

Ilícitos Atípicos en el Derecho

I. Introducción

El derecho, en su concepción más común, es decir como sistema de normas y principios, tiene diversas funciones, la de reconocer derechos, imponer obligaciones, establecer las reglas que establecen las condiciones y alcances de los anteriores, y calificar qué constituyen conductas o hechos antijurídicos e imponer las sanciones correspondientes¹.

El tema que ahora nos ocupa son las conductas antijurídicas o ilícitas en el Derecho, que son aquellas que transgreden una norma de mandato.

II. Breve análisis de los ilícitos en el derecho

Salvo por Kelsen², la doctrina tradicional no ha dado un tratamiento sistemático a los ilícitos en el derecho, no obstante parece existir consenso relativo a que

¹ De acuerdo con Miguel Villoro Toranzo, son cuatro los sentidos en que se usa la palabra derecho: a) derecho como facultad, como el derecho de una persona a hacer uso de un bien de su propiedad; b) derecho como ciencia; c) derecho ideal ético o moral de justicia; y d) derecho como norma o sistema de normas. Asimismo, están las concepciones empíricas sobre el derecho: a) la Escuela Histórica, que considera que el Derecho está sujeto a la conciencia popular y realidad histórica de una sociedad determinada; b) el Positivismo; c) el Sociologismo Jurídico que considera al Derecho y mero producto sociológico; d) el Marxismo que sujeta al Derecho al materialismo y la dialéctica histórica, sujeto a la economía y los considera medios de sojuzgamiento. Por otra parte, están las teorías voluntaristas, que implican la glorificación del legislador y el culto al texto de la ley. Véase Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, decimosexta edición, México, 2000.

² De acuerdo con Carlos Santiago Nino, Kelsen no logró perfilar adecuadamente la noción de acto antijurídico, cuando en realidad siempre ha existido una concepción bastante generalizada de qué es un delito (entendido no sólo desde el punto de vista penal sino como conducta antijurídica). Para Nino, el problema radica en la propia estructura de las normas que postula Kelsen lo que no le permitió crear un concepto más cercano al concepto común. Para Kelsen el concepto de antijuridicidad no cabe sino a partir de la sanción, no admite la existencia de normas prohibitivas que califican una conducta, cuestión que la concepción común no solo jurídica sino de las personas en general si admite. Asimismo, retomando la concepción común, Nino refiere que en materia penal, aunque aclara que esto es aplicable para las otras ramas del derecho, es la acción calificada de antijurídica la que se constituye como condición de una sanción. Se refiere a concepción común del delito como conducta antijurídica y no desde los supuestos propios del Derecho Penal (como el de tipicidad). Santiago Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, 13ª edición, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 168 a 184.

la violación a un deber originado ya sea por la voluntad o por la ley, constituye un ilícito respecto del cual el agente debe responder.

Así es establecido por el propio sistema jurídico y por tanto, constituye un saber común. En ese sentido, el Derecho no sólo establece cuáles son los deberes de una persona, sino cuáles conductas están prohibidas, cuáles son las sanciones al incumplimiento de dichas normas y qué tipo de responsabilidades generan.

Por ejemplo, el artículo 1830 del Código Civil Federal establece que “es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

La ilicitud se compone de dos aspectos. El objetivo, que es la conducta contraria al deber establecido en la norma; y el subjetivo, el ánimo del agente en la realización de la conducta ilícita, de manera que su actitud puede ser intencional o culposa.

No hay que confundir la antijuridicidad de la ilicitud. La antijuridicidad consiste sólo en el desacuerdo externo del acto con el derecho objetivo, como una unidad conceptual, sin que se refiera a lo particular a alguna norma o rama del Derecho. Por su parte, el hecho ilícito sería la especificidad de la antijuridicidad, en tanto que implica un disvalor respecto a una norma jurídica determinada³.

Ahora bien, el hecho ilícito y la responsabilidad que generan constituye una fuente de obligaciones reconocida por el derecho, en forma de sanciones y reparación del daño causado.

Las sanciones más fuertes las impone el Derecho Penal, en tanto que derivan de ilícitos que atentan contra bienes jurídicos de tal envergadura que se

³ P. Zárate, Héctor, *La responsabilidad civil y el concepto del acto ilícito*, Lecciones y Ensayos, no. 26. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho, 1964, pp. 87-99, p. 88. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/26/la-responsabilidad-civil-y-el-concepto-del-acto-ilicito.pdf>

consideran delitos. Por su parte, las sanciones del Derecho Privado son menos fuertes, en tanto que derivan de la realización de una conducta contraria a un deber civil.

Cuando una norma califica una conducta o hecho determinados como ilícitos, consecuentemente, señala expresamente la sanción correspondiente y la forma en que debe repararse el daño causado.

En el caso de los ilícitos civiles, comprenden los que derivan tanto del incumplimiento de un contrato, como de cualquier otro ilícito derivado de la voluntad o de la ley, que se sanciona con la pérdida del derecho e impone la obligación de pagar daños y perjuicios.

En el caso de los deberes contractuales, el ilícito lo constituye el incumplimiento a deberes especiales que las partes se dieron a sí mismas con motivo de la relación jurídica que las une⁴ y que se ampara tanto en el ejercicio de la voluntad como en los principios que rigen los contratos, sobre todo el de buena fe.

En nuestra legislación, en cuanto a la responsabilidad que generan los hechos ilícitos, el Código Civil Federal en el artículo 1910 establece que “el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

De la citada disposición normativa, se advierte que para que se considere un hecho ilícito, deben actualizarse los siguientes elementos: **(a)** que la conducta realizada sea ilícita, **(b)** que produzca un daño, **(c)** una relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño. Es decir, el daño tiene que ser causa directa e inmediata de la conducta⁵.

⁴ *Ibidem*, p. 90.

⁵ Campos Díaz Barriga, Mercedes, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el caso del agua en México*, Serie Doctrina Jurídica número 25, Instituto de Investigaciones

De lo anterior se advierte que la responsabilidad que genera la ilicitud no requiere de la intención de sujeto de causar daño a un tercero (salvo en el abuso del derecho previsto en el artículo 1912 de la referida norma), en tanto que si se actualizan los supuestos antes señalados, aún cuando hayan ocurrido sin haberlo querido el autor, se presume la culpabilidad y, por tanto, el deber reparar dicho daño.

No obsta señalar que la propia norma dispone cuáles son las causales que eximen de la responsabilidad de reparar el daño⁶.

Ahora bien, la disposición antes citada establece un supuesto general que permite incluir aquellos hechos que no son considerados expresamente como ilícitos, a partir de sus consecuencias y relación de causalidad entre los mismos. A diferencia de la materia penal que, al amparo del principio de tipicidad, señala qué constituye un delito, cómo se configura, así como las sanciones correspondientes, y de la materia de contratos, en la que están bien identificadas y establecidas las conductas que se consideran violatorias al principio de buena fe y libre ejercicio de la voluntad, que rige las relaciones contractuales y la forma de resolver dicho incumplimiento.

III. Ilícitos de origen jurisprudencial

A lo largo de la historia, en el ejercicio jurisprudencial, han surgido diversas instituciones jurídicas que han buscado proscribir cualquier acto que, incluso justificándose en el amparo de una norma, genere un daño indebido e injustificado a un tercero.

La tradición jurídica reconoce por lo menos tres: **(i)** el abuso del derecho; **(ii)** el fraude a la ley; y **(iii)** el desvío de poder.

Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 48. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3496-la-responsabilidad-civil-por-danos-al-medio-ambiente-el-caso-del-agua-en-mexico>

⁶ Artículos 1910, 1916 bis, 1920, 1921, 1922, 1924 del Código Civil Federal.

(i) El abuso del derecho.

El abuso del derecho surge en el siglo XIX como institución jurídica de la doctrina y jurisprudencia francesas, a partir de donde se generalizó en los países continentales. Se considera una reacción al formalismo jurídico francés⁷, sobre todo respecto al derecho de propiedad⁸.

Es una figura hasta cierto punto controversial. Según Planiol es contradictorio hablar de abuso del derecho porque “el derecho cesa en donde comienza el abuso.... El que abusa de las cosas, no abusa de los derechos”.⁹ Para el autor, ningún derecho es absoluto, y basta con que se traspase el derecho para que se actualice la obligación de reparar el daño, con independencia de la posición subjetiva del autor¹⁰. En contexto, afirma que todo derecho tiene límites y son esos límites lo que al traspasarse configuran el abuso del derecho¹¹.

Para otros autores como Bonnacase, el elemento subjetivo es necesario porque no es a través de los límites que se configura el abuso del derecho, sino en el resultado, que se causa con intención¹².

⁷ Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos Atípicos*, Editorial Trotta, 2da edición, Madrid, España, 2006, p. 34.

⁸ Caso contrario, en el sistema del *common law*, no se reconoce como institución jurídica, pues la función del juez se rige bajo principios distintos. “...[L]a facultad del distinguishing...le permite apartarse de la regla bajo la cual habría de subsumir el caso y adoptar una solución distinta, si el caso presenta propiedades adicionales a las contempladas en la regla bajo la que habría de subsumirlo y si dichas propiedades adicionales justifican tal solución distinta”. Por ejemplo, si bien es frecuente que se mencione el abuso del derecho refiriéndose a la libertad de expresión, por ejemplo, se considera que aunque criticable, no es sancionable”. *Ibidem*, p. 35.

⁹ Planiol, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 7a. ed., París, Librairie Générale de Droit & De Jurisprudence, Tome Deuxième, p. 279, 280, citado por Campos Díaz Barriga, Mercedes, *La responsabilidad civil...op. cit.* p. 57.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ *Ídem*.

¹² Bonnacase, Julien, *Elementos de derecho civil* (trad. José M. Cajica Jr.), México, Cárdenas, Editor y Distribuidor. 1985, pp. 328-334, citado por Campos Díaz Barriga, Mercedes, *La responsabilidad civil...op. cit.* p. 58.

Por su parte, en México el artículo 1912 del Código Civil Federal, señala que “cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.

De esta disposición se desprenden los siguientes elementos: **(i)** la existencia de un derecho; **(ii)** el ejercicio del derecho; **(iii)** un daño causado por el abuso del ejercicio de ese derecho; **(iv)** la intención por parte del autor de causar un daño; y **(v)** la ausencia de utilidad para el titular del derecho¹³.

Como se advierte, nuestro Código Civil adopta la concepción de Bonnacase e incluye en los elementos del ilícito la intención de hacer daño¹⁴. Sin embargo, la concepción de Planiol, al centrarse en el daño y en la ausencia de utilidad, y excluir el elemento subjetivo, permiten al juez proteger de una manera más efectiva a la persona que sufre dicho daño. Lo anterior es así, ya que el elemento subjetivo de las conductas ilícitas es el más difícil de acreditar y se corre el riesgo, entonces, de perpetuar la conducta injusta al no poder hacerlo.

Al respecto, el Poder Judicial de la Federación ha resuelto diversos asuntos en los que determinó los supuestos en los que se actualiza el abuso de un derecho determinado y cuáles son las consecuencias que genera. Por ejemplo, en una tesis aislada refiere cuál es el parámetro para considerar cuándo es abusivo el ejercicio de los derechos de periodismo, de información y libertad de expresión conforme al siguiente criterio:

¹³ Campos Díaz Barriga, Mercedes, *La responsabilidad civil...*, op. cit. p. 57.

¹⁴ Existe una tesis aislada de Tribunales Colegiados de Circuito que reitera el elemento subjetivo, al señalar que no basta acreditar el ejercicio del derecho y el daño, sino que se tiene que acreditar también la intención de causar daño. Como se dijo antes, el elemento subjetivo es muy complicado acreditarlo. En ese sentido, el daño desproporcionado se constituye como el elemento esencial del abuso. Véase la tesis I.9o.C.80 C, de rubro: ABUSO DEL DERECHO. PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1912 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEBE ACREDITARSE LA INTENCIÓN DE CAUSAR EL DAÑO. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Novena Época, Julio de 2002, p. 1231

“...se considera que la información que den los periodistas debe ser de interés público y no debe sobrepasar ciertos límites, esto es, no debe ir en contra de la reputación de persona alguna, aun y cuando ésta sea un personaje de la vida nacional o bien un servidor público, pues el derecho de información no debe ser totalitario, sino que debe tener como sustento dos condiciones, a se considera que la información que den los periodistas debe que esa información sea de interés general o en beneficio de la sociedad democrática. Ello en virtud de que la finalidad de una nota periodística es informar al público en general sobre hechos de interés general. En consecuencia, las expresiones denostatorias que se realicen en un medio informativo en contra de determinada persona sin ese propósito, es decir, que no conllevan la finalidad de informar, sino sólo el de dirimir conflictos personales entre el autor de la nota periodística y la persona a la que se hace referencia en la misma, se deben considerar como insultantes, vejatorias e innecesarias en el ejercicio de la libertad de expresión, porque sobrepasan los límites de libre ejercicio del periodismo, el derecho a la información y la libertad de expresión, al no tener la intención de hacer del conocimiento un hecho de interés general, ni sirven a las personas para la toma de decisiones que enriquezcan la convivencia o participación democrática”¹⁵.

Si bien no es un ejemplo sencillo, pues los derechos analizados son precisamente respecto de los cuales hay mayor controversia, y no existe unanimidad en su tratamiento ni consenso respecto al peso que cada derecho tiene cuando colisionan, sí ilustra que la autoridad judicial pretende establecer un criterio objetivo para considerar cuando el ejercicio de estos derechos resulta abusivo.

(ii) Fraude a la Ley

La figura del fraude a la ley, al igual que el abuso del derecho, buscar romper el formalismo normativo. También parte de la existencia de una ley permisiva de una conducta, pero que después de analizadas todas las circunstancias del

¹⁵ Tesis I.11o.C.231 C de rubro DAÑO AL PATRIMONIO MORAL DE LAS PERSONAS. SE PUEDE CAUSAR CON NOTAS PERIODÍSTICAS QUE SOBREPASAN LOS LÍMITES DEL LIBRE EJERCICIO DEL PERIODISMO, EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, AL NO TENER LA INTENCIÓN DE HACER DEL CONOCIMIENTO UN HECHO DE INTERÉS GENERAL, NI SIRVEN A LAS PERSONAS PARA LA TOMA DE DECISIONES QUE ENRIQUEZCAN LA CONVIVENCIA O PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA (LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIII, Novena Época, Mayo de 2011, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada, p. 1067.

caso, resulta que en última instancia la conducta realizada al amparo de dicha norma resulta ilícita.

Esta figura no se remite al concepto tradicional de fraude, que supone el engaño a un tercero para que realice una conducta determinada, sino el “servirse de normas jurídicas... para lograr finalidades que no son las previstas por el Derecho”¹⁶.

La diferencia del fraude a la ley y el abuso del derecho radica en que en el abuso del derecho se actualiza en el ejercicio de derechos subjetivos, cuya consecuencia es el daño ocasionado a terceros, mientras que el fraude a la ley se refiere al uso de un poder reconocido por la norma¹⁷.

Es decir que, mientras que las normas que sustentan el abuso del derecho, califican conductas como prohibidas y permitidas, el fraude a la ley se configura a partir de normas que “establecen que, dadas ciertas circunstancias, alguien puede, realizando ciertas acciones, dar lugar a un estado de cosas que supone un cambio normativo”¹⁸. Este último tipo de normas pueden usarse bien o mal¹⁹.

En México el Poder Judicial Federal en diversos criterios ha establecido que se actualiza el fraude a la ley cuando “1. Una norma jurídica de cobertura, a cuyo amparo el agente contravendrá otra norma o principio. 2. Una norma, principio o valor jurídicos que rigen o delimitan a la norma de cobertura. 3. La existencia de ciertas circunstancias de la aplicación de la norma 1, que revelan la evasión de 2”²⁰.

¹⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos Atípicos...op. cit.* p. 68.

¹⁷ *Ibidem*, p. 86-87.

¹⁸ *Ibidem*, p. 71.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ Tesis I.4o.C.25 K de rubro: FRAUDE A LA LEY. SUS ELEMENTOS. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Novena Época, abril de 2008, Tesis aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Común, p. 2370.

Otro criterio refiere expresamente que el elemento esencial del fraude a la ley es la elusión del sentido de la misma. Refiere que

“...es atendible el texto de Paulo, visible en el párrafo 29, Título III, Libro I, del Digesto: *Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*. Esto es: Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido. Dicho en otros términos: fraude a la ley es frustrar sus propósitos, es violar o eludir el espíritu que la anima y llevar a un resultado contrario al deseado, con el pretexto de respetar su letra; en cuya situación se está finalmente en contra de la ley, al ser esa aplicación literal contraria a la intención del legislador. En relación con lo anterior, debe tenerse en cuenta que mientras que la interpretación literal de la ley es la que determina el sentido propio de las palabras, la interpretación lógica es la que fija el verdadero sentido o fin que persigue la ley”²¹.

Los supuestos antes señalados no exigen un determinado elemento subjetivo. Pues esa consecuencia contraria a los principios jurídicos, puede darse sin que exista intención por parte del agente. En ese sentido, no es sólo el principio de buena fe el que proscribiera el fraude, sino el evitar daños injustificados²².

(iii) Desviación de Poder

A diferencia del abuso del derecho y del fraude a la ley, que se actualizan en el ejercicio del Derecho Privado, el desvío de poder se materializa en el ejercicio del Derecho Público.

²¹ Tesis I.8o.C.23 K (10a.) de rubro: FRAUDE A LA LEY E INTERPRETACIÓN LÓGICA. SU CONCEPTO. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 50, Décima Época, enero de 2018, Tomo IV. Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Común, página 2166.

²² En ese contexto, el fraude a la ley también es distinto de la simulación, que se refiere a que “se da la apariencia de que se ha usado una regla que confiere poder para producir un cierto resultado...cuando en realidad, o bien no se ha usado ninguna (supuestos de simulación absoluta) o bien se ha usado otra diferente o la misma por sujetos diferentes, lo que produce un resultado”. El resultado de esa simulación es que el Derecho no reconoce el resultado pues lo considera inválido, mientras que en el fraude a la ley el resultado es “constitutivamente válido” y solo a posteriori se declara su ilicitud. Asimismo, es distinto del conflicto de reglas, que implica la existencia de una regla que permite una conducta y otra que la prohíbe. En el fraude a la ley, existe una norma que otorga poder y que no existe una norma que lo prohíba, de manera que es válida para aquellas conductas que sean ajustadas a Derecho. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos Atípicos...op. cit.* p. 77 y 83.

Tiene su origen en la jurisprudencia francesa a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuando empezaron a anular actos del Poder Administrativo, por considerar que el acto emitido “se había ejercido por un fin distinto al previsto”²³. Tal como refiere José A. López Mendoza

“en la propia esencia de la actividad administrativa...se encuentra el interés público que está llamada a cumplir, como imposición misma del estado de Derecho, y a los efectos de la sumisión de la administración al orden jurídico... concretar y plasmar dicho interés público, importa la satisfacción del interés considerado al atribuir competencia a cada funcionario y su violación resulta una implícita expresión del concepto de ilegitimidad, de una violación a la ley por quebrantamiento del fin a que debe responder la emisión del acto, que la doctrina denomina “desviación de poder”²⁴.

La desviación de poder se configura si: **(i)** existe una regla regulativa que permite al órgano administrativo usar esa regla para que, en determinadas circunstancias, realizando un acto, produzca un resultado administrativo o disposición jurídica; **(ii)** como consecuencia del resultado se produce un estado de cosas que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la acción y los otros del sistema, resulta un daño injustificado o un beneficio indebido, siendo irrelevante la existencia de una regla que lo prohíba; **(iii)** el resultado es un medio para obtener el estado de cosas indebido²⁵ o injustificado; **(iv)** el balance tiene como resultado generar una nueva regla que establece que en determinadas circunstancias, está prohibido usar la regla que confiere poder de acción a la autoridad para conseguir el estado de cosas que resulta dañino²⁶.

²³ *Ibidem*, p. 92.

²⁴ López Mendoza, José A., *La desviación de Poder*, Monografías Jurídicas, Desviación de poder y abuso de. Derecho, Lexisnexis - abeledoperrot, 2006. p. 314. Disponible <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-2-lopez-mendoza.pdf>

²⁵ Si el acto que se emite persigue un fin distinto al previsto en la norma, es indebido y por lo tanto, se configura el desvío de poder. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos...*op. cit., p. 98.

²⁶ *Ibidem*, p. 97.

Para ciertos sectores, la figura de la desviación de poder no requiere el elemento subjetivo, sino que el estado de cosas que crea sea ilícito, tanto porque es distinto al previsto en la norma, por contravenir los demás principios del sistema²⁷ o por que se actualice la omisión de un acto obligatorio que debe tener determinadas consecuencias²⁸.

Respecto de la desviación de poder en actos judiciales y administrativos, admiten que es posible que se actualice, pese a que la especial naturaleza de los actos que realiza cada autoridad tenga una consecuencia calificada de forma particular²⁹.

Un ejemplo del tratamiento jurisprudencial que se le ha dado en México, es el relativo a la facultad de adscribir al personal de carrera diplomático-consular, previsto en el artículo 11 de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y su reglamento, respecto de la cual refieren que

“la facultad discrecional de adscripción por necesidades del servicio no puede estar divorciada de los fines y objetivos previstos en esa norma, de suerte que debe ceñirse a los valores que subyacen en la relación Estado-servidor público y, al ser excepcional el ejercicio de esa facultad, determina con mayor énfasis que no corra el riesgo de ser arbitrario sino que se sujete a parámetros de legalidad objetiva, por lo que la causa del acto de molestia debe exponerse con claridad y darse a conocer al destinatario para que, en su caso, pueda combatir el eventual desvío de poder”³⁰.

En ese sentido, el órgano judicial refiere que la discrecionalidad sólo implica

“mayor capacidad y libertad de apreciación en relación con hechos o circunstancias jurídicas respecto de su oportunidad o conveniencia en conexión y a fin de analizar los valores y principios definidos por el

²⁷ *Ibidem*, p. 102.

²⁸ *Ibidem*, p. 104.

²⁹ *Ibidem*, pp. 106 y 107.

³⁰ Criterio contenido en la tesis I.4o.A.395 A, de rubro PERSONAL DE CARRERA DIPLOMÁTICO-CONSULAR. FINES, OBJETIVOS Y DISCRECIONALIDAD EN SU ADSCRIPCIÓN. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Novena Época, octubre de 2003, Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Administrativa, p. 1076.

legislador, que la autoridad debe atender y procurar, y la elección debe ser explicada y razonada; es un poder de apreciar y calificar la realidad que no puede ser arbitrario sino razonable y, para ello, es menester que sea debidamente fundado y motivado”³¹.

Como se advierte, el juzgador no exige la existencia del elemento subjetivo, pues basta con que la designación se haga apartándose de los fines previstos en las normas respectivas para que se actualice el desvío de poder.

IV. Los ilícitos en el sistema de reglas y principios

Una de las principales aportaciones de la concepción del Derecho basada en reglas y principios es la doctrina de los ilícitos atípicos de Atienza y Ruiz Manero.

Los principios sirven de justificación de las normas y además tienen una función reguladora de la conducta, en concreto de la conducta de elaboración de normas o bien, cuando no existen reglas específicas aplicables a un caso concreto³². Justifican la posibilidad de la existencia de ilícitos que se configuren a partir del incumplimiento a un deber que, aunque no esté señalado como tal en las normas, o incluso existan normas que permitan la conducta, vulneran principios reguladores del sistema.

Si bien, estos ilícitos existen en la tradición, lo novedoso de la doctrina de los ilícitos atípicos radica en que Atienza y Ruiz Manero los estudian a la luz de los principios como razones de justificación de la determinación de la ilicitud.

Un aspecto importante, aunque controversial, es que toman como referencia el concepto de tipicidad del Derecho Penal. Refieren que hay que distinguir entre “tipo de garantía” y “tipo sistemático”³³. El de garantía y el que toman como referencia para su trabajo, consiste en la descripción precisa del delito: “una

³¹ *Ídem*.

³² Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos Atípicos...*op. cit. p. 18.

³³ *Ibidem*, p. 25.

acción sólo es típica cuando puede subsumirse estrictamente en dicha descripción”³⁴.

El tipo sistemático “no denota la entera descripción del delito, sino ciertos aspectos...es solamente un conjunto de algunos aspectos cruciales de la situación descrita por la ley como necesaria para que se aplique el castigo”³⁵.

Refieren que lo que les interesa es el tipo de garantía, pues establece que los delitos deben estar establecidos en leyes expresas y no en meros principios.

A partir de allí, formulan su teoría de los ilícitos atípicos señalando que éstos son “...los que invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición a algún principio o principios -, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita”³⁶.

Para Seren Ataoğlu Colonnello la teoría de los ilícitos atípicos se logra en el contexto del sistema de reglas y principios. Es un ejercicio de alta dogmática jurídica, pero que cuesta conciliarla desde la Teoría del Derecho³⁷.

Uno de los problemas que advierte Ataoğlu es que, al basarse en la idea del legislador racional, “...se atribuye a las normas una alta carga de racionalidad”, siendo “la labor del intérprete ... la de explicitar esos valores”³⁸. No obstante,

³⁴ *Ídem*.

³⁵ *Ídem*.

³⁶ *Ibíd*em, pp. 27-28. Por otra parte, a partir de la teoría de razones subyacentes de Fredrick Schauer, construyen la teoría de ilícitos atípicos, distinguiéndolos de la analogía. Las reglas de mandato pueden resultar infrainclusivas o suprainclusivas. En ese sentido, la analogía, permite calificar una conducta como ilícita, cuando a priori no parece subsumible en la regla, pero a la cual le aplican las razones para la prohibición que justifican dicha regla. Asimismo, distinguen del resultado de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva.

³⁷ Ataoğlu Colonnello, Seren, *Ilícitos Atípicos: una crítica*, *Ius et Praxis* vol.26 no.1, Talca, Chile, abril 2020. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122020000100192&script=sci_arttext

³⁸ *Ídem*.

es “problemático identificar el significado preciso atribuido a un texto por la autoridad normativa; en particular cuando esa autoridad normativa es un órgano colegiado”³⁹.

De igual manera, en concepto del autor en cita, la teoría de los ilícitos atípicos no permite considerar que las disposiciones normativas pueden expresar una variedad de normas, en tanto que a toda disposición, al estar determinado su alcance y significado por un principio, correspondería una sola norma⁴⁰. Por ello, refiere, la diferencia entre principio y regla se diluye.

En el sistema que proponen Atienza y Ruiz Manero, la labor del intérprete es la de presuponer dicha razón (que no se sabe *a priori*) y además identificarla de manera correcta, lo que podría tornar a las reglas y su función en “superfluas e irrelevantes”, en virtud de que son los principios contenidos en ellos lo que dotan de sentido a las reglas⁴¹.

En el sistema jurídico existen multiplicidad de principios que dotan de sentido a las reglas, e incluso pueden variar su alcance, dependiendo de la posición que tome el intérprete y al principio al que éste de mayor peso.

En el caso de los ilícitos atípicos, al no poderse declarar la ilicitud *a priori*, dependerá del daño causado y su acreditación. Aun así, la cuestión está lejos de ser sencilla, pues existen otros principios que podrían determinar que, incluso actualizándose el daño, el intérprete no advierta la ilicitud en la conducta.

Ahora bien, no obstante la complejidad de su teoría, hacen una gran aportación a la doctrina de los ilícitos que nacen del ejercicio jurisprudencial. Su noción de ilícitos atípicos, basado en la distinción entre reglas y principios, permite

³⁹ *Ídem*.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ *Ídem*.

entender claramente cuál es la naturaleza de estas conductas antijurídicas y da herramientas para analizar aquellos casos en que las reglas no son suficientes para resolver cuestiones que, de actualizarse podrían ser dañosas e injustas y, por tanto, sólo pueden ser resueltas en últimas instancias a la luz de los principios que fundan el sistema jurídico⁴².

V. Conclusiones

Los ilícitos atípicos son instituciones o figuras del Derecho que surgen de la jurisprudencia, a partir de la necesidad de controlar esos actos que están permitidos por las normas, pero que por su uso causan un daño injustificado a un tercero. En ese sentido, se constituyen como una respuesta del Derecho que permite resarcir y sancionar actos que a *posteriori* resultan injustos.

Aunque su origen data de la concepción del derecho de reglas y legalidad, es evidente que se sustentan en principios de derecho que el intérprete advierte que forman parte del sistema, que son los que resultan vulnerados en última instancia. Esto es más evidente en la concepción del sistema basado en reglas y principios que postulan Atienza y Ruiz Manero.

Sin embargo, por su naturaleza, estas figuras jurídicas no son fáciles de sancionar. En opinión de esta Redacción, la complejidad del tratamiento de los ilícitos atípicos en la práctica radica precisamente en los principios y la relación de éstos tanto con las normas que justifican, como por su relación entre ellos.

No obstante, si bien el sistema de reglas y principios que impera en la concepción jurídica actual, afirma que debe existir una razón verdadera que se constituye como última justificación de la regla, no siempre resulta sencillo desentrañar dicha razón subyacente en un caso concreto, dada la compleja relación de principios que rigen una norma, tanto a nivel individual, como

⁴² Su influencia es clara en nuestro sistema judicial. Para mayor ilustración, véase la tesis I.3o.C.323 C (10a.) de rubro ILÍCITOS ATÍPICOS EN EL ÁMBITO CIVIL. SUS ELEMENTOS. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 59, Décima Época, octubre de 2018, Tomo III, Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Civil, p. 2382.

sistémico, y el objeto que regulan, pues se refieren no sólo a los derechos en sí, sino a los sujetos de dichos derechos.

En este contexto, consideramos que el aspecto objetivo del daño injustificado es el parámetro principal que debe ser tomado en consideración al momento de resolver un caso en particular. Ello, en virtud de que la sanción del daño ocasionado a un tercero sin causa justificada y su, consecuente reparación, obedecen a principios reconocidos, no sólo a través de la tradición jurídica, sino por el propio sistema normativo.