello, toda norma jurídica, en su estructura, se compone de dos partes esenciales, a saber, el supuesto jurídico –también denominado hipótesis normativa o supuesto de hecho- y la consecuencia jurídica o de derecho. Establecido lo anterior, podemos iniciar el análisis de la estructura de la norma jurídica

“El supuesto de hecho de la norma jurídica constituye una previsión o una anticipación hipotética respecto de una posible o incluso probable realidad futura. Gráficamente se expresa con la proposición: si es A. El supuesto de hecho es esta misma realidad futura en cuanto mentalmente imaginaba o idealmente prefiguraba. Toda realidad es un entramado de hechos naturales y de actos, conductas o situaciones”.<sup>10</sup> Por lo cual, una definición del supuesto jurídico, diciendo que “la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma”.<sup>11</sup> O dicho en otros términos, el supuesto jurídico es el conjunto de condiciones de cuya realización depende la validez normativa de las consecuencias jurídicas.

---

<sup>8</sup> Luis Recanséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, Pág. 121

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Pág. 61-62

<sup>11</sup> Eduardo García Maynez, *Introducción al estudio del derecho*. Pág. 172



La consecuencia jurídica o de derecho, debemos partir del hecho de que, toda consecuencia de derecho es producto del cumplimiento del supuesto jurídico contenido en la norma jurídica. Estas consecuencias comprenden las acciones de los seres humanos ya que, como lo indica García Maynez, no tendría sentido dictar normas a la naturaleza.

“La consecuencia jurídica o de derecho son todas aquellas situaciones jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de la realización de los distintos supuestos previstos en las normas jurídicas”.<sup>12</sup>

### **1.2.1. La misión del derecho**

El derecho es un objeto innatural, consecuencia de la coexistencia y convivencia sociales. Su origen está en la colectividad de una sociedad que adquieren consciencia de lo jurídico y, por ello, tienen sentido para los individuos que no pueden vivir aislados, sino, para que coexistan y convivan haciendo vida social. La cuestión fundamental, es ¿para qué existe el derecho como exigencia de la sociedad humana?. Una de las tantas respuestas posibles es el orden. Dentro de nuestra sociedad esto se llega a cumplir, algunas veces por los medios coercitivos, para que se cumpla o se haga cumplir una determinada conducta

La observancia de la norma jurídica se ciñe en que se aplique y que se cumpla por lo regla el ordenamiento jurídico para que haga soportable la coexistencia y convivencia

---

<sup>12</sup> Rafael Rojina Villegas, *Introducción al estudio del derecho*. Pág. 171



pacífica, segura y justa de los integrantes de la sociedad humana.

Esta característica es fundamental cuando armoniza actividades y conductas de los individuos miembros del grupo social, lo cual se alcanza mediante el derecho, pues el ser humano procura alcanzar posiciones por calidades y cualidades, descartando el capricho de un individuo o la vehemencia de la fuerza emanada de un solo individuo o de un grupo.

Lo inicialmente expuesto, trae a colación que el derecho existe y que fija su misión, en la obediencia ineludible de reglas que permiten el desenvolvimiento de las actividades humanas dentro de un marco de seguridad, paz y justicia, de otra manera, el desarrollo normal de la sociedad será limitado por el caos y la dificultad de realizar el derecho positivo y vigente con su consecuencia directa, motivada por la desobediencia, inseguridad, intranquilidad e injusticia.

### **1.2.2. La libertad y el derecho**

El título de este apartado plantea uno de los más candentes problemas del estudio del derecho, pues la realización del orden jurídico y ligado al orden social, reconoce como fin principal la libertad de los seres humanos y el ámbito que ocupan.

El derecho, es un objeto, creado por el ser humano para cohabitar con seguridad, paz y justicia. A simple vista puede pensarse es la negación o el contrario de la libertad o, por lo menos, una limitante de ella. Más esto es erróneo, porque la libertad existe como



atributo de la voluntad del ser humano, como lo son la autodeterminación y derecho. La libertad es distinta del libre albedrío y distinguida de la facultad otorgada por una norma jurídica. Por estas razones es un derecho subjetivo, es propia del individuo que puede obrar, y de hecho lo hace, a su arbitrio, si al caso no interviene en el ámbito o en la esfera de otro, pues si lo hace ocurre desorden, libertinaje y anarquía.

La libertad de los individuos se halla dentro de los límites justos, razonables y racionales; el derecho reconoce la libertad limitada de un individuo, que pueda ejercer los derechos que la ley le otorga, pero ¿por qué es limitada?, y la respuesta es simple, porque “el derecho le reconoce al otro individuo su derecho y al mismo tiempo le limita su libertad, por lo que el derecho es un equilibrio, entre el orden y la libertad, en el seno de la justicia”.<sup>13</sup>

Puede ocurrir el desequilibrio cuando se da mayor importancia al orden jurídico en perjuicio de la libertad, originado, como lógica consecuencia, de la injusticia, según refiere Jorge del Vecchio, cuando dice que “[...] todo sistema jurídico representa un ensayo de conciliación entre el valor del orden y el valor de la libertad; para asegurar en mayor medida uno de estos valores, parece que el otro en cuanto se muestra como antítesis suya debe ser parejamente limitado y sacrificado”.<sup>14</sup> Y para concluir este tema, se extracta que el derecho, es un conjunto de normas que imponen obligaciones (deberes) y otorgan derechos (facultades), teniendo como común denominador la libertad, por lo tanto, el derecho y la libertad están estrictamente relacionados, ya que si

---

<sup>13</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. *Ciencias y filosofía del derecho*. Pág. 301

<sup>14</sup> *Ibíd.* Pág. 165



no se tiene libertad de hacer algo, por ende se colige que existe prohibición para hacerlo, o, en todo caso, es una obligación.

**1.2.3. El ejercicio de los derechos**

El derecho tiene dos finalidades: a) ordenar y estabilizar las relaciones de los integrantes de una sociedad humana; y b) limita el ejercicio de un derecho, tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo, al momento de ejercer un derecho subjetivo y este tiene consecuencias jurídicas, por lo que, tiene por objeto regula el equilibrio entre la extensión y limitación del ejercicio de un derecho.

El derecho se exterioriza por medio de normas jurídicas y éstas se dirigen hacia relaciones de coexistencia que son reconocidas como válidas en un momento determinado, ya sea de manera expresa o tácita, con la finalidad de que sean obedecidas; además, tiene existencia e influye en la forma de realizar y hacer realidad las acciones y actos de la vida individual y colectiva. Lo principal de la norma jurídica, es que proporciona y afirma una facultad y la manera de conducirse en la sociedad, así como la forma para hacer valer o exigir un derecho u obligación. Pero, también, el derecho es una realidad que le imprime carácter de orientador y reconocedor de la libertad para accionar al indicar qué aplicar, en un supuesto marco de justicia, las actuales ideas de proteger al ser humano globalizadamente y, aunque parezca justo, demeritar al ser humano y a la unidad social que involucra el orden jurídico.



## CAPÍTULO II

### 2. El abuso del derecho en la doctrina y la legislación

Institución que ha sido planteada por los estudiosos del derecho, y se ha esbozado una contrariedad, muy discutida, y es lo que se conoce en la técnica jurídica contemporánea como **abuso del derecho**, por cuanto algunos autores no perciben la idea de quien ejercita legítimamente un derecho, pueda incurrir en abuso del mismo. Sin embargo, las corrientes modernas tienden a responsabilizar al sujeto de derecho, que no obstante al ejerce un derecho, lo hace sin necesidad o beneficio para él y en perjuicio de otro sujeto de derecho. “Se concibe en el supuesto, que ha habido exceso en el uso del derecho; por ejemplo, en el caso de quien, so pretexto de lo absoluto de un derecho dominical, destruye o desnaturaliza un bien de su pertenencia en perjuicio de otro o del interés social.”<sup>15</sup>

La legislación guatemalteca acepta la institución del **abuso del derecho**, la cual se encuentra regulada dentro del Código Civil, en los Artículos 1653 y 1654 y 18 de Ley del Organismo Judicial, y a continuación se desarrolla el tema, iniciando con los antecedentes, hasta concluir con el punto de vista jurídico y científico, para establecer la existencia de la contradicción existente entre la doctrina y la forma en que está legislado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, desde el punto de vista de la sustentante del presente trabajo de tesis.

---

<sup>15</sup> Manuel Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 12-13



## 2.1. Antecedentes de la teoría del abuso del derecho

La regla general de interpretación de las normas jurídicas está contenida en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, derivado de la idea que el ordenamiento jurídico guatemalteco no está constituido, necesariamente, en el mecanismo de los textos legales, sino, en el espíritu que impulsó al legislador al crearlas, para luego emitir las como leyes.

El artículo arriba indicado comienza estableciendo que las normas “se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras. y éstas se entenderán, afirma el siguiente artículo [...] de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española [...]”. Ello confirma el principio de interpretación gramatical, por lo que se desprende que la misma ocupa el primer lugar, lo que le siguen la finalidad y el espíritu, la historia de la institución, las disposiciones análogas y por último, la equidad y los principios generales del derecho.

La fórmula legal puede ser suficiente para el caso de interpretar el contenido y sentido de las normas jurídicas, ya que dentro de ellas se encuentra lo que se entiende como abuso del derecho, enriquecimiento sin causa e imprevisión, pero el tema que es de interés es el abuso del derecho, el cual es el objeto de este estudio e investigación.

Es primordial dejar claro que no puede abusarse del derecho en cualquiera de sus formas, verbigracia: a) la abstención de ejercicio de un derecho en perjuicio de otros; b) el ejercicio en sentido contrario al propio contenido o contrario a los fines sociales para



los cuales han sido reconocidos u otorgados, es decir, que cuando se tiene por fundamento el derecho, como función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre la base de la justicia sin alterar los límites morales; los tratadistas, como se verá más adelante, lo incluyen para despejar la cuestión de ejercer el derecho conforme a las normas jurídicas y exigir únicamente el ejercicio sin perjudicar a los demás y menos tener intención a causar daño con fines ilícitos o amorales simultáneamente.

El desarrollo del concepto del abuso del derecho se ha afianzado, desde las incipientes fórmulas del derecho romano, a las tendencias y teorías modernas, una dirección progresiva, aunque estática en la actualidad del pensamiento jurídico que hoy por hoy conforma la teoría del abuso del derecho.

### **2.1.1. Derecho romano**

El derecho romano, erigió una serie de instituciones jurídicas que asombrosamente, perduran después de más de dos milenios, unas sin variante alguna, otras que se han adecuado por el transcurso del tiempo y otras que han evolucionado, como es el caso de abuso del derecho, que ha sido conocido pero no empleando este concepto.

Correspondió al pretor introducir la fórmula para que el juzgador decidiera en ciertos casos conforme a, "qué cosa hay que dar o hacer de buena fe -quidquid dare facere oportet ex fide bona)-; o bien, "para que entre buenos se actúe bien y sin engaños -ut inter bonos bene agere oportet e sine fraudatione-; instando el empleo de la moralidad y

la ética, en los usos del comercio y las circunstancias particulares que rodearan al caso, significando a su vez el derecho más estricto y la equidad como idea concebida, aunque no desarrollada a plenitud.

El jurisconsulto Gayo afirmó, sin embargo, que “no tenemos que usar mal de nuestro derecho” -male enim nostro jure uti non debemus-. Ulpiano, postuló los preceptos del derecho: vivir honestamente, no perjudicar a nadie y dar a cada cual lo suyo -juris praecepta haec sunt honeste vivere, enminem laedere suum cuique tribuere-<sup>16</sup>.

La esencia de la teoría del abuso derecho, desde el punto de vista del derecho romano, estuvo en la búsqueda de una solución adecuada para casos prácticos, lo que es fuente de las afirmaciones de Vicente Arangio Ruiz, “acerca que era preciso impedir la injusticia a que pueda dar lugar el abuso de aquellas formas recibidas de los predecesores o inventar nuevos medios de tutela legal y de protección de los incapaces, primordialmente en la etapa del principado, promoviendo que quedarán, formalmente intactas las costumbres preexistentes, permitían reprimir los abusos y paralizar las injusticias”,<sup>17</sup> se crearon disposiciones empleando las fórmulas arriba indicadas, construyendo de esa manera la defensa contra la demanda por el abuso de los derechos, determinada “exceptio doli generalis”, opuesta por el demandado para impedir el perjuicio material y como excepción procesal. Este medio de defensa triunfó como derecho simplemente formal sobre el derecho del demandante, previniendo y dejando explicada que la base de la represión o el rechazo al abuso de los derechos

---

<sup>16</sup> Citados por Lino Rodríguez-Arias Bustamante, **El abuso del derecho**. Pág. 13 - 14.

<sup>17</sup> Arangio-Ruiz, Vicente. **Historia del derecho romano**. Pág. 172 - 269.



era más que todo económica, que de justicia.

Ulpiano, primero y Paulo después, desarrollaron la cuestión defensiva y admitieron la “exceptio doli generalis, en caso de quien haya actuado o no haya pensado en provocar el daño o tuviera intención de ocasionarlo, aceptando la existencia de un interés económico para exigir la reparación correspondiente, pues el daño es contrario a derecho”<sup>18</sup>, lo cual imperó sobre todo en las relaciones de vecindad, aunque no separó otras instituciones como la de los esclavos.

La teoría del abuso de los derechos, aun con la fórmula de la “exceptio doli generalis”, coincide en el génesis de la institución y si bien no hubo una norma que la reprimiera expresa y tajantemente, fue rechazada atendiendo a principios morales, éticos y ha circunstancias particulares del caso, atendiendo los principios de la buena fe en el ejercicio de los derechos, porque estos no podían ser ejecutados en forma absoluta e ilimitadamente, ni alterar o perjudicar o dañar a otros, contradiciendo el postulado de que, nadie perjudica a otro cuando usa de su derecho -neminem laedit qui jure suo utitur-; aplicable a los derechos subjetivos.

Gayo y Paulo, emiten formulas relativas al instituto diciendo que, a nadie que usa su derecho se puede acusar que perjudica a otro -nullus vidatur dolo facere qui jure suo utitur-; y que, nadie hace daño a otro, sino aquél que hizo algo que no tenía derecho a hacer -nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere jus non habet-; dando a entender

---

<sup>18</sup> Citado por Lino Rodríguez-Arias Bustamante, **El abuso del derecho**. Pág. 14-15.



que, el que produce un daño con derecho y causa no actúa con “dolus” o por “vis”, no comete “damnum injuria datun” -no comete daño por injuria-.<sup>19</sup>

Otro antecedente aplicable en derecho romano a la teoría del abuso del derecho, es la definición de Celso, derecho es el arte de lo bueno y equitativo -jus est ars boni e aequi; que contradice los preceptos formulados por Gayo y Paulo, pues da lugar a un delicado problema de interpretación respecto al derecho de propiedad, en el período de Justiniano, el cual es contestada por Ortolán al decir que, cada cual, es propietario absolutamente de los objetos que ha adquirido, cualquiera que sean estos objetos, y que, el dominio da sobre la cosa es un pleno poder -penam in re potestatem-; mas este dominio (dominium), dice representa diferentes derechos:

[...] -Jus utendi-, es decir, el derecho de hacer de la cosa todo el uso que sea posible y de obtener de ella todos los servicios de que sea capaz;

-Jus Fruendi-, el derecho de percibir, no todos los productos y creces, sino todos los frutos que produce;

-Jus Abutendi-, el derecho de disponer de ella, ya enajenándola, o ya aún destruyéndola; por último el derecho que viene a ser una sanción de todos los demás, de reivindicarla de manos de cualquier detentador.”<sup>20</sup> Ortolán, explica, “además, la palabra abuti -de ab, privación y uti, usar-, no es del derecho romano, sino de las

---

<sup>19</sup> **Ibíd.** Pág. 16

<sup>20</sup> Ortolán, M. **Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano**, Tomo I. Pág. 298.



lenguas modernas, ya que designa el uso tal, de la cosa, que hace cesar y que destruye su uso, tal como el efecto de la enajenación o el consumo, por lo que, existe la posibilidad de una destrucción de la cosa arbitraria y por voluntad del dueño, lo cual resulta difícil de comprender actualmente”.<sup>21</sup>

Como puede observarse, el derecho romano no legislo de forma expresa la institución del abuso del derecho, pero dentro de las formulas de solución en los litigios, se basaron en la moral, la ética y la equidad, en búsqueda de la justicia, por lo cual, se concibe en forma tácita que en ese período no solo se dio el iniciación a la germinación de la institución que actualmente se le conoce como abuso de derecho, dejando plasmado que el derecho puede ejercerse pero tiene la limitación que no puede sobrepasarse y causar daño y/o perjuicio a otra persona tanto el su integridad como ser humano, así como en su propiedad.

### **2.1.2. Los actos de emulación**

La teoría de los actos de emulación aparece en la época de los glosadores durante la edad media, especialmente en Italia, según la escuela fundada por Cino de Pistoia.

La teoría parte de los conflictos de derechos vecinos o instados por la intención de perjudicar a un tercero o cumplir un acto cualquiera, sin exceder el autor del acto, es decir, de los límites fijados por la ley. Se trata de emular la ejecución de un acto con intención dañosa -animo nocendi-, apoyado en el ejercicio de un derecho e influido por

---

<sup>21</sup> **Ibíd.** Pág. 299



un ánimo envidioso, celoso, maligno o despectivo, que si bien podía ser constitutivo de un acto bueno, imitaba la virtud.

Aún cuando la teoría indica el combate del abuso del derecho con reglas propuestas por la escuela de los sabinianos por la malicia en el ejercicio del derecho –al decir de Rodríguez Arias Bustamante-, la escuela de los proculeyanos insisten en las normas de emulación, logrando superar el conflicto en su favor por la influencia de la ética cristiana y la máxima evangelización que estima ilícito negar lo que a uno es útil y no daña al que lo pueda conceder.<sup>22</sup> Por ello estima la teoría que el propietario de la cosa puede hacer lo que está comprendido en los límites objetivos de su derecho, según las institutas de Justiniano, asumiendo que el abuso del derecho se produce con criterio objetivo, siempre que el acto esté conexo con el fin para el cual el derecho ha sido concebido.

### **2.1.3. Regulación legislativa internacional del abuso del derecho**

Es interesante que siendo el derecho una ciencia y como tal tiene la categoría de componente esencial en todo Estado, al instituirse un ordenamiento jurídico, es necesario que se elabore una disertación de las semejanzas y diferencias que existente en otras legislaciones de dos o más países, para estar al tanto, de la forma en que está decretando, también, en lo que respecta a su vigencia y positividad, lo cual se explica a continuación.

---

<sup>22</sup> Rodríguez-Arias, Bustamante. **Ob. Cit.** Pág. 17.



## a) Derecho civil francés

En el sistema civil francés sostuvo, antes de emitir su teoría del abuso del derecho, el principio romano de que un propietario puede incurrir en responsabilidad si verifica cambio en su fundo con el sólo objetivo de dañar a otro, sin beneficio para sí, lo cual fue superado al promoverse el principio procesal de audiencia a la contraparte y aparecer la tesis que admiten y rechazan el abuso del derecho.

“Planiol y Ripet,<sup>23</sup> afirman la existencia de un antiguo principio del libre uso de los de los derechos aprovechando los postulados de Gayo”. Estos autores niegan, por ello, la responsabilidad e indican que la teoría moderna del abuso de los derechos en una controversia, pues si se usa un derecho los actos no son ilícitos y cuando lo son, se debe a un sobrepase de los límites del derecho; por tal causa no constituye el ejercicio de un derecho ilícito y no es una categoría jurídica distinta al acto ilícito y asientan su tesis en una idea relativa de los derechos.

Finalmente expuesta la teoría del abuso del derecho, en el derecho civil francés, no se presenta la institución con la intencionalidad dañosa, sino, que el actor puede estar dentro del derecho y la buena fe y si al mismo tiempo causa un perjuicio ajeno no obtiene beneficio alguno, en cuyo caso puede suceder indignidad moral, aun causando lesión, pues para ellos el derecho termina donde el abuso comienza y no puede hacer

---

<sup>23</sup> Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado elemental de derecho civil*, Parte B, Volumen 4. Pág. 788-789.

uso abusivo de un derecho cualquiera, siendo razón irrefutable que un solo y mismo acto no pueda ser, a la vez, conforme al derecho y contrario al derecho”<sup>24</sup>.

Josserand,<sup>25</sup> contrario al Planiol y Ripert, a quien critican severamente, formula la observación “de que un acto puede ser contrario al derecho en general (derecho objetivo o regla de derecho), comprometer la responsabilidad y ser conforme a un derecho subjetivo (derecho de propiedad, derecho de comparecer a juicio), pero no cabe un abuso del derecho (objetivo), si cabe un abuso de derecho (subjetivo) o abuso de los derechos, de ahí que la cuestión se resuelve en los tribunales al concebir la existencia del abuso de los derechos y nada más”.

Henri, León y Jean Mazeaud,<sup>26</sup> exponen “que el abuso de los derechos, en principio, se basa en que todos los derechos son susceptibles de abuso y son relativos, aunque existen excepciones por algunos derechos que son absolutos”.

Por eso admite el abuso definido con criterio de culpa, “toda persona que no se conduce conforme el derecho incurre en culpa y compromete su responsabilidad por el daño causado al ejercer un derecho o fuera del mismo”. Apoyan su tesis en el antiguo derecho francés que no dudó en reprimir todo abuso malicioso y condenado por el Parlamento de Aix en 1577; afirmando que si bien los redactores del Código Civil, no consideraron la cuestión, la jurisprudencia se encargó de admitir la responsabilidad por abuso de los derechos, concluyendo que en el derecho positivo francés, está admitida

---

<sup>24</sup> Planiol, Marcel y Georges Ripert. **Tratado elemental de derecho civil**, volumen 4. Pág. 788-789

<sup>25</sup> Josserand, L. **El espíritu de los derechos y su relatividad**, Pág. 226 y siguientes.

<sup>26</sup> Mazeaud, Henri y León y Jean Mazeaud. **Lecciones de derecho civil**, volumen 6, Tomo II, pág. 137



la posibilidad de incurrir en una culpa y comprometer la responsabilidad propia en el ejercicio de un derecho.

Distinguen esos autores entre actos contrarios a una regla de derecho y actos que comprometen la responsabilidad del autor, acogiendo dos sentidos:

- A. Que los actos dañosos cumplidos sin ejercer un derecho subjetivo, faltando derecho, obligan a reparar el daño; y
- B. Que los actos dañosos cumplidos en el ejercicio de un derecho subjetivo no comprometen la responsabilidad, pero si existe el abuso de un derecho que debe repararse.

#### **b) Derecho civil italiano**

El Código Civil italiano de 1865; asevera Rodríguez-Arias, Bustamante;<sup>27</sup> recogió el principio del abuso del derecho “al referirse al ejercicio de las facultades del dominio, no por utilidad, sino con la finalidad de causar molestias a otros, delimitando el derecho de goce y disposiciones de la cosa”.

Similar concepto contiene el proyecto del Código Civil de 1942 en el Artículo 74, define “el resarcimiento del daño causado a otro cuando excediendo, en el ejercicio del propio derecho, los límites impuestos por la buena fe o el fin en vista del cual el derecho le ha

---

<sup>27</sup> Rodríguez-Arias, Bustamante **Ob. Cit.** Pág. 52.



sido reconocido; sin embargo, el concepto no es incorporado en el Código Civil posterior, pero asimila los actos de emulación al determinar que el propietario no puede hacer actos los cuales no tengan otro objeto que aquél de dañar o causar molestias a otro (Artículo 833), lo que confirma una prohibición y un reflejo del interés colectivo a la utilización de los bienes, dando por sentado que el abuso del derecho no ha sido sancionado como principio específico, pero amparado en determinados casos su existencia acorde con esa norma”.<sup>28</sup>

### **c) Derecho civil español**

En la antigua legislación española (Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real y Partidas), se castiga el abuso del derecho con plena influencia del derecho romano. En la actual legislación civil española, se tiende a responsabilizar la subjetividad por el hecho propio; esto es, la culpa derivada de una actividad en el ejercicio de los derechos.

La cuestión controversial indica “que se incurre en culpabilidad, origen de la responsabilidad civil, por actos realizados en el ejercicio de un derecho, según admite Espín Cánovas”,<sup>29</sup> más la jurisprudencia es suficiente y evolucionada en cuanto a que debe obrarse con diligencia y evitar el abuso de derecho, apropiado así, la tesis francesa expuesta, para sancionarlo. También es importante resaltar que el derecho civil guatemalteco, es originario del derecho civil español, y por lo tanto, la institución

---

<sup>28</sup> **Ibíd.** Pág.52

<sup>29</sup> Espín Cánovas, Diego, **Manual de derecho civil español**, volumen III Pág. 471.



está legislada con la misma fórmula que está legislada en el código civil guatemalteco.

#### **d) Derecho civil mexicano**

El Código Civil mexicano de 1928 está inspirado en el Código Civil alemán y la teoría de Connecase, especialmente en lo que se refiere a 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”, y que, cuando “al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”, (Artículos 840 y 1912).<sup>30</sup>

La tesis mexicana, aunado a lo anterior, tiende a responsabilizar por hechos ilícitos que causan daño y por consiguiente a la reparación del mismo; sin embargo, Rafael Rojina Villegas, opina “que no se trata de un caso común y corriente, de un acto ejecutado con dolo o culpa, sino con carácter ilícito, porque hay intención de dañar sin obtener utilidad, aun cuando se actúe dentro de los límites del derecho; por consiguiente, el Código Civil mexicano establece una regla general para el ejercicio de los derechos reales o personales y aplicación de ella en el caso de la propiedad”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Citados por Manuel Borja Soriano, **Teoría general de las obligaciones o derechos de crédito**. Pág. 378.

<sup>31</sup> **Ibíd.** Pág. 359 - 363.



## e) Derecho civil argentino

El sistema civil argentino no contempla la teoría del abuso de los derechos, pero si la jurisprudencia, sin embargo, afirma Rodríguez-Arias Bustamante,<sup>32</sup> al interpretar la disposición legal de que, "el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto, (Artículo 1701 del Código Civil), define el abuso, pero, no se justifica que tanto una como otra condición legal permitan la impunidad de una conducta dolosa o culpable, dando lugar y paso a la teoría del abuso del derecho y a una reforma del artículo citado, cuando se le inserta que, la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal al que contrarié los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Al hacer una comparación de esta norma jurídica, se ha establecido que al momento de incorporar la institución dentro del la Ley del Organismo Judicial guatemalteco, en su forma primaria, antes de ser reformado, el proyecto de ley redacto de forma similar la institución del abuso del derecho en la legislación argentina, considerando la sustentante que es mucho más clara y amplia que la legislada actualmente.

### 2.2. Teorías contrarias a la teoría del abuso del derecho.

Los tratadistas franceses Marcel Planiol y León Duguit, se oponen al abuso del derecho. El primero, afirma que no es posible incluir dentro del tema de la

---

<sup>32</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. **Ob. Cit.** Pág. 104-106.

responsabilidad civil una cosa y a su vez su contrario, pues el ejercicio de un derecho – derecho subjetivo definidos o no -, es limitado por los derechos de los demás y por lo tanto, es absurdo hablar de abuso o sobrepasarse de un derecho, si existe facultad para usarlo. El segundo, indica que el problema del ejercicio abusivo de un derecho no está permitido y que quien lo hace no está protegido legalmente y que la teoría no contiene nada de específico, toda vez que si hay derecho, este cesa donde el abuso comienza.

Nicolás Coviello, también se opone a la teoría del abuso de los derechos, afirmando que lo normal es, el uso del derecho y si no está impuesto en la ley o no deriva de la necesidad misma ocurrida de los hechos en que se encuentran derechos de la misma naturaleza en juego, hay un límite inexistente que no puede arbitrariamente imponerse; en consecuencia, quien sobrepasa los límites normales del uso actúa dentro del límite de su derecho reconocido y garantizado por la ley y al haberse violado el límite y por lo mismo, el acto, no es ilícito, toda vez que ese límite es el que falta.

### **2.3. Teorías favorables a la teoría del abuso del derecho**

Louis Josserand, es uno de los tratadistas franceses que favorecen la teoría del abuso de los derechos, como quedara dicho; igualmente se puede mencionar de los tratadistas Henri, León y Jean Mazaud, proclives a la teoría del abuso del derecho.

Entre otros se mencionan a Julián Bonnecase, Ennecerus, Kipp y Wolf, así como Roberto Galdchimidt, también se inclinan por proseguir la tesis.

## **2.4. Teoría del abuso del derecho dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco**

El ordenamiento jurídico guatemalteco tiene una posición positiva ante la institución del abuso del derecho, la cual ha sido aceptada y regulada a partir el derecho civil castellano y colonial, la revolución liberal de 1871 dentro de los Códigos Civiles de 1877, 1933, y 1963; por lo que a continuación se desarrollan en los subsiguientes subtítulos, para una mejor comprensión.

### **2.4.1. Derecho civil castellano y colonial**

Después de verificada la conquista del territorio que ocupa Guatemala a partir del 1524, el orden jurídico civil estuvo dominado por el derecho castellano contenido en las diversas legislaciones antiguas españolas en las que, como queda dicho, el ejercicio abusivo de los derechos se mantuvo invariable hasta que se produjo una reforma sustancial al emitirse el Código Civil de 1877.

### **2.4.2. Revolución liberal de 1871 y el Código Civil de 1877**

Es indudable que la separación del territorio guatemalteco y su real y efectiva independencia (1823-1847), es el principio para abandonar la legislación castellana y española impuesta por conquistadores y colonizadores; sin embargo, la teoría del abuso del derecho no fue separada como se puede observar en el Código Civil emitido en 1877 al incluirse normas que lo determinan como un sistema, a saber:

**Artículo 2227.** “Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo. [...]”

**Artículo 2295.** “El que sin culpa alguna, causa daño, no está obligado a la reparación, no se hallan en este caso los que voluntariamente se han privado del uso de la razón, y en ese estado causan daños a otro en su persona o en sus bienes”.

**Artículo 2296.** “No hay obligación de indemnizar los daños causados en ejercicio de un derecho; a no ser que entre los modos de ejercerlo, se hayan escogido voluntariamente el que era perjudicial”.

Las normas citadas fueron analizadas y examinadas por el tratadista civil guatemalteco Fernando Cruz,<sup>33</sup> sustentado que el criterio del código es que:

“[...] el que causa daño, pero sin que haya absolutamente ninguna culpa de su parte, no está obligado a la reparación porque falta entonces el motivo que la origine; el que procede con toda diligencia sin faltar a la ley y sin tener culpa ni descuido, no puede ser sujeto a responsabilidad. Mas no podrá excusarse de no tener culpa el que voluntariamente V.G. embragándose, se haya privado del uso de la razón y en ese estado de ebriedad cause daños a otro en su persona o en sus bienes (2295 C.), porque es claro que no puede autorizarse esa causa para liberar de las responsabilidades naturales”.

---

<sup>33</sup> Cruz, Fernando- **Instituciones de derecho civil patrio**, Tomo III. Pág. 469 - 470

Y, adiciona cuestiones de importancia para el estudio del abuso del derecho, cuando dice que:

“Se deduce también que aún cuando se cause un daño a otro no hay obligación de indemnizarle si se causó en el ejercicio legítimo de un derecho, porque el que usa de este, a nadie perjudica cuando lo ejerce dentro de los términos y condiciones señalados por la ley (2296 C.), [...], la ley exceptúa únicamente el caso en que una persona disponga de diversos medios para ejercer el derecho; que todos le den al mismo o mejor resultado que el que emplea; y que voluntariamente haya escogido el que era perjudicial. Hay entonces en efecto una razón de equidad porque está manifiesto el propósito de causar perjuicio y el derecho debe autorizarlo, Debe sin embargo, tenerse presente para la aplicación de este principio que es indispensable como se ha dicho que haya diversos medios de ejercitar el derecho, que todos ellos den por lo menos el mismo resultado que el que se adoptó; y que voluntariamente, esto es, de una manera intencional y deliberada, se haya escogido el que era perjudicial”.

Además de las normas civiles aludidas, existen otras disposiciones en el Código Civil de 1877 de las cuales se deduce la posibilidad del abuso en el ejercicio de un derecho, cuáles son:

**Artículo 1517.”** No pueden comprar por sí ni por medio de otro:

1º. El tutor o guardador, los bienes que tengan a su cuidado, del menor o del inhábil;

- 2°. El administrador de los bienes que están a su cargo;
- 3°. El mandatario, sin permiso expreso del mandante;
- 4°. El albacea, los de la testamentaria que administra;
- 5°. El juez, las cosas que se venden por su orden;
- 6°. El escribano y expertos, los bienes que se vendan a consecuencia de diligencias en que han intervenido;
- 7°. El abogado y procurador que hubieran defendido al reo, los bienes que de este se rematen;
- 8°. Los acreedores, las mercancías o cosas muebles cuya venta está a su cargo”.

Al respecto se comentan que la razón para prohibir en los cinco primeros casos dependen de reunir en una sola persona la característica de comprador y vendedor y con respecto a jueces, escribanos, expertos y acreedores comisionados para la venta, porque podrían fácilmente abusar de su autoridad o intervención y obtener así la cosa en perjuicio del dueño, por un precio menor del que legítimamente le corresponde. Además, que la prohibición y la pena se imponen al comprador y no al vendedor.



**Artículo 1715.** “El conductor está obligado: [...]

5º. A no abusar de modo alguno de la cosa arrendada”

**Artículo 1725.** “Se rescinde el contrato de arrendamiento:

1º. Si el arrendatario abandona el cultivo, o si no cuida de la cosa arrendada con la diligencia debida; [...]

3º. Si el conductor abusa de la cosa arrendada, dándole otro destino diferente de aquel para que se le concedió expresa o tácitamente”.

**Artículo 1792.** “Cualquier daño causado en los intereses de la compañía por dolo, abuso de facultades o negligencia grava de algún socio, constituye a su autor en la obligación de indemnizarlo si los consocios lo exigen, con tal que no pueda colegirse de acto alguno la aprobación o ratificación expresa o virtual del hecho sobre que se funda su reclamación”.

**Artículo 1937.**”Son obligaciones del comodatario: [...]

2º. Emplear en el uso señalado por la naturaleza o por el pacto; quedando responsable del menoscabo o ruina, proveniente del abuso; [...]

Normas innecesarias de comentar por la claridad con que fueron redactadas ya que hacia lo que es considerado el abuso del derecho, que fue incorporada de forma tácita.

### 2.4.3. Código Civil de 1933

El Decreto número 1932 de la Asamblea Nacional Legislativa del 13 de mayo de 1933, contiene el Código Civil que sustituye al código civil de 1877 a partir del 30 de junio de 1933. En el contexto histórico legislativo la sustitución no fue total, porque el Libro III del código de 1877 - Obligaciones y Contratos -, no fue tocada y prosiguió vigente, incluso con sus reformas, adiciones y supresiones. De ahí que las disposiciones relacionadas con el ejercicio abusivo de los derechos no variaron.

Sin embargo, en el texto de nuestro código aparecen algunas disposiciones vinculadas con el abuso del derecho no tratada en el subtítulo, tales como:

**Artículo 398.**” El que viola, usurpa o perjudica los bienes o derechos de otro, está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionaren”.

**Artículo 520.** “El usufructuario tiene la obligación de dar garantía aun cuando no haya estado obligado a ella por el título constitutivo del usufructo, si abusa causando deterioro en el fundo o dejándolo destruirse por falta de reparación, así como cuando por el cambio de circunstancias personales del usufructuario, no ofrece éste la misma garantía que al constituirse el usufructo”.



**Artículo 534.** “También puede ceder el usufructo por el abuso que el usufructuario haga de su derecho, deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso, la extinción del usufructo no procede de hecho, sino que debe ser declarada por resolución judicial. También puede optar el propietario en el mismo caso, a que se le ponga en posesión de los bienes, obligándose a pagar el usufructo periódicamente el producto del liquido de los mismos deduciéndose el honorario de administración, fijado de conformidad con la ley”.

**Artículo 754.** “Si el acreedor abusare de la prenda, el deudor tendrá derecho a hacerla depositar en otra persona”.

**Artículo 755.** “El acreedor y el depositario que abusaren de la prenda son responsables de su pérdida o deterioro”.

**Artículo 979.** “Por causas de negligencia, abuso o malversación puede ser removidos los albaceas, sean cuales fueren su clase y extensión de sus facultades, a petición de los interesados en los bienes”.

**Artículo 1187.** “Los Registradores no son parte en ningún litigio en que se ventile la validez o nulidad de una inscripción, excepto cuando se les deduzca responsabilidad por abuso en sus funciones o por defecto de una inscripción, y por lo ocurso de queja”.



Las disposiciones con relación al abuso de los derechos tampoco merecen comentario, debido a la claridad de su texto y considerar que esta institución estaba incorporada de forma tácita.

#### **2.4.4. Código Civil de 1963**

El Decreto-Ley número 106 de fecha 14 de septiembre de 1963, cobra vigencia el 1 de julio de 1964 y dispone derogar el Código Civil contenido en el Decreto número 1932 de la Asamblea Nacional Legislativa y todas las disposiciones contenidas en otras leyes, incluso el Libro III del código Civil de 1877 e introduce nuevas normas respecto a lo que se denomina abusos del derecho en los artículo 1653 y 1654 que dicen:

**Artículo 1653.** “El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”.

**Artículo 1654.** “Si la persona que reclama la indemnización ha contribuido a causar el daño o perjuicio, la obligación de repararlo se deducirá en proporción a su participación en él”.

Se puede observar que ambas normas tratan el instituto, pero debe comentarse que el primer artículo fue derogado tácitamente, por el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, a partir del



2 de junio de 1989, puesto que regula por completo la materia considerada en la ley citada (Artículo 1653 del Código Civil), cuando establece que:

“La ley no ampara el abuso de derecho. Todo acto u omisión que por intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales para el ejercicio de un derecho, con daño o notoria molestia para tercero, da lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Sin embargo, esa norma fue a su vez reformada por el Artículo 2 del Decreto número 64-90 del Congreso de la República de Guatemala vigente a partir del 31 de diciembre de 1990 e inserta el texto derogado tácitamente del Código Civil, sin que por esta causa haya cobrado nuevamente vigencia. El nuevo Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, establece, lógicamente, una nueva forma de regular el abuso del derecho, pero, retoma la que había sido derogada, pues dispone:

**“Abuso de derecho.** El exceso y mala fe en ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”.



## CAPÍTULO III

### 3. La teoría del abuso del derecho en el derecho guatemalteco

La ciencia jurídica ha definido a la teoría como toda posición doctrinal que se utiliza para explicar un problema jurídico o defender alguna solución del mismo. Por lo que de acá en adelante se desarrolla el tema de lo que es la teoría del abuso del derecho, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. Comenzando con los antecedentes que han regido al Estado guatemalteco hasta la actualidad.

En el orden nacional guatemalteco, la organización social, política y jurídica anterior a la de 1871, regía lo que fuera trasladado de la estructura castellana y española; el conquistador –en el caso del territorio que actualmente es la República de Guatemala (1524)-, llegó impulsado para tomar y poseer tierras y apoderarse de las riquezas empleando la fuerza, la expoliación y el poder, siendo la base de su impulso la legislación dominante en España, (El Fuero Juzgo, Las Siete Partidas, El Ordenamiento de Alcalá, La Nueva y La Novísima Recopilación de Leyes)

Ese régimen, dio la legitimación del dominio del territorio, ya que estos preceptos fueron copiados y extraídos para instituir el Código de 1877, que contenía la teoría del abuso del derecho (Artículo 2 y 12), y posteriormente, los fundamentos teóricos trasladados a los Códigos Civiles de 1933 y 1963, este último contiene el estatuto del abuso del derecho en los Artículos 1653 y 1654.



La legislación civil guatemalteca fue influenciada y atraída por la teoría del abuso del derecho español, pero el enfoque es discutible referente a la certeza y seguridad, por el contenido incomprensible del Artículo 1654 del Código Civil, cuando regula: Si la persona que reclama la indemnización **ha contribuido** a causar el daño o perjuicio, la obligación de repararlo se **deducirá en proporción** a su **participación** en él.

Condición extraña porque son reconocidos actos o hechos ilícitos mutuos, incluyendo los culposos y, si bien se expone la licitud de reclamar por un acto o hecho abusivo proveniente de ambas partes, también admite la idea de que ambas partes podrían ser abusivas del derecho.

### **3.1. Exposición de motivos de los proyectos de la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala**

En la Ley del Organismo Judicial, en el Artículo 18, del Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, se legisló la institución del Abuso del Derecho de forma distinta teniendo un contenido un alcance diferente al regulado actualmente en el Código Civil, donde definía con claridad y certeza dicha institución lo que en ese momento proveyó una seguridad jurídica, pero, por intereses desconocidos, fue eliminada la nueva definición legal y se retornó a la norma jurídica civil, por medio de un desafortunado acto legislativo contenido en el Artículo 2 del Decreto número 64-90 del Congreso de la República de Guatemala, da un sentido a la institución del abuso del derecho, el cual es contradictorio para la ponente de este trabajo de investigación



La exposición de motivos del Congreso de la República de Guatemala, bajo el registro número 692 que contiene Dictamen del la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, dictamen y proyecto del Decreto que reforma el Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial. El cual se transcribe textualmente lo que en su parte conducente prescribe:

“[...] Esta Comisión al efectuar el análisis y estudio correspondiente, ha tenido a la vista la propuesta que fuera presentada por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, y ha concluido que las mismas tienen congruencia con la iniciativa de Ley presentada en su oportunidad, y que las reformas de mérito de ser aprobadas, pueden factiblemente entrar en vigencia como lo establece el Decreto del Congreso Número 29-90, el 31 de diciembre de 1990.

“ [...] CONSIDERANDO: Que se hace necesario introducir reformas al Decreto Número 2-89 del Congreso de la República, “Ley del Organismo Judicial, (sic) para que exista una mejor congruencia en dicho cuerpo legal, antes de que el mismo inicia su vigencia.

[...] **ARTÍCULO 2.** Se reforma el artículo 18, el cual queda así:

“ARTÍCULO 18. **ABUSO DE DERECHO.** El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños y perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos.”



Como puede observarse, la comisión al dar su dictamen en sentido favorable, no explica la razón por la cual se hace esa reforma. Ahora bien, dentro de los antecedentes agregados al expediente que se encuentra bajo los folios 520, 522 y 523 en el archivo de la Dirección Legislativa del Congreso de la República de Guatemala, con fecha 28 de febrero de 1990 el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, envía a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, expidiéndoles que se inicie la discusión de las reformas propuestas, a efecto que el Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial, entre en vigor con las modificaciones y que necesariamente deben incorporársele. Que textualmente se transcribe [...]

**“ARTÍCULO 18.** Abuso de derecho. La ley no ampara el abuso del derecho. 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 su derecho, con daño o notoria molestia para tercero, de lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. [...]

**COMENTARIO** Este artículo es copia del 7º. número 2 del Código Civil Español. La Comisión considera que el “Abuso del Derecho (sic) ya está regulado en el Código Civil y por consiguiente está demás en esta ley. Sin embargo, si se desea mantenerlo deberá contener el texto del artículo 1653 del Código Civil que dice: EL EXCESO Y MALA FE EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO, O LA ABSTENCION DEL MISMO,



QUE CAUSE DAÑOS Y PERJUICIOS A LAS PERSONAS O PROPIEDADES, OBLIGA AL TITULAR A INDEMNIZARLOS”. [...].

Al efectuar el análisis de lo anteriormente descrito se debe prestar especial atención a una de las disposiciones tomadas por el legislador al reformar el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, antes de entrar en vigencia, al derogan la formula que definía la institución con claridad y certeza jurídica, retrotrayéndose a una institución legislada por un Código Civil español, lo cual deja ver a todas luces que en la legislación guatemalteca muchas veces solo se transcriben instituciones, sin tomar en cuenta que pueden hacerse definiciones inéditas, como la que se había instituido en el texto original o bien que se redacten fórmulas de instituciones de forma que den certeza jurídica y sobre todo que sean justas para que puedan ser positivas, vigentes y que cumplan con los principios constitucionales para garantizar su fin.

Así mismo, es trascendental incorporar dentro del trabajo de investigación el dictamen elaborado por la comisión nombrada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, bajo los folios 570 y 574, quien presenta su opinión al respecto, el que se transcribe textualmente:

“DICTAMEN DE LA COMISIÓN NOMBRADA POR LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, A TRAVES DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, SOBRE EL PROYECTO DE LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL, QUE ENVIARA LA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. [...] remitió al Congreso de la República con fecha 5 de agosto de 1986, emitimos dictamen en los términos siguientes.[...]

I Procedimiento que se empleó a) La Comisión estimó conveniente estudiar artículo por artículo, a fin de establecer su debida concordancia con la vigente Ley del Organismo Judicial (que se identificará en lo sucesivo con las siglas “LOJ”, Decreto No. 1762 del Congreso; y con la Constitución Política de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en 31 de mayo de 1985. b) En consecuencia, se transcribe literalmente el texto de cada artículo del Proyecto y se indica su concordancia con los artículos de la LOJ y de la Constitución, cuando la hay. c) A continuación se hace el comentario del texto de cada artículo propuesto.

[...] Artículo 18.- “No podrán ser afectados los derechos a persona alguna, si antes no fuere citada y vencida en proceso legal, en el que haya tenido oportunidad de ser oída ante juez o tribunal competente y preestablecido.” Concordancia: Art. 12 de la Constitución. Comentario: El artículo recoge lo dispuesto en un precepto constitucional.

Como puede observarse la comisión nombrada por la Universidad de San Carlos de Guatemala, presenta una fórmula totalmente diferente a la propuesta por la Corte Suprema de Justicia en el proyecto de ley del Organismo Judicial, basándose en el principio constitucional del derecho a defensa, garantizando la institución en la ley ordinaria para su debido acatamiento.



Por lo anteriormente expuesto y se llega a esta deducción cuando se analizó la exposición de motivos presentada ante el Honorable Congreso por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Proyecto de Ley del Organismo Judicial del Decreto número 2-89, donde se extrae de manera textual el siguiente contenido que literalmente expone:

“No es necesario insistir respecto a la importancia de esta ley. Con la única excepción de la Constitución de la República, la ley que regula el funcionamiento del Organismo Judicial y que ofrece las normas de interpretación y aplicación de las demás leyes, es la ley más importante de la República. Es de notarse que a través de las vicisitudes constitucionales del país: mutación de cartas magnas, emisión de cartas provisionales, momentos de gobierno de facto, la Ley del Organismo Judicial conservó su vigencia y llegó a constituir un ancla firme para todo el régimen de derecho.

Por lo tanto, emprender su reforma es tarea que debe confrontarse con seriedad y con plena conciencia de la trascendencia de este cuerpo legal. [...] La reforma frecuente de ciertas leyes no conduce sino a inseguridad jurídica, socavando la base de uno de los dos valores fundamentales de la axiología legal, la seguridad, pues el otro valor, el de la justicia, tiende a lograrse por sí misma precisamente en momentos de cambios en el sistema de normas. [...]

Las reglas relativas a la interpretación y aplicación de las leyes aparecen como conjunto más o menos orgánico con el Código Civil de 1877, ya que anteriormente se derivaban tanto de la práctica forense como de diversos cuerpos de leyes, especialmente de las



Siete Partidas. Se les imprime una forma más completa en la reforma del Código Civil de 1926 en su parte introductoria, pero al emitirse la Ley Constitutiva del Poder Judicial, Decreto gubernativo 1862, pasa a ser Capítulo especial de esta ley bajo la denominación de Preceptos Fundamentales, denominación que ahora se renueva en este Proyecto, estimándose la más adecuada tal como lo propone la iniciativa de la Corte Suprema de Justicia. [...]

En presencia de la singular importancia del tema, la Comisión solicitó de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos que hiciese (**sic**) un estudio de la iniciativa de la Corte Suprema. A través del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de dicha Facultad, se designó una Comisión integrada por los distinguidos juristas, Doctor Mario Aguirre Godoy, quien actuó como coordinador, Doctor Baudilio Navarro Batres y Licenciado Wilfredo Valenzuela Oliva.

Esta Comisión elaboró un cuidadoso dictamen cotejando la iniciativa con los Artículos de la ley vigente y llenando el vacío que contenía al no indicar sus fuentes de inspiración. [...]

[..] El Congreso Jurídico mencionado encargó a los Licenciados René Búcaro Salaverría y Salvador Búcaro Hurtarte, efectuarse un estudio de la iniciativa de la Corte Suprema de Justicia. Por la premura del tiempo no pudo hacerse con la minuciosidad del dictamen universitario, pues éste comenta separadamente cada uno de los artículos de la iniciativa, pero sin embargo ofreció ideas y sugerencias que fueron tomadas en



cuenta en forma muy particular por la Comisión ponente, por lo que también agradece de manera especial esta valiosa colaboración.

[...] en otros aspectos fueron aceptadas las modificaciones que a lo tradicional propuso la iniciativa de la Corte Suprema. Debe destacarse lo relativo al [...] y cree la Comisión que en esta forma se enriquece la legislación del país. En igual sentido y siguiendo la misma línea de pensamiento, se indica ahora que los derechos deben ejercitarse de buen fe, ampliando así la conocida institución del abuso del derecho en forma más moderna y general”.

Al establecer una comparación entre ambas exposiciones de motivos en su carácter original y particularmente la reforma realizada por el Decreto 64-90 del Congreso de la República de Guatemala, puede reiterarse, que la primera exposición en el dictamen presentando ante el Honorable Congreso, enfatizó en dos axiomas esenciales que son la seguridad y la justicia, dando a conocer la importancia de incluirse la institución del abuso del derecho dentro de la constitución de un cuerpo legal técnico, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 10 de la Disposiciones Transitorias y Finales de Constitución Política de la República de Guatemala, logrando con ello enriquecer el régimen jurídico del país, y sobre todo que los derechos deben ejercitarse de buena fe, ampliando la institución logrando la modernización ya no solo dentro de un normativo que codifica las relaciones entre particulares, sino todo lo contrario, su regulación trascendiera a todo el ordenamiento jurídico guatemalteco, es decir al momento de instituirse dentro de la Ley del Organismo Judicial, concretamente dentro de los preceptos fundamentalmente categoriza la institución como norma general de aplicación, interpretación e integración.

Dentro de los antecedentes del expediente ya mencionado también se incorporo bajo los folios 241 y 242, La Corte Suprema de Justicia, en el oficio número 1191/ardad, página cuatro, transcribiéndose textualmente el siguiente contenido:

“II PARTE COMENTARIO PERMENORIZADO DEL CONTENIDO DEL PROYECTO 1. TITULO I NORMAS GENERALES. Bajo la denominación genérica de **NORMAS GENERALES**, comprende el proyecto las disposiciones que tienen aplicación, no solamente para la actividad puramente jurisdiccional que desarrollan los diversos órganos que integran el Organismo Judicial, sino para la vida jurídica en su sentido más amplio y negocial en particular.

Se trata pues de un grupo de disposiciones que son las **NORMAS GENERALES** del ordenamiento jurídico guatemalteco, y por ello se estimó conveniente colocarlas en el Título inicial. [...] 1.1. **CAPÍTULO I PRECEPTOS FUNDAMENTALES.** 1.1.1. Naturaleza y contenido- El Capítulo primero de la Ley del Organismo Judicial se ha designado con el nombre de Preceptos Fundamentales, para destacar su función no sólo para esta ley en particular sino para todo el ordenamiento jurídico. Los Preceptos Fundamentales adoptan en general una actitud abierta que se impone como obligada para el manejo normativo de todo el Derecho Guatemalteco, [...]”.

Analizado lo anterior, este trabajo de investigación tiene como propósito obtener los datos necesarios para tener una mejor comprensión del valor y lo trascendental que es instituir dentro de la legislación guatemalteca, una definición clara de la institución llamada abuso del derecho, primero por ser una norma general y segundo porque la ley

le da la categoría de precepto fundamental. Por eso mismo se enfatiza en la reforma y la derogación de toda norma jurídica que la contradiga.

### **3.2. Jurisprudencia técnica**

Antes de adentrar a conocer la sentencia de casación de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de un juicio ordinario de daños y perjuicios, en donde se resuelve lo relativo a la institución del abuso de derecho, es necesario hacer una preámbulo de la importancia que tiene dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco como doctrina legal. La cual nace dentro del órgano jurisdiccional competente que conoce de los diferentes litigios, es parte del ordenamiento para la integración e interpretación de las normas jurídicas para la resolución de problemas, convirtiéndose en precedente para él futuro para la resolución de otro litigio que tenga similares condiciones.

“La jurisprudencia técnica, es una doctrina de orden positivo, que estudia la sistematización de las reglas que constituyen determinado ordenamiento, e indica en qué forma pueden ser resueltos los problemas que su aplicación suscita”.<sup>34</sup>

A diferencia de la teoría general del derecho, que quiere descubrir lo que todos los sistemas tienen en común, y elevarse inductivamente hasta los conceptos jurídicos fundamentales, la jurisprudencia técnica aparece ante nosotros como doctrina especial de cada ordenamiento y, en vez de estudiar aquellas nociones, las da por conocidas,

---

<sup>34</sup> García Maynez. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 124

concretándose a exponer el contenido de las leyes o costumbres que forman el sistema a que se halla referida.

Los estudios de la jurisprudencia técnica pueden ser tan numerosos como los derechos positivos que la historia registra; en cambio, desde el punto de vista estrictamente lógico, sólo podemos aceptar una teoría fundamental o una teoría general del derecho. “Aquella disciplina no sistematiza únicamente las reglas en vigor; puede también referirse a las instituciones y preceptos de ordenamientos pretéritos. Pero, en todo caso, tales instituciones y preceptos representan para el jurista un material que él no ha creado ni puede modificar un sistema de imperativos de validez indiscutible, como son indiscutibles para el teólogo los dogmas que la divinidad ha revelado, o evidentes para el geómetra los axiomas en que sus deducciones se fundamentan”.<sup>35</sup>

### 3.2.1. Objeto de la jurisprudencia técnica

“La jurisprudencia técnica tiene por objeto:

- a) La exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y
- b) El estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación”.<sup>36</sup>

De lo anterior se concluye que la jurisprudencia técnica ofrece dos aspectos

---

<sup>35</sup> García Maynez. **Ob. Cit.** Pág. 125

<sup>36</sup> **Ibid.** Pág. 124



fundamentales: **El teórico o sistemático**, que es una exposición de las reglas jurídicas que pertenecen a un ordenamiento temporal y espacialmente circunscrito.<sup>37</sup> **El técnico o práctico**, que es el arte de interpretación y aplicación de las normas legales o consuetudinarias que lo integran.<sup>38</sup>

### **3.2.2. Ramas o aspectos de la jurisprudencia técnica**

Al adentrar en este tema es necesario realizar el desglose de las ramas de la jurisprudencia técnica, siendo estas, la sistemática jurídica y la técnica jurídica. La razón de integrar este tema al trabajo de tesis tiene como el objetivo comprender lo que es la jurisprudencia técnica, y principalmente la que se deriva de la Corte Suprema de Justicia por la Cámara Civil.

Con lo anteriormente expuesto se incluye el fallo de la sentencia del recurso de casación del ramo civil, el cual se transcribirá más adelante, planteado en base al amparo de la institución del abuso del derecho. Pero antes que nada debe efectuarse la diferenciación entre la sistemática jurídica y la técnica jurídica.

#### **a) La sistemática jurídica**

También llamado aspecto teórico o sistemático. es la exposición de las reglas jurídicas que pertenecen a un ordenamiento temporal y especialmente circunscrito, es una

---

<sup>37</sup> **Ibíd.**

<sup>38</sup> **Ibíd.**



disciplina monográfica que tiene por objeto la exposición sistemática de determinadas reglas normativas, cuyo objeto estriba en exponer, de manera ordenada y coherente, las disposiciones consuetudinarias, jurisprudenciales y legales, que integran cada sistema jurídico.

## **b) La técnica jurídica**

También llamado aspecto técnico o práctico, es el arte de la interpretación y aplicación de las normas legales o consuetudinarias que lo integran, tiene por objeto el estudio de los problemas relacionados con la aplicación del derecho objetivo a casos concretos.

Lato sensu, abarca tanto la técnica de elaboración y formulación de las normas jurídicas, como la aplicación de dichas normas a casos concretos.

Stricto sensu, se refiere concretamente al estudio de los problemas que enfrenta el juzgador al aplicar el derecho, sobre un caso particular y concreto, es decir, estrictamente la técnica de aplicación del derecho.

Así mismo, dentro de este trabajo se incluye el expediente número 141-2000 de fecha 26 de febrero de 2000, civil, recurso de casación interpuesto por Carlos Enrique Mencos Morales, Mireya Barrera Morales, Luis Rolando Coronado Conde, Adolfo Aquiles Vela Galindo, Conrado Alberto Solis González, Julio Roberto de Paz Vásquez y Víctor Manuel Galicia – único apellido -, contra la sentencia de la Sala Sexta de la Corte de Apelaciones, de fecha dos de junio de dos mil, dentro del juicio ordinario de daños y



perjuicios número ciento veintiséis guión noventa y ocho, promovido por los recurrentes contra la entidad Alimentos y Bebidas Atlántida, Sociedad Anónima, el que se copia literalmente en su parte conducente, lo siguiente:

“[...] “Doctrina. Error de derecho en la apreciación de la prueba: a) No se comete esta clase de error, si la Sala estima que la copia de la querella interpuesta contra el demandante, y el auto por medio del cual se declaró su sobreseimiento no prueban la existencia de daños y perjuicios, derivados de calumnia, difamación y el **ejercicio abusivo de un derecho.**”

[...] “Considerando II, Violación de Ley [...] b) Exponen los recurrentes, que conforme el artículo 1653 del Código Civil, el exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho que cause daño o perjuicio a las personas, también obliga a indemnizarlos, a quien los haya provocado; y dentro del proceso quedó ampliamente establecida la responsabilidad y aceptación expresa de la entidad demandada de haber presentado la querella contra ellos.

La Cámara estima, que dicho artículo se refiere al abuso del ejercicio de un derecho en que incurre una persona, cuando lo usa con finalidad que no sea la protección de aquellos intereses amparados por ese derecho; en este caso para que la Sala violara dicha norma, tuvo que haberse tenido por probado que la entidad querellante realmente no era la agraviada, lo cual no fue así, como quedó aclarado cuando se hizo el análisis del submotivo de error de derecho en la apreciación de la prueba” contenido bajo el



expediente número 141-2000, recurso de casación civil, de fecha 26 de febrero de 2001 Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil. CENADOJ.

De lo inicialmente expuesto se concluye que los postulados dentro de la legislación guatemalteca surge la controversia por el uso o el empleo de un derecho, lo que esto implica es partir del presupuesto de lo que debe ser y lo que está dentro de ley; es decir, al establecer y determinar lo qué es el abuso del derecho, por lo que la solución a la contradicción existente es:

En primer lugar reformar el Artículo 1653 del Código Civil, y el 18 de la Ley del Organismo Judicial, considerando el texto original de este último artículo, por ser una norma jurídica precisa de lo que es la institución, y **debiendo adicionar al menos tres circunstancias más, siendo estas, el exceso, la mala fe o buena fe y la abstención en el ejercicio de uno o más derechos, independientes o conexos, en su caso, empleando las conjunciones adecuadas en el lugar pertinente;** y

En segundo lugar, por considerar que existe contradicción e impertinencia, debe derogarse el Artículo 1654 del Código Civil, ya que la forma en que se encuentra redactado lo hace que la norma jurídica sea inútil, impertinente e inconstitucional.

### **3.3. Conformación de la teoría del abuso del derecho**

La teoría del abuso del derecho surge cuando se ejercen intereses personales ante los semejantes y, sobre todo, ante los tribunales de justicia, no por un obrar egoísta o



interesado, sino, que consciente o inconscientemente se hace uso de la facultad de derecho y beneficio de una función social – al decir de Ihering –, cuando afirma la existencia de un deber individual y social para resistir con todas las fuerzas las injusticias, pues la defensa de los derechos no solo representa un interés para el individuo que ha sido violentado o conculcado en ellos, sino que la sociedad misma aparecería afectada.

Por ello se deduce que el derecho de acudir y recurrir a los órganos jurisdiccionales y accionar por la justicia, tiene un doble carácter tanto individual como social.

La teoría del abuso del derecho y su formulación (en algunos aspectos relatada con anterioridad), presenta varias construcciones que pueden resumirse partiendo de la necesidad individual y social, así como de la imprecisión jurídica en su campo de desarrollo, pues, si bien, comenzó a estructurarse conexas con el derecho a la propiedad, en la actualidad la mayoría de legislaciones la extiende a diversos ámbitos del derecho privado, incluso, aparece paralela con la teoría administrativa de la **desviación del poder** y formas corrompidas del poder que rayan en ilicitudes.

Lo que debe tenerse en cuenta es que la teoría del abuso del derecho se refiere, ante todo, a un derecho subjetivo que, siendo alterado o violado, produce desequilibrio individual y afecta el interés social.

La primera construcción de la teoría del abuso del derecho son los actos irregulares. Los derechos, por lo regular, no son absolutos, tanto en su constitución como en su



ejecución, la mayoría de las veces están limitados y sometidos a condiciones previstas en una norma jurídica en la cual se establece una u otra. Sin embargo, un acto puede exceder los límites previstos en una norma jurídica o dejar de observarse ciertas condiciones y provocar un acto irregular que deja a lo actuado y obrado sin derecho, por lo que, puede afirmarse que hay abuso en la conducta por parte de un individuo no solo cuando se ejerce sus derechos, sino cuando procede, también, saliéndose o excediéndose en los límites de esos derechos, es decir, se sale de lo que las normas jurídicas indican o se excede en ellos al ejercitarlos.

Una segunda construcción es la intencionalidad del acto abusivo, la intención de dañar, de producir un daño, siendo ésta conducta la que confirma el abuso del derecho, porque la intención de dañar, hace al acto ilícito y la responsabilidad del autor queda comprometida; en otras palabras, su actuación intencionada, ejecuta un acto nocivo. De todas formas, corresponde a la víctima o al afectado probar, cuál es o era la intención del autor del acto nocivo, lo que se le facilita por el hecho de que el acto cumplido no le reporta beneficio alguno al ejecutante (Artículo 1653 y 1654 del Código Civil, dubitativamente).

La tercera construcción es la de acto cuyo efecto mediato o inmediato haya sido la de dañar a otro intencionalmente, realizado, regularmente, al ejercitarse un derecho. El acto así concluido produce una consecuencia anormal en la relación entre el ejercicio del derecho con la pretensión que, intencionalmente, resulta produciendo un daño, lo que trae consigo el hecho de que el abuso del derecho constituye un traslado de derechos, cuyo fin propio perjudica y daño a otro, intencionalmente.



Por último, se encuentra la culpa. Compete probarla a la víctima, aunque tradicionalmente refiere a la idea de que en una persona reposa o recae la responsabilidad de sus actos, moralmente; por consiguiente, quien no lo comprende así o no actúa conforme, es irresponsable en lo civil para los efectos de la reparación o en lo penal, para la represión.

### **3.3.1. Intencionalidad jurídica y moral del autor**

Apuntes de la intencionalidad jurídica y moral del actor del acto nocivo quedaron dichos en el punto anterior. Se amplía exponiendo, que la más frecuente de las aplicaciones que se puede tener en la teoría del abuso, es cuando se generan excesos en los límites normados y el rompimiento del equilibrio de los intereses individuales y sociales.

La intencionalidad significa voluntad en orden a un fin; se trata de la determinación dirigida hacia la creación, modificación o extinción de un efecto de derecho que se cumple cuando el acto se ha querido materializar y que este, a su vez, produce efectos jurídicos. La intencionalidad es el supuesto básico del abuso del derecho, no solo como intención propiamente dicha, sino cuando se refiere al deseo de producir un daño. Al respecto Rodríguez-Arias Bustamante, dice acerca del abuso que:

“[...] no es razón de intención que él inspira sino en atención al daño mismo que produce, en cuanto constituye objetivamente un hecho anormal, excesivo; de tal forma, que el hecho dañino tendría el mismo carácter si el actor hubiera actuado sin malicia, simplemente por imprudencia.



Desde ese punto de vista, abusar del derecho es, en realidad, cubrir de apariencia jurídica el acto que se tenía el deber de no cumplir o, al menos, el que no era posible realizar más que indemnizando a los lesionados por él mismo”..<sup>39</sup>

De lo expresado, puede inducirse que la intencionalidad es la fuente básica del abuso del derecho, pues el ánimo de autor del acto abusivo, concreta y voluntaria, con una idea finalista, desea o quiere producir un daño. Ningún acto que lleve implícito producir un daño a otro es legítimo y, por lo mismo, no puede constituir el ejercicio de un derecho.

A esto también refiere el autor citado, al afirmar que “[...] es notorio que el abuso puede darse en virtud de la malignidad del autor del acto, sin que sea factible probar el deseo de dañar a otro, verbigracia., en el caso de mala fe del agente. De esta manera, vemos se admite el abuso del derecho fuera del “animus necandi”, exigiéndose que el ejercicio del acto no solamente tenga lugar de buena fe, sino, que realice correctamente. [...].

[...]. En corolario, en la teoría del abuso hay que tomar en consideración, al mismo tiempo, tanto el sujeto que actúa como los efectos producidos por este ejercicio, y sólo después podrá decirse si existió o no abuso del derecho”..<sup>40</sup>

En esos términos, la legislación nacional concuerda, al fijar como fuente del abuso del derecho la intencionalidad, pues tanto el exceso como la abstención, la mala o la buena

---

<sup>39</sup> Rodríguez-Arías, Bustamante. **Ob. Cit.** Pág. 113.

<sup>40</sup> **Ibíd.** Pág. 114.



fe, son actuaciones independientes o conexas con la institución, aunque se insiste en que el querer, el desear, es decir, tener intencionalidad de producir un daño a otro ya en su persona o en su propiedad, en sí, es la base y fuente principal.

Josserand, por su parte, trata la intencionalidad aplicada al abuso de los derechos, estimando “que la intención de dañar, es el alimento normal del abuso, aunque reconoce existe una intención de no dañar abusiva, reservadamente, insistiendo en que el elemento intencional es básico para que exista y se desarrolle el abuso del derecho”.<sup>41</sup>

### **3.3.2. Finalidad económica**

Otro elemento esencial del abuso del derecho, en otro plano del estudio, es el beneficio económico que puede derivarse del acto abusivo. Rodríguez-Arias Bustamante, al respecto manifiesta “Que se inspira en la definición de Ihering sobre los derechos subjetivos y los intereses jurídicamente protegidos”<sup>42</sup>

Las normas jurídicas relativas al abuso del derecho, si bien no expresan directamente tal situación, presumen que el ejercicio del acto abusivo lleva implícito un espíritu egoísta, un interés personal, un beneficio económico y, por ello, el egoísmo es un medio no un fin para alcanzar lo pretendido. por el actor del acto.

---

<sup>41</sup> **Ibíd.**

<sup>42</sup> **Ibíd.** Pág. 130



### 3.3.3. Derivaciones del abuso del derecho

Punto análogo a lo expuesto “lo constituyen las relaciones entre el abuso del derecho y otras instituciones como la moral, el fraude de ley, la desviación del poder y los conflictos de derechos, temas a los cuales se refiere prolijamente Rodríguez Arias-Bustamante, siguiendo los criterio de Josserand”.<sup>43</sup>

Respecto a la moral, afirma que luego de Separa Tomasio, en el siglo XVII derecho y moral, se extendió y consideró al abuso del derecho como un conflicto entre el derecho subjetivo y el deber moral, con lo que se pretendió encontrar una razón de confusión por varios autores, pero que correspondió a la legislación determinar la distinción entre uno y otra, al normar acto abusivo del derecho.

Se confirma también, la tendencia de confusión entre la teoría del abuso del derecho y el fraude a la ley. En este sentido carece de relevancia el punto hecho notar, puesto que el abuso implica lesionar intereses privados ajenos, mientras que el fraude a la ley ataca y violenta intereses sociales.

En el medio guatemalteco, el fraude de ley o fraude a la ley, se entiende cuando no se aplica una norma o se alude su contenido, obviado el imperativo o la prohibición que pueda contener (Artículo 4 Ley del Organismo Judicial), lo cual no es precisamente un abuso del derecho sino una inaplicación o tergiversación de normas jurídicas a un caso determinado y específico.

---

<sup>43</sup> *Ibíd.* Pág. 131

Con respecto a la desviación del poder, considera se trata de un producto del abuso del derecho o una adaptación a la teoría de éste al poder. El criterio puede ser certero al situar el abuso del derecho en el derecho administrativo, paralelamente, pues la discrecionalidad con que trata a la administración pública es notoria y plausible.

Por último, cuando se trata de los conflictos de derechos, no se discute la existencia de conflictos de interés, debido a que estos se mueven en diferente estadio al del abuso del derecho y, por lo mismo, carecen de relevancia.

#### **3.3.4. Actos ilegales, ilícitos y excesivos**

“Josserand, al ser citado por Rodríguez-Arias Bustamante, explica la categorización en tres clases de actos, **el ilegal, el ilícito y el excesivo**, el primer concepto es antijurídico en sí mismo, el segundo por razón del objeto y el tercero no es productivo de responsabilidad más que por el daño ocasionado por exceso o anormalidad; y

al examinar esos temas de afirma que, [...] **los actos ilegales** o actos cumplidos sin derecho, son aquellos que obligan a su autor desde el momento que no actúa en nombre institucional ni por consecuencias ejerce un derecho; queda pues, obligado por un acto independientemente del perjuicio que pueda causar en derechos o instituciones ajenas; [...]

**El acto ilícito** consiste en que sobrepasa el contenido de un derecho, o se puede concebir como la violación de una obligación resultante de un contrato.



[...] Hay actos que se ejecutan en virtud de un derecho - en contrario a lo que ocurre en los ilegales-, e incluso, conforme al espíritu de la institución a que sirve aquél -lo que no sucede en el acto ilícito- y sin embargo, su autor incurre en responsabilidad, éste es el caso de los **actos excesivos** o creados de riesgos [...].<sup>44</sup>

En el orden jurídico guatemalteco, los conceptos de Josserand y de Rodríguez Arias-Bustamante, son apreciables y pueden considerarse como definiciones doctrinarias de lo que es cada cuestión, y que pueden ser utilizadas a falta de una dada, así mismo, pueden considerarse y tomarse en cuenta dentro de la legislación guatemalteca.

### **3.4. Legislación existente de la teoría del abuso del derecho en Guatemala**

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se acepta y regula la teoría del abuso del derecho, siendo estos el Código Civil en los Artículos 1653 y 1654; y en la Ley del Organismo Judicial en el Artículo 18.

#### **3.4.1. Artículos 1653 y 1654 Código Civil guatemalteco y el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial**

Al profundizar dentro de la legislación guatemalteca específicamente en la ley que regula las relaciones entre particulares, los artículos mencionados en acápite, siendo que el primero se halla derogado tácitamente, lo que se explicará más adelante. Es importante resaltar que los Artículos 1653 y 1654 del Código Civil, los se encuentran

---

<sup>44</sup> Rodríguez-Arias, Bustamante. **Ob. Cit.** Pág. 141-142.



ubicados en el Libro Quinto del derecho de obligaciones; título VII Obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos; capítulo único: Todo daño debe indemnizarse. En la Ley del Organismo Judicial, que es de aplicación general e incorpora la institución dentro del artículo 18, Título I Normas Generales; Capítulo I Preceptos Fundamentales, artículos mencionados se transcriben textualmente:

**Artículo 1653** “El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”.

**Artículo 1654** “Si la persona que reclama la indemnización ha contribuido a causar el daño o perjuicio, la obligación de repararlo se deducirá en proporción a su participación en él”.

Con lo que respeta al Artículo 18 de Ley del Organismo Judicial, ha sufrido la reforma que desnaturalizó el criterio legal adecuado y certero de lo que es el abuso del derecho y acomodó nuevamente la norma jurídica-civil que había sido derogado tácitamente, instituyendo la que se encuentra en la legislación del Código Civil español. Se transcribe el texto original del artículo y la reforma, respectivamente, siendo los siguientes:

**Artículo 18** “La ley no ampara el abuso del derecho. Todo acto u omisión que por 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 o

notoria molestia para tercero, da lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”

**Artículo 18. Abuso de derecho.** “El exceso y mala fe en ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”.

Las tres normas permiten ajustar varios supuestos:

**a) El exceso**, el que puede interpretarse como:

- i) La conexión o anexión a la mala fe por la letra “o” excluyente;
- ii) La separación en el ejercicio de un derecho. Esto debido a que la mala fe puede estar separado o adjunta al exceso o bien la abstención puede estar separada del exceso y mala fe, conduciendo hacia una circunstancia adversa a la libertad de la persona;

**b) La consecuencia**, atendiendo al **daño o perjuicio** como:

- i) El daño o perjuicio que ha de ocasionarse a una persona o propiedad apreciado, en todo caso, por la separación de los términos por medio de la excluyente o;



iii) La obligación de indemnizar el daño o perjuicio ocasionado a la persona o propiedad;

Es trascendente resaltar que dentro del proyecto de ley que reforma la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, se encuentra redactado con los términos daños y perjuicios con fecha 16 de octubre de 1990, pero en el Decreto número 64-90 del Congreso de la República de Guatemala en su última versión, en la página número 67 aparece tachada la palabra y la que aparece corregida con la letra o, es decir que hubo una enmienda en la Comisión de Estilo para enviarla a publicar, esto puede verse en el anexo II de este trabajo de investigación.

iv) La condición excepcional concebida sobre la base de **reparar proporcionalmente a su participación**. Es el caso de compensación de culpa en que la víctima con un hecho personal suyo ha contribuido a causar el daño, tal como si hubiera mediado alguna imprudencia de su parte o se hubiera expuesto al peligro. Considerándose impertinente y contradictorio, por la posición en que la norma jurídica sitúa a la víctima y al actor, haciendo injusto el pago proporcional de la indemnización del daño causado por el actor, quien es el único responsable de hacer el respectivo pago.

Lo afirmado conduce hacia el concepto de abuso del derecho calificado en una teoría originaria del derecho romano, cuando define el deber de limitar el abuso en el ejercicio de los derechos y reprochar el uso del derecho que produce perjuicios; sin embargo,



“debe tomarse en cuenta que esta teoría está fundamentada en la fuerza y la expropiación (fraude), según se descubre en las reglas romanas que dicen:

- I. Mandamos que sean invalidadas las ventas, donaciones y transacciones que por abuso de poder fueren arrancadas;
- II. Quien mal usa de su poderío debe ser privado de él; y
- III. El abuso no es uso, sino corruptela”.<sup>45</sup>

### **3.5. Impertinencias y contradicciones en el ordenamiento jurídico sobre la teoría del abuso del derecho en Guatemala.**

De los temas que más inquietan a los juristas es, sin duda, la ley injusta. El derecho tiene existencia para asegurar la coexistencia y la armonía de convivencia de los seres humanos es la más consolidada opinión, pues es por su medio que se obtiene certeza, seguridad y justicia, orden y paz.

El derecho no es estático, sino dinámico y evolutivo, por consiguiente, todos los seres humanos tienen garantía de libertad (un atributo innegable señalado expresamente en la Constitución Política de la República de Guatemala), constitutivo de un derecho por cuanto expresa una de las formas universales de manifestarse el derecho subjetivo en sentido estricto; a la vez, la Carta Magna, señala otro atributo innegable, cual es el

---

<sup>45</sup> Mans Puigarnau, Jaime M., *Los principios generales del derecho*. Pág. 211 y 480.



derecho de ejercitar los derechos sin restricciones, menoscabados ni reprimendas, salvo cuando la ley expresamente defina un carácter prohibitivos o sancionables.

La razón que origina el derecho no queda en la simple elaboración, y creación de leyes y normas jurídicas por el organismo competente, sino, va más allá, al determinar cuáles son los derechos y cuáles son las facultades, así como las atribuciones que tiene cada ser humano, cuando actúa en lo individual o en lo colectivo. El ejercicio del derecho produce consecuencias en lo jurídico, ya sea favoreciendo o afectando al individuo o a varios de ellos, incluso a la sociedad misma, por lo que, la creación del ordenamiento jurídico debe ser lo mas mesurada y consiente que se pueda hacerse por parte de quienes tienen a su cargo la labor legislativa, debido a que las normas han de ser interpretadas tanto por juristas como por no juristas, porque esencialmente ha de producirse cuestiones como:

- A) Purificar el contenido injusto de la norma jurídica que puede ser aplicable en un determinado asunto, temporal o territorialmente hablando;
- B) Buscar el sentido y significado que el legislador ha introducido al crear la norma jurídica, con criterio axiológico, no hipotético y, básicamente rodeada por la objetividad y la justicia;
- C) Repeler ante la norma jurídica injusta su ejercicio o aplicación pues atenta contra la justicia, la equidad y seguridad; y,



D) Procurar que en caso se encuentre una norma jurídica afectada de injusticia o en plena contravención a la justicia y la seguridad, vigilando porque no se les priven de sus derechos e intereses sobre otros, sean o no interesados, dado que los derechos deben ejercitarse conforme a la exigencia de la buena fe, y sobre el principio de la primacía que el interés social, prevalece sobre el interés particular;

Pero, ese comportamiento no siempre ha sido así, pues tanto el legislador como el jurista y el lego, específicamente el primero, por imponer un criterio de poder o de estructura social, comete errores o induce a cometerlos a las personas a quienes se dirigen las normas jurídicas en un determinado territorio y tiempo. Esto sucede en el caso de la teoría del abuso del derecho establecida en los Artículos 1653 (que en este momento se encuentra derogado tácitamente) y 1654 ambos del Código Civil y el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial.

**Las impertinencias** de la teoría del abuso del derecho en el orden jurídico guatemalteco se consolidan las siguientes:

**El Artículo 1653** del Decreto-Ley número 106, Código Civil, de hecho y por derecho se encuentra derogado tácitamente por el Artículo 18 del Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial. Este comentario, obedece por el principio de derogatoria de las leyes, el cual se encuentra establecido en el artículo 8 literal c) del decreto aludido, "las leyes se derogan por leyes posteriores: [...] Totalmente porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior".



Teniendo como consecuencia y de manera lógica que el Artículo 1653 dejó de tener vigencia a partir del 31 de diciembre de 1990. Las prórrogas fueron decretadas en el Decreto número 27-89 del 31 de mayo de 1989; y el Decreto número 29-90 del 28 de mayo de 1990, ambos del Congreso de la República de Guatemala, fijando éste último la fecha expresa que entraría en vigencia la Ley del Organismo Judicial Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

**El Artículo 18** del Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial, definió en su texto original la institución del abuso del derecho, transcribió de una forma congruente, acorde, precisa y justa, previamente de que fuera reformada por el Decreto 64-90 del Congreso de la República.

La reforma introducida al artículo original, no creó, ni erigió una norma jurídica precisa y clara, todo lo contrario, solamente se copió en forma literal el texto del Artículo 1653 del Código Civil, el cual se encontraba ya derogado de manera tácita, dando como consecuencia nuevamente vida jurídica a una disposición que genera confusión, imprecisión, inseguridad y falta de certeza jurídica al retomarla y solamente se hace la transcripción de la institución que se encuentra regulada en el Código Civil español.

**En el Artículo 1654** del Código Civil, usa indistintamente los conceptos “**contribuido**” y “**participación**”, cuando pudo haberse empleado otro, según bajo el correcto significado y consecuencia que contiene cada uno y no provocar confusiones, por qué razón se expone lo anterior, porque resulta burlesco que el autor del acto del abuso del derecho se concierte con quien ha de recibir el daño o perjuicio en su persona o



propiedad y resulta finalmente beneficiado uno y otro, sobre todo el autor, por lo tanto lo que se interpreta a todas luces es que existe un fraude o actividad que revisten caracteres delictivos, que instituye claramente la ley con respecto al fraude de ley.

Además, debe prestarse atención, cuando se reclama el pago de la indemnización y esta ha contribuido a causar el daño o perjuicio, lo que esto deriva es impertinencia, porque surge la interrogación siguiente: ¿Quién puede tener derecho a reclamar indemnización por un daño o perjuicio, si es responsable al intervenir conjuntamente, en concierto o connivencia, con el autor que produjo el abuso del derecho?; la respuesta es que el legislador creó una norma injusta, al inducir que tanto la víctima del daño o perjuicio en su persona o propiedades debe pagar por el daño o perjuicio causado de forma conjunta y proporcionalmente con el autor del daño o perjuicio, esto en todo caso constituiría una forma legalizada, injustamente, de consentir figuras delictivas como el fraude, la estafa u otro hecho ilícito.

**Las contradicciones** que se observan en la teoría del abuso del derecho en Guatemala, según se norma en el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial, aparecen las siguientes:

A. **Se habla del exceso** en el ejercicio de un derecho en el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, pero como se ha dicho, si hay exceso, este es intencional para cometer un daño o perjuicio a una persona o propiedades y cualesquiera de las personas o sus propiedades que resultaran afectas tienen derecho a dos consecuencias: la restitución o la indemnización, pero en ninguna de las cuestiones

que se radican en el Artículo 1654 del Código Civil, se habla de ello, sino que tanto la víctima como el autor del daño o perjuicio son y resultan, injustificadamente responsables del acto y ambos proporcionalmente, han de indemnizar a quien reclama. La cuestión es que si una persona víctima del daño o perjuicio por abuso del derecho, el autor haya contribuido y/o participado -como expresa la norma- resulta responsable del abuso del derecho ¿qué derecho tiene de reclamar indemnización, si ella misma ha de pagarse a sí misma?.

- B. **Se habla de la mala fe** en el ejercicio de un derecho que causa daños o perjuicios a las personas o propiedades y se produce la misma situación confusa y contradictoria aludida anteriormente para el caso del exceso, puesto que si hay mala fe de quien ha sufrido el daño o el perjuicio pero ha contribuido para causarlo ¿qué razón hay para que resulte la víctima pagando indemnización a sí mismo por el daño o perjuicio en que ha contribuido o se le cause a su persona o propiedades? salvo que se trate de alguna acción que revisten de características delictivas.
- C. **Se habla de la abstención** en el ejercicio de un derecho que cause daño o perjuicio a la persona o propiedades, lo cual significa que la víctima tiene conocimiento de que se gesta un acto dañoso o perjudicial que afectará a su persona o sus propiedades, pero se deja de actuar o de ejercer derechos protectivos de la persona y propiedad, con lo cual se da lugar a una omisión que, al final de cuentas no debe de ser indemnizable, puesto que si existe la contribución para que sea causado el daño o el perjuicio, carece de sentido hablar que la abstención de la víctima es la fuente básica del abuso de derecho.



Ahora bien, en el supuesto que la abstención provenga de quien resulta ser el autor del acto abusivo, si es que se puede determinar su desconocimiento por la víctima, cae de su peso el hecho de que la interacción de los seres humanos en la sociedad es de naturaleza y carácter fraternal y, por lo mismo, este es un asunto que apunta hacia lo que es la moral no el derecho.

Cualquiera de esas circunstancias es más que suficiente para determinar que la disposición legal que define el abuso del derecho no solo se injusta sino que improcedente y los juzgadores y personas interesadas, juristas o no, por hermenéutica jurídica deben considerar y calificar como ley injusta tanto la norma de la Ley del Organismo Judicial, como la del Código Civil, ambas vigentes actualmente, ¿Por qué?.

Primero, la justicia, la seguridad, así como el orden, la paz y la certeza jurídica, son elementos determinantes del bien común y cualesquiera disposiciones que atente, violen o tergiversen el orden jurídico resultan ser nulas de pleno derecho, como lo determina la Carta Magna que nos rige.

Segundo, existiendo antinomia entre las normas jurídicas objeto del estudio y la justicia, seguridad, el orden, la paz y la certeza jurídica, toda persona jurista o no, juzgador o lego en derecho, debe tener en cuenta tres cuestiones principales:

a) Es la necesidad de que exista una sociedad ordenada bajo el imperio del derecho;

- b) Es la urgencia de contar con un derecho positivo y vigente aplicable, claro, preciso y consciente de lo que es el bien común;
- c) Una función social que debe ser emanación del derecho justo.

Tercero, la existencia de dos caminos para el jurista o no, juzgador o lego en derecho cuando se enfrentan o se encuentra ante una ley injusta, ¿cuáles son?:

- a) Renunciar al cargo si se trata de un juzgador si sus principios morales quebrantan sus deberes jurídicos; o
- b) Usar o aplicar la norma jurídica injusta, dando cumplimiento si se trata de un juzgador con las exigencias de seguridad y certeza y pasando por encima de la justicia, o bien renunciando a las disposiciones legales que interesan en un momento dado, al considerar la injusticia de la ley que se le ofrece y proponer usar.

De ahí que puede concluirse que la evolución o la revolución del derecho no es un derecho, pero si los medios más efectivos para romper moldes jurídicos de conductas sociales injustos.

### **3.6. Necesidad de reformar la teoría del abuso del derecho**

Debido a las consideraciones de impertinencia y contradicciones que se producen en el sistema de la teoría del abuso del derecho en el orden jurídico guatemalteco, se estima



conveniente el examen y análisis que concrete para que se elaboren las reformas a la institución, para que se tenga una norma jurídica justa, y sobre todo que se convierta en una norma jurídica vigente y positiva, y que garantice la seguridad jurídica constitucional.

### **3.6.1. Artículo 1653 del Código Civil y 18 de la Ley del Organismo Judicial**

Respecto a la norma jurídica contenida en el Artículo 1653 del Código Civil, no hay comentario o conclusión alguna que anotar, por el solo hecho estar derogada tácitamente, desde el 31 de diciembre de 1990 por el artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial.

Con relación al contenido del Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, antes de ser reformado por el Artículo 2 del Decreto 64-90 del Congreso de la República de Guatemala, se comprobó que derogó tácitamente al Artículo 1653 del Código Civil, porque trata y contempla la totalidad de la materia relativa al abuso del derecho; sin embargo, la reforma introducida, desafortunadamente, retoma el texto de la disposición civil, nuevamente, dándole vida jurídica, cuando la original disposición era concreta, correcta, adecuada, segura, justa, certera, surgiendo de ello que lo mejor que puede hacerse en el orden jurídico nacional es reformar, nuevamente, la disposición legal y retomar el concepto y definición que, originariamente presentada por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, fue construida y creada y que se redacte como se tuvo a bien decretar.



### 3.6.2. Artículo 1654 del Código Civil

Al hacerse el análisis del texto de este artículo, se considera estéril e innecesario, pues la norma jurídica determina claramente la calificación de contribución, lo cual da un significado de que existe concierto o connivencia entre quién puede resultar víctima y reclamante de la indemnización por daños y perjuicios causados por abuso del derecho de un autor, la condición de contribuyente para causar uno u otro o ambos a la persona o propiedades trae como consecuencia consentir un acto ilícito y como efecto de la impertinente redacción de esta norma jurídica civil debe ser eliminada del ordenamiento jurídico nacional, toda vez que no puede darse confusión entre quien es víctima colaboradora con el victimario, sin que exista un interés de consumar, por la acción o la omisión (abstención) un acto calificado como delictivo inclusive.

Por ello, la solución al suceso legislativo es derogar el artículo citado, porque contraviene la definición doctrinal actual de lo que es el abuso del derecho. Y al mismo tiempo la convierte en a la institución en una norma vigente pero no positiva e inconstitucional.

En el Diario de Centro América de Guatemala, el día viernes 14 de septiembre del año en curso en la columna de opinión en la página once, el Licenciado Omar Barrios Osorio, titulada Derecho al derecho, escribió sobre el institución del abuso del derecho, y lo cual para la ponente de esta tesis le es de suma importancia incorporarla, la que textualmente se transcribe:



“En la abogacía, una de las acciones más visibles es ejercer la defensa de una persona utilizando los conocimientos, experiencia y acervo legal para la obtención de la justicia, siempre accionado con base en los principios éticos que obliga la profesión y dentro del marco legal y Estado de Derecho.

La lealtad como postulado se representa asumiendo de forma honesta las acciones a ejercer, absteniéndose de hacer uso incorrecto de los medios de impugnación con el solo fin de dilatar el cumplimiento del procedimiento o de las obligaciones del sujeto.

El abuso del derecho es la circunstancia que provoca un sujeto al utilizar la norma legal de forma excesiva, inadecuada, injusta o impropia, es decir cuando los actos resultan contrarios a la buena fe, ética, moral y principios que deben imperar en la aplicación del Derecho contradiciendo valores del sistema legal.

La jurisprudencia nacional establece que el uso de una garantía “no debe ser distorsionada con el despropósito de retardar en forma abusiva el normal desarrollo de la actividad de administrar justicia, pues ello redundaría en detrimento de los fines para los cuales fue instituida” (Amparo, Exp. 1705-2007). Un ejemplo lo vemos en los procesos laborales, cuando la sentencia se encuentra firme y el obligado rehúsa cumplir con sus obligaciones y para ello interpone una serie de recursos, incidentes o garantías, todos declarados inadmisibles o sin lugar.

Las consecuencias de ese retardo del proceso con para quien efectúa esta forma anómala de litigar siendo entre otras el pago de las costas, declaración de multas y



abre la posibilidad de una nueva instancia para la reclamación de daños y perjuicios por el exceso o mala fe, entre otros efectos. Y para el asesor legal puedan llegar a constituir faltas a la ética profesional por afectar el prestigio de la abogacía y se discutirá en el Tribunal de Honor del Colegio Profesional”.

De lo arriba transcrito se puede observar la importancia de realizar una definición adecuada de la institución del abuso del derecho, y que el legislador haga las reformas y derogaciones correspondientes para que esta institución sea sobre todo una norma jurídica justa, adecuada y acorde a la realidad nacional, y no como la que actualmente se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, y convertirla en una norma jurídica vigente y positiva, y sobre todo que garantice la certeza y seguridad jurídica; puesto que no solo es de gran utilidad para el derecho sustantivo, si no, para el derecho adjetivo. Ya que todos los actos resultan contrarios a la buena fe, ética, moral y principios que deben imperar en la aplicación del derecho.

### **3.7. Criterios obtenidos del cuestionario formulado a Jueces del Ramo Civil y Profesionales del Derecho en Ejercicio**

Se realizó una entrevista a doce Profesionales del Derecho en Ejercicio de la Judicatura en el Ramo Civil y también a Abogados en Ejercicio Profesional con sede en los municipios de Salamá y Rabinal, departamento de Baja Verapaz, se formalizó una encuesta, la cual fue respondida por los profesionales, siendo el resultado obtenido a las diez preguntas:



**1. ¿Considera usted que es educada la redacción del Artículo 1653 del Código Civil, donde se conceptúa lo que es el abuso del derecho?**

Las doce respuestas fueron negativas en las doce preguntas, donde los profesionales coinciden que la redacción del artículo es incorrecto, defectuoso y confuso.

**2. ¿Cómo Profesional del Derecho constituye una sola y o una misma postura la manera en que está escrito el Artículo 1653 del Código Civil, cuando emplea los términos exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho?**

En doce oportunidades la respuesta que los conceptos son diferentes por lo cual tienen un significado diferente.

**3. ¿Puede considerarse que la abstención en el ejercicio de un derecho constituye un abuso del derecho y no el ejercicio de la libertad que tienen las personas de accionar?**

Las doce respuestas son afirmativas e indican que la libertad es un derecho que no debe ser obstaculizado y por lo tanto debe ser respetado.



4. **¿El exceso puede interpretarse conexo a la mala fe por la conjunción y/o separado en el ejercicio de un derecho?**

Hubo coincidencia en las doce respuestas acerca que existe diferencia y desigualdad entre los conceptos.

5. **¿La mala fe puede interpretarse separadamente o en conjunto?**

Los doce profesionales respondieron que la separación del concepto permite una mejor interpretación y análisis.

6. **¿El daño o perjuicio debe ser ocasionado a persona o propiedad, entendiéndose separados por la conjunción o?**

Once de las respuestas coinciden en que daño y perjuicio son distintos y una que el perjuicio es consecuencia del daño.

7. **¿Fue redactado de mejor manera por el legislador el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, antes de la reforma introducida por el Decreto número 64-90 del Congreso de la República de Guatemala?**

Las doce respuestas afirmativas indican esencialmente que reconocen que la redacción no dejaba lugar a dudas y contradicciones, por la claridad y especificidad, pudiendo ser mejor interpretada la institución del abuso del derecho.

**8. ¿Es necesario reformar los Artículos 1653 del Código Civil y 18 de la Ley del Organismo Judicial?**

Concuerdan doce respuestas en la necesidad de reformar las dos normas jurídicas, porque como están redactadas de manera ineficaz lo que provocan confusión, duda, inseguridad jurídica, incertidumbre y falta de certeza.

**9. ¿Es necesario instituir y dictar normas jurídicas acordes de lo que en realidad es el abuso del derecho y no emplear subterfugios que impulsan la imposibilidad de accionar y dar lugar a la impunidad?**

El resultado es unánime al considerar la necesidad que el Órgano Legislativo decrete normas jurídicas adecuadas para realizar una interpretación adecuada y evitar errores, contradicciones, por lo que se considera necesario optimizar la ley, estableciendo una definición apropiada de lo que es el abuso del derecho.

**10. ¿Es necesario derogar el Artículo 1654 del Código Civil por impertinente y contradictorio con el Artículo 1653 de dicho Código?**

Concuerdan doce respuestas en la necesidad de derogar el artículo para mejorar la aplicación de la ley, y que se despeje el exceso y la mala o buena fe y la abstención en el ejercicio ya que se produce impertinencia y contradicción al utilizar vocablos como participado y no contribuido.



## CONCLUSIONES

1. La redacción de la institución del abuso del derecho en la legislación guatemalteca es impertinente y contradictoria, convirtiéndola en una norma vigente pero no positiva, e inconstitucional por no garantizar y dar seguridad jurídica a los habitantes de Guatemala como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se acepta la teoría del abuso del derecho, pero existe contradicción con la doctrina, dado que su redacción es confusa, defectuosa e incorrecta; tomando en cuenta el criterio de los profesionales del derecho como Jueces del Ramo Civil y abogados en ejercicio.
3. La confusión existente en los Artículos 1653 del Código Civil y 18 de la Ley del Organismo Judicial, en lo que respecta a la abstención en el ejercicio de un derecho, y que estos artículos lo constituyen como un abuso del derecho, no despejan la duda si éste también se extiende a la libertad de accionar que tiene toda persona, puesto que es un derecho que garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala.
4. El Artículo 1654 del Código Civil, se discurre que es estéril e innecesario, porque tiende a confundir a la víctima y al victimario, por el concepto contribuyente, imputándole con ello la imprudencia por su parte o el exponerse al peligro, responsabilizándolo al pago de la indemnización en forma proporcional con el victimario; lo cual no es justo según el derecho.



5. El Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, en su texto original antes de ser reformado tenía definida la institución del abuso del derecho en forma congruente, precisa y que no daba lugar a dudas su fin coincidiendo con la doctrina, haciendo que su contenido y su alcance jurídico fuera totalmente heterogéneo al actual.



## RECOMENDACIONES

1. Los Funcionarios Públicos que tienen facultad de iniciativa de ley, deben reformar adaptada y acorde a la realidad económica, política, tecnológica y social; la institución del abuso del derecho, la cual ha demostrado ser de trascendencia incuestionable como control y disuadir conductas ilegales o aparentes, y garantizar el uso pacífico y útil de los derechos, frente al exceso producido por su ejercicio incontrolado.
2. Presentarles a los Honorables Señores Diputados del Congreso de la República de Guatemala, el presente trabajo de investigación y con ello se promueva la promoción de una iniciativa de ley que reforme el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, para que no exista contradicción e impertinencia con la doctrina y se redacte una formula coherente y correcta la institución del abuso del derecho.
3. El Honorable Congreso de la República, al emitir el dictamen favorable que reforme la institución del abuso del derecho, debe derogar expresamente el Artículo 1653 del Código Civil y únicamente se decrete en el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, por ser una ley técnica que contiene normas generales y preceptos fundamentales para su aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.



4. Los Honorables Señores Diputados del Congreso de la República de Guatemala, deben derogar el Artículo 1654 del Código Civil, por que hace que la institución del abuso del derecho sea estéril e imprudente, y con ello se resuelve la contradicción existente entre el Artículo 1653 del Código Civil y 18 de la Ley del Organismo Judicial, en lo que respecta al pago de la indemnización de daños y/o perjuicios causados.
  
5. Los Señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, al reformar el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, deben requerir que la redacción de la institución del abuso del derecho se realice de acorde al texto original de la iniciativa que presentaron ante el Congreso de la República de Guatemala, para que exista congruencia y su alcance y contenido jurídico sea análogo con la doctrina.



## BIBLIOGRAFÍA

- ANGARITA GÓMEZ. Jorge, **Derecho civil**, 2ª edición, Bogotá-Colombia, Edit. Temis, 1988.
- ARANGIO-RUIZ, Vicente. **Historia del derecho romano**, Madrid, Instituto Edit. Reus 1943.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**, 1ª ed., Madrid, Edit. Civitas, S.A., 1990.
- ARELLANO GARCÍA. Carlos, **Teoría general del proceso**, México, Edit. Porrúa, S.A., 1980.
- ARTEAGA, Jesús María y Jaime Artega Cavajal. **Curso de obligaciones**, Bogotá, Edit. Temis, 1979.
- BARBERO, Domenico. **Sistema de derecho privado**, Buenos Aires, EJE, 1967.
- BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría general de las obligaciones**, 8ª ed. México, Edit. Porrúa, S.A., 1982.
- CRUZ, Fernando. **Instituciones de derecho civil patrio**, Guatemala, Tipografía El Progreso, 1882-1888.
- CUENCA, Humberto. **Proceso civil romano**, Buenos Aires, EJE, 1957.
- DEL VECCHIO, Jorge. **Derecho y vida (nuevos ensayos de filosofía jurídica)**, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1942.
- DÉVIS ECHANDÍA. Hernando, **Nociones generales de derecho procesal civil**, Madrid, Aguilar, S.A., 1966.



DIEZ-PICASO, Luis. **Experiencias jurídicas y teoría del derecho**. Madrid, España, Edit. Ariel, 1982.

DORANTES TAMAYO, Luis. **¿Qué es el derecho? Introducción filosófica a su estudio**, 1ª ed., México, UTEHA 1962.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**, Volumen III (Obligaciones y contratos), 4ª ed., Madrid, Edit., Revista de Derecho Privado, 1974.

FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando. **Introducción al estudio del derecho y derecho civil**, 4ª ed., México, Edit. Porrúa, S.A., 1984.

GARAY, César. **Técnica jurídica**, 2ª ed., Asunción, Editorial Emasa, s/fecha.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Edit. Porrúa, S.A. México. 1993.

JOSSERAND, L. **El espíritu de los derechos y su relatividad (Teleología jurídica)**, Puebla, México, Edit. José M. Cajica, Jr., of 1946.

MANS PUIGARNAU, Jaime M. **Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia**, Barcelona, Bosch, Casa Edit. 1957.

MARGADANT S., Guillermo Floris. **El derecho privado romano**, 1ª ed., México, Edit. Esfinge, S.A., 1960.

MARÍN PÉREZ, Pascual. **Derecho civil**, Madrid, Edit. Tecnos, 1983.

MAZEAUD, Henri y Léon y Jean Mazeaud, **Lecciones de derecho civil**, Parte 2ª, Vol. II, Buenos Aires, EJE, 1959.

MONROY CABRA, Gerardo. **Principios de derecho procesal civil**, 3ª ed., Bogotá-Colombia, Edit. Temis, 1988.



- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. **Obligaciones y contratos mercantiles**, Bogotá, Edit. Temis, 1990.
- ORTOLÁN, M. **Explicaciones históricas de las instituciones del Emperador Justiniano**, Tomo I, Madrid, Librería de D. Leocadio López, Editor, 1873.
- OTTO, Nicolás S. de. **Apuntes de derecho civil (parte general)**, Barcelona, Bosch Casa Edit., 1943.
- PACHECO GÓMEZ, Máximo. **Teoría del derecho**, Chile, Temis Edit. Jurídica de Chile, 1990.
- PEREIRA-OROZCO, Alberto. **Introducción al estudio del derecho II**, cuarta edición, corregida, ampliada y actualizada, Guatemala, Ediciones de Pereira. 2005.
- PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. **Tratado elemental de derecho civil**, Parte B, Volumen 4, México Harla, S.A. de C.V., 2001.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. **Derecho procesal civil**, 2ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, S.A., 1974.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil**, español, 3ª ed., Madrid, Ediciones Pirámide, S.A., 1976.
- RECANSÉS SICHES, Luis. **Introducción al estudio del derecho**, México. Edit. Porrúa, 1997.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. **Ciencia y filosofía del derecho (filosofía, derecho, revolución)**, Buenos Aires, EJE, 1961.
- El abuso del derecho**, 2ª ed., Buenos Aires, EJE, 1971.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Teoría general de las obligaciones o derechos de crédito**, Tomo II, México, El Nacional, 1943.



**Compendio de derecho civil**, 10ª ed., México, Edit. Porrúa, S.A., 1977.

**Introducción al estudio del derecho**, México, Edit. Porrúa, S.A., 1967.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**, Ejercicio y defensa de los derechos, Buenos Aires, EJEA, 1954.

VALLADO BERRÓN, Fausto E. **Introducción al estudio del derecho**, México, Edit. Herrero, S.A., 1961

### **Legislación**

**Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Código Civil**. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1964.

**Ley del Organismo Judicial**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.

**Código Penal**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, 1973.

**Código Procesal Civil y Mercantil**, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964

**Código Procesal Penal**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, 1992.

**Código Civil**, Asamblea Nacional Legislativa, Decreto 1932, 1933.

**Código Civil**, del Presidente de la República de Guatemala, Decreto número 175, 1877