



Marzo 2015

LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DE SU APLICACIÓN EN LA SOCIEDAD ECUATORIANA

Abg. Carlos Alcívar Trejo. M.D.C. ¹

Ing. Juan T. Calderón Cisneros. Msc. ²

Ing. Karla Maribel Ortiz Chimbo. M.D.C. ³

¹ Catedrático a tiempo completo de la Universidad Tecnológica ECOTEC, Guayaquil, Ecuador
¹ Catedrático medio tiempo en la Universidad de Guayaquil, (FACSO-TURISMO) ² Catedrático a tiempo completo de la Universidad Tecnológica ECOTEC, Catedrático medio tiempo de la Universidad de Guayaquil (FACSO), ³ Coordinadora De Gestión De Publicaciones Registros Y Patentes Dirección De Investigaciones Y Proyectos Académicos (DIPA) Universidad De Guayaquil Catedrática a medio tiempo de la Universidad de Guayaquil (FACULTAD DE MATEMÁTICAS). Guayaquil, Ecuador.

¹ calcivar@ecotec.edu.ec

² icalderon@ecotec.edu.ec

³ karla.ortizch@ug.edu.ec

Resumen

Mediante este ensayo haremos un análisis y iremos paso a paso evaluando la evolución y la comparación de los principios generales del derecho, su origen en el sistema de valores vigente en una comunidad política que se plasman por el legislador o se descubren por la jurisprudencia o la doctrina científica sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado con la aplicación de los mismos junto a los análisis de varios juristas y filósofos.

Palabras Claves: Fundamentos, Derecho, Axioma, Principios, Normas jurídicas, Doctrina.

Summary

Through this trial we will make an analysis I will go step by step assessing the evolution and the comparison of the General principles of law, its origin in the existing system of values in a political community that are reflected by the legislature or are discovered by the jurisprudence or the scientific doctrine on which are built the institutions of law and that at a time when historic determined informs the content of the legislation of a State with the application of the same together with the analysis of several Jurists and philosophers.

Key words: Foundations, law, axiom, principles, legal rules, doctrine.

I. – Introducción

Principio. Es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado.

Un principio es una aspiración, es una guía, un indicador, es la orientación central de un sistema.¹

Su origen en el sistema de valores vigente en una comunidad política que se plasman por el legislador o se descubren por la jurisprudencia o la doctrina científica sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado.

El Derecho es un sistema de normas jurídicas, obligatorias, y jerarquizadas que rigen la conducta de los hombres en sociedad, abalizadas por la fuerza coercitiva del Estado, cuya realidad es alcanzar la justicia, el orden, la paz, la seguridad y el bien común. De este maravilloso concepto, sacamos las siguientes particularidades del Derecho:

- El Derecho es dialéctico
- El Derecho es Coercible
- El Derecho rige la conducta de los hombres
- El derecho persigue justicia, el orden, la paz, el bien común

II.- ANTECEDENTES, DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN.-

Los principios generales del derecho, que constituyen la fuente última a que debe acudir el juzgador cuando requiera colmar los vacíos o deficiencias legales, son aquellos fundamentos esenciales generalmente aceptados procedentes de la ciencia del derecho sobre los cuales se levanta una estructura jurídica; son como axiomas, cuyos contenidos de justicia y sentido común son tan obvios, que prácticamente no necesitan demostración. Estos principios están formados por las ideas fundamentales de las cuales ella toma origen, y se deducen a través de un procedimiento de generalización, del conjunto de las disposiciones del derecho positivo y de los elementos históricos y éticos que lo presiden.

El español (Legaz y Lacambra) manifiesta que ellos son *"Principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta: principios de derecho natural. Pero en tanto que se hable de estos principios, no en un plano puramente filosófico-jurídico, sino en el de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que tales principios del derecho natural deben estar incorporados a la legislación positiva; de lo contrario, su*

¹ Axioma. (Del griego "axioma", 'lo que parece justo'). Proposición evidente no susceptible de demostración sobre la cual se funda una ciencia. Originariamente el término 'axioma' significa dignidad. Por derivación se ha llamado 'axioma' a "lo que es digno de ser estimado, creído o valorado". Así, en su acepción más clásica el axioma equivale al principio que, por su dignidad misma, es decir, por ocupar cierto lugar en un sistema de proposiciones, debe "estimarse como verdadero"

validez ideal no será título suficiente para que puedan ser alegados como fuente de derecho. (Lacambra, Julio - Diciembre 1962)

Los principios una vez plasmados en la ley se convierten en garantías. Estas son obligatorias para el legislador y el juez.

Algunos de los principios generales, entre los cuales están:

-Del enriquecimiento sin causa

-Del abuso de los derecho

-De la buena fe

-Del error común hace derecho

-Del fraude a la ley

-De la imprevisión

- *La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo tiene por objeto lograr que el progreso social vaya a la par con el progreso económico y el desarrollo. Adoptada en 1998, la Declaración compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios pertinentes. Estas categorías son: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.*
- *La Declaración establece claramente que estos derechos son universales y que se aplican a todas las personas en todos los países - independientemente del nivel de desarrollo económico. Menciona en particular a los grupos con necesidades especiales, tales como los desempleados y los trabajadores migrantes. Reconoce que el crecimiento económico por sí solo no es suficiente para asegurar la equidad y el progreso social y para erradicar la pobreza²*

III.- CARACTERÍSTICAS:

El Estado de Derecho se concreta en principios sustanciales que constan en reglas jurídicas en todos los países civilizados. El Estado de Derecho es el "otro yo", el opuesto al poder sin límites. Sus principios son:

1.- El principio de sujeción o imperio de la ley. -El poder está sometido a normas jurídicas preestablecidas. En este tipo de organización, las personas obedecen a los principios y a las leyes, antes que a los funcionarios. "Es el gobierno de las leyes, no de las personas", tampoco es el gobierno de los jueces o de las autoridades. El poder político solo puede

² <http://ilo.org/declaration/thedeclaration/lang-es/index.htm>

expresarse a través de actos sometidos a las reglas, que no dependen únicamente del propio poder. Los gobernantes y los legisladores son esclavos de las leyes, para evitar que los ciudadanos sean esclavos de los poderosos. Ninguna función está exenta de cumplir la Constitución y la Ley. Cualquier afectación a este principio, o la superposición de actos de poder, indican que el Estado de Derecho ya no rige, porque en tal sistema los gobernantes son simples ejecutores de las normas, y porque incluso su reforma está sometida a procedimientos legales preestablecidos, sin que tal reforma quede librada a la voluntad o ideología de quien ejerce el poder.

2.- El principio de Limitación.- En el Estado de Derecho se ejerce un poder limitado, circunscrito por las leyes. No hay poderes absolutos o totales, ese concepto es contrario al sistema. El principio de sujeción se concreta en el de limitación. Las potestades públicas son regladas y muy excepcionalmente discrecionales. Incluso la discrecionalidad -esto es, la opción de que el Gobierno elija entre varias alternativas-, opera exclusivamente entre las posibilidades que marca la ley. No hay discrecionalidad absoluta o abierta. Ni siquiera el legislador puede obrar sin reglas, sus grandes reglas están contenidas en la Constitución.

3.- El principio de Legalidad.- Es precepto básico según el cual desde el poder solo se puede hacer aquello que está expresamente mandado por la Constitución o la ley. Es lo que podría llamarse el 'principio de atribución de potestades', lo que significa que los gobernantes y los funcionarios no tienen, en realidad, 'derechos', en el sentido filosófico y civil del término, porque los derechos inmanentes solo corresponden a los seres humanos. Los mandatarios y los asambleístas tienen 'facultades' transitorias, revocables y condicionadas, derivadas de una norma legal que les atribuye o asigna tal poder. Esas facultades no pueden lesionar jamás los derechos fundamentales. Las facultades de la autoridad y del legislador se subordinan a los derechos de las personas.

4.- El principio de Motivación.- El Estado de Derecho prohíbe la arbitrariedad, más aún, la sanciona, de allí que los poderes públicos cuando expiden cualquier acto, llámese ley, reglamento, acto administrativo o sentencia, están obligados a "motivar" la decisión basándola en normas preestablecidas, consecuencia del principio de legalidad propio de derecho público. La falta de motivación resta eficacia a los actos del poder, les quita legalidad y legitimidad. La motivación real de los actos está asociada con su legitimidad, y es lo contrario al arbitrio o voluntad libre del gobernante o legislador.

5.- El principio de Responsabilidad.- Todos los principios anteriores se articulan y se concretan en la responsabilidad política y administrativa del Estado y de los funcionarios y magistrados, quienes deben asumir y reparar las consecuencias de sus actos, cuando se adoptan violando la Constitución o la ley o afectando a los derechos de los ciudadanos. Este es el fundamento de la responsabilidad objetiva del Estado y de la responsabilidad política, de la que derivan los mecanismos institucionales y legales de rendición de cuentas ante órganos independientes del poder que rinde cuentas.

6.- La seguridad jurídica.- La seguridad jurídica es "el elemento inspirador del Estado de Derecho", es su razón de ser. Supone, primero, que los ciudadanos sepan que los

derechos estén protegidos y los delitos previstos legalmente y de antemano. Por otro lado, se asegura un mínimo de estabilidad en las reglas de juego admitidas por la sociedad. La seguridad jurídica es el hilo conductor de los demás principios del Estado de Derecho y es uno de los derechos fundamentales de las personas.

7.- *División de las funciones del Estado.*- La idea de la constitución y del Estado de Derecho nació en contra del monopolio y la concentración del poder político. Estado de Derecho significa poder fraccionado, controlado, responsable y esencialmente limitado. La concentración del poder es la negación del Estado de Derecho. El poder concentrado es siempre arbitrario. "Arbitrio" significa obrar exclusivamente según la voluntad y planes del poderoso. El puro arbitrio es lo opuesto al Derecho que impone reglas y conductas al poder. La división de las funciones del Estado, sus limitaciones y responsabilidades no son temas accidentales de las constituciones, son asunto conceptual y relativo a la naturaleza misma del Estado de Derecho. La concentración de poder en cualquier órgano, es contraria al Estado de Derecho, incluso si esa decisión tiene origen en una decisión del pueblo. No todas las decisiones del pueblo son necesariamente legítimas, ni ajustadas al Derecho, porque el pueblo está sometido a la Constitución y sus decisiones también están limitadas y condicionadas por los derechos fundamentales y los principios y valores. ¿El "pueblo", puede violar el Estado de derecho? Sí, en tal caso, sus decisiones son ilegítimas

8.- *Impugnabilidad de los actos del poder.*- Como expresión concreta de la limitación y del sometimiento a la Constitución y a la ley, en el Estado de Derecho todos los actos del poder son susceptibles de impugnación, ya sea que provengan del legislador, ya del Ejecutivo, ya de los jueces. No hay excepción alguna ni factor de poder exento de esta regla. Todos los actos del poder son impugnables en la vía administrativa, judicial y constitucional. 9.- *La independencia judicial.*- Principio fundamental que debe estar incorporado al ordenamiento jurídico y que debe ser practicado efectivamente por los gobernantes e instituciones es la independencia judicial respecto de los demás poderes o funciones, y de los factores de poder. Ninguno de los principios y preceptos del Estado de Derecho puede ser eficaz si los jueces dependen del Ejecutivo, si sobre ellos existe inducción política de la conducta, amenaza real o presunta de destitución, propaganda o esquemas subliminales que condicionen las actuaciones de los tribunales, que deben ser independientes incluso de los proyectos gubernamentales.³

- **EL PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

Se formula este principio diciendo: " A nadie es lícito enriquecerse con detrimento del caudal ajeno (Nemini locupleari licet cum alterius injuria vel jacturia), es decir, que ninguna persona puede obtener ventajas en su peculio a expensas del patrimonio ajeno, sin una causa que lo justifique. Por consiguiente, todo sujeto que obtenga un enriquecimiento injusto con perjuicio de la hacienda de otro, debe indemnizar el valor del empobrecimiento

³ <http://www.elcomercio.com.ec/opinion/derecho-principios.html>. Estado de derecho: principios (Fabían Corral)

correlativo. Como ejemplos de este principio se señalan "el pago de lo no debido", el caso de que al vendedor se le anticipe el pago y no venda, etc.

Refiriéndose a este principio, comenta Valencia que "El enriquecimiento ilegítimo se produce todas las veces que un patrimonio recibe un aumento a expensas de otro, sin causa que lo justifique. Todo patrimonio (Conjunto de derechos de que es titular una persona) bien administrado debe producir aumentos o ventajas; pero ellos deben ser el fruto de la industria o el trabajo; además, un patrimonio puede recibir incrementos por causa de donaciones o por la misma ley. La herencia que se reparte entre los herederos o legatarios, el dominio que una persona gana por usucapión (o prescripción adquisitiva), el usufructo legal que se otorga al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos, son ventajas que reconocen como fuente la ley o la voluntad de una persona". (Zea)

Y a continuación agrega el citado autor: "En general, todo sistema jurídico trata de evitar que se realicen enriquecimientos ilegítimos; se persigue que la fortuna de las personas reconozcan causas legítimas. Cómo pueden realizarse estos fines del derecho? No de otra manera sino prohibiendo los enriquecimientos ilegítimos, es decir, sin causa justificativa. Constituye, por tanto, una norma de todo sistema la siguiente regla general: "Cuando un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro sin causa justificativa, el titular del patrimonio enriquecido queda obligado a indemnizar el valor del empobrecimiento".

Para que exista el principio del enriquecimiento sin causa (considerado también como fuente de obligaciones) se requiere, que se reúnan los cinco elementos constitutivos siguientes:

- 1) Que el obligado se haya enriquecido, es decir, que exista en su favor una ventaja patrimonial
- 2) Que haya un empobrecimiento correlativo, es decir, que el enriquecimiento se haya efectuado a costa del empobrecido
- 3) Que haya desequilibrio entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido se haya producido sin causa jurídica
- 4) Que el perjudicado carezca de otra acción originada por otra fuente de obligación distinta del enriquecimiento sin causa, pues la única acción que puede prosperar en razón de este principio es la denominada "*in rem verso*", encaminada a impedir todo enriquecimiento injusto, y
- 5) Que la mencionada acción "*in rem verso*" no pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley, pues en dicho caso, la acción referida no procede.

En nuestro Código Civil, al igual que el francés y otros dictados en el siglo XIX, no formula expresamente el principio de enriquecimiento sin causa; pero éste inspira varias disposiciones.

Entre ellas se encuentran las que establecen las prestaciones que deben el reivindicante de una cosa y el poseedor vencido, tendientes a evitar el enriquecimiento injusto de aquél o de éste; por el mismo principio está animada la regla que obliga al incapaz, en caso de nulidad del acto o contrato, a restituir aquello en que se hubiere hecho más rico (Art. 1705).

- **El Enriquecimiento Sin Causa En La Actualidad:**

En años recientes, la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa ha sido una de las áreas intelectualmente más relevantes dentro del derecho privado. Sin embargo, no existe todavía unanimidad, ni en los sistemas legales del derecho civil romanista ni en los del common law, sobre la forma de estructurar esta importante rama de la teoría general de las obligaciones. Consecuentemente, algunos aspectos claves de esta figura deberán ser considerados comparativamente, y de esta manera permitan dilucidar soluciones, ya sean teóricas o prácticas, sobre la naturaleza y elementos de la institución del enriquecimiento sin causa.

- **EL PRINCIPIO DEL ABUSO DE LOS DERECHOS**

Según este principio, los derechos no son absolutos sino relativos, y no puede hacerse uso de ellos sino con motivo legítimo y noble y sin apartarse del espíritu que los inspira. Por tanto, la persona que en el ejercicio abusivo de sus derechos ocasione perjuicio a otra, debe indemnizar.

Tratando de la teoría del abuso del derecho dice la corte suprema de justicia, que ella "tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercitarse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque como dicen los tratadistas de esta "No se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas no corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no solo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultaneo". Como ejemplo de este principio se pueden señalar los siguientes: El embargo en exceso de bienes del deudor, el abuso del derecho a litigar, la formulación temeraria de denuncia criminal, cuando insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado, etc.

Para que exista el abuso del derecho se requiere la reunión de las dos condiciones siguientes:

- a) Que se carezca de un interés legítimo y serio, es decir, que no exista un fin útil y
- b) Que al ejercerse el derecho haya intención de dañar.

IV.- El abuso del derecho en el Ecuador y en Latinoamérica:

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana destaca que la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria; y que el ejercicio de los derechos de participación ciudadana y organización social se regirán, además de los establecidos en la Constitución, por los siguientes principios:

Igualdad: Es el goce de los mismos derechos y oportunidades, individuales o colectivos de las ciudadanas y los ciudadanos, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y montubio, y demás formas de organización lícita, para participar en la vida pública del país; incluyendo a las ecuatorianas y los ecuatorianos en el exterior;

Interculturalidad: Es el ejercicio de la participación ciudadana respetuoso e incluyente de las diversas identidades culturales, que promueve el diálogo y la interacción de las visiones y saberes de las diferentes culturas;

Plurinacionalidad: Es el respeto y ejercicio de la participación de las ciudadanas y los ciudadanos, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y montubio, y demás formas de organización lícita, conforme a sus instituciones y derecho propios;

Autonomía: Es la independencia política y autodeterminación de la ciudadanía y las organizaciones sociales para participar en los asuntos de interés público del país;

Deliberación pública: Es el intercambio público y razonado de argumentos, así como, el procesamiento dialógico de las relaciones y los conflictos entre la sociedad y el Estado, como base de la participación ciudadana;

Respeto a la diferencia: Es el derecho a participar por igual en los asuntos públicos, sin discriminación alguna fundamentada en la etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, o de cualquier otra índole;

Paridad de género: Es la participación proporcional de las mujeres y los hombres en las instancias, mecanismos e instrumentos definidos en la presente Ley; así como, en el control social de las instituciones del Estado para lo cual se adoptarán medidas de acción afirmativa que promuevan la participación real y efectiva de las mujeres en este ámbito;

Responsabilidad: Es el compromiso legal y ético asumido por las ciudadanas y los ciudadanos de manera individual o colectiva, en la búsqueda del buen vivir;

Corresponsabilidad: Es el compromiso legal y ético asumido por las ciudadanas y los ciudadanos, el Estado y las instituciones de la sociedad civil, de manera compartida, en la gestión de lo público; **Información y transparencia.-** Es el derecho al libre acceso de la

ciudadanía a la información pública, en el marco de los principios de responsabilidad y ética pública establecidos en la Constitución y la ley, sin censura previa;

Pluralismo: Es el reconocimiento a la libertad de pensamiento, expresión y difusión de las diferentes opiniones, ideologías políticas, sistemas de ideas y principios, en el marco del respeto a los derechos humanos, sin censura previa; y,

Solidaridad: Es el ejercicio de la participación ciudadana que debe promover el desarrollo de las relaciones de cooperación y ayuda mutua entre las personas y colectivos.⁴

El Derecho que hoy gobierna en la mayoría de las legislaciones a nivel internacional, es un Derecho distinto al que regía antes del siglo XIX, a lo menos. En la actualidad no se puede de ninguna forma desligar los conceptos de justicia, solidaridad y seguridad de la concepción del Derecho, lo contrario sería desconocer los principios sobre los que éste reposa. Como sociedad, logramos apartarnos y avanzar de un Derecho individualista al extremo, a uno más social y solidario.

La instauración de la figura del abuso del derecho logra consolidar la idea última, de que el Derecho contemporáneamente obedece a las necesidades y reclamos sociales. No carece de detractores, encabezados principalmente por los más fervientes juristas liberales, quienes ven en este instituto un obstáculo al desarrollo de las libertades humanas, cuyo único límite es la ley, desconociendo cualquier otro "pretexto", como lo son los principios que protegen intereses de las personas que si bien no se encuentran positivizados, desconocerlos sería ir en contra de la finalidad del Derecho.

El Dr. Carlos Fernández Sessarego (Peruano) expresa que el abuso del Derecho, como institución, obedeció a un reclamo comunitario de raíz ético-moral, a una presión social que transformó la concepción del Derecho. Pero ¿qué es el abuso del derecho?; para ello, es necesario hacer referencia a los derechos subjetivos, recordando que estos no son nada más y nada menos que facultades que la ley le reconoce a la persona, para hacer, no hacer, para permitir o impedir que alguien haga algo.

Fernández Sessarego se refiere al abuso del derecho como un acto ilícito sui generis, donde se encuentra como antecedente la efectiva existencia de un derecho, pero del cual se hace una extralimitación en su ejercicio, lo que normativamente no está protegido, porque causa una afectación a otro interés, afectación que de ningún modo permitiría el derecho. (Sessarego, 1999)

Es importante resaltar que esta extralimitación en el ejercicio de un derecho de una persona causa un daño a un interés existencial ajeno, porque de no existir este último, no constituiría el abuso una violación a un deber primigenio de todo sujeto titular de un derecho, y que es el que se supone transgredido, como lo es el de no dañar al otro; por ello, sin daño a algo –en este caso a un derecho ajeno- no habría porqué hablar de la

⁴ Fuente: Ley Orgánica de Participación Ciudadana. (Ecuador)

responsabilidad civil por el perjuicio causado por el uso abusivo de un derecho subjetivo de parte de su titular.

Entonces, las coordenadas principales y necesarias al evocar la idea de abuso del derecho son: la existencia de un derecho subjetivo, la extralimitación de su ejercicio, la existencia de otro titular de un interés, el daño que le ocasiona la extralimitación del primero, y la consecuente responsabilidad que se genera a partir de ese daño. El abuso del derecho es la antítesis de la buena fe.

Nuestra legislación no trae una definición legal del abuso del derecho, de tal manera, que los jueces ecuatorianos, se limitan a mencionar a la "prohibición del abuso del derecho" como un principio universal del derecho.

La prohibición del abuso del derecho es un principio universal y general del derecho, en tanto en cuanto, no cabe en la conciencia del ser humano racional, la posibilidad de que los individuos utilicen las herramientas jurídicas para crear desequilibrios que provoquen beneficios injustificados para una parte, en detrimento o perjuicio de otra.

Entonces, no cabe duda, que la prohibición de toda forma de abuso del derecho, es un principio universal del derecho. Y es que en este caso, deviene cierto, lo dicho por el profesor Ángel Sánchez, de que los principios generales del derecho son como una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por parte del juez.

Es así, como nuestros artículos 28 y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial establecen:

Art. 28... Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia..."; y el siguiente enunciado señala,

"Art. 29... Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes..."

- **El Código Civil ecuatoriano**, también permite hacer uso de los principios universales del derecho, cuando en la regla séptima del Art. 18, referente a la interpretación judicial de la ley, establece:

"...7ª.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal".

Queda claro que, en nuestro ordenamiento jurídico, el abuso del derecho, es tratado como un principio general del derecho, es decir, "como un valor afincado en la conciencia común o en el espíritu del pueblo".

Los principios generales del derecho deberían ser aplicados por los jueces, en cualquier instancia, directamente a falta de ley y costumbre.

Interpretando los artículos citados se demuestra como nuestros jueces, haciendo uso de la facultad establecida en la ley de utilizar los principios generales del derecho, han establecido, la existencia del abuso del derecho y por supuesto, lo han sancionado.

Sin embargo, el hecho de no tener una definición legal de derecho, hace que quede a discrecionalidad de juez, interpretar si un hecho particular con apariencia de fraudulento, constituye o no un abuso del derecho o si está revestido de tales elementos formales que le dificulten al juzgador romper las barreras que ocultan la verdad.

En otras legislaciones está claramente establecida una definición legal del abuso del derecho y por supuesto establecida claramente su sanción, es así como el Art. 7 del Código Civil Español señala:

...Art. 7.- 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

Definición legal, ésta, de la legislación española, que ilustra con claridad el alcance del abuso del derecho, la forma de manifestarse y de detectarlo y las consecuencias que son, la indemnización o reparación del daño ocasionado a consecuencia del abuso y la posibilidad de que el juez o cualquier funcionario público tome medidas que impidan la persistencia del abuso. Medidas que nos corresponderá analizar posteriormente y que son las que nos llevan a concluir que es procedente ya, definir claramente al abuso del derecho, como un juicio del ser de la norma y establecida la hipótesis, indicar con claridad sus consecuencias, es decir, el juicio del deber ser de la norma.

- **Por su parte, el Art. 334 del Código Civil de Portugal señala:**

"...Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando su titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por la finalidad social o económica del derecho..."

Nótese que la legislación portuguesa califica al abuso del derecho como un acto ilícito.

- **El Código Civil Argentino, en su artículo 1071 señala:**

"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal, al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Es necesario resaltar que entiende el legislador argentino como uso regular o irregular de un derecho, sin embargo, podríamos inferir que es irregular el ejercicio de un derecho cuando es contrario a su finalidad o función económico social, cuando causa o amenaza causar un daño manifiesto a un interés ajeno.

Con todo lo mencionado, hay que tener en cuenta el criterio de Guillermo Borda (Jurista Argentino), que señala que son justificados los temores de quienes piensan que la facultad concedida a los jueces para evitar el ejercicio abusivo de los derechos pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica en una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes le reconocen. Lo dicho con Borda, puede ser aplicable a países que no cuentan con un sistema fiable e independiente de administración de justicia.

Uno de los casos de abuso del derecho en el Ecuador es el alzamiento de bienes, por el cual es común, que ciertos deudores transfieran sus activos a compañías de papel donde accionistas y representantes son dependientes del deudor; o el caso de falsas tercerías coadyuvantes, con supuestos deudores que en realidad son sus "amigos" y se aparecen en el juicio del verdadero acreedor a reclamar su parte de la tajada en el bien embargado y ni que decir, de los procedimientos concursales fraudulentos como los de cierta empresa exportadora de banano cuyo dueño era un ex Presidente del Congreso, que hizo un concurso preventivo para demorar el cobro del Banco a cargo de la AGD y que los acreedores que se presentaron al concurso eran empresas domiciliadas en paraísos fiscales, creadas expresamente para el efecto. Mención aparte, merecen los créditos que en su día entregaron los bancos a sociedades vinculadas (la mayoría "fantasmas") y las famosas empresas que se confeccionaron únicamente para emitir facturas que sirvieron para aumentar el gasto de los evasores tributarios.

- **El Principio De La Buena Fe**

De acuerdo con el principio de la buena fe ("bona fides"), en el ejercicio de los derechos y en la ejecución de los actos jurídicos las personas deben obrar lealmente, proceder de buena fe. "En el derecho la expresión de buena fe indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: Primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social, en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátese de una lealtad activa o buena fe, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que tenemos de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

Respecto de los efectos o funciones de la buena fe como principio, puede afirmarse que sirve para corregir, suplir y ayudar ágilmente en la creación, interpretación y aplicación de normas jurídicas generales y abstractas e individuales y concretas, tanto en el derecho privado como en el derecho público

- **El Principio Del Error Común Hace Derecho**

El error común hace derecho ("error communis facit jus") se presenta cuando el acto que ejecuta una persona "es producto de un error invencible, común a muchos, la simple apariencia se convierte en realidad", es decir, se requiere que el individuo haya incurrido de buena fe en un error común o colectivo, invencible y excusable. La falsa apariencia produce el error común, una especie de buena fe colectiva. Mazeaud, que se preocupó

por estudiar las relaciones entre el error común y la teoría de la apariencia, dice que aquella máxima no es sino uno de los aspectos más interesantes de esa teoría. "La situación de hecho contraria al derecho, nacida de error invencible, debe ser mantenida, agrega dicho autor. No habría seguridad social si quien obra con toda prudencia necesaria no se encontrara protegido. Hay allí una concepción que se desprende de la moral y que es tanto más interesante cuanto que parece dirigir la jurisprudencia en todas las ramas del derecho".

Para la aplicación de la regla "error común hace derecho", dice también la jurisprudencia, se requiere la concurrencia de los dos requisitos siguientes:

- a) Que se trate de un error generalizado, es decir de un error no universal, pero si colectivo
- b) Que el error haya sido invencible o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido.

Tal es el caso del error comunis, reconocido desde el derecho romano como fuente generadora de derechos. La jurisprudencia ha delimitado el alcance de este principio exigiendo, para su aplicabilidad, que el error sea "invencible", queriendo significar con ello que, además de ser común a muchos, hasta el más prudente de los hombres habría podido cometerlo. El principio del error común es aplicable a la peticionaria y a todas las personas que, de buena fe, efectuaron diligencias de registro ante un funcionario aparentemente competente, creyendo erradamente que con el trámite efectuado habían quedado válidamente inscritas. Con mayor razón es aplicable este principio, si se tiene en cuenta que fue la falla de la administración la que indujo a error a tales personas.

- **El Principio Del Fraude A La Ley**

Este principio consiste en la ley se viola a través de su aplicación indebida y maliciosa; es decir, se actúa aparentemente conforma la regla jurídica, pero en verdad se está infringiendo la ley misma y causando perjuicios, por lo general a terceras personas. En lo general, no se viola la ley con el propósito de violarla, sino con el de lograr fines distintos para los cuales la violación es solo un medio; Pero esta consideración no se opone al concepto de fraude. En otras palabras, puede haber aquel propósito y buscarse por sí mismo, pero no es necesario que lo haya para que el fenómeno se produzca, y generalmente no lo hay. Del propio modo si en lo general ese fraude daña a terceros, este elemento tampoco es necesario para que se produzca. Como ejemplo de este principio pueden citarse la insolvencia maliciosa del deudor para burlarse de sus acreedores, llamada comúnmente "fraude a terceros". En este evento, los acreedores burlados pueden obtener la revocación de los actos celebrados en su perjuicio por el deudor, ejerciendo la llamada "acción pauliana" ó "revocatoria".

La dicha acción pauliana, como se puede inferir está encaminada a obtener la reintegración al patrimonio del deudor de aquellos bienes que salieron de él, en perjuicio y fraude de los derechos de los acreedores. El deudor tramposo, para efectos de lo anterior, ha podido efectuar dos clases de actos, así:

- a) A título oneroso, en cuyo caso la acción pauliana está condicionada que el acto ejecutado haya causado o cause daño a los acreedores ("eventus damni") y que haya habido entendimiento defraudatorio entre el deudor y el tercero ("consilium fraudis").
- b) A título gratuito, caso en el cual, basta la mala fe del deudor ("animus nocendi") y el perjuicio de los acreedores ("eventus damni").

- **El Principio De La Imprevisión**

Según este principio, cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato, determinan un desequilibrio en las prestaciones de futuro cumplimiento de alguna de las partes resultándole excesivamente perjudicial dicho cumplimiento, puede la parte afectada a la autoridad competente su modificación.

Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor (Art 30 c.c), tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.

El artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano consagra el principio "*pacta sunt servanda*", que constituye la base del ordenamiento jurídico privado. Este artículo dispone: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*". Esto implica que el contrato debe cumplirse con rigor; estableciéndose causas puntuales para su invalidez.

El artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano establece que "*los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella*".

Estos principios son los que deben regir el curso de los negocios de manera general. Por eso, lo normal en el curso de los negocios es que entre la fecha de celebración y la de ejecución del contrato la situación existente a la época de la contratación se mantenga más o menos en forma similar.

Excepcionalmente, sin embargo, puede ocurrir en ese lapso que, con motivo de hechos o circunstancias imprevistas e imprevisibles, extraordinarias y graves, se alteren de tal

forma las condiciones que sirvieron de base a la contratación, que la prestación debida, sin que se torne imposible absolutamente, se transforme en excesiva e injustamente onerosa para una de las partes.

- **La Equidad**

Para superar la posible situación de injusticia que puede presentar por la aplicación inflexible, estricta de la ley ("summum jus summa injuria"), el juzgador, dice Aristóteles, debe acudir a la equidad como elemento morigerador que atempere en los casos concretos el rigorismo de la ley y cuya forma de realizarse es mediante el fallo que adapta la norma a los hechos, así como las reglas lesbias gracias a su ductilidad se adaptan con gran precisión a las sinuosidades de las rocas.

Se supone que todo ser humano tiene un sentido natural de lo que debe ser el derecho en los casos concretos sometidos a su decisión, de tal manera, que cuando se presenten eventualmente varias aplicaciones posibles escoja la más justa y conveniente a las circunstancias. No sobra anotar que por justo, o mejor por justicia, debe entenderse como dice el jurista latino Domicio Ulpiano (Roma, 170-228), la perpetua y constante voluntad de dar a cada cual lo suyo ("perpetua et constans voluntans ius suum cuique tribuendi"). Este sentimiento oportuno de justicia suele llamarse equidad. A esta concepción de equidad que más que una fuente de derecho, se considera un recurso supletorio que debe utilizar el fallador cuando no pudiere aplicar las otras reglas de interpretación de la ley y esta presentare Bonnecase comenta: "como lo hemos declarado, el derecho puede encontrarse en contradicción con la ley, y es por esto por lo que algunos autores estiman que esta hipótesis, el derecho no es otra cosa que la noción de equidad, debido a que no quieren separar el derecho de la ley. Para otros autores la noción de equidad sería la noción de la justicia pero de ahí surge una confusión terminológica inadmisble. La noción de equidad reviste un carácter esencialmente bajo. Si queremos poner de relieve el alcance que le atribuyen sus partidarios, nos daremos cuenta de que no es otra cosa que la concepción subjetiva que cada uno tiene del derecho y de la justicia. Es ni más ni menos la noción del derecho considerada al través del romanticismo jurídico; es la noción del derecho reducida a puro sentimiento, y desde luego tan variable, aún en su fundamento, como lo son los móviles individuales y las circunstancias".

V.- SUSTENTO LEGAL:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

TITULO I

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO

Capítulo primero

Principios fundamentales:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

TÍTULO II DERECHOS

Capítulo primero

Principios de aplicación de los derechos

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la

Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El

Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

CONCLUSIONES:

- Los principios generales del derecho, deben constituir un todo coherente y cohesionado. Se trate de derecho nacional o del derecho internacional, y a pesar de su diferente origen, constituyen normas jurídicas capaces de ser invocadas por los estados o aplicadas por los tribunales internacionales, ya sea de manera paralela a alguna otra fuente sustantiva, o bien, de manera subsidiaria con el fin de llenar las lagunas o vacíos del derecho positivo.
- Son rutas de la humanidad, son aquellos que conducen a la justicia, y que tendrán que necesariamente seguir, si desean el derecho y justicia entre naciones. Sin ellos la teleología y bases axiológica y deontológica del derecho serían desvirtuadas. En última instancia, son los principios generales del derecho los que garantizan que el ordenamiento jurídico cumpla con su objetivo máximo, es decir, otorgar seguridad y certidumbre jurídica a los miembros de una comunidad.
- Solo las armas del Derecho, que combinen la teoría con experiencias prácticas probadas, pueden someter a las decisiones administrativas, a las decisiones económicas, civiles, mercantiles, societarias, bancarias, tributarias, presupuestarias, a la administración de justicia, a las instituciones públicas, a la modernización, a las privatizaciones etc., a un nuevo concepto de país, que persiga el bien común, impere un clima de control de legalidad jurídica permanente y posibilite combatir nuestra propia corrupción.
- Lo que en realidad se busca son acciones y decisiones conjuntas, de todos los ecuatorianos sin excepción, de los administradores públicos, privados y de la sociedad civil, con renunciación de intereses creados, y unidos a las propias armas del Derecho y de la Constitución vigente, logremos salir de la crisis global que ha invadido al Ecuador

Bibliografía:

- Axioma. (Del griego "axioma", 'lo que parece justo'). Proposición evidente no susceptible de demostración sobre la cual se funda una ciencia. Originariamente el término 'axioma' significa dignidad. Por derivación se ha llamado 'axioma' a "lo que es digno de ser estimado, creído o valorado". Así, en su acepción más clásica el axioma equivale al principio que, por su dignidad misma, es decir, por ocupar cierto lugar en un sistema de proposiciones, debe "estimarse como verdadero"
- Lacambra, L. y. (Julio - Diciembre 1962). Los Principios Generales del Derecho. Revista del Instituto de Derecho Comparado, 58.

- Sessarego, C. F. (1999). Abuso del Derecho (Vol. Segunda Edición). Lima, Peru: Grigley.
- Zea, A. V. Derecho Civil. En A. V. Zea, Derecho Civil. TEMIS.
- Constitución del Ecuador 2008.
- Código Civil Ecuador. 2014.
- Código Orgánico Penal del Ecuador. 2014.
- Bonnecase, Julián; Introducción al Estudio del Derecho; Bogotá – Colombia: Editorial Temis S.A., 2ª edición, 2000, 307pp.
- El principio General de la buena fe - Jesus Gonzalez Perez Civitas Ediciones, 2009.
- Derecho Civil del Ecuador Parte I Dr. Juan Larrea Holguín. CEPC, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1984.
- El Derecho y la Sociedad (Jacques Leclercq) Biblioteca Herder.
- Introducción al Derecho. Abelardo Torré Perrot- Porrua Argentina.
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana. (Ecuador)
- Tratado Elemental de Derecho Romano. Eugéne Petit Universidad de Buenos Aires.1999.
- Manual de Derecho Romano Luis Rodolfo Arguello Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires 2000
- Manual de Derecho Civil - Jorge Parra Benitez; Editorial Temis
- <http://ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--es/index.htm>