

Universidad San Francisco de Quito

**Tratamiento del Abuso del Derecho en la Jurisprudencia de las Salas de lo
Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador**

Jorge Andrés Ortiz Donoso

Tesis de Grado para la obtención del Título de Abogado

Quito, Mayo de 2011

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACION DE TESIS

Tratamiento del Abuso del Derecho en la Jurisprudencia de las
Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del
Ecuador

Abogado

Director de la Tesis

Fabián Andrade Narváez

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi agradecimiento a mi Papá, Mamá y mi Hermana, quienes me dieron la oportunidad y me allanaron el camino para llegar a este momento. Agradezco también a mis compañeros, mis futuros colegas, quienes pusieron ese ingrediente indispensable de compañerismo en cada día de mi carrera.

Resumen

Los seres humanos, para poder realizarnos como personas, gozamos de derechos subjetivos o facultades que nos permiten hacer lo que mejor nos convenga a nuestros intereses y plan de vida, y que están protegidas y amparadas por el ordenamiento jurídico. Se dice entonces que cualquier acto que se ejecute en ejercicio de estas facultades, es lícito y no comporta responsabilidad alguna, pues el propio ordenamiento jurídico lo avala. Sin embargo, estas facultades, se desenvuelven en un medio donde hay otras facultades jurídicas de otros sujetos, que son así mismo dignas de tutela jurídica, razón por la cual estas facultades no pueden ser ejercidas irresponsable e ilimitadamente, sin cumplir su función social, sin tener interés digno, y causando daños injustos a terceros. Surge entonces la figura del abuso del Derecho, un Principio Universal de Derecho, que propone establecer límites al ejercicio de tales derechos, y a su vez, busca imponer la obligación de reparar a quien ha causado un daño injusto en base a su ejercicio por haber atropellado principios como el de la Buena fe y el de no ejercer abusivamente los derechos.

Controversial figura la del Abuso del Derecho, rechazada por algunos, pero mayoritariamente aceptada, aunque de distintas maneras, por la doctrina, ya tratada en la jurisprudencia, y también incluida en la legislación positiva. Es el Abuso del Derecho, una realidad en el mundo jurídico, es una verdadera norma jurídica en sentido de principio, con autonomía y características propias que la hacen única y distinta a otras figuras. Este principio, encausa a las normas jurídicas en sentido de reglas, pone límites al ejercicio abusivo y dañoso de facultades jurídicas, ayuda a al Derecho a ser más flexible, armonioso y evolutivo, logrando que se repare a quien ha sido dañado injustamente, por un obrar, que dadas sus circunstancias ha devenido en un ilícito atípico que atropella principios y valores superiores.

Abstract

Human beings possess Rights or faculties that allow them to do what is best to their interests and life plan. These Rights are in fact protected and sheltered by the lawful or juridical system. With this being, it is said that any act or behaviour that has its origins or justification in these Rights, is totally legal and licit, ergo it will not involve any kind of responsibility to its owner because the legal system vouches it. Nevertheless, these faculties unfold in a social world, where there are other rights that are as well protected by the law. This is why these legal faculties should not be exercised unlimitedly, selfishly and irresponsibly, without fulfilling the goal they were meant for, without persecuting a worthy interest, and furthermore, being harmful toward others. With this, the Abuse of Rights or misuse of faculties, as a new figure has emerged as a Lawful Principle. This principle proposes to establish limits to Rights, specifically, to its exercise. It intends as well to restore, mend or repair those who have unjustly suffered harm, and obligate to repair to those who have harmed because of an abusive behaviour.

This controversial figure, rejected by some, but mainly accepted, in different ways though, by the doctrine, treated by the jurisprudence, and established in the legislation. The Abuse of Right is already a reality in the world of Law. It is truly a juridical rule in the way of a principle, which has its own characteristics and its own autonomy that makes it different and unique from other similar figures. This principle, gives sense to other rules, limits the misuse of rights, and helps the Law to become more flexible, changeable, and evolutive. It gives as well the opportunity to those unfairly harmed, to seek for the repair of the harm suffered caused by the exercise of a faculty that given the circumstances, has become an atypical illicit behaviour that crushes against principles and values.

Tabla de Contenidos

	Página
Agradecimientos	ii
Resumen	iii
Abstract	iv
Tabla de Contenidos	v
Introducción	1
1. Capítulo I:	7
1.1 Derecho	7
1.1.1 Relación Jurídica: Facultad y deber jurídico	9
1.2 Teoría del Abuso del Derecho (Diversas Teorías)	12
1.2.1 Teorías y diversas concepciones sobre abuso del Derecho	14
1.2.2 Teoría de la Utilidad	17
1.2.3 Teorías Subjetivas	18
1.2.4 Teoría de la falta de Interés o justificación	19
1.2.5 Sistema de Ruptura de Equilibrio de Intereses	25
1.2.6 Teoría de falta de Interés Legítimo	25
1.2.7 Teoría Funcionalista	26
1.3 A quién hace daño el ejercicio abusivo de un derecho	26
1.4 Responsabilidad	27

1.5 Abuso del Derecho como Fuente de Obligaciones	28
1.5.1 Obligación de Reparar o Indemnizar	29
1.6 Teorías Detractoras	30
1.6.1 La Seguridad Jurídica	31
1.6.2 Fenómeno Social	32
1.6.3 Igualdad	33
1.6.4 Derechos Absolutos	34
1.6.4.1 La Propiedad	36
1.6.5 El Individualismo	38
1.7 Límites al ejercicio de los Derechos	40
1.7.1 Límites en Derecho Privado	41
1.7.2 Buena Fe	45
1.7.3 Legitimación Activa	49
1.7.4 Deber Jurídico (Deber de abstención)	49
1.7.5 Justicia, Solidaridad y Seguridad	51
1.7.6 Función Social	52
2. Capítulo II	58
2.1 Naturaleza y ámbito de aplicación del Abuso del Derecho	58
2.1.1 Ilícitud	59
2.1.2 Ilícito Sui Generis	61
2.1.1 Diferencia de Abuso del Derecho y Delitos	62

2.1.2 Diferencia entre Abuso del Derecho y Cuasi Delitos	64
2.1.3 Diferencia entre Abuso y Responsabilidad Extracontractual	64
2.1.4 Diferencia entre Abuso del Derecho y Buena Fe	66
2.1.5 Diferencia entre Abuso del Derecho y Fraude a la Ley	68
2.1.6 Diferencia entre Abuso del Derecho y Doctrinas de los Actos propios	71
2.1.7 Diferencia entre Abuso del Derecho y causa ilícita	72
2.1.8 Diferencia entre Abuso del Derecho y Simulación	73
2.2 Tratamiento del Abuso del Derecho en la Legislación Ecuatoriana	74
2.2.1 Normas que la contienen Directamente	75
2.2.2 Normas que la contienen Indirectamente	76
2.3 Rol que juegan los Principios Generales del Derecho (Teoría de los Principios de Robert Alexy)	78
2.3.1 Principios Generales del Derecho: Normas Jurídicas	80
2.3.2 Teoría de los Principios: normas jurídicas: principios y reglas	85
2.3.3.Derecho Natural	95
2.3.4 Derecho Positivo	97
2.3.5 Abuso del Derecho: Ilícito Atípico	99
2.3.6 Concepto Jurídico Indeterminado	101
2.3.7 Abuso del Derecho y Principio de Legalidad	102
3. Capítulo III	105
3.1 El papel del Juez en la determinación del Abuso del Derecho	105

4. Capítulo IV	112
4.1 Jurisprudencia como fuente de Derecho	112
4.2 Abuso de la Personalidad Jurídica	113
4.3 Abuso del Derecho de acceso a la Jurisdicción	114
4.3.1 Malicia	115
4.3.2 Temeridad	115
4.3.3 Carga de la Prueba	116
4.4 Introducción Sentencias Analizadas	117
4.4.1 Teorías Subjetivas	119
4.4.2 Función Social	121
4.4.3 Buena fe	122
4.4.4 Legitimación Activa	124
4.4.5 Deber jurídico	124
4.4.5.1 Incumplimiento de Obligaciones	126
4.4.6 Circunstancias del Caso	127
4.4.7 Costumbre	129
4.4.8 Moral	130
4.4.9 Interés	131
4.4.10 Daño	132
4.4.10.1 Existencia de Daño	133

4.4.11 Responsabilidad	136
4.4.12 Ilícitud	137
4.4.13 En ejercicio de Derecho Subjetivo	138
4.4.14 Acción u Omisión	140
4.4.15 Fraude a la Ley	140
4.4.16 Lealtad Procesal	141
4.4.17 Derechos son limitados	142
4.4.18 Abuso es Principio General	142
4.4.19 El Papel del Juez	143
4.5 Análisis de un fallo a la Luz de la Teoría de los Principios	144
Conclusiones	147
Recomendaciones	152
Bibliografía	155
Lista de Sentencias Analizadas	160

Introducción

Mi derecho llega hasta donde llega el derecho de los demás. ¿Cuál es realmente el alcance de esta afirmación? ¿Cómo sé hasta dónde llega mi derecho, y desde cuándo empieza el derecho de los demás? ¿Quién es exactamente “los demás”? ¿Quiere decir esto que mis derechos tienen límites?

Las personas tenemos derechos o facultades que nos son inherentes, por el sólo hecho de existir, de ser seres racionales, seres humanos. Son precisamente éstas facultades, las que nos permitirán a los humanos buscar lo mejor que nos convenga para nuestro plan de vida. Es decir ayudan al humano a realizarse como personas en su vida privada personal, como un fin en sí misma. Pero por el hecho de que el ser humano no es un ser gregario o aislado sino necesariamente familiar y sociable, en otras, por el hecho de que el ser humano vive en sociedad, las facultades de las que dispone para realizarse como persona conviven en un medio donde hay otras facultades de otras personas. Es así, que los derechos subjetivos o facultades que tenemos los humanos, por el hecho de vivir con otros derechos, deben tener ciertos límites para que así puedan convivir armoniosamente con las personas, con la sociedad, sin causar daño injustamente, afectando derechos o intereses de terceros, dignos de amparo, dignos de tutela jurídica. Pero así como el ser humano puede tener tantas conductas impensables e imprevisibles, impensable por lo mismo es pretender realizar una exhaustiva legislación con dichas conductas que no se pueden preveer. Con esto, se ha abierto paso en el mundo jurídico, la necesaria, aunque controversial figura del Abuso del Derecho¹. Pero hay que aclarar desde ya que por razones de espacio, tiempo y prudencia, y que siendo el Abuso del Derecho un Principio de Derecho aplicable a todas las ramas del mismo, el abuso del que trataremos es el abuso de facultades jurídicas en ámbito de las relaciones jurídicas de Derecho Privado, específicamente de las relaciones civiles y mercantiles, excluyendo por tanto abuso del derecho en ámbito laboral como del derecho ala huelga, o el abuso de potestades públicas atribuidas legalmente a un órgano estatal o sujeto público por poner

¹ Abel Fleitas en cuanto a esta institución dice que “unos la niegan toda razón de ser; otros le reconocen personería autónoma dentro del amplio campo de la responsabilidad civil, pero lo combaten vivamente; los más la aceptan con entusiasmo.” ABEL. FLEITAS *Abuso del Derecho en la Reforma del Código Civil Argentino*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1944. p. 6.

ejemplos². El Abuso del Derecho entonces ha surgido en el mundo jurídico, para poner límite al ejercicio de aquellas facultades jurídicas que son desviadas de su función social o que al ejercerse dañan derechos o intereses de terceros injustamente.³ Es entonces, que con este dañar surge la responsabilidad de reparar a quién se le ha dañado injustamente por el ejercicio de un derecho, víctima que sin esta figura no tendría amparo específico alguno para su sufrimiento o daño injustamente causado.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, contiene disposiciones, que hacen directa, aunque vagamente, referencia a un tipo de abuso del derecho. Así mismo otras disposiciones, interpretadas en su contexto coherente y congruente, hacen referencia a la existencia de consecuencias por conductas abusivas. Es entonces que si bien la legislación positiva, sobre todo en el Código de relaciones privadas, no se contempla una disposición expresa del Abuso del Derecho, la Jurisprudencia Ecuatoriana, sí ha recogido a la figura en cuestión aunque sea de manera aproximada. Así, la figura en cuestión, siendo ya de por sí compleja y cuestionada, y siendo que la propia doctrina la ha definido en un diversos sentidos, lo que pretendemos en el presente trabajo es determinar los siguiente: ¿Existe jurisprudencia que permita sostener que los Tribunales Ecuatorianos mantienen un criterio uniforme sobre la naturaleza y requisitos de procedencia de la institución Abuso del Derecho? Sostenemos por nuestro lado que la jurisprudencia ecuatoriana analizada mantiene un criterio uniforme que se aproxima a la naturaleza jurídica del Abuso del Derecho al situarla dentro de la ilicitud, sin embargo dicha naturaleza no es precisada ni especificada claramente, confundiéndola con otros figuras si bien ilícitas, pero distintas y con características propias. Sostenemos también que en la jurisprudencia analizada en cuanto a los requisitos de procedencia de la figura, existe una inclinación mayoritaria hacia una

² En principio, parece que, al menos en cuanto se refiere al abuso del derecho, no tiene sentido que pueda incurrir el juez. Porque el juez no ejercita derechos. Pero si bien no ejercita derechos subjetivos si ejercita potestades... Y la jurisprudencia no ha dudado en estimar que también los titulares de los órganos administrativos pueden incurrir en su actuación no solo en infracción de la buena fe, sino en abuso del derecho, que en derecho administrativo se denomina abuso de poder... J. GONZÁLES PÉREZ. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en *El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal* Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006 p. 332

³ “Es en definitiva, una necesidad ineludible fijar sus límites, es un requerimiento impostergable, a fin de evitar los excesos, a lo que nos tiene acostumbrados a ver, quienes sin escrúpulos y a sabiendas de la impunidad de que gozan, aprovechan su impunidad para conseguir muchas veces objetivos reñidos con el derecho”. G. BORDA. “El Abuso de la Persona Jurídica en el Contrato de Sociedad” en *Contratación Contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor 2*. Alterini, Atilio Aníbal. Director. Editorial Temis. Bogotá Palestra Editores. Lima, 2001.p. 269

postura Subjetivista que pone atención en la intencionalidad del agente para que se configure la conducta abusiva en que hay un ejercicio disfuncional o desinteresada de un derecho, atentatorio contra la buena fe, y adicionalmente encontramos que, al igual que en la doctrina, nuestros fallos mantienen uniformidad de criterio en el hecho de que es necesaria la producción de un daño para que se produzca el Abuso del Derecho, lo cual genera necesariamente responsabilidad.

Se han analizados entonces algunos fallos, específicamente de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, para ver el tratamiento que se le ha dado al Abuso del Derecho, y así posiblemente encontrar aquella uniformidad pretendida en general por la jurisprudencia⁴, que ayude a delinear y delimitar correctamente esta figura, para poder aplicarla correctamente en casos futuros y poner acertadamente límites al ejercicio abusivo y dañino de una facultad jurídica⁵. Se dice al respecto que “la determinación de estos límites es una tarea que el legislador no ha podido realizar en razón de la variedad y de la complejidad de casos en que los derechos pueden ser puestos en juego”⁶, razón por la cual, el juez entra a jugar un papel fundamental en esto y deberá tener amplio poder de apreciación, para que con su sana crítica pueda ir determinando estos límites. En corto, lo que se pretende es determinar la naturaleza y ver que requisitos son necesarios para que haya abuso del derecho o de una facultad desde la perspectiva de los precedentes jurisprudenciales ecuatorianos. Y es que por nuestra parte sostenemos que el Abuso del Derecho es una verdadera norma jurídica en sentido de Principio de Derecho que pone límite al ejercicio de las facultades jurídicas, que encaja en los lineamientos de la ilicitud, pero que es distinto, autónomo e independiente de otras figuras ilícitas típicas como el delito o el cuasi delito, configurándose como un ilícito atípico que atenta contra Principios Generales del Derecho, Principio el cuál tiene su propia definición y sus características propias que la hacen única y autónoma al

⁴ El artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial en el numeral 4 establece que los jueces deben “propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de derecho”. Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Registro Oficial Suplemento 147 del 9 de marzo de 2009.

⁵ El numeral ocho del artículo 11 de la Constitución, hace referencia a que los derechos en efecto tienen un contenido y que no son ilimitados, pero que dicho contenido será desarrollado a través, entre otras, de la jurisprudencia. Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de Octubre de 2008.

⁶ PESCIO VARGAS, VICTORIO. *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y Teoría General de la prueba. Tomo II*. Colección Manuales Jurídicos. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1978. p.26

originarse en el ejercicio de un derecho, figura en la cual el juez tiene un importante papel que desempeñar.

El Abuso del Derecho como figura o institución jurídica, ha sido rechazada y no ha sido aún plenamente definida uniformemente por la doctrina, pues al respecto existen diversas teorías y concepciones que la clasifican o naturalizan de variadas maneras. Esta indefinición o incertidumbre de la figura, es en parte debido a que no se tiene claro el concepto de lo que es un derecho subjetivo ya que se limita su alcance, ni tampoco se ha definido cuáles son los límites a partir de los cuales ya se podría hablar de un abuso. Es entonces, que en el primer capítulo de la presente investigación, nos proponemos aclarar el concepto de Derecho subjetivo, para entenderlo como lo que realmente es, es decir como una relación jurídica con su facultad y su correspondiente deber jurídico, con lo cual se entenderá de mejor manera el por qué de los límites necesarios a dichas facultades. Se hará también un análisis de las diferentes teorías y puntos de vista que al respecto destacan, para así acercarnos más a la figura del Abuso del Derecho, y tomar aspectos de cada teoría que nos ayudarán a delimitar de mejor manera la figura. Así, buscaremos determinar qué es la buena fe como límites al actuar de los sujetos, la función social como delimitación del abuso, en cuanto a esto determinaremos quién o cuándo es que se determina dicha función social. Y en fin, veremos también las teorías que cuestionan o pretenden restarle fuerza a la figura en estudio, para darnos cuenta de dichos argumentos no tienen cabida, y por el contrario fortalecen a la figura del Abuso.

En el capítulo II analizaremos la naturaleza y ámbito de aplicación de la figura Abuso del Derecho, punto en el cual veremos sus diferencias con algunas figuras similares o relacionadas para así darnos cuenta finalmente de que es una figura con autonomía y características propias que la hacen única e independiente, y que en sí es una verdadera norma jurídica en sentido de Principio de Derecho. Se verá en este capítulo, el hecho de que el Abuso del Derecho existe en nuestro ordenamiento jurídico ya que algunas disposiciones lo contemplan pero refiriéndose únicamente a un tipo de abuso, el abuso procesal. Apreciaremos también que integrando el Derecho y tomándolo como un todo armonioso y coherente, se puede encontrar a la figura del Abuso del Derecho en normas que de manera indirecta aceptarían su existencia y recibimiento. Pero principalmente, y tomando en cuenta que el Abuso del Derecho es un principio de Derecho que encuentra sus bases sólidas

igualmente en otros principios, haremos un análisis del rol que juegan los Principios de Derecho como normas jurídicas ante el ordenamiento y frente a las normas reglas, a la luz de la Teoría de los Principios que propone Robert Alexy. Con esto finalmente podremos apreciar que el Abuso del Derecho es una verdadera norma jurídica en sentido de principio, y que por ésta característica de ser principios, su ilicitud deviene por quebrantamiento de éstos, y por tanto configurándola como una figura cuya naturaleza es autónoma y sobre todo atípica, distinta a otras figuras ilícitas.

En el capítulo tercero, lo que se pretende es ver la importante tarea que debe llevar a cabo el aplicador del derecho, el juez, a la hora de determinar o no la existencia de un ejercicio abusivo de derechos. Así, se apreciará, que sin pretender restarle importancia o desvalorizar lo que establece el ordenamiento jurídico positivo, y más aún, sin pretender desapegarse de él, el juez debe llevar a cabo una exhaustiva y minuciosa tarea y desarrollo intelectual, poniendo especial atención a las circunstancias del caso y estados de las partes, para así, detectar conductas abusivas, injustas y lesivas de intereses dignos de tutela, para lo cual sin duda alguna debe cumplir a cabalidad la exigencia Constitucional y Orgánica de motivar todas sus decisiones, sea esto, soluciones.

Por último, pero no al último, (tratando de adaptar al castellano una expresión en inglés), se procederá a hacer el análisis de alguna jurisprudencia, específicamente de sentencias de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Con esto, pretendemos enseñar la importancia que tiene la jurisprudencia como fuente de derecho dentro de un ordenamiento jurídico y adicionalmente, gracias a la jurisprudencia, analizaremos los tipos de abusos que se han detectado en nuestros máximos tribunales. Después de dicho análisis, se podrán apreciar los límites que los Magistrados ecuatorianos han tenido en cuenta para el ejercicio de los derechos subjetivos, las circunstancias que son de relevancia para tomarse en cuenta, el tipo de teoría o criterio que siguen las salas para identificar conductas abusivas, y en fin, ver su naturaleza, ver cuándo y desde cuándo se configura un abuso del derecho para los precedentes jurisprudenciales ecuatorianos. Con esto, podremos apreciar que en efecto, no se encuentra claridad y precisión con respecto a la naturaleza jurídica de este instituto en las decisiones judiciales ecuatorianas, ya que se lo confunde o asimila a otras figuras como los delitos, cuasidelitos, o fraude a la ley, figuras que

tienen características propias y distintas, con lo cual se le resta o priva de autonomía e independencia a la figura en análisis.

Después de todo lo dicho, se pretende que haya más claridad con respecto al concepto, naturaleza y requisitos para la procedencia de la figura Abuso del Derecho. Se aspira también que haya más atención en la importancia que dicha figura juega en el Derecho, al ser una herramienta indispensable para flexibilizar el derecho y facilitar su adaptación a la realidad social, y que también entra a resguardar a aquellas personas que han sido dañadas injustamente, quienes sin esta figura no tendrían amparo legal (reparación) específico alguno y así responsabilizar a aquellos que han dañado injustamente. Con todo esto se podrá llegar a conclusiones que respaldan el hecho de la falta de uniformidad de criterio sobre la naturaleza jurídica la figura del Abuso del Derecho por parte de los Tribunales de Justicia del Ecuador, lo cual hace que la figura se pierda, confunda o mezcle con otras figuras si bien similares, pero de distinta naturaleza y con características propias.

Capítulo I

Derecho y Abuso del Derecho

1. El Derecho

Derecho es un conjunto o sistema coherente de principios, preceptos y reglas a las que están sometidos todos los hombres en cualquier sociedad civilizada. Es también lo recto, para vivir conforme a la justicia y paz⁷, el cual es deber para el Estado, de acuerdo al numeral 8 artículo 3 de la Constitución Política del Ecuador⁸ que dispone que es deber primordial del Estado garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz.... Como tal, el Derecho ayuda a regular las conductas del ser humano, quien es el destinatario del Derecho, en la vida en sociedad. Sin embargo de esto, Derecho es una de aquellas palabras a la que se le pueden atribuir diferentes acepciones, dependiendo de la manera o contexto en que se la use. Así, entre las definiciones que se dan para la palabra Derecho, se encuentra que ésta puede ser usada como adjetivo, como lo recto, o igual, como lo fundado, razonable, lo moral, como lo bien intencionado; y en el campo estrictamente jurídico lo legal, legítimo y justo; se lo puede usar también como adverbio, esto es, camino derecho o recto, la vía legal, la buena fe⁹. Derecho es también, el expresar el orden o las órdenes que integran el contenido de códigos, leyes, reglamentos o costumbres, como preceptos obligatorios, reguladores o supletorios establecidos por el poder público o por el pueblo mismo a través de la práctica general reiterada o de la tradición usual, llamado también Derecho Objetivo.¹⁰

⁷ G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. “Derecho”, en *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Argentina, 2003. p. 119

⁸ El artículo 21 del Código Orgánico de la Función Judicial, a través del llamado Principio de Probidad se inclina en este mismo sentido y dispone: La Función Judicial tiene la misión sustancial de conservar y recuperar la paz social.

⁹ G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. “Derecho”, en *Diccionario Jurídico Elemental*. Op.cit. p.119

¹⁰ *Ibíd.*

Por su parte, Derecho en sentido Subjetivo o derechos subjetivos¹¹ es la facultad, poder, prerrogativa, privilegio o potestad individual de hacer, elegir o abstenerse en cuanto a uno mismo atañe, y exigir, permitir o prohibir a los demás; ya sea el fundamento natural, legal, convencional o unilateral, nos encontramos frente al Derecho Subjetivo¹²

Dentro de la diferenciación de Derecho en sentido objetivo y subjetivo, entre otras cosas, se dice que el derecho subjetivo precede y es anterior al objetivo, puesto que el ser humano como tal, al nacer ya dispone de estos derechos subjetivos o facultades, pues son inherentes a él y no se necesita que ninguna norma lo reconozca para que éste ya los tenga. Es decir que para que un hombre pueda ser libre, no necesita previamente una norma que así lo disponga, sino que es libre por el hecho de ser humano. Por esto, se llega a definir al derecho subjetivo o prerrogativa, como aquellas consecuencias naturales derivadas del estado de una persona, o relaciones con otros sujetos jurídicos.¹³ Podemos afirmar que incluso en Roma, ya se encontraba que “este derecho subjetivo era algo que el derecho objetivo encontraba delante de sí ya constituido, que estaba encargado de garantizar o proteger”¹⁴ ¹⁵ Por otro lado, Torr  da otra diferencia y dice que desde el punto de vista subjetivo, el derecho tiene una “evidente desigualdad, pues mientras el sujeto activo de la relación jurídica tiene el derecho de exigir algo, el sujeto pasivo correlativamente, tiene la obligación de cumplirlo”.¹⁶ Vale decir que esta desigualdad no implica injusticia, porque quien es obligado desde un punto de vista o en una determinada relación, desde otro punto de vista o en otra situación será el facultado, y todos los demás obligados ante él (obligación de respeto y abstención ante su facultad). Esto no sucede desde el punto de vista objetivo pues éste en general establece igualdad entre los sujetos ante la ley.

¹¹ Estos derechos están reconocidos en el artículo 1 de la Constitución Política, la cual establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.

¹² G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. “Derecho” en *Diccionario Jurídico Elemental*. Op. cit p. 119

¹³ *Ibídem* p. 120

¹⁴ E. AFTALIÓN JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998 p. 558

¹⁵ “Históricamente, el derecho en sentido subjetivo es anterior a la norma jurídica o Derecho Objetivo, puesto que, estudiando el desarrollo de los pueblos primitivos, y con la evolución del Derecho Romano, se observa que en un principio no tenían normas generales como las leyes modernas, sino que frente a un determinado conflicto de intereses, el juez resolvía según su íntima convicción, creando a posteriori una norma para cada caso particular. Solo con el progreso paulatino del derecho, por la repetición y generalización sucesiva de esas normas particulares, surgieron las normas jurídicas generales de hoy día.” A. TORR  *Introducción al Derecho*. Perrot, Buenos Aires, 1998. p. 206

¹⁶ A. TORR  *Introducción al Derecho*. Op. cit. p. 204

Podría criticarse, como ya se lo ha hecho, a esta categorización o división si se quiere, de la palabra Derecho en sentido objetivo y subjetivo, pues se dice que solo existe un único y sintético concepto de Derecho, ya que “derecho norma es el lado objetivo; el derecho potestad y el deber jurídico constituyen (en cambio) el lado subjetivo, positivo el uno, negativo el otro, del único y sintético concepto de Derecho”¹⁷. De otra forma, se dice que el derecho subjetivo “es la norma en relación con el sujeto: es en resumen el mismo derecho objetivo.”¹⁸ Desde una visión unitaria, se sostiene también que el Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo son conceptos correlativos, es decir, están en una relación de reciprocidad, íntimamente ligados, “que uno presupone al otro y viceversa, por lo que sería absurdo la existencia del uno sin el otro”.¹⁹ Podríamos decir que uno y otro son coexistentes, inseparables o necesarios.

Relación Jurídica: Facultad y Deber Jurídico

Pero sin perjuicio de los criterios expuestos, y para efectos explicativos de la presente investigación, se pondrá atención a la palabra Derecho en su acepción Subjetiva²⁰, esto es como facultad o prerrogativa, por lo que a continuación se expondrán diferentes criterios que al respecto se han comentado. Así, García Máynez dice que derecho subjetivo “es una posibilidad de acción o de omisión autorizada por una norma jurídica”²¹, o una “facultad que el orden jurídico confiere al titular del derecho para ejercerlo conforme a lo que él legitima”.²² Se lo denomina también como “la situación en que se encuentra una persona que es titular de un interés que está reconocido socialmente como legítimo y que el ordenamiento jurídico tutela genéricamente en sus declaraciones o principios más generales, pero que depende de los jueces declarar o no, la tutela normativa del mismo”²³. Aienza y

¹⁷ NICOLÁS COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducido de Felipe de J tena, México 1938 p. 3 y 49 citado por R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 36

¹⁸ E. AFTALIÓN JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Op. cit. p 556

¹⁹ F. FLORES GÓMEZ GONZÁLES. *Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. Octava Edición*, Editorial Porrúa. México 1996. p. 3.

²⁰ Cabanellas dice que esta es la acepción de derecho en la máxima riqueza de sus acepciones y matices. G. Cabanellas de las Cuevas. “Derecho” en *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Argentina, 2003. p. 119

²¹ E. GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción a la Lógica Jurídica*, México, 1951, p. 181.

²² G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 11

²³ E. AFTALIÓN JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998 p. 557

Manero lo definen como “un título que constituye el fundamento de un haz de posiciones normativas (derechos, libertades) dirigidas a proteger y/o a promover un estado de cosas que se considera valioso”²⁴. Rojina Villegas por su parte, dice que el derecho subjetivo es una derivación lógica de la solidaridad social, y que “si todo individuo tiene la obligación de cooperar en su desenvolvimiento, tiene el derecho de que se reconozcan como legítimos los actos que ejecute con ese fin, así como está facultado para impedir que un tercero obstaculice su actividad”²⁵. Es una facultad jurídica reconocida al ser humano por el ordenamiento jurídico “en cuanto a persona y miembro de la sociedad, que le permite desarrollar una actividad útil para él mismo y el bien común”²⁶. Con este enfoque entendemos entonces que Derecho en sentido subjetivo tiene que ver con una facultad, potestad, prerrogativa que tiene el sujeto con respecto de todos, para hacer o no hacer lo que mejor le convenga a sus intereses, a su plan de vida, pero se aclara desde ya, que también el derecho debe ser ejercido conforme a lo que él lo permite y teniendo siempre en cuenta su fin y el bien común.

Desde una visión un poco más comprensiva, completa, y más lógica a nuestro criterio de Derecho Subjetivo, se dice que éste es propiamente una Relación Jurídica, y por lo tanto incluye la facultad y su opuesto que es el deber jurídico²⁷. Torr  dice que todo derecho subjetivo tiene como contrapartida necesaria, “una obligación o deber a cargo de otro u otros sujetos obligados (por ley, contrato, sentencia, etc.) por lo que puede afirmarse que no hay ningún derecho sin su correlativa obligación, inclusive en los llamados derechos absolutos”²⁸. Es del todo lógico esta observación, pues para que uno pueda decir que tiene un derecho subjetivo (una facultad) quiere decir que sólo le pertenece a él y a nadie más, lo que implica necesariamente que el resto al no tener tal cual esa misma facultad, tiene un deber de abstenerse a dañar o a interferir con ese derecho que pertenece únicamente a esa persona. Eso es lo que caracteriza y da valor a esa prerrogativa, el hecho de ser única en cuanto a tal para el sujeto y es además oponible a todos. Es decir, para ser especial, tiene que ser respetada por todos. Torr  insiste al respecto y dice que “de cualquier norma jurídica,

²⁴ M ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006.p. 86

²⁵ R. ROJINA VILLEGAS. *Derecho Civil Mexicano*. Porrúa, México 1999 p. 22

²⁶ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 8

²⁷ Cfr. A. TORR . *Introducción al Derecho*. Perrot, Buenos Aires, 1998. p. 200

²⁸ A. TORR . *Introducción al Derecho*. Perrot, Buenos Aires, 1998 p. 208

surge alguna facultad para una persona, que otro u otros deben cumplir o respetar...”²⁹ Por eso dice el mencionado autor, que si es que al analizar la relación jurídica sólo se hace referencia a la facultad jurídica, el lado activo agregamos, y no al deber u obligación, lado pasivo de abstención, “nos quedamos en la mitad del camino... lo que significa que no hay derecho subjetivo sin el correspondiente deber a cargo de otros sujetos”³⁰. Así, Aftalión y Vilanova dicen que “sucede que la doctrina tradicional, ha acuñado la expresión derecho subjetivo refiriéndola solamente a uno de los ingredientes de la relación jurídica: la facultad jurídica...”³¹ y continúan más adelante diciendo que “la Teoría *Egológica* de Cossio devuelve y muestra nítidamente la integración de facultad y deber como elementos correlativos e integrantes de la norma jurídica: no hay deber jurídico sin facultad jurídica y viceversa.”³² Tenemos entonces, que cuando se habla de Derecho en sentido Subjetivo, se habla en realidad de una Relación Jurídica, la cual, como ya dijimos, implica o comprende necesariamente el deber jurídico y la facultad jurídica o “derecho subjetivo estricto *sensu*”³³ si se quiere. Así, la facultad que contiene el Derecho Subjetivo o Relación Jurídica, no existe sin la correspondiente obligación de respeto a ese mismo derecho, y “la exigibilidad... de la no violación del derecho.”³⁴ Resulta del todo lógica la expresión Relación Jurídica, pues frente a una prerrogativa de un sujeto, hay otros sujetos, que en relación a dicha facultad se ven obligados a respetarla y no obstruirla, por lo que se evidencia entonces el lado pasivo frente al lado activo de dicha relación. Si no hubiera lado pasivo, el lado activo no tendría mayor sentido, o mejor dicho, sin el lado pasivo, el lado activo no sería tal. Poniendo un ejemplo más cotidiano, es como decir que sin obligaciones y trabajo, las vacaciones no tendrían el valor ni el sentido que tienen. Es entonces, que los derechos subjetivos de los que gozan los individuos, al ser necesarios para el desenvolvimiento de la persona como tal en la sociedad, implican necesariamente obligaciones (deberes jurídicos) como contrapartida, pues si implicaran únicamente facultades, se dejaría incompleto el significado de Derecho Subjetivo, y se dejaría de lado algo que es inherente para su fin social. Por esto nos parece del todo

²⁹ A. TORRÉ. *Introducción al Derecho*. Perrot, Buenos Aires, 1998 p. 201

³⁰ *Ibidem* p.202

³¹ E. AFTALIÓN JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998 p.555

³² *Ibidem* p.561

³³ *Ibidem* p.556

³⁴ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 8

aceptable el vocablo de Relación Jurídica para referirse al Derecho en sentido Subjetivo, como realmente lo es, la facultad y su deber correlativo.

Se ha determinado entonces que Derecho puede tomar diversas acepciones, entre las cuales resaltan Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo, y en cuanto a ésta última, hay que decir que se la puede llamar Relación Jurídica ya que contiene un lado pasivo que es el deber de abstención de todos, frente al titular, lado activo, quien tiene una facultad o prerrogativa jurídica amparada por el ordenamiento jurídico, llamada muchas veces incompletamente como derecho subjetivo. Sin embargo, estas facultades de los sujetos, se desenvuelven en un medio en que existen otras facultades igualmente dignas de tutela, de las cuales son titulares otros sujetos. Es así, que estas facultades, al interrelacionarse con otras, deben tener un contenido o un límite. Alessandri Rodríguez dice que los derechos subjetivos, es decir estas prerrogativas o facultades “consisten en la actuación práctica del contenido del derecho mismo. El ejercicio del derecho importa la ejecución de hechos a que nos faculta su contenido.”³⁵ Hay que aclarar en este punto, como acertadamente se ha dicho, que “de lo que se abusa en realidad no es de un derecho, sino del ejercicio que de éste se hace por acción u omisión”³⁶. En cuanto a la omisión, se sostiene que no se exige certeza de un daño sino probabilidad, inminencia o previsibilidad cierta y objetiva de que tal perjuicio ocurrirá... causar situaciones de peligro grave e inminente genera temor, aprehensión, perturbaciones que en definitiva son daños³⁷. Es entonces, que con el ejercicio de dicha facultad, ya sea mediante actuar, u omitir, se puede rebasar aquel contenido del derecho del que habla Alessandri, afectando negativamente intereses o derechos ajenos, produciéndose así un abuso, “en que esta afectación de intereses ajenos no resulta justificada a la luz de aquello que constituye la razón del título”³⁸.

Teoría del Abuso del Derecho

Se ha abierto paso entonces, en el mundo jurídico, una teoría, ya plasmada en la realidad, en la que se propone que el ejercicio de estas facultades tiene ciertos límites dentro

³⁵ A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Tomo Primero. Quinta Edición.* Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago, 1990. p. 329

³⁶ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo.* Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 2

³⁷ Cfr. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo.* Op. Cit. p. 116

³⁸ M ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006.p. 86

de los cuales puede desenvolverse, caso contrario, se estaría configurando lo que propone la teoría, esto es el abuso del derecho. En cuanto a esto, Cabanellas define que abusar es un mal uso, o todo acto que saliendo fuera de los límites impuestos por la razón, la justicia, ataque en forma directa o indirecta las leyes o el interés general³⁹. En atención a este concepto, y a lo que es Derecho en general, se puede llegar a unas conclusiones que no son ociosas, amén de extrañas. Primero que nada, se puede apreciar que abusar es casi lo contrario a lo que es Derecho, pues aquél concepto implica uso incorrecto, no razonable ni justo de una determinada prerrogativa, atentando contra la razón, la buena fe e instituciones que son base y fin para lo que es Derecho. Se puede decir que aquél aforismo de “hecha la ley, hecha la trampa” podría ser modificado, para decir que “hecho el derecho, hecho el abuso”. Y es que, el Derecho, herramienta indispensable para la vida civilizada del ser humano, puede ser deformado de su fin para el cual fue creado, y así ser abusado, pero ello no quiere decir que yo tengo el derecho de abusar. Resulta entonces necesario cuidarse de los excesos que se puede o suele incurrir en el ejercicio de los derechos subjetivos, pues, como dice Borda, “si bien la ley los reconoce como un fin útil y justo, suele ocurrir que las circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias no previstas por el legislador; y si es legítimo usar de los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos”.⁴⁰

Se ha considerado que para que esta teoría del Abuso del Derecho tenga cabida, es necesario que estemos frente a un ejercicio abusivo de un derecho subjetivo determinado, por lo que para algunos no sería posible el abuso de las libertades. Sin embargo el propio autor que trae a tela de análisis este tema, dice que “pensamos con Bidart Campos que las libertades son también en esencia derechos subjetivos” y continúa más adelante diciendo que “el abuso de derecho se aplica a todos los derechos subjetivos, libertades y facultades”⁴¹, criterio al cual nos sumamos, pues las libertades son en general establecidos en derechos. Así la libertad de contratación se plasma en el Derecho a Celebrar Negocios Jurídicos, o por ejemplo la libertad de expresión se plasma en la libertad de prensa, por lo tanto son derechos que a la final uno también puede llegar a abusar en su ejercicio. Abusar de su libertad de

³⁹ G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. “Abuso” en *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Argentina, 2003. p. 15

⁴⁰ G. BORDA. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I. Undécima Edición*. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires, 1996. p. 46

⁴¹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p.112

ejercer tal derecho. Es entonces que la Teoría del Abuso del Derecho propone poner freno o límites en el ejercicio de una facultad jurídica que cause o pueda causar daño a terceros de manera injustificada.

Teorías y Diversas Concepciones sobre el Abuso del Derecho

Una vez que se ha hecho una somera aproximación a lo que es el tema a tratarse, corresponde ahora sí adentrarse en lo que es el Abuso del Derecho propiamente, pero primeramente se hará de manera sucinta, un repaso de la historia o los antecedentes que abrieron paso a la institución en cuestión.

Antiguamente, el Estado tenía bases principalmente antidemocráticas, en que la filosofía imperante consistía en que el Estado debía dejar libre y sin control la actividad pecuniaria de los ciudadanos, en que el abuso del derecho estaba permitido en el ámbito privado, es decir entre particulares y entre soberanos con la comunidad, para cumplir con el ideal de enriquecimiento.⁴² “Este concepto absolutista es propio de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. El individuo en ese momento necesitaba ser protegido en su ser, contra los abusos de la monarquía.”⁴³ Fue a partir de la Revolución Francesa⁴⁴ que se registró un evidente cambio en el concepto y organización del Estado, en que la revuelta puso a la luz el papel del hombre en la sociedad ya que se liberaba del Monarca y por tanto se montó todo el sistema sobre la existencia de sus derechos ante el Estado.⁴⁵ Rodríguez Arias, adepto a esta teoría, dice que desde su nacimiento, esta significó nada menos que “la reincorporación de la justicia al orden jurídico, pues éste se hallaba perturbado por el

⁴² Cfr. M. SÁIZ DE RIAÑO. *El Abuso del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1981. p. 38.

⁴³ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 13

⁴⁴ Atienza dice que “la figura en cuestión surgiera en la jurisprudencia francesa no es casual, pues esta figura corrige dos rasgos jurídico culturales que el código de Napoleón traía, esto es: que se cree que la ley contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles sin que para la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez. El otro rasgo es el que se dice de absolutismo de derechos”. M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 34

⁴⁵ Cfr. M. SÁIZ DE RIAÑO. *El Abuso del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1981. p. 38.

ejercicio de los derechos subjetivos que lesionaban la vida social, desde que de su actuación resultaba un daño para terceros precisos de ser reparados”.⁴⁶

Ahora sí adentrándonos en lo que no corresponde, cabe decir que en cuanto al Abuso del Derecho existen varias teorías y discusiones doctrinarias sobre su naturaleza, razón por la cual a continuación procederemos a exponer los principales puntos que al respecto se destacan, sin embargo de lo cual, posteriormente expondremos la naturaleza jurídica que nosotros le atribuimos al Abuso del Derecho.

Primeramente, Pescio Vargas, que cita a Baudry Lacantinerie, dice: “si una persona actúa dentro de los límites de su derecho, no incurre en culpa y no puede ser responsable del perjuicio que haya podido causar a otro... Pero si el titular del derecho excede los límites a que su derecho se encuentra circunscrito, en realidad actúa sin derecho, comete un acto ilícito e incurre por lo tanto en responsabilidad”⁴⁷. Así mismo se inclina Borda al citar a Planiol, quien dice que “la expresión de abuso del derecho implica una logomaquia; de un derecho se puede usar pero no abusar: el derecho cesa donde comienza el abuso”⁴⁸. Ordoqui dice también que “no hay que dejarse engañar por las palabras: el derecho cesa donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho por la razón irrefutable de que un mismo y único acto no puede ser a la vez conforme a derecho y contrario a derecho.”⁴⁹

Es del todo aceptable este pensamiento, pues es lógico, que si es que estamos hablando de que los derechos tienen un límite, pasado ese límite el derecho se ha acabado, y ya en realidad se está actuando fuera de derecho, es decir sin derecho. Hay que recordar que nadie puede ejercer más derechos de los que tiene, y en este caso podemos afirmar que nadie tiene derecho a usar mal su derecho o de otro modo, derecho a causar daño a los demás. Sin perjuicio de lo anterior, lo que sostenemos por nuestro lado, es que más allá de que esté acertada o no de la expresión Abuso del Derecho, hay que tomar en cuenta que esta expresión, indica con mayor claridad, la peculiaridad de esta institución, es decir que se parte de un derecho subjetivo mientras que en otras figuras que pueden asimilarse, se parte de la

⁴⁶ L. RODRÍGUEZ- ARIAS BUSTAMANTE. *El Abuso del Derecho*. Ejea. Buenos Aires, 1971 p. 11.

⁴⁷ V. PESCIO VARGAS. *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y Teoría General de la prueba. Tomo II*. Colección Manuales Jurídicos. Editorial jurídica de Chile. Chile, 1978. p. 26

⁴⁸ G. BORDA. *Manual de Derecho Civil*. Parte General. Décima novena Edición. Perrot. Argentina, 1999 p. 29

⁴⁹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 50

ausencia de un derecho⁵⁰, como es el caso de otros ilícitos que causan responsabilidad como por ejemplo en un delito o en un cuasi delito. Es entonces, que si bien es criticable la expresión en cierto punto, es la que más precisamente la identifica y la diferencia de otras figuras que pueden ser similares, pues como ya se dijo, en esta figura se empieza o se parte del ejercicio de un derecho, pero pasado un cierto límite, éste ya deja de ser bien usado, y empieza a ser mal usado, o abusado. Esto es coherente, pues yo no puedo abusar de algo que ni si quiera tengo, por esto Abuso del Derecho nos parece el nombre que más identifica a este tipo de comportamiento productor de consecuencias jurídicas.

En todo caso, más allá de las críticas que antes se expusieron, cabe decir que en todo caso resulta necesario establecer los límites para el ejercicio de un derecho, para saber si actuó dentro de su derecho, o abusó de él, sea esto actuó sin de él. Así, Borda dice que “podría discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión abuso del derecho, pero lo que no cabe discutir ya, es que no se puede permitir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe”⁵¹. En este mismo sentido se sostiene que “vanamente objetaría que se ha ejercido un derecho, puesto que se ha cometido una falta en el ejercicio de ese derecho y es, precisamente esa falta es lo que se llama abuso del derecho.”⁵² Más aún, sea que se acoja en todo, en parte, o nada de la teoría del abuso del derecho, cabe decir que esta institución ya es una realidad en el mundo jurídico, que pese a las críticas, ésta terminó imponiéndose tanto en la jurisprudencia como en la legislación⁵³, razón por la cual su estudio es de alta importancia. Y es que, esta institución, es un instrumento que sirve para flexibilizar el derecho y para adaptarlo a la vida y realidad social, pero por lo mismo, se lo debe precisar lo más posible, para que esta flexibilidad del derecho no implique uso irrestricto, libre, e incluso abusivo.

Teoría de la Utilidad

En un comienzo, se concebía al abuso del derecho como aquel acto que se ejerce con la intención de dañar o perjudicar a otro, pero sin salirse de los límites y condiciones del

⁵⁰ Cfr. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Op. Cit. p. 51

⁵¹ G. BORDA. *Manual de Derecho Civil. Parte General. Décima novena Edición*. Perrot. Argentina, 1999 P29

⁵² E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del proceso*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 28

⁵³ Cfr. E. RENGIFO GARCÍA. *El Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002. p. 49

derecho que la persona ejerce, y por esto estará obligado a la reparación del daño.⁵⁴ Pero a partir de esto fueron saliendo diferentes concepciones, criterios y opiniones, que se diferencian de alguna manera del criterio recién expuesto. Es así, que otro criterio dice que puede suceder que una persona ejerza su derecho con la intención de dañar a otro, pero a su vez con el fin de obtener a partir de ello cierto beneficio o utilidad para sí mismo⁵⁵. Quienes apoyan este punto de vista argumentan que aunque haya un beneficio para el titular, éste está obligado a la reparación del daño que cause ya que “el acto por el hecho de que exista una finalidad conexa de propio beneficio, no pierde su carácter de abusivo y por ende sancionable”.⁵⁶ Otros en cambio se inclinan por decir que de ser así las cosas, el acto no sería sancionable, pues el objetivo de dicho acto fue el conseguir un fin o beneficio propio. Hay también autores que afirman que la utilidad o inutilidad del acto es lo que determina si es o no abusivo no debe tenerse en cuenta para calificar el acto, pues de esta manera el órgano jurisdiccional estaría obligado a indagar en el ánimo de las partes, tarea extremadamente delicada, que será inútil y peligrosa ya que la prueba de que hubo intención de perjudicar es a cargo de la víctima, cuestión que será casi siempre imposible de probar ya que el accionado, en la generalidad de los casos, invocará algún o cualquier interés como motivo determinante de su acción.⁵⁷ No compartimos este criterio de que si es que el acto que causó daño, fue también con el objetivo de obtener provecho para el actor no comporta responsabilidad alguna, pues esto implicaría que se acepta que “el fin justifica los medios”, cuestión que repugna a la buena fe relacional y además implicaría que el derecho permite conductas arbitrarias y dañosas en aras de cumplir cualquier objetivo, se cual sea éste.

Teorías Subjetivistas

Doctrinas llamadas subjetivas⁵⁸, toman mucho en cuenta el elemento subjetivo de la conducta desplegada por el agente, pues consideran que para que se pueda dar

⁵⁴ Cfr. E. CONDORELLI. *El Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971. p. 19.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. E. CONDORELLI. *El Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971. p. 19.

⁵⁸ Condorelli es partidario de esta teoría pues dice que la intención, o el *animus nocendi* es decisivo y característico de un ejercicio abusivo del derecho. E. CONDORELLI. *El Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971

concretamente abuso de un derecho, es necesario que el presunto ofensor, haya obrado con la intención de dañar, esto es dolo civil o penal. Esto lo repite Bilesio cuando dice que “tanto la intención de perjudicar como la intención de vejar, juegan un rol protagónico para determinar la tipificación o no del acto abusivo.”⁵⁹ En cuanto a esto, en Roma, y en el antiguo Derecho Francés, “sólo se admitía la responsabilidad por el abuso del derecho cuando el abusador lo hacía deliberadamente”⁶⁰, y actualmente se acepta la modalidad de la culpa, ya sea civil o penal. Es decir, en la actualidad, esta teoría sostiene que habrá abuso si es que hubo en la conducta del actor dolo o culpa.

Sáiz de Riaño, que repite lo que Alessandri Rodríguez manifiesta, dice que:

La más clara definición de abuso del derecho y de moderna acogida, consiste en determinar que en los hechos, cualquiera que sea la teoría que se adopte, solo hay abuso de un derecho cuando éste se ejerce de forma dolosa o culposa. Es entonces, que dolosamente se puede abusar del derecho y cometer por ejemplo un ilícito tipificado y sancionado por las leyes penales correspondientes. Puede también darse un abuso de manera doloso, pero que dicha conducta no esté sancionada por las leyes penales, o por alguna otra ley, es ahí que en base al instituto abuso del derecho se podrá reclamar la reparación del daño causado, y la sanción que correspondiere para aquél que agravió a otro.⁶¹

Ordoqui se suma a este criterio, pues éste exige que el derecho subjetivo se puesto en ejercicio “con el sólo ánimo e intención de perjudicar a otro sujeto, o en cualquier caso sin que su actuación origine un beneficio propio”.⁶² Este mismo autor acude a Mazeaud quien establece que no es necesaria siempre la intencionalidad, sino que alcanza con analizar si es que existió culpa⁶³. Es entonces que de acuerdo a este criterio, el abuso del derecho se puede dar por la intención de causar un perjuicio o la no existencia de interés serio y legítimo, pues “la prueba del dolo está implícita en el caso de la falta de interés serio”⁶⁴. También puede

⁵⁹ J. BILESIO, *Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal* en la obra *Abuso Procesal* Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001.p. 19.

⁶⁰ M. SAÍZ DE RIAÑO. *El Abuso del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y socioeconómicas. Bogotá, 1981. p. 52.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 54

⁶³ Cfr. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Op. Cit. p. 54

⁶⁴ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 126

haber abuso de derecho si es que existe alguna acción culposa o negligente, debido a que es una especie de sanción a la desatención de alguien que debió ponerla. Para estas teorías entonces es indispensable la existencia de culpa o de dolo a la hora de la determinación de un ejercicio abusivo de derechos.

Teoría de Falta de Interés o Justificación

Otro criterio expone que hay abuso del derecho cada vez que su titular lo ejerce y que sin interés o justificación legítima, y daña un interés ajeno que carece de protección jurídica específica. De este primer criterio sacamos a relieve algunos puntos de interés.

Primero que nada para abusar del derecho, uno tiene que ser titular del mismo, pues no se puede abusar de un derecho que uno ni si quiera lo tiene. Esto no es otra cosa que la legitimación activa.

Segundo, si bien no todas las situaciones que se dan día a día en el mundo jurídico pueden ser agradables o beneficiosas para todos, lo que se espera es que dichos malestares o molestias que se causen para uno, sean por lo menos debido al provecho legítimo y justo que obtuvo otra persona, pues no todos podemos salir favorecidos o salir contentos con todo. Piénsese de una persona que tiene urgencia económica y pone en venta una colección de libros antiguos y debido a dicha premura, vende a quien viene primero al primer precio que le ofrecen. Unos días después la persona se entera que una coleccionista ofrece por ellos una suma diez veces mayor a la que le pagaron por los libros. En este caso debido a la velocidad del mundo y de los negocios, y ante ciertas necesidades muchas veces se requiere sacrificar cosas como mayor precio a cambio de la urgencia y simplificación de los trámites. Así funcionan la vida, una sacrifica unas cosas en aras de otras que las considera más conveniente. Es lo que se llama “el costo de oportunidades”. Por esto, la vendedora de los libros no podría reclamar al comprador por dicho precio bajo.⁶⁵ Se dice que “todo lo que es abusivo se debe prohibir, pero en ocasiones estos abusos en la convivencia social se toleran en aras del progreso y desarrollo en beneficio del bien común”.⁶⁶ Entonces no podría estimarse como abusiva o desconsiderada una acción simplemente porque no sea la acción

⁶⁵ En el considerando Quinto de una sentencia de Tercera Instancia publicada el 9 de Febrero de 1987 en la Gaceta Judicial # 14 Serie # 14, se dice así mismo que un reclamo de este tipo no tiene asidero en el plano contractual que se maneja por el derecho positivo y no por contingencias aleatorias del Mercado de Valores.

⁶⁶ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 44

que produzca la mayor utilidad social, ni tampoco por la poca utilidad social que pueda producir.⁶⁷ Ordoqui al respecto dice:

Siguiendo las ideas del mismo Rousseau, el hombre pierde por el contrato social su libertad natural y el derecho ilimitado. Vivir en sociedad implica contemplar los derechos de los demás y tolerar las molestias o incomodidades de los otros en la medida en que sean el resultado del ejercicio normal y legítimo de su derecho. Existe un nivel de molestia normal que se debe admitir por ser propio de la vida corriente en una sociedad. Pero la tolerancia tiene límites dentro de cada circunstancia de tiempo y lugar⁶⁸ Se consideran lícitas ciertas afectaciones que provienen de las necesidades cotidianas normales. Sólo lo extraordinario o anormal es cuestionado y posible de ser calificado como abusivo.⁶⁹

Por otro lado, esta utilidad y tolerancia de la que hablamos, para así poder determinar lo abusivo o no de un acto, debe verse tomando en cuenta las posibilidades o campo de actuación del sujeto. Es decir, hay que ver si es que era necesario realizar dicho acto, si tenía un interés, razón o motivo digno de amparo, y ver también si es que habría alguna otra vía para ejercer el derecho o satisfacer su pretensión, y ahí ver cual de las vías era la menos dañosa. Por tanto, se descartaría la protección tanto a las “acciones orientadas a dañar los intereses de otros, y las que aun persiguiendo el sujeto sus propios intereses, el daño causado a otros sujetos a la colectividad aparece como excesivo o anormal”⁷⁰. Es entonces, que este punto de vista de propugna que una manera de determinar si ha sido abusivo o no el ejercicio de un derecho, es mirar el interés que tenía dicho sujeto para ejecutar el acto. El interés, entre otras cosas, se lo ve dentro de las circunstancias del caso y la época, si es que es digno de tutela, es decir que si es que para las condiciones, lugar y tiempo, dicha actuación, por más molestia que pueda causar, es generalmente admitida como molestia normal y necesaria por la sociedad y por lo tanto ejercicio normal de un derecho.

Tercero, hay que notar que para algunos, dicha actuación debe causar daño a un interés ajeno, pues si no se causa daño, nada se debe y no hay responsabilidad alguna. Esta parte de la doctrina exige “que se produzca un daño cierto, grave, posición no compartida

⁶⁷ Cfr. M. Atienza y Juan Ruiz Manero. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 55

⁶⁸ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 59

⁶⁹ *Ibidem*. p. 36

⁷⁰ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 55

por la cátedra, pues aunque no haya daño, puede aplicarse la teoría precisamente para evitarlo.”⁷¹

Por último, hay que subrayar el hecho de que dicho daño debe carecer de protección jurídica. En cuanto a este último, cabe decir que si es que ya tiene amparo jurídico bajo otra figura, ya no habría la necesidad de acudir al Abuso del Derecho, pues para dicha actuación ya habría una cobertura legal determinada. Alessandri ilustra esto último claramente cuando dice:

El supuesto de carecer de protección jurídica específica es lógico, porque si existe tal protección se recurrirá a ella y no a la figura del abuso del derecho. Si, por ejemplo, una ley prohíbe al propietario de una casa realizar cualquier construcción que oscurezca la casa del vecino, y en el hecho realiza una de esas construcciones, el perjudicado invocará esta ley para que los tribunales ordenen deshacer la construcción que priva de luz natural a su casa. Si la mencionada ley protectora no existe, el perjudicado nada podrá reclamar si la construcción dañosa para su interés es necesaria para el que la hizo dentro de su propiedad; pero si no lo es, si fue hecha solo para dañar al vecino, éste, aunque no tenga una protección específica, podrá reclamar invocando el principio genérico del abuso del derecho.⁷²

Piénsese otro ejemplo que ilustra el hecho de carecer de protección jurídica específica. Así por ejemplo sería el caso de que se celebra un determinado negocio jurídico, y uno de los celebrantes termina estafando al otro sujeto. En este caso no diríamos que hay un abuso del derecho a celebrar negocios jurídicos. En este caso ya se incurre en el delito de estafa, que ya tiene su propia regulación penal específica. O téngase el caso del cuasi delito en que una persona derriba una maceta de su terraza, y que al caer, ésta lastima a su vecino. En este caso se invocaría la figura del cuasi delito, pues no se podría decir que el vecino abusó de su derecho a derribar las macetas. Piénsese también del caso de que una persona compre una casa a doscientos quince mil dólares, cuando en realidad el justo precio de la casa en ese entonces era de cien mil dólares. El comprador tiene para aquella situación, una cobertura legal específica como lo es la de la lesión enorme propia para la compraventa de bienes raíces. Con respecto a esto, se sostiene que lo importante más que la lesión de los derechos, “en muchos casos con el abuso del derecho lo que se lesiona pueden ser intereses que están protegidos por el ordenamiento jurídico aun sin norma expresa y que, pueden ser

⁷¹ B. PÉREZ. *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 13

⁷² A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Tomo Primero. Quinta Edición*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago, 1990. p. 330

reivindicados y determinar el carácter de abusivo del derecho con cuyo ejercicio estos se pueden llegar a lesionar.”⁷³ En resumidas cuentas, podemos decir el abuso del derecho es principio que prohíbe lesionar un interés ajeno no protegido por un concreto derecho subjetivo.

Es entonces que se dice que si el “interés es protegido por el derecho no hay abuso del derecho, sino colisión de derechos, por eso el interés que se daña es no protegido”⁷⁴. El daño que este actuar causa, no es una lesión a un derecho subjetivo preexistente, caso en el cual se estaría frente a una colisión de derechos más que de abuso del derecho, el daño es a un interés existencial ajeno que se da por violar el deber genérico a cargo de todos los actores sociales.⁷⁵ Así mismo lo sostiene Atienza, quien dice que “cabe excluir que se trate de razones de principio derivadas del respeto a derechos de otros establecidos en reglas, pues en tal caso no hay abuso del derecho sino colisión de derechos”⁷⁶ Cuando se ejercita el derecho subjetivo “se entra en conflicto con intereses ajenos; no colisiona un derecho subjetivo con derecho subjetivo sino con un interés patrimonial ajeno. Hay un daño relevante jurídicamente”.⁷⁷ Se sostiene por tanto, que el abuso del derecho implica no lesionar un derecho subjetivo existente, sino que es lesionar un interés relevante jurídicamente digno de ser protegido y que no tiene protección legal específica. Así, se dice que “el orden jurídico contempla también situaciones de responsabilidad civil en las que se lesionan intereses no presentados como derechos subjetivos”⁷⁸, y continúa diciendo que “todo ilícito supone la transgresión de un deber, pero estos deberes, pueden no responder necesariamente a derechos subjetivos”.⁷⁹

Hemos dicho que más allá de aquellas situaciones que se habla de prevenir el daño, el abuso del derecho entra a jugar un rol fundamental en aquellas situaciones en que se ha

⁷³ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p.21

⁷⁴ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p.93

⁷⁵ Cfr. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del Derecho*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1992. p. 5.

⁷⁶ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 55

⁷⁷ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p.100

⁷⁸ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p.23

⁷⁹ *Ibídem* p.25

producido un daño, y que dicho daño es injusto o anormal, y sobre todo que no tiene protección legal específica alguna. Es decir es para aquellos casos en que dadas ciertas circunstancias, se produce un daño y dicho daño no tiene ningún amparo legal. Se dice que el daño que debe provocar el ejercicio abusivo de un derecho, es un daño a un interés, más no a un derecho, ya que ahí estaríamos frente a una colisión de derechos. En atención a esto, hay que decir lo siguiente. Decir que hay abuso sólo cuando se afectan intereses ajenos es a nuestro criterio limitar el alcance de este concepto. Y es que si bien, en su generalidad se trata de intereses que no tienen protección jurídica específica, pues hay los delitos, prohibiciones legales, incapacidades, etc., que ya cubren muchas situaciones, puede ocurrir en otras situaciones que a raíz de un ejercicio abusivo de un derecho, una persona dañe algo más que un interés, esto es, un derecho como tal, y aún así no encaje dentro de las figuras de delito, cuasi delito o prohibición legal, y aún así afecte negativamente un derecho subjetivo ya concreto y determinado, como el de la propiedad. Así por ejemplo, una persona en ejercicio de su derecho de propiedad, usando, gozando y disponiendo de él, realiza construcciones en su predio que afectan la visibilidad e ingreso de luz al predio vecino, e igualmente interrumpen toda su privacidad e intimidad familiar. Suponiendo que no hay una ordenanza o prohibición legal que imponga la prohibición de semejante construcción, la persona perjudicada podrá ampararse en el abuso del derecho no porque se afectó un interés jurídicamente no protegido, sino porque en realidad se le afectó un derecho subjetivo existente como el goce pleno de su propiedad, o el de la privacidad e intimidad familiar. Si bien se puede alegar que el ordenamiento jurídico, y más aún la propia Constitución ya protege estos derechos como la propiedad o la intimidad familiar⁸⁰, en el ejemplo dado, si es que no hubiera la figura del abuso del derecho, ese derecho de la familia invadida no tendría amparo legal, pues sus vecinos no han actuado ilegalmente, ni tampoco han delinquido o cometido un cuasi delito. Sobre este tema se dice que:

Corresponde dejar atrás la concepción de que en el abuso de derecho se lesionan intereses no tutelados específicamente por la norma pues este interés aparentemente no tutelado está amparado a través del deber jurídico que tiene el que ejerce el derecho subjetivo, estando protegido por los principios generales. Es decir este interés está protegido por los principios generales del derecho⁸¹.

⁸⁰ Art. 60 # 20 Constitución Política del Ecuador

⁸¹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 94

Josserand, citado en un texto dice que “la noción de abuso del derecho no puede ser equivalente a la del conflicto o colisión de derechos, pues no todos los conflictos entre facultades jurídicas implican un uso indebido de las mismas. De esta suerte es más amplia la idea de conflicto que la de abuso del derecho”⁸². Es entonces precisamente en aquellas situaciones en que no existe una cobertura legal alguna para una determinada conducta que es ilegítima y causa daño, y a sea a un interés o a un derecho, es ahí cuando entra la institución del Abuso del Derecho a desempeñar un papel fundamental. Piénsese que no se pretende cubrir ni agotar todas aquellas hipótesis que pueden surgir en el tráfico jurídico, pues en el día a día se dan una gama casi interminable de situaciones jurídicas diferentes que van más allá de lo que se pueda previsto por una persona. Pero así como el autor del presente no puede cubrir todas las hipótesis que podrían darse en el día a día, el legislador tampoco puede prever todas las situaciones que se pueden presentar, razón por lo cual, el abuso del derecho como concepto general, juega un papel fundamental a la hora de poner el manto de justicia a determinadas situaciones.

Sostenemos por tanto que el abuso del derecho, lesiona intereses y derechos que en determinadas circunstancias pueden no tener cobertura legal específica, pero que sin embargo, son resguardados bajo el paraguas de los Principios Generales del Derecho. Así, si es que decimos que el abuso del derecho sólo funciona para proteger intereses, estamos reduciendo su alcance, pues no hay como negar que los derechos son en efecto intereses para las personas, y que en ocasiones pueden no tener resguardo legal alguno más allá que los principios generales del derecho, caso en el cual el abuso del derecho desempeña una tarea saneadora y justa. Se evidencia con esto que un acto ilícito puede entonces lesionar un derecho subjetivo en sentido amplio como relación jurídica, puede lesionarlo en sentido estricto como facultad o derecho subjetivo, o por la lesión de un interés digno de tutela⁸³.

Sistema de Ruptura de Equilibrio de Intereses

⁸² R. ROJINA VILLEGAS. *Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto. Obligaciones Volumen II. Séptima Edición*. Ed. Porrúa. México 1998. p. 173

⁸³ “Los efectos jurídicos se producen porque son queridos por el autor del negocio y porque ese querer, valorado por el ordenamiento jurídico es considerado razonablemente digno de tutela, determinando que el acto jurídico sea aceptado por el derecho como productor de consecuencias jurídicas”. J. GARIBOTTO. *Teoría General del Acto Jurídico*. Depalma. Buenos Aires, 1991 p. 24

Desde otro punto de vista, llamado Sistema de la Ruptura del Equilibrio de intereses, para determinar si ha habido o no un ejercicio abusivo de un derecho, se pone mayor atención al fin social que tiene cada derecho. Es así, que dicen sus partidarios, que habrá ejercicio antisocial (de una facultad) cuando el interés social dañado por dicha facultad ejercida, “sea más considerable que el interés social prohiado en ese derecho subjetivo. Cuando estamos frente a esta situación se producirá... ruptura del equilibrio de los intereses en presencia”⁸⁴. Es entonces que lo que se equilibra de acuerdo a esta teoría, es el interés social de la norma o derecho objetivo, que prevalece frente al interés social del derecho subjetivo.

Teoría de Falta de Interés legítimo

Otro criterio que también atiende al interés legítimo o la utilidad del acto, llamadas las teorías de la falta de interés legítimo o utilidad, toman en cuenta el hecho de que el derecho sea ejercido abusivamente sin interés o con interés para el titular del derecho. Esta teoría, expuesta por Saleilles, dice que un acto cuyo efecto no es otro que el perjudicar a otro sin un interés legítimo y apreciable, no puede ser nunca un ejercicio lícito de un derecho⁸⁵. Cuando el derecho es ejercido sin interés del agente, el daño provocado por el ejercicio abusivo siempre da lugar a responsabilidad, “pues se debe asimilar dicho acto a una culpa delictual fundada en el dolo (penal) o cuando menos en culpa grave (dolo civil).”⁸⁶

Teoría Funcionalista

Existe también al respecto un criterio funcionalista, el cual acoge conceptos de Josserand, y dice que “un acto es abusivo independientemente de toda intencionalidad dolosa o culpable, cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido. Esto supone como único requisito que la exteriorización del acto haya provocado un daño

⁸⁴ E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del proceso*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 28

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ M. SAÍZ DE RIAÑO. *El Abuso del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1981. p. 52.

jurídico.”⁸⁷ Es entonces que para este criterio, un acto es abusivo cuando su ejercicio es contrario a su destino económico y social, contrario y reprobado por la moral pública.

“En cuanto a esto Josserand sostiene que los derechos... encuentran su origen en la comunidad de la cual obtienen su espíritu y finalidad...cada uno de ellos tiene su razón de ser, su misión a cumplir... dirigidos hacia un fin y no atañe al titular desviarlo del mismo, son elaborados por la sociedad y no la sociedad para ellos.”⁸⁸

Y es que en realidad, los derechos deben ser ejercidos conforme a su espíritu, a su finalidad, deben ser ejercidos de una manera recta, y no puede desviárselo de su razón de ser, es decir se debe usar su derecho mas no abusar de él. Es por esto que cuando se abusa del derecho y se causa daño, aparece una responsabilidad del accionante hacia la víctima de dicha desviación. Por tanto, este enfoque propone que para determinar que ha habido ejercicio abusivo de derechos, no es necesario que haya dolo o culpa, sino que se produzca un daño a raíz de la desviación del ejercicio del derecho para el fin que se lo propone

A quién hace daño el ejercicio abusivo de un derecho

El daño, entre otras cosas, es una característica del ilícito abuso del derecho. Es así que así como hay alguien que ejerce su derecho y se beneficia de él, por otra parte hay quienes se ven afectados por él, pero en ocasiones dicha afectación no es legítima, normal ni justa, por lo que medidas se deberán tomar para reparar a la víctima. Un ejemplo claro de esto sería en una relación de vecindad, en donde tantos problemas ocurren, en que uno vecino haga ciertas adecuaciones, construcciones o modificaciones en su predio que afecten y causen daño a su vecino. Aquí, es el vecino quien es la víctima al sufrir el daño directamente de las modificaciones realizadas en la propiedad contigua. Sin embargo de lo dicho, no solo es la víctima o persona directamente afectada quien se ve perjudicado por el ejercicio abusivo de un derecho, sino que la sociedad toda se afecta también, pues se genera un sentimiento de inseguridad y desigualdad, en que el “yo” prevalece sobre el “nosotros”, y en el que algunos actores sociales están amparados por el derecho a pesar de tener móviles o fines ilegítimos. Inclusive, se puede sostener que una persona usa mal o abusa de sus derechos cuando los usa para fines que causan o pueden causar daño al prójimo o a él mismo. Pacheco lo pone esto desde otro punto de vista y dice que “el uso de un derecho

⁸⁷ J. BILESIO. *Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal* en la obra *Abuso Procesal* Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 19.

⁸⁸ E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del proceso*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 28

legal se transforma en abuso de ese derecho cuando se hace de él un uso contrario a la moralidad”.⁸⁹ Es entonces, que el abuso del derecho, hace daño directamente a quien fue perjudicado por el ejercicio abusivo, pero también la sociedad toda se ve afectada ya que se tolera conductas abusivas, intolerables, que de no tener cobertura legal alguna, afectarían la sociedad toda mediante falta de seguridad jurídica, solidaridad y justicia.

Responsabilidad

Daño es el detrimento, perjuicio o menoscabo que por actuación de otro se recibe en la persona o en los bienes. Puede el daño venir del dolo, en cuyo caso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal, puede ser daño culposo que suele llevar consigo la indemnización, y el daño fortuito que generalmente (dentro de todos los casos que se pueden dar) exime de responsabilidad.⁹⁰ El daño es una institución fundamental ya que se cumple con aquella función titular y reparadora del derecho. Se debe dejar claro, y tomar en cuenta aquella máxima de que el que causa daño debe reparar. Y es que, el Derecho que mira como fin último la justicia, no puede dejar en desamparo a aquellos quienes injustamente hayan sufrido daños, e igualmente, no puede dejar impunes aquellos quienes han obrado mal, deshonestamente, o que han usado al derecho como un medio de lograr fines ilegítimos. Entonces, como el derecho de cada uno va hasta donde comienza el de su semejante, es evidente que si en el ejercicio se traspasa ese límite, y si se origina en un proceder culposo de su titular, compromete la responsabilidad de este si es que causa daños a terceros.⁹¹ Desde otro punto de vista, el derecho, que busca regular la conducta de las personas y crear igualdad de derechos y su respectivo ejercicio, no puede no tener un instituto que sancione a todas aquellas conductas dañosas o de mala fe y que consecuentemente acciones tendientes a reparar los daños causados a quienes no lo merecían. Es entonces que cuando una persona causa daño a otro por el ejercicio abusivo de su derecho, tiene la responsabilidad, más aún, la obligación de reparar el daño que ha causado.

Abuso del Derecho como fuente de Obligaciones

⁸⁹ M. PACHECO. *Teoría del Derecho. Cuarta Edición*. Editorial jurídica Chile. Colombia, 1990. p. 146

⁹⁰ G. Cabanellas de las Cuevas. “Daño” en *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Argentina 2003. p. 109

⁹¹ Cfr. M. SÁIZ DE RIAÑO. *El Abuso del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1981. p. 63.

Siendo el abuso del derecho un ilícito que genera responsabilidad pero que, como ya se verá, es diferente al delito y al cuasi delito, hay que ver entonces si es que este concepto es otra fuente de obligaciones. El artículo 2184 del Código Civil Ecuatoriano que habla de maneras de contraer obligaciones, dispone que si el hecho del que nacen es ilícito y cometido con la intención de dañar, constituye un delito, si es que es cometido sin dicha intención, es un cuasi delito. Se establece entonces responsabilidad u obligación para ilícitos que generan daño.⁹² Siendo entonces el abuso del derecho, un ilícito especial, no resulta nada extraño que también se genere una obligación de reparar por esta otra clase de ilícito. El artículo 1453 del mismo Código refuerza esto al decir que las obligaciones nacen... ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasi delitos. Siendo el abuso una institución diferente al delito y al cuasi delito como se verá cuando se hable de su naturaleza, y a su vez, al causar esta conducta un daño, natural resulta que sea fuente de obligaciones y que se genere por ende responsabilidad. Adicionalmente el artículo aludido dice que las obligaciones nacen cuando se causa daño a otro como en los delitos y cuasi delitos. No se puede perder de vista que la palabra “como” es tan solo ejemplificativa, más no taxativa, por lo que no se podría limitar la responsabilidad para quien cause un daño, a esos únicos casos establecidos en el artículo referido. Sería entonces el abuso del derecho una fuente de obligaciones “como es el caso de la manifestación unilateral de la voluntad como fuente de vínculo jurídico”⁹³, y que no ha sido establecida expresamente en el Código Civil como fuente de obligaciones. Así mismo lo dice Rojina Villegas quien dice que “hemos tratado esta materia en el estudio general de los hechos ilícitos como fuentes de obligaciones”⁹⁴. Sáiz de Riaño dice al respecto que “la doctrina y la jurisprudencia aceptan que el ejercicio abusivo de un derecho es fuente de responsabilidad, pues la responsabilidad civil extracontractual no proviene únicamente de los actos materiales que cometidos con dolo o culpa causen daño a un tercero”⁹⁵. Es entonces que de esta manera en el ejercicio sin

⁹² Art. 2214 Código Civil- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. Código Civil Ecuatoriano. Registro Oficial No. 46 de 24 de Junio de 2005, reformado el 23 de septiembre de 2010.

⁹³ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 74

⁹⁴ R. ROJINA VILLEGAS. *Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto. Obligaciones Volumen II. Séptima Edición*. Ed. Porrúa. México 1998. p. 202

⁹⁵ M. SÁIZ DE RIAÑO. *El Abuso del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1981. p. 56

límites de un derecho, se puede originar responsabilidad para su titular, pues como dice Torr , la sanci3n es esencial al derecho, en efecto, “no hay derecho sin sancion.”⁹⁶

Romero corrobora lo que venimos diciendo cuando afirma que una consecuencia del abuso del derecho sería que “constituye una fuente de obligaciones, toda vez que el agente que ha obrado abusivamente, por el hecho del abuso, se coloca en una situaci3n que est a obligado a resarcir el perjuicio causado, indemnizando a quien se caus3 el daño”.⁹⁷ Se podría entonces ampliar las fuentes de obligaciones establecidas en el artículo 1453 del C3digo Civil⁹⁸, aumentando que el abuso del derecho es fuente de obligaciones, al igual que otros  l citos como el delito y el cuasi delito. Es así, que a nuestro criterio el abuso del derecho como  l cito que es, es fuente de obligaciones distinta y aut3noma al delito y al cuasi delito, obligaciones que se traducen en la obligaci3n de reparar o indemnizar a quién ha sido dañado injustamente.

Obligaci3n de Reparar o Indemnizar

Hay que tomar en cuenta que la responsabilidad o la obligaci3n que nace a partir del ejercicio abusivo de un derecho no es una responsabilidad que pretende sancionar a quien ejercit3 su derecho abusivamente como lo hace el derecho penal al privar de la libertad o multar a los reos. Alterini dice que entre los efectos de los actos abusivos, se encuentra:

El de despejar de toda virtualidad al acto derivado, privándolo de efectos; impedir el ejercicio de una acci3n judicial que se funde en el abuso; genera el derecho de resarcibilidad del daño; imposibilidad o inexigibilidad del acto; cese del ejercicio abusivo del derecho; resarcimiento del daño por acto abusivo... o en el ejercicio abusivo de un derecho en el ámbito de relaci3n contractual, la prestaci3n puede dejar de ser exigible, entre otros.⁹⁹

Rojina Villegas en cuanto a esto dice que:

En ocasiones no es posible lograr esta sancion restitutoria para destruir absolutamente todos los efectos del acto, cuando estemos ante situaciones

⁹⁶ A. TORR . *Introducci3n al Derecho*. Perrot, Buenos Aires, 1998 p. 193

⁹⁷ E. ROMERO JOUVIN. *El Abuso del Derecho*. Edino. Guayaquil, 1993. p. 83.

⁹⁸ Art. 1453 C3digo Civil - Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptaci3n de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposici3n de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

⁹⁹ ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. *Derecho Privado. Introducci3n al Derecho Civil y Derecho Comercial. Tercera Edici3n*, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995. p. 26

consumadas físicamente de manera irreparable; o bien, cuando se perjudiquen derechos de terceros de buena fe que han adquirido a título oneroso. De tal manera que entonces, la sanción en lugar de ser de nulidad, con un efecto restitutorio, es una sanción indemnizatoria, para que el perjudicado... sea resarcido en cuanto a los daños y perjuicios que sufre por el responsable de la misma¹⁰⁰.

Es entonces, que si bien pueden existir diversas sanciones jurídicas para un acto de naturaleza abusiva, consideramos que el efecto más característico para el ejercicio abusivo de un derecho es la reparación, o en otras palabras, que la obligación que encuentra su fuente en el ejercicio abusivo de un derecho se trata más de “reparar el daño injustamente causado”¹⁰¹. Y es que lo que pretende el abuso del derecho como tal es el que se pueda reparar a quien fue dañado. Es una “responsabilidad civil que la doctrina más reciente denomina derecho de daños”¹⁰²

Teorías Detractoras

Tal como muchas instituciones jurídicas y otros aspectos de la vida, hay los partidarios, e igualmente, como en todo, sus opositores. Es en realidad gracias a las contradicciones que se puede ir perfeccionando, debatiendo y concretando los contenidos o lineamientos de un instituto. Es la historia de la humanidad, tesis, antítesis y síntesis. No siendo ajeno a esto, la institución del Abuso del Derecho también tiene sus opositores con variados argumentos para tratar de descalificarla o al menos restarle importancia.

La Seguridad Jurídica

Es así, que algunos detractores de la teoría en cuestión justifican su erradicación apoyándose en el argumento de que su aplicación cercenaría la seguridad jurídica¹⁰³, pues la estiman amplia, relativa o subjetiva. En cuanto a esto nosotros sostenemos que por el principio de la Seguridad Jurídica establecido en el artículo 172 de la Constitución y en el

¹⁰⁰ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto. Obligaciones Volumen II*. Séptima Edición. Ed. Porrúa. México 1998. p. 205

¹⁰¹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 27

¹⁰² JORGE MOSSET ITURRASPE, MIGUEL A. PIEDECASAS. Directores. *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil*. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires 2002 p. 11...

¹⁰³ Cfr. E. CONDORELLI. *Al Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971. p. 14

artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁰⁴, para hacer que el Derecho no sea fuente de inseguridades y arma de doble filo, es que es precisamente importante analizar y pulir la institución en cuestión, para que sus efectos no se tornen perniciosos y por el contrario amparen a las víctimas de un ejercicio abusivo de un derecho, que de otro modo no tendrían amparo legal alguno. Más peligroso que esta teoría criticada de ser subjetiva, resultaría que los derechos sean ilimitados, pues ello traería mayor inseguridad. Piénsese lo inseguro y odioso que resultaría que una persona, so pretexto de ejercer un derecho, cause daños injustos e injustificados a otras personas, y que aún así quede impune. Aún, más pernicioso que esto, resultaría que para no dejar en impunidad a aquellas personas que abusan en el ejercicio de sus derechos, se pretenda legislar o establecer todas las conductas imaginables en leyes y códigos, puesto que ahí se saturaría el ordenamiento jurídico de disposiciones, causando mayor inseguridad jurídica. Se dice certeramente que no hay necesidad de asumir el papel de “legisladores casuistas, de fabricar una legislación exhaustiva que por otro lado, jamás llegaría a ser conclusa; todo ello para perdernos en un mundo cada vez más enmarañado de preceptos legales que aumentarían la incongruencia legal para acabar por destrozando el sistema.”¹⁰⁵ Es innegable que así como hacer las sanciones penales (penas) más severas y aumentarlas no logra disminuir los crímenes y así mejorar la seguridad ciudadana, aumentar las leyes no implica tampoco que disminuyan las trampas y conductas indeseables y así mejorar la seguridad jurídica. Con más leyes, cada vez habría más posibilidades de contradicciones y ambigüedades legales, es decir incertidumbre y posibilidades de trampas, por ende, cercenando la seguridad jurídica. Paolinelli y Ajmechet dicen que el derecho debe lograr cierta adecuación a las nuevas situaciones, “sin que por ello se afecte la seguridad y permanencia del orden jurídico, pues uno de los peores males al orden jurídico son los excesivos cambios y las excesivas leyes”¹⁰⁶. En cuanto a este tema, Mosset Iturraspe dice que “el principal redactor del Código Civil francés, *Portalis*, en su Discurso Preliminar, advertía sobre los límites de las leyes porque -una vez redactadas

¹⁰⁴ Art. 25 Código Orgánico de la Función Judicial.- Principio de Seguridad Jurídica.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, RAFAEL La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 59

¹⁰⁶ Cfr. J. PAOLINELLI, LUÍS AJMECHET, CARLOS HASSAN, RUBÉN CHIPINTI. *El Hombre y el Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 63

permanecen tal como fueron escritas, en tanto que los hombre no reposa jamás. Legislese como se legisle las leyes positivas no podrán nunca en las cosas de la vida reemplazar totalmente el uso de la razón natural.¹⁰⁷ El mismo autor cita a Carnelutti, quien dice que “...cabe recordar que el desmesurado movimiento legislativo perjudica tanto como la rigidez de la ley. Así la inflación legislativa produciría al igual que la legislación monetaria una desvalorización”¹⁰⁸. Es entonces que a nuestro criterio, el Abuso del Derecho como institución no cercena la seguridad jurídica, sino por el contrario brinda más seguridad, pues garantiza a las personas que en caso de ser lesionados o afectados por un ejercicio abusivo de un derecho por parte de otro serán indemnizados o compensados. Además, al usarse esta institución, se evita caer en la excesiva actividad legislativa que como ya se dijo, traería inconsistencias y contradicciones que perjudicarían a la ya lesionada seguridad jurídica de nuestro país.

Fenómeno Social

Otros detractores, dicen que el Abuso del Derecho es un fenómeno social, y no un concepto jurídico, y que es un evento que el Derecho no podrá jamás regular ya que todos los casos que se den son infinitos e imprevisibles. En cuanto a esta afirmación la consideramos descartada desde ya, pues precisamente por el hecho de que es un fenómeno social, el derecho entra a regular dicha materia, pues éste es un regulador de las conductas del hombre en sociedad, o dicho de otra forma, de las conductas sociales del hombre. Por otro lado, por el sólo hecho de que tanto la jurisprudencia, como la doctrina, y la legislación han tomado en cuenta el Abuso del Derecho, éste ya pasa a ser un fenómeno jurídico. “Los nuevos Daños, los no previstos, los propios de los nuevos tiempos, quedaban insatisfechos, y la imaginación de los dañadores, no olvidemos, es más aguda que la del legislador.”¹⁰⁹ Es así, que tener esta postura es restarle fuerza, importancia, trascendencia o capacidad al Derecho, pues al no aceptar como jurídico este fenómeno social (el abuso del derecho),

¹⁰⁷ Portalis. Discurso Preliminar, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1959 p 28 y 29 citado por .J. MOSSET ITURRASPE. MIGUEL A. PIEDECASAS. Directores. *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2002 p. 41

¹⁰⁸ F Carnelutti Como nace el derecho Buenos Aires 1959 Pág. 66 Edición Jurídica Europa América, citado por .J. MOSSET ITURRASPE. MIGUEL A. PIEDECASAS. Directores. *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil*. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires 2002 p. 44

¹⁰⁹ J. MOSSET ITURRASPE. MIGUEL A. PIEDECASAS. Directores. *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil*. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires 2002 p. 29

implica admitir que el Derecho no está regulando lo que está llamado a regular, es decir los fenómenos sociales.

Igualdad

Sessarego por su parte se refiere a las opiniones de Esmein y de Ripert, para quienes la figura del Abuso del Derecho da lugar a un trato desigual de derechos objetivamente iguales.¹¹⁰ Esta aseveración la descartamos, pues todos tenemos los mismos derechos, o somos iguales ante la ley. Sin embargo, esa igualdad se mediría en función del fin que nos permite llegar a obtener el ejercicio de dicho derecho. Es decir, todos somos iguales ante la ley, porque ésta generalmente consagra el mismo campo de acción, por así decirlo, para los iguales. Pero si es que cada uno ejerce su derecho como quiera, desviándolo de su fin, por más que hablemos de igualdad de derechos objetivamente, esto sería un enunciado inerte. Resulta pues que si objetivamente la ley dice algo, pero en su ejercicio se lo usan para como uno bien quiera, desentendiéndose de lo que la norma buscaba o pretendía al ampararlo, ahí es que se pueden encontrar evidentes desigualdades y hasta injusticias que la figura del Abuso del Derecho pretende evitar. Piénsese análogamente de una carrera de atletismo. De qué igualdad, o de qué carrera se puede hablar si es que los competidores inician desde exactamente el mismo punto de partida (derecho objetivo) pero el fin de la carrera para unos es antes, para otros después y para otros no acaba. Así las cosas, la carrera y la distancia a recorrer es diferente para cada uno, ahí no se podría hablar de igualdad, ni si quiera de una misma carrera. Distinto es el caso de que cada uno tiene sus características propias (cada persona es diferente y tiene sus circunstancias propias) pero que aún así tienen las mismas oportunidades (misma distancia a recorrer para llegar a la meta o al objetivo). La figura del abuso del derecho “está implícitamente consagrada en las normas constitucionales que se refieren al Principio de Igualdad pues impone garantizar la paridad de trato entre hipótesis de abuso que puedan estar legisladas y las que, si bien cuentan con aceptación social no han recibido aun el respaldo legislativo concreto y específico.”¹¹¹ Es precisamente para estas

¹¹⁰ Cfr. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del Derecho*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1992. p. 4.

¹¹¹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p.79

circunstancias que el abuso del derecho como figura, pretende igualar en la práctica, derechos que en la teoría ya son iguales.

Derechos Absolutos

Cualquier detractor de las teorías que acogen el abuso del derecho como figura autónoma e independiente, sacarían a flor de discusión el tema de los derechos absolutos. Y es que si se puede llegar a abusar de ellos, y por consiguiente incurrir en responsabilidad por ello, no se estaría hablando de un derecho absoluto, pues se puede apreciar que no es absolutamente cierto, valga la redundancia, que son absolutos, ya que no se debe o puede abusar de ellos sin quedar impune. Cabanellas da una definición de lo que es derecho absoluto y dice que es “aquel que puede ser opuesto a toda persona, el perteneciente al individuo y que ha de ser respetado por todos los demás.”¹¹² Con esto se puede llegar a una serie de consideraciones que nos ayudarán a dilucidar este conflicto que se vislumbra desde ya. Primeramente, consideramos acertada la definición dada sobre lo que es un derecho absoluto, pues no es de discutir que cuando alguien tiene algún derecho propio, ese derecho puede ser considerado absoluto en la medida en que pertenece únicamente a dicha persona, a nadie más, por ende este derecho puede ser usado como a bien tenga el dueño, y todos los demás, es decir, todos quienes no somos titulares de dicho derecho, tenemos el deber de abstenernos y respetar dicho derecho. En corto, el derecho es eficaz, es decir válido y oponible a todos aquellos quienes no son titulares del mismo. Así, se ha hecho una división de “los derechos en absolutos y relativos: absolutos son aquellos que existen contra todos; relativos aquellos que existen contra una persona o un número limitado de personas.”¹¹³ Resulta claro que esto no es más ni diferente a lo que es la clasificación de los derechos reales y los derechos personales, pues aquellos, como el dominio, se los ejerce con respecto de todos, y todos están obligados a respetarlo, mientras que los personales, son aquellos que se pueden ejercer únicamente contra determinadas personas. Ejemplo de esto sería el crédito que tiene a su favor un acreedor contra un saldo insoluto por parte del deudor.

Con esto dicho, afirmamos que una persona tiene un derecho absoluto, en que los demás tienen que respetarlo, pero esas demás personas, también tienen derechos, los cuales a

¹¹² G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. “Derechos Absolutos”, en *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Argentina, 2003. p. 120

¹¹³ E. AFTALIÓN Y JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998 p. 577

su vez deben ser respetados por otros. Entonces, cuando alguien usa su derecho absoluto, pongamos por ejemplo el dominio, de la manera que él mejor tenga, dicho ejercicio del derecho puede llegar a causar un daño a otra persona. Es debido a esto, que si bien el amo del predio es dueño absoluto del derecho de dominio de su inmueble, la manera en que el dispuso de dicho bien afectó intereses o incluso derechos de otros, con lo cuál él no está respetando a los demás, y rompiendo con aquella máxima que dispone que nuestro derecho llega hasta donde empieza el derecho de los demás.¹¹⁴ Es así, que por más absoluto que se pueda llamar a un derecho, este absolutismo puede mantenerse como tal, con tal de que no afecte, invada o más claro, dañe a otros. Podría decir que mi derecho absoluto es absoluto en tanto en cuanto no afecte en lo absoluto a los demás. Y es que, siendo el Derecho aquella colección de principios que ayudan al humano a vivir civilizadamente en ambiente de justicia y de paz, no puede permitirse que el mismo sea usado de una manera individualista y absoluta, afectando a los demás, y por consiguiente desviándose de su fin, causando injusticias y conflictos y no una vida de justicia y paz. Tal y como dice Borda, “todos los argumentos de prestigiosos maestros del Derecho en contra de su admisión, se han estrellado contra ese sentimiento de lo justo, que anida en el corazón humano y que no podría admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del Derecho.”¹¹⁵ Además, hay que decir que el absolutismo de los derechos no se refiere a que pueden ejercerse indiscriminadamente como una quiera¹¹⁶, pues como dice Aftalión, “cuando se dice que estos derechos son absolutos, no se alude a su ejercicio sino sólo a que todos deben respetarlos y no solamente ciertas y determinadas personas.”¹¹⁷

Consideramos entonces que el abrazar una teoría absolutista de los derechos, dejando de lado el hecho de que en ejercicio de un derecho, mas claro, en ejercicio abusivo de un derecho, uno puede causar daño a los demás, implica un retroceso en la evolución y el progreso de la sociedad. Resulta pues que aceptar esta postura es aceptar la ley de la selva, o

¹¹⁴ Rojina dice al respecto que “las acciones u omisiones que respectivamente puede desarrollar un sujeto, tienen como límite las acciones u omisiones que a su vez puede ejecutar el otro...” R. ROJINA VILLEGAS. *Derecho Civil Mexicano*. Porrúa, México 1999 p.17

¹¹⁵ G. BORDA. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I. Undécima Edición*. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires, 1996. p. 51

¹¹⁶ Luís Parraguez sobre esto dice que “... factor limitante de este carácter absoluto es la doctrina del abuso del derecho, según la cual no puede tolerarse que el propietario ejerza sus facultades dominicales sin un sentido de utilidad y con el único propósito de perjudicar a un tercero”. L. PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Volumen I. Derechos Reales*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 2005 p.127

¹¹⁷ E. AFTALIÓN Y JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998 p. 578

la ley del más fuerte, es decir que gana el que tenga un derecho más fuerte, o más absoluto por así decirlo. Se estaría dejando de lado aquella igualdad tan proclamada en tantas teorías, doctrinas, e incluso en el derecho positivo¹¹⁸. Hay que tener en cuenta, y sin querer ser repetitivo, que el Derecho fue creado para regular la vida del ser humano en sociedad, y no aisladamente, razón por la cual, no puede permitirse que sea desviado de su razón de ser, y sea epicentro de injusticias y desigualdades. Si es que el derecho se desvía de su fin para el cual fue creado, y se lo ejerce abusivamente, cada persona podría usar el derecho para el fin que quisiera, razón por la cual no se podría hablar si quiera de que existe igualdad en el ejercicio de los derechos, lo cual se opone a lo consagrado en el numeral segundo del artículo 11 de la Constitución Política del Ecuador. Adicionalmente y como ya se dijo, este absolutismo de los derechos tiene que ver con el respeto de todos hacia dicha facultad y no que ésta puede usarse abusiva o absolutamente causando daños a terceros. Puig Peña, citado por Luis Parraguez, “recuerda el principio de que el derecho no quiere ver protegidas las malicias humanas, de manera que no puede nunca conceder su protección sino a los actos humanos que se realicen en la misma dirección del orden jurídico y tengan ciertamente una utilidad; no el capricho arbitrario de las personas”¹¹⁹

La Propiedad

Ya que estamos hablando de los derechos y los abusos, y de los derechos reales, es oportuno mencionar a la institución del *jus abutendi* inserta en el derecho de propiedad. La propiedad es un derecho real, que se lo dice es el *jus utendi, fruendi et abutendi*, esto es, el derecho de usar, disfrutar y abusar de las cosas. Magallón Ibarra al respecto dice que el *ius abutendi* o abuso, ha sido mal interpretado, pues da la impresión de llevar las cosas más allá de su uso o destino natural. Sin embargo, “en la realidad jurídica romana, el *abusus* era potestad de consumir la cosa”¹²⁰. Es entonces, que no es que en el Derecho Romano se podía abusar de la propiedad, haciendo mal uso de ella, tomando medidas excesivas, injustas, indebidas o deshonestas, sino que podía usar, consumir y disponer de su derecho dentro de

¹¹⁸ El artículo 11 de la Constitución Política del Ecuador establece este criterio de igualdad al decir que: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades”.

¹¹⁹ L. PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Volumen I. Derechos Reales*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 2005 p.147

¹²⁰ J. MAGALLÓN IBARRA. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo IV. Derechos Reales*. Editorial Porrúa S.A. México, 1990. p. 250.

las conductas rectas y honestas, en que “se encontraba la idea de impedir que pudiera hacerse un uso abusivo de un derecho.”¹²¹ ¹²² Así, Luís Parraguez recoge lo anotado por Planiol y Ripert, al decir:

Es necesario analizar con algunas reservas este carácter del dominio, para situar lo más rigurosamente posible el significado de lo absoluto y evitar los excesos de algunos autores demasiado entusiastas cuando tratan sobre esta materia. El dominio es un derecho absoluto solamente en el sentido de que reúne todas las facultades jurídicamente posibles sobre una cosa, lo que no significa que el titular tenga sobre la misma una soberanía irrestricta y con auténtica plenitud, porque su facultad de disposición... está severamente limitada por la función social de la propiedad.¹²³

Así, actualmente la Constitución del Ecuador, en lo que se refiere al derecho de la propiedad, establece que éste, se reconoce pero con función y responsabilidad social y ambiental. El artículo 66 numeral 26 de la Constitución Política dispone:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.

Vemos entonces que incluso este derecho de la propiedad, al que se lo ha dicho absoluto en reiteradas ocasiones, tiene un límite Constitucional, esto es, que éste sea ejercido de acuerdo a la función social, es decir, en función, o sin perjuicio o detrimento de la sociedad y terceros en general. Existen incluso limitaciones ambientales, las cuales no afectan a un tercero en específico sino a la sociedad toda. Incluso, el artículo 321 de la Carta Magna, avala el derecho de la propiedad, pero así mismo establece limitaciones al decir que deberá cumplir su función social y ambiental. Este criterio sobre los límites de la propiedad es así mismo reconocido por el Código Civil, cuerpo legal en el que se encuentra regulado el Derecho Real del que estamos tratando, el cual dice que éste debe ser ejercido respetando el derecho ajeno sea individual o social. El artículo 599 Código Civil dice que:

¹²¹ J. MAGALLÓN IBARRA. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo IV. Derechos Reales*. Editorial Porrúa S.A. México, 1990. p. 250.

¹²² Allende, citado por Condorelli, dice que si los derechos subjetivos no tuvieran límites, “no habría necesidad de legislar sobre las distintas instituciones, pues sería suficiente de haber derechos absolutos, determinar las instituciones y luego agregar que a su titular le corresponde a su arbitrio gozar de la misma... Por manera que la relatividad de los derechos es tan antigua como la existencia misma del hombre en la sociedad”. E. CONDORELLI. *Al Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971. p. 14

¹²³ L. PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Volumen I. Derechos Reales*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 2005 p. 125

El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.

Visión Individualista del Derecho

Desde una concepción individualista¹²⁴, esto es que mira primera y últimamente el interés particular por sobre el colectivo o de la comunidad, el instituto en cuestión no tendría cabida. Desde esta concepción, los derechos subjetivos son las facultades reconocidas legalmente a la persona para que éste disponga de ellas a su mejor parecer y conveniencia, sin tener que rendir cuenta de este uso a terceros. “Por tanto, si ejercitando un derecho, un tercero sale perjudicado, ninguna responsabilidad cabe al titular del derecho por cuanto solo ejercitó lo que la ley le permitió.”¹²⁵ Estos argumentos de aquellos que se aferran al individualismo son deleznable por las siguientes razones. Primero que nada, no hay que olvidar que el derecho por esencia o por su naturaleza misma se desenvuelve en un medio social, y no en un mundo aislado; es una herramienta para poder funcionar como colectividad, pues si es que nos ponemos en una postura individualista y aislada de la sociedad, no cabría si quiera hablar de derecho, pues éste no haría ni si quiera falta.¹²⁶ “En el logro de estos fines o intereses está la razón de ser tanto del derecho objetivo como del subjetivo, y son ellos los que marcarán luego el acierto o el error que se pueda causar en su aplicación o ejercicio”¹²⁷ Segundo, es verdad que para ejercer un derecho propio no hay que rendir cuentas a nadie, pues es mi derecho y yo hago con él lo que mejor me parezca. Sin embargo, y al desenvolverse el derecho en un medio donde conviven otros intereses y derechos, cuando se ejercita un derecho sin un móvil o motivo legítimo, y a su vez se causa

¹²⁴ Condorelli dice al respecto que “dentro de la concepción del Estado gendarme, o de un sistema de ortodoxo individualismo, la teoría que trataremos de desarrollar no hubiera tenido ningún sentido, puesto que a la postre, lo único importante y trascendente era velar porque la voluntad estampada en el contrato se cumpliera.” E. CONDORELLI. *Al Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971. p.12

¹²⁵ M. PACHECO. *Teoría del Derecho. Cuarta Edición*. Editorial jurídica Chile. Colombia, 1990 p. 25

¹²⁶ “aquella verdad recordada por Josserand en el sentido de que todas las facultades jurídicas, por la razón de que se realizan en un medio social, comportan fatalmente límites L. PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Volumen I. Derechos Reales*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 2005 p. 144

¹²⁷ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p.11

daño o perjudica a un tercero, ahí sí se debe rendir cuentas, pues el que causa daño no debe quedar impune y debe reparar.^{128 129}

Tercero, la afirmación de que no hay responsabilidad para aquel titular que ejerció sólo lo que la ley permitió es incorrecta. Es incorrecta debido a que está insinuando que la ley permite los abusos y las conductas maliciosas por parte de los sujetos del derecho, pero deja de lado el hecho de que en el sistema jurídico existen principios como el de la buena fe, rectora para todos los actos jurídicos, principio que incluso ha sido positivizado en ciertas normas, con lo cual se puede decir que la misma ley no permite aquellas conductas que son de mala fe. Por último, la consideración de “absolutos” de ciertos derechos, está interpretada equivocadamente, pues como se dijo, el absolutismo se refiere al deber de abstención que tienen todos frente a dicha facultad, y no que ésta puede usarse indiscriminadamente.

Es entonces, que a raíz de las teorías detractoras, se encuentran por su parte argumentos más fuertes aún que sustentan y dan fuerza a la teoría del abuso del derecho, es decir, argumentos que refuerzan el criterio de que en efecto, los derechos o facultades, ni aún aquellas que se llaman absolutas, son ilimitadas. Habiendo expuesto en estos términos lo referente al absolutismo de los derechos, se puede entrever que así, el derecho resultaría contrario a la idea social en sí, “e incluso resulta inmoral si es que no se colocan limitaciones”.¹³⁰ Con esto admitimos entonces límites para el ejercicio de los derechos.

Límites al ejercicio de los Derechos

Quedamos pues, que el ejercicio del derecho tiene sus límites, fronteras, condiciones o requisitos, “que no legitiman al sujeto a actuar como se le antoje”¹³¹. Hay un consenso y es que el uso irrestricto de un derecho, sin límites ni fronteras, no está involucrado en el

¹²⁸ Art. 2229 Código Civil.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

¹²⁹ El artículo 2216 del Código Civil dispone: Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.

¹³⁰ M. PACHECO. *Teoría del Derecho. Cuarta Edición*. Editorial jurídica Chile. Bogotá, 1990. p. 146

¹³¹ R. DIAZ ROCA. *Teoría General del Derecho*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1997. p. 292

contenido de un derecho subjetivo.¹³² Condorelli dice que “en general el trastrocamiento de valores sufridos en la era contemporánea... conllevó al jurista preocupado y siempre avisor de los problemas sociales y de sus cambios, a la meditación y estudio de un instituto cuyas implicancias se traducían... en una sanción al titular de una prerrogativa jurídica.” Pescio Vargas dice al respecto, “en cuanto el titular ejecuta un acto que excede de tales límites, incurriría en responsabilidad por ser culpable de un uso abusivo del derecho”¹³³. Sobre esto, el numeral cuarto del artículo 11 de la Carta Fundamental establece que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos...” Es entonces que se hace una prohibición expresa de restringir el contenido de los derechos, sin embargo con esto se da a entender que los derechos en efecto tienen un contenido dentro de los cuales han de ser ejercidos y que siempre y cuando sean ejercidos en estas condiciones, éstos no podrán ser restringidos. Consideramos lógica la existencia de límites a los derechos, pues que todos dispongamos de derechos ilimitados, vendría casi a ser casi lo mismo que no existiera el Derecho en sí, pues no habría como regular comportamientos dañosos ya que se lo hicieron en base a un Derecho. Así las cosas, “los límites del derecho no están fuera sino en su propia estructura, en su razón de ser.”¹³⁴

Habiendo acordado entonces que los derechos subjetivos, en específico, que su ejercicio no es ilimitado, es prudente analizar aquellos límites que relativizan dichos derechos y no los hacen absolutos, límites que se refieren a la determinación de cuándo habría un ejercicio abusivo de derecho porque se ha causado un daño, más no aquellos límites al ejercicio de los derechos subjetivos como lo serían la imposibilidad física o la prohibición legal, ni tampoco aquellas situaciones en que no son daños resarcibles por no haber antijuridicidad como en un estado de necesidad o legítima defensa en que no hay responsabilidad para el causante del daño.¹³⁵

Surge entonces la interrogante de cuáles son tales límites, e inclusive cuáles son los parámetros, bases o fundamentos para determinar que ha habido una conducta abusiva. Se

¹³² J LARREA HOLGUÍN. *Derecho Civil del Ecuador. Cuarta Edición*. Editorial Jurídica Chile. Santiago de Chile, 1995. Pág. 222.

¹³³ V. PESCIO VARGAS. *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y Teoría General de la prueba. Tomo II*. Colección Manuales Jurídicos. Editorial jurídica de Chile. Chile, 1978. p.26

¹³⁴ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 5

¹³⁵ Cfr. J. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General II*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997 P488

dice al respecto que “la determinación de estos límites es una tarea que el legislador no ha podido realizar en razón de la variedad y de la complejidad de casos en que los derechos pueden ser puestos en juego”¹³⁶, razón por la cual, el juez entra a jugar un papel fundamental en esto y deberá tener amplio poder de apreciación, para que con su sana crítica pueda ir determinando estos límites. El numeral ocho del artículo 11 de la Constitución, así mismo hace referencia a que los derechos en efecto tienen un contenido y que no son ilimitados, pero que dicho contenido será desarrollado a través, entre otras, de la jurisprudencia. Es justamente entonces esto, que establece la Constitución, lo que se busca, ir desarrollando y sobretodo unificando criterios, que al respecto delimiten los contenidos de los derechos y así consiguientemente den pautas claras y precisas de cuándo se configuraría un ejercicio abusivo de un derecho¹³⁷.

Límites en Derecho Privado

Para analizar estos límites, sin duda alguna hay que sacar a flor de discusión el hecho de que en Derecho Privado se puede hacer todo aquello que no esté prohibido¹³⁸. Es así que se podría afirmar que en nuestro Derecho Privado, con especial atención al Código Civil, no hay disposición alguna que prohíba el abusar del derecho, siendo que, esto al no estar prohibido expresamente por una norma taxativa, estaría de suyo permitido legalmente y por tanto se podría entonces abusar del derecho. Adicionalmente el literal c) numeral 9 del artículo 66 de la Constitución Política del Ecuador dice los derechos de libertad también incluyen que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley. En cuanto a esto, hay que decir sin embargo que el Derecho es un sistema coordinado de normas y de principios, el cual al ser sistema, es relacionado y busca ser coherente y armónico para cumplir con sus fines¹³⁹. Sobre esto Atienza¹⁴⁰ dice:

La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea de que el derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la noción de

¹³⁶ V. PESCIÓ VARGAS. *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y Teoría General de la prueba. Tomo II.* Colección Manuales Jurídicos. Editorial jurídica de Chile. Chile, 1978. P.26

¹³⁷ El artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial en el numeral 4 establece que los jueces deben “propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de derecho”.

¹³⁸ Art. 8 del Código Civil.- A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.

¹³⁹ “Las normas no pueden entrar en contradicción, para asegurarlo deben llevarse a cabo en un contexto coherente” R. ALEXY, *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p.125

¹⁴⁰ ATIENZA, MANUEL. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011.p. 119

universalidad, en cuanto componente de racionalidad en la vida práctica, al permitir considerar las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido; porque promueve certeza del derecho, ya que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico, pero sí sus principios básicos; y porque un orden jurídico que fuera simplemente no contradictorio no permitiría guiar la conducta de la gente como lo hace el derecho.

Lo aquí dicho es una cuestión que además lo dispone el artículo 3 # 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁴¹ que habla sobre la interpretación sistemática de las normas jurídicas y dispone:

Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

Es así, que al decir que al no haber disposición, con atención en el Derecho Privado que prohíba abusar del Derecho, se está precisamente abusando de aquella disposición si se quiere. Pues no es lógico ni coherente, que el mismo Derecho que se encamina hacia el norte (justicia por ponerle un nombre), establezca disposiciones que le impidan o lo desvíen de su acometido, de su fin, de su destino. Acertadamente se dice que “el contenido de la ley exige que se tome en consideración cuales son los fines y los valores que tratan de satisfacer las normas, de manera que bien podría decirse que el sentido de la institución viene dado por la idea de coherencia del sistema”.¹⁴² Adicionalmente, y como se verá en su debida oportunidad, hay que decir que estimamos que el abuso del derecho es finalmente una conducta ilícita atípica, que no se podría decir que está permitido ya que las figuras ilícitas de suyo aborrece el Derecho. Ampararse entonces en esta disposición es no considerar los fines y valores que contienen las normas, consiguientemente, significa vulnerar la coherencia y el sentido mismo del Derecho, y decir que el propio Derecho permite y ampara la elección de caminos desviados o abusivos.

Es de importancia tener en cuenta que la aludida frase de que “en Derecho Privado se puede hacer todo aquello que no está prohibido” se refiere a la autonomía de la voluntad como principio rector de las relaciones privadas. Es decir, refuerza el hecho de que la

¹⁴¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento # 52 del 22 de Octubre de 2009.

¹⁴² M ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.69

autonomía de la voluntad gobierna las relaciones privadas, como por ejemplo en las convenciones, o específicamente hablando, en los contratos, los cuales a la final son ley para las partes¹⁴³ o por ejemplo los actos jurídicos unilaterales. Entonces, las personas disponen del derecho para vincularse jurídicamente entre sí, para ello tienen una amplia libertad de hacerlo gracias al Principio de la Autonomía de la Voluntad que gobierna dicho derecho de la libertad de contratación. Sin embargo, se debe reconocer que este principio de la autonomía de las relaciones privadas no es así mismo ilimitado, sino que tiene sus debidas restricciones.

Con respecto al concepto de derecho subjetivo, Borda hace referencia a que es un poder atribuido a una voluntad por el ordenamiento jurídico, pero más adelante la objeta al decir que es “una concepción insuficiente e insatisfactoria, porque si se agotara el concepto de derecho en el poder atribuido a la voluntad, los derechos podrían ejercerse arbitrariamente, sin otra limitación que el capricho de su titular y sin ninguna sujeción a la moral y a la justicia”¹⁴⁴. Así por ejemplo, “las leyes de orden público marcan el límite de la autonomía de la voluntad.”¹⁴⁵ Rosatti dice en cuanto a esto que “conforme al criterio *ius positivista*, una norma es de orden público cuando tiene la nota explícita de la imperatividad, entendida como su capacidad para limitar o anular el principio de la autonomía de la voluntad”.¹⁴⁶ Téngase en cuenta así, que no se podría celebrar legalmente un contrato de compra venta de órganos o de sustancias estupefacientes, pues en ese caso la autonomía o libertad para celebrar dicho negocio, encuentra su límite en el orden público, entre otros, que se pretende precautelar al prohibirse dicha venta. Todo lo dicho nos ayuda a arribar una conclusión que nos simplifica y aclara aún más el asunto: el derecho a vincularse jurídicamente o derecho a celebrar negocios jurídicos, regido por la autonomía de la voluntad, al ser un derecho o facultad, es como todos los derechos o facultades lo son: limitados.

Adicionalmente a lo dicho, y de gran relevancia es el argumento que Sánchez Vásquez emite al decir que “el tan traído y llevado aforismo “lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”, no es una norma, ni cabe recurrir a él para colmar lagunas, ya

¹⁴³ Artículo 1561 Código Civil: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

¹⁴⁴ G. BORDA. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I. Undécima Edición*. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires, 1996. p. 42

¹⁴⁵ A. TORRÉ. *Introducción al Derecho*. Perrot, Buenos Aires, 1998 p.539

¹⁴⁶ H. ROSATTI, *Código Civil Comentado*. Rubinzal Culzoni Argentina, 2002 p. 178

que se trata de un juicio puramente analítico sobre la identidad de lo no prohibido jurídicamente y de lo jurídicamente permitido.”¹⁴⁷ Adicionalmente, considero que dicha frase no es ni un argumento loable para justificar un abuso del derecho, ya que ella “no puede convertir en lícitos actos que contraríen lo dispuesto por el derecho objetivo por la simple circunstancia de que no se haya dejado constancia expresa de la prohibición en el texto de la norma...”¹⁴⁸ Así el derecho objetivo establece claramente sendas normas que tienen miras a la seguridad, a la justicia, a la paz, a la convivencia civilizada, y si no se ha hecho tal prohibición expresamente en la norma, no quiere decir que se permiten abusos, pues esto implicaría desmerecer a la capacidad del ser humano, en que no se encarga nada al pensamiento, razón y desarrollo intelectual en general del hombre, sino que todo ya tiene que estar establecido en una ley.¹⁴⁹

Con respecto a este mismo tema, hay que decir que el artículo 15 numeral 5 del Código Civil, que habla sobre la interpretación judicial de la ley, determina que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. Es entonces, que si en una determinada circunstancia se actúa de manera que pueda ser calificada como fraudulenta, abusiva o desviada, y que no es ilegal sino que más bien se actuó dentro de la ley, no se podrá dar a dicha ley la odiosa interpretación que permita conductas de mala fe y sobre todo dañosas y que deje agraviados sin reparar sólo por el hecho de que el derecho positivo no lo prohíba expresamente. El mismo artículo citado continúa y dice que “la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”. Se dice que “absurdo axiológico es que cuando la interpretación lingüística de la ley hiciera que resultara auto frustrante en relación con sus propios objetivos, o bien irrealizable, o fuera totalmente en contra de principios jurídicos o de la justicia en abstracto o del sentido común.”¹⁵⁰ Es así, que siendo la ley, instrumento que permite la convivencia civilizada y que quiere evitar atropellamientos y abusos, no se le

¹⁴⁷ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. P49

¹⁴⁸ R. H. BREBBIA. *Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo I. Astrea Buenos Aires, 1979 p.55

¹⁴⁹ “...cuando las normas particulares faltan, bien porque el legislador no haya previsto ciertos casos contingentes o porque a pesar de haberlos previsto, haya dejado deliberadamente de regularlos, a parece más manifiesta la necesidad de recurrir a aquellos principios de la razón jurídica natural que constituyen las bases necesarias para definir toda relación humana y social” R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p.39

¹⁵⁰ ATIENZA, MANUEL. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011.p 142

puede dar al artículo 8 del Código Civil, por decir un caso, la odiosa interpretación que permita abusar del derecho, y atropellar el sentido genuino y social de la ley y a la final amparar dichas conductas contra Derecho¹⁵¹.

Buena fe como límite al ejercicio de los Derechos

Sin duda alguna, la buena fe es un límite de alta relevancia para el ejercicio de los derechos. Y es que, la buena fe, que es aquel principio que plasma la rectitud, la honradez, el buen proceder en las actuaciones jurídicas, es una máxima que controla que los sujetos del derecho no procedamos de manera arbitraria, fraudulenta, engañosa o injustificada, principio sin el cual muchas injusticias podrían darse, y sería así el derecho una herramienta que puede ser usada indiscriminadamente por quien sea, yendo así en su ejercicio más allá de los límites de la buena fe, puestos al servicio de la malicia, la voluntad de dañar al prójimo y en general de la mala fe¹⁵². Como comenta Borda, los derechos “tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido.”¹⁵³ En este mismo sentido Pérez, dice que “la Teoría del Abuso del Derecho supone el ejercicio de un derecho que se tiene (dentro de los límites legales), aunque se ejerce fuera de los límites de la buena fe y lealtad.”¹⁵⁴ La buena fe como principio general es “una regla de conducta a que han de ajustarse todas las personas en sus respectivas relaciones. Lo que significa como dice Díez Picazo: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones”.¹⁵⁵ Garibotto dice por su parte que “la buena fe en sentido subjetivo consiste en aquella creencia o convicción de actuar rectamente, voluntad de obrar honestamente”.¹⁵⁶

¹⁵¹ Derecho en el sentido que ya nos hemos referido de cómo “un todo”, es decir la debida armonía entre sus principios, disposiciones, facultades, poderes, etc.

¹⁵² “El principio de buena fe, por tanto, en una de sus concretas aplicaciones constituye un límite al ejercicio de los derechos; como lo constituye la prohibición del abuso del derecho.” J. GONZÁLES PÉREZ. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en *El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal* Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006. p. 327

¹⁵³ G. BORDA. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I. Undécima Edición*. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires, 1996. p. 47.

¹⁵⁴ B. PÉREZ. *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 13

¹⁵⁵ J. GONZÁLES PÉREZ. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en *El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal* Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006. p.327

¹⁵⁶ J. GARIBOTTO. *Teoría General del Acto Jurídico*. Depalma. Buenos Aires, 1991 p. 36

Es la buena fe un principio rector de todo el ordenamiento jurídico, principio el cual está determinado y establecido en sendas normas del ordenamiento jurídico, y el cual es un indudable y trascendental límite para las actuaciones jurídicas en general y en específico para las relaciones o vínculos jurídicos privados. Este Principio de la Buena Fe, es también establecido en la Constitución en el artículo 174, en que se condena y sanciona los litigios maliciosos o temerarios, dilaciones procesales, y la mala fe procesal, lo cual es una manera de abusar del derecho, derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales o ya una vez ante éstos, impedir el despacho del caso acorde a lo que corresponde. Es así mismo recogido en el artículo 721 del Código Civil que habla sobre lo referente a los modos de adquirir el dominio, al decir que

La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

El artículo 1562 del Código Civil también recoge este principio al decir que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”. Al respecto, en algunos cuerpos legales de países latinoamericanos, se establece este principio a mayor profundidad, diciendo que “los contratos deben prepararse, celebrarse, cumplirse y ejecutarse de buena fe”.

El artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial establece así mismo este principio como pauta de comportamiento, para actores del derecho como los abogados, al decir que tienen el deber de “patrocinar las causas con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe”. Adicionalmente, este principio constitucional de la buena fe, se entiende que ya está incorporado a todo el ordenamiento jurídico, forma parte de su estructura en sí, sin necesidades que leyes desarrollen su concepto; esto es lo que se conoce como el Principio de Supremacía Constitucional consagrado en el artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.¹⁵⁷

Pudiendo ser entonces el abuso del derecho atentatorio contra la buena fe, se puede decir de esta manera que sí es prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico, a través del mencionado principio de la buena fe. Además, sería ilógico decir que porque no hay

¹⁵⁷ Art. 4. Código Orgánico de la Función Judicial- Principio de Supremacía Constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

norma expresa, se puede abusar del derecho, sobre todo porque hay un principio guía y rector del ordenamiento jurídico que establece una pauta general de comportamiento por parte de todos los actores jurídicos y que busca la realización del Derecho como tal.

Pérez dice que se podría calificar abusivo el acto si es que se elige la vía más dañosa para ejercer un derecho, existiendo otras vías menos perjudiciales para el deudor¹⁵⁸. Condorelli dice que no puede negarse que no se puede desconocer que el *animus nocendi* es una de las notas más características y definitorias del ejercicio abusivo de los derechos, siendo muy fácil de apreciar en aquellos casos en que pudiendo elegirse entre dos o más vías distintas, se escoge la más gravosa o perjudicial para los derechos de otro¹⁵⁹ ¹⁶⁰. Así mismo Alterini dice que entre otras, se configura abuso de una facultad cuando quien la ejerce lo hace eligiendo aquella manera que resulta más dañosa al deudor, ocasionando al deudor un perjuicio anormal excesivo, actuando de manera no razonable, repugnando a la lealtad y confianza recíproca.¹⁶¹ Es decir, desde estos puntos de vista, cuando hay una intención de mala fe, que se puede determinar por algunas de las pautas dadas, y que no busca sino hacer daño a terceros, se puede decir que hay una conducta que atenta contra esta máxima de la Buena fe, rectora de todo el tráfico jurídico.

Adicionalmente, siendo el Abuso del Derecho un principio de Derecho, o si se quiere que atenta contra el Principio de la Buena Fe rector de todo el ordenamiento jurídico, no se limita obviamente al ámbito del Derecho Privado, sino que es base para todo el Derecho, es decir también para el Derecho Público, el Constitucional, razón por lo cual el aforismo antes aludido “en derecho privado se puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido” no tendría ni si quiera cabida. Dicho de otro modo, cuando hablamos que el abuso del derecho es un instituto correspondiente a los Principios Generales del Derecho, y que no es limitada, ni mucho menos, al ámbito del derecho privado, podemos decir que

¹⁵⁸ Cfr. B. PÉREZ. *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 13

¹⁵⁹ E. CONDORELLI. *El Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971. p. 19.

¹⁶⁰ “... una de las notas que contribuyen a configurar con nitidez el abuso del derecho en el proceso, se da cuando el acreedor pudiendo elegir entre dos vías o procedimientos para hacer efectivo su crédito, (derecho) opta por la más perjudicial para el deudor.” MAURINO, ALBERTO LUIS. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p. 47

¹⁶¹ Cfr. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. *Derecho Privado. Introducción al Derecho Civil y Derecho Comercial. Tercera Edición*, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995. p. 41.

estamos en el campo del Derecho Público¹⁶², en donde sólo se puede hacer lo que la ley permite, y decir aquí, a la inversa de los detractores de esta teoría, que en ningún lado se permite expresamente abusar del derecho. Este argumento adquiere mayor fuerza si es que decimos que un ejercicio abusivo puede atentar contra derechos Constitucionales, en donde no cabe duda que es de Derecho Público. Pero yendo más allá, hay que tomar en cuenta que las normas procesales son de orden público¹⁶³, así que cuando entramos al abuso procesal, o entramos al procedimiento por un abuso cualquiera por ejemplo, ya estamos, al igual que en las hipótesis anteriores, en el campo del Derecho Público, en donde aquella aseveración de los detractores del abuso del derecho no encontraría espacio alguno. Hay que tomar en cuenta que la buena fe, por principio que es, es una máxima o pauta que guía por el camino del Derecho a las actuaciones jurídicas. Es precisamente en los principios en donde se reflejan los valores que persigue el derecho como por ejemplo la justicia.¹⁶⁴ Atienza dice al respecto que los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran y que el ordenamiento jurídico considera como últimos.¹⁶⁵ Así las cosas, tenemos por un lado la buena fe como principio general y universal del derecho, pero por el otro lado tenemos que en el ejercicio de un derecho o facultad, uno puede ejercerlo con una descuido, imprudencia, culpa y mala intención, causando daño injusto, por lo que se estaría atentando con este tipo de comportamientos contra el principio de la buena fe, en el cual encontramos un límite claro para el ejercicio de los derechos, o en otros términos, para detectar el abuso del derecho.

Legitimación Activa

Dentro de estos límites o requisitos, por más obvio que resulte, no hay que dejar de nombrar el indispensable requisito de que quien ejerza el derecho, sea en efecto titular del

¹⁶² “Perseguir un fin distinto al que señala la ley es lo mismo que perseguir un fin prohibido, pues los poderes públicos, a diferencia de los sujetos privados, no están meramente limitados, sino positivamente determinados en cuanto a los fines que pueden lícitamente perseguir.” M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.98

¹⁶³ “Desde que dejó de concebirse el proceso como un duelo privado en el cual el juez era solo el árbitro y las partes podían utilizar todas las artimañas, argucias y armas contra el adversario para confundirlo, y se proclamó la finalidad pública del propio proceso civil, comienza a reclamarse de los litigantes una conducta adecuada a ese fin y a atribuir al juzgador mayores facultades para imponer el fair play.” E. VÉSCOVI. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis S.A. Colombia, 1999. p. 55

¹⁶⁴ Cfr. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p.19

¹⁶⁵ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006.p. 21

mismo.¹⁶⁶ Esto es lo que se llama la legitimación activa o idoneidad para llevar a cabo el ejercicio del derecho o que también puede llamarse requisito subjetivo en el ejercicio del derecho.¹⁶⁷ Resulta lógico este requisito pues “si una persona ocasiona un daño a otro por la ejecución de un hecho al que no tiene derecho alguno, se coloca fuera del ámbito del abuso del derecho e incurre en la responsabilidad por culpa que tiene ya su propia regulación en el Código Civil.”¹⁶⁸ Es así que para que en efecto podamos hablar de abuso del derecho, se necesita que quien lo ejerce sea titular del mismo, pues nadie puede ejercer más derechos de los que tiene.

Deber Jurídico

Cuando tuvimos la oportunidad de hablar de los derechos subjetivos ya dijimos que éstos encuentran claramente, como en todo, una contra partida necesaria, el cual en este caso en concreto es el deber jurídico. Es así que frente a los derechos subjetivos o facultades existe siempre a cargo de la contraparte, un deber jurídico, el cual unas veces está a cargo de una persona determinada, como en una obligación de relación crediticia, y otras veces el deber está a cargo de todas las personas integrantes de la sociedad que es el deber de abstención ante esa facultad. Este último, el deber, es el que nos interesa para efectos de lo que se está tratando. Son entonces el derecho y un deber dos caras de una misma moneda, en que no se puede concebir la una parte sin la otra y viceversa, son “conceptos relativos e inseparables”¹⁶⁹. Es así que al uno tener un derecho subjetivo, los demás tienen deberes de abstención frente a dicha facultad¹⁷⁰. Torrè dice que en este deber de abstención frente a dicha facultad, el sujeto pasivo no es una o varias personas determinadas, sino la generalidad de las personas a quienes de les impone como deber jurídico respectivo, una prestación

¹⁶⁶ PÉREZ reitera esto al decir que “es requisito para la aplicación del abuso del derecho, el hecho de que sea un derecho que se tiene previsto legalmente para ser ejercido”. B. PÉREZ. *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 13

¹⁶⁶ B. PÉREZ. *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 13

¹⁶⁷ Cfr. R. DIAZ ROCA. *Teoría General del Derecho*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1997. p. 292

¹⁶⁸ PARRAGUEZ RUIZ, LUÍS. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Volumen I. Derechos Reales*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 2005 p. 147

¹⁶⁹ G. BORDA. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I. Undécima Edición*. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires, 1996. p. 42

¹⁷⁰ En cuanto a esto hay que decir que “el sujeto pasivo no es una persona en particular sino que lo constituyen todas las demás personas sometidas al poder social. El deber correspondiente a estos derechos es puramente pasivo: consiste sólo en respetarlos, esto es no violarlos o perturbarlos”. E. AFTALIÓN R. JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998 p. 578

negativa, es decir una abstención.¹⁷¹ Pero así mismo las otras personas también tienen derechos e intereses dignos de protección, razón por la que si es que en ejercicio de una facultad, uno afecta intereses o derechos de otros, ahí esa otra persona verá vulnerado sus intereses o derechos subjetivos y verá que el deber jurídico que tenían los otros de respetar a su órbita de intereses y derechos, no ha sido cumplido a su cabalidad.

Así, con el abuso del Derecho, se violenta una específica norma o principio general en el que convive el genérico deber de no lesionar intereses ajenos con el ejercicio o no de un derecho, facultad o potestad. Estas facultades jurídicas que tienen los individuos, las tienen frente a otros individuos o frente al Estado, lo cual significa que frente a la voluntad del individuo, existe otra voluntad que determina hasta dónde puede obrar aquél¹⁷². Podemos decir que la voluntad de la otra parte puede incluso configurarse como un límite a la voluntad de quien ejerce el derecho. Resulta entonces que en Derecho no se es permitido dañar a otro, o en otras palabras, el que daña debe reparar. Es entonces, que frente a una facultad, siempre va a haber un deber a cargo de otros de respetar, y frente a mi facultad, hay otras facultades que tienen así mismo sus correlativos deberes de no interferir con ellas. Aquellos que aún defienden la teoría absolutista de los derechos, están dejando de lado que, el derecho se realiza no en el vacío, sino en un medio social organizado en que los derechos de unos se encuentran frente a iguales derechos de otros. Así, estos derechos o facultades tienen un objetivo o misión social que cumplir, y no pueden desentenderse de ésta. Es así, que encontramos que un límite para el ejercicio de los derechos, es el de no dañar a los demás, puesto que si daña a otro se debe reparar, pues así como todos respetan mi derecho, yo tengo que respetar los derechos de los demás.

Justicia, Solidaridad y Seguridad

Dentro del estudio de los límites para el ejercicio abusivo de un derecho, además del principio de la buena fe, sin duda alguna debe tenerse en cuenta incluso valores superiores,

¹⁷¹ Cfr. A. TORRÉ. *Introducción al Derecho*. Op. Cit. p. 216

¹⁷² F. FLORES GÓMEZ GONZÁLES. *Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil*. Octava Edición. Editorial Porrúa. México, 1996 p.41

como lo son la justicia¹⁷³ o la seguridad sobre la cuál ya se explicó anteriormente cómo el abuso del derecho vela por ella. Así, “al investigador del fenómeno jurídico no se le puede escapar que en definitiva la figura del abuso se debate entre dos valores sobre los cuales se mueve y desarrolla, es obvio que nos referimos a los valores de justicia y seguridad.”¹⁷⁴ Algo muy acertado es lo que dice Odorqui cuando sostiene que “estos valores (vistos como fines) no son algo externo a lo que tiende el derecho, sino que forman parte de este, siendo inherentes a su ser, dando sentido y orientación a su vigencia ya accesibilidad... formando parte de su esencia misma”.¹⁷⁵ La justicia, la seguridad jurídica, y la solidaridad, son valores por los que sin duda alguna trabaja el Derecho. Una mirada individualista, poco solidaria que permite los abusos causa inseguridades para aquellos desamparados legalmente, y por consiguiente, produciéndose así conductas que atenten contra estos valores, es decir produciéndose injusticias a raíz de la inseguridad y la falta de solidaridad social. Maurino dice a este respecto que “las bases éticas y las finalidades de solidaridad social perseguidas por el instituto, extienden su saludable influencia a todo el ámbito jurídico e impregnan su contenido a los distintos derechos subjetivos”.¹⁷⁶ Sin más, con esto queremos sostener que la justicia, la seguridad, y la solidaridad o vida civilizada en sociedad al ser fines que persigue el Derecho, los contenidos y lo que éste protege o ampara, no pueden desentenderse del fin u objetivo que buscan ya que sería una inconsecuencia de fondo o de raíz, por ello, estos valores son pautas indispensables a tomar en cuenta para imputar de abusivo un ejercicio de una facultad.

Función Social

Los seres humanos, sujetos de derechos, son titulares de varios derechos subjetivos y se vinculan jurídicamente unos y otros día a día en la vida en sociedad. Es así, que si bien cada sujeto es titular de derechos, para con ellos realizarse como personas, progresar y vivir como mejor les convenga, precisamente al vivir en sociedad, no puede dejarse de lado que junto con el derecho de cada titular, hay otras personas igualmente titulares de otros

¹⁷³ Justicia la cual no es únicamente un valor superior, sino que está realmente consagrado en la Carta Fundamental de la República en su artículo 1 al decir “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”

¹⁷⁴ E. CONDORELLI. *El Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971. p. 13.

¹⁷⁵ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 3

¹⁷⁶ MAURINO, ALBERTO LUIS. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p. 10

derechos. Entonces, habiendo varios derechos en juego, no se puede pretender que uno pueda ejercer su derecho como a bien tenga, abusando de él, y en desmedro de los derechos o intereses de otros específicamente, o de la sociedad en general, pues si así fuera, de poco o nada serviría el Derecho en sí, pues cada uno hiciera lo que mejor le convenga pensando siempre en el interés propio, sin precautelar el interés de terceros y dejando de lado aquella solidaridad anhelada. Es por esta razón, que cada derecho de cada persona puede ser usado como mejor piense la persona, pero siempre dentro de lo que sería el cumplimiento de su razón de ser, su fin social o económico, es decir el cumplimiento del fin para el cual fue concebido, pues de lo contrario ocurriría lo que la Doctrina Alemana llama “alienación de la finalidad de la norma”,¹⁷⁷ en que la norma empieza a usarse de manera disímil a lo que la norma pretendía o aspiraba, lo cual Maurino lo llama “abuso subjetivo”¹⁷⁸. Se dice que “importa que alguien distorsione una norma, institución o principio... con desmedro de la finalidad propia de la norma institución o principio”¹⁷⁹ y que es precisamente en el logro de dichos fines en donde está “la razón de ser tanto del derecho objetivo como del derecho subjetivo, y ellos son los que marcarán luego el acierto o el error que se pueda causar en su aplicación o ejercicio”¹⁸⁰. Anteriormente dijimos que los derechos subjetivos no pueden ser ejercidos arbitrariamente, ni aún los llamados derechos absolutos. Ordoqui en cuanto a este punto de reflexión trae algo muy acertado al decir que “no alcanza con decir que el derecho no se puede ejercer arbitrariamente, en un enfoque negativo, sino que por la positiva, se debe decir que su ejercicio debe estar orientado también a un fin social.”¹⁸¹

En cuanto a este mismo tema, el artículo 3 numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece una interpretación teleológica de la norma y dice:

Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

Así mismo, el inciso segundo de la primera regla de interpretación que trae el artículo 18 del Código Civil dice que

¹⁷⁷ Cfr. Maurino, Alberto Luis. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p 2.

¹⁷⁸ Maurino, Alberto Luis. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p 10

¹⁷⁹ Maurino, Alberto Luis. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p 2.

¹⁸⁰ ODORQUI CASTILLA, GUSTAVO. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 9

¹⁸¹ *Ibidem*

Bien se puede en todo caso, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Lo que estas reglas transcritas nos dicen es precisamente lo que la institución del abuso del derecho pretende, esto es, que para interpretar una ley, incluso para interpretar un derecho establecido en una ley y por consiguiente saber sus límites y contenido, hay que ver el fin, espíritu o sentido que se tuvo en miras para crear dicho derecho. Es decir se debe velar siempre por el interés jurídico que se buscaba proteger. La regla séptima de interpretación traída por el artículo 18 del Código Civil refuerza el criterio que venimos exponiendo, es decir que cuando no haya alguna disposición expresa, como lo es la de la prohibición expresa de no abusar del derecho, la ley debe ser interpretada conforme a su espíritu o finalidad que se ha querido conferir a dicha disposición, y no conforme a un criterio odioso individualista que ampare conductas maliciosas y atente así contra la equidad natural de las cosas.¹⁸²

Se ha dicho entonces que los derechos pueden utilizarse no para un fin cualquiera, sino tan solo en función de su carácter, del papel social que ellos están llamados a desempeñar, “han de ejercerse para un fin y por un motivo legítimo.”¹⁸³ En este mismo sentido se inclina Pacheco, quien dice que “cada derecho existe porque hay una razón que condiciona su existencia de la cual no puede desligarse. Si los titulares de derechos se desentienden de su objeto, no ejercitan un derecho adecuadamente y abusan de él.”¹⁸⁴ El mismo autor dice “la máxima debería ser –el ejercicio de un derecho no debe lesionar a otro derecho.”¹⁸⁵ De la misma manera Díaz Roca al hablar del ejercicio de un derecho dice que ello quiere decir “la ejecución de las facultades que lo componen o la actuación de su contenido... siempre teniendo en cuenta la inevitable interacción social que produce o introduce tal ejercicio.”¹⁸⁶ Así las cosas, los derechos, por más amplias facultades que puedan otorgar, no son ilimitados, sino que tienen un contenido con el cual deberán satisfacer el interés o propósito para el cual fueron establecidos. Y es que en realidad, el Derecho no se

¹⁸² El artículo 18 regla séptima del Código Civil establece que “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”

¹⁸³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Tomo Primero. Quinta Edición*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago, 1990. Página 330.

¹⁸⁴ PACHECO, MÁXIMO *Teoría del Derecho. Cuarta Edición*. Editorial jurídica Chile. Colombia, 1990. P. 146

¹⁸⁵ *Ibidem*

¹⁸⁶ DIAZ ROCA, RAFAEL. *Teoría General del Derecho*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1997. P. 292

creó con esa intención por lo que menos aún podrá ponerse al servicio de las injusticias, malicia, mala fe o engaño, razón por la cual estos derechos tienen que tener un límite, para que puedan ser ejercidos “*erga homines*”, es decir con respecto de todos, pero no en detrimento de todos sino con respeto hacia todos. En fin, como corolario de la teoría del abuso del derecho, hay que decir que quienes la defienden, hacen énfasis en el hecho de que sería irritante, deshonesto o injusto permitir que el titular de un derecho subjetivo pueda ejercerlo en desviación de sus fines, “bastardeándolos, sin que reciba una sanción por su proceder abusivo”¹⁸⁷, razón por la cual el ejercicio de un derecho subjetivo no puede hacerse con la específica función de causar daño o de desviarlo de su señalada finalidad socioeconómica que está llamado a cumplir.¹⁸⁸ En otras palabras, palabras de Condorelli, hay sanción al titular del derecho, ya que este “excedió la *télesis* o funcionalidad económica social que la norma (derecho objetivo) confería a esa facultad (derecho subjetivo)”¹⁸⁹ y es por ello que el Derecho como tal no debe quedar inerte, sino deberá entrar a regular, y esto lo hará en este caso gracias a la figura del Abuso del Derecho.

Surge entonces otra pregunta: ¿Cuál es el fin social, o mejor dicho, quién establece el fin social de cada derecho?¹⁹⁰ Según un criterio, se puede considerar que el fin social del derecho es aquel que inspiró a su autor (legislador) para crear la norma en aras de la justicia. Este criterio para determinar el fin social del derecho nos parece poco consistente con el fin del Derecho en sí, valga la redundancia. Y es que, el legislador cuando creó la norma, con su correspondiente derecho, lo hizo tomando en consideración las circunstancias y la coyuntura que en ese entonces envolvían a la sociedad de la época. Pero como ya se ha dicho antes, la sociedad evoluciona y cambia, por lo que no puede dejárselo al Derecho estático y considerarlo con respecto al contexto en que fue creado, sino en el contexto actual, real, nuevo, el que todos vivimos. Piénsese todas aquellas nuevas modalidades de contratos modernos que han surgido llamados los contratos innominados, o los nuevos delitos e infracciones que cuando se redactó la ley en su mayoría, aquellas ni si quiera existían. De

¹⁸⁷ CONDORELLI, EPIFANIO. *El Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971. p. 14.

¹⁸⁸ Toscano Juan dice al respecto que “el quid del asunto es que la figura se desenvuelve en una dimensión social generadora de experiencias jurídicas”. TOSCANO, JUAN. Tesis Doctoral. *El Abuso del Derecho en el Ecuador. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2007.

¹⁸⁹ E. CONDORELLI. *El Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971. p. 11.

¹⁹⁰ De otro modo, y como lo propone Baudry Lacantinerie citado por Condorelli, “¿en qué momento es necesario considerar el fin social y económico del derecho de que se trate?” E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del proceso*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 30

tomarse en cuenta el fin para el cual el legislador creó el derecho, es obstaculizar y poner barreras al desarrollo de la sociedad ya que no se adapta a los nuevos cambios que esta presenta y, en palabras de Fabián Corral, los derechos se reducirían “a declaraciones líricas vaciadas de contenido”¹⁹¹. En cuanto a esto, el artículo 3 # 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece una interpretación evolutiva y dinámica de las normas al decir que éstas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales. Atinadamente se sostiene que

“...el legislador ya no puede ser interpretado como el autor original, que en la mayoría de los casos ya está muerto y sepultado. El legislador es el actual, el que mantiene en vigor esa ley y que viene a identificarse con la consciencia común de los que forman parte de la comunidad ordenada jurídicamente. Esta no se considera ya en su abstracción inmutable sino en su operatividad permanente.”¹⁹²

Se dice certeramente que “no se trata de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho...”¹⁹³ Es entonces que descartamos el hecho de que sea el legislador el que declare el fin social de un derecho, pues esto lo haría al derecho inoperante y obstaculizador al desarrollo de la sociedad.

Desde otro punto de vista, se puede proponer que quien está llamado a aplicar la norma para su recta interpretación es el juez. Es decir, el juez será quien determine el fin social de tal o cual derecho en un momento y lugar determinado. Para esto, debe indagar los valores en que ella se afina, y fundar en éstos la determinación de su alcance y sentido propios.¹⁹⁴ En otras palabras, será el juez, el encargado de interpretar la norma, quien dilucidará el alcance o sentido de una disposición (de un derecho, facultad), para que, de acuerdo al contexto y a las circunstancias del caso, determine la extensión del derecho, si es que ha sido usado de acuerdo a su fin social, y por consiguiente, si es que se ha abusado del mismo o no. Es a este criterio es al que nos sumamos nosotros para poder determinar cuál

¹⁹¹ F. CORRAL. “La independencia de Poderes”. Artículo en *Diario el Comercio* de jueves 24 de Febrero de 2011

¹⁹² V. FROSINI, *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Temis. Bogotá, 1991. p. 9

¹⁹³ GONZÁLES PÉREZ, JESÚS. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en *El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal* Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006 p. 327

¹⁹⁴ P. RODRÍGUEZ GREZ. *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*. Editorial Jurídica Chile. Santiago de Chile, 1997. p. 15.

es el fin, o mejor dicho, quién determina el fin del derecho de que se trate¹⁹⁵ pues como lo dice certeramente Sánchez Vásquez, “el jurista, a diferencia del leguleyo, no puede darse por satisfecho con lo que en la ley está escrito, sino que debe además investigar su fundamento intrínseco.¹⁹⁶ Hay que decir sin duda que el juez, a diferencia del legislador, para estar en tal dignidad se entiende que es un estudioso del Derecho, y que está al tanto de sus cambios y de la realidad social. Es entonces que el juez, con estas características entre otras, tendrá en cuenta el fin económico y social del momento para delimitar el contenido de un derecho. Si es que se rebasan dichos fines, o si es que se persigue otros distintos, es decir si es que se ejercita para algo distinto de lo establecido, se incurriría en abuso. Repetimos entonces que incumbe al juez, y no al legislador creador de la norma, determinar el alcance, o más claro el fin económico y social que se le destina a dicho derecho en un momento dado ya que el sentenciador por su función, estará al tanto de los nuevos cambios que trae el Derecho.

González Pérez trae unas reglas de análisis que nos parecen pertinentes traer a la luz. Así, dice que concretamente, para determinar una conducta abusiva, es decir para ver sus límites, se debe hacer lo siguiente:

“dada una conducta determinada C con el texto del precepto en que su autor dice haberla fundado (T)- Si existe discordancia entre C y T entonces estamos ante un acto ilícito y el análisis acaba allí. En cambio, si concuerda, debemos pasar a estudiar, primero cuál es la finalidad de la norma. Si dicha finalidad es distinta de la conducta determinada, entonces habrá abuso del derecho. Si por el contrario hay coincidencia, hemos de verificar si C no excede los límites impuestos por la buena fe, la moral, el orden público y las buenas costumbres”¹⁹⁷.

Así, habiendo hecho una análisis de los límites al ejercicio de los derechos, análisis el cuál por cuestiones de espacio y de tiempo no es desarrollado más ampliamente, podemos apreciar sin duda alguna, que estas facultades de las que disponen los sujetos de derechos no son

¹⁹⁵ Condorelli apoya esto diciendo que si el fin de los derechos subjetivos se refiriera “al objeto que el legislador tenía en vista, no cabría ningún lugar para esta teoría, pues cuando aquél consagra un derecho tiene cuidado de encerrarlo dentro de los límites que a sus ojos son suficientes para que no pueda ser desviado de su destino.” E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del proceso*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 30

¹⁹⁶ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 39

¹⁹⁷ J. GONZÁLES PÉREZ. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en *El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal* Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006 p. 103

ilimitadas, sino que tienen un contenido dentro del cual deben desarrollarse de manera práctica, lo cual podrá ser determinado por el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y en base parámetros como el de la buena fe, al fin social de la norma, la solidaridad, la justicia, la seguridad jurídica, y el deber jurídico de no dañar a los demás, o en otras palabras el derecho ajeno.

Capítulo II

Naturaleza o Ámbito de aplicación del Abuso del Derecho

Para lograr una mejor comprensión de la materia que se trata en el presente, y por el hecho de que cada institución no puede ser estudiada aisladamente sino en su contexto y debida categoría, corresponde dedicar unas líneas para despejar inquietudes sobre la naturaleza del Abuso del Derecho. Sin detrimento de lo anterior, vale decir que no pretendemos encasillar al Abuso del Derecho en una categoría específica y así limitar el ámbito de aplicación, que tan rico y amplio como la vida es, en donde pueden desenlazarse relaciones jurídicas impensadas hasta el momento. Congruentemente con esto, el Abuso del Derecho no es de aplicación exclusiva ni excluyente al campo civil o procesal, pues no podrá negarse, por ejemplo, la existencia del abuso del poder¹⁹⁸ o abuso burocrático por parte del administrador “que se manifiesta en el uso indebido de las facultades”¹⁹⁹ en la órbita del derecho administrativo²⁰⁰. Se lo puede encontrar así mismo en el Derecho comercial o en el Laboral, como por ejemplo en el abuso del derecho de huelga²⁰¹, o el abuso de confianza ya

¹⁹⁸ En cuanto a esto Bilesio dice que “la práctica tribunalcia demuestra que no sólo los letrados y las partes incurrir en un abuso. Se pueden advertir claros ejemplos de magistrados que cometen abusos, tal sería el caso de los que utilizan los traslados y vistas como forma de posponer el dictado de resoluciones ante el cúmulo de trabajo existente en su despacho”. ¹⁹⁸ J. BILESIO. “Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal” en obra *Abuso Procesal*. Peyrano Jorge, Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 21

¹⁹⁹ J. BILESIO. “Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal” en la obra *Abuso Procesal* Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 20.

²⁰⁰ “Al igual de lo que ocurría con el abuso del derecho y con el fraude de ley, la desviación de poder significa una reacción frente al formalismo jurídico, pero en este caso frente al formalismo del derecho público, del derecho administrativo.” M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.92

²⁰¹ “Si se declara con fines políticos para desorganizar la producción o la economía del país, el derecho habrá sido ejercido abusivamente.” G. BORDA, *Manual de Derecho Civil. Parte General. Décima novena Edición*. Perrot. Argentina, 1999 p. 31

tipificado como delito dentro de la legislación penal.²⁰² En todos estos ejemplos, se evidencia que existe un abuso o un mal uso de una prerrogativa, sea esta una facultad por parte de un particular o sujeto privado, sea una potestad conferida legalmente a un Órgano Estatal. Esto es de conformidad con lo que acertadamente dice Epifanio Condorelli en la obra *Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso*. Éste dice “la teoría del abuso del los derechos no es de pertenencia exclusiva ni excluyente del Derecho Civil o del Derecho procesal. Su consideración y estudio es patrimonio integrante de la teoría general del derecho”²⁰³, por consiguiente, esta se presenta y puede ser aplicada en otras ramas del derecho más allá de la civil o de la procesal.²⁰⁴ ²⁰⁵ Con precisión, se dice que “ontológicamente, su consideración y estudio es patrimonio integrativo de la Teoría General del Derecho”²⁰⁶. En este mismo sentido Fernández Sessarego afirma que el abuso del derecho es un Principio General del Derecho, tema central de la Teoría General del Derecho. Resulta del todo lógico ponerle al abuso del derecho dentro de una categoría superior²⁰⁷ como la de un Principio, pues como hemos visto la conducta abusiva atenta contra la buena fe, materia rectora en todo tráfico jurídico, afecta a la convivencia solidaria y civilizada, la justicia y el derecho de los demás. Entonces el Abuso del Derecho, al tener estas bases, y a su vez, al atentar contra ellas, es consecuencia lógica que el abuso sea no solo una institución parte de una rama del derecho, sino un principio dentro del cual deben ajustarse todas las conductas jurídicas en general,

²⁰² Abuso de Confianza: artículo 560 del Código Penal Ecuatoriano Registro Oficial Suplemento # 147 de 22 de enero de 1971, reformado el 18 de marzo de 2011.

²⁰³ E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso*, Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 21

²⁰⁴ Al respecto, Condorelli trae lo expresado por Josserand, “Es menester convenir que en el ejercicio abusivo, anti funcional o desviado de la prerrogativa jurídica, no solamente se da en la vida civil, sino que es un fenómeno que puede darse en otras ramas del Derecho. E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso*, Op. Cit. p. 21

²⁰⁵ Así mismo Juliana Bilesio dice que “la tesis de referencia no es de pertenencia exclusiva del Derecho Civil, y por ende... nada impediría que exista abuso del derecho en cualquier rama.” J. BILESIO. “Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal” en la obra *Abuso Procesal* Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 17

²⁰⁶ E. CONDORELLI. *El Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata. 1971. p. 12.

²⁰⁷ “Tales principios a pesar del cual superan virtualmente al sistema concreto de que forman parte, no pueden prevalecer contra las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso, pero tiene valor sin embargo, sobre y dentro de tales normas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informe.” R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p.37

convirtiéndose entonces en aquella máxima, en sentido negativo, de que no se puede abusar del derecho o facultades jurídicas.

Ilícito

En general, todo titular de un derecho debe ejercerlo como lo hacen las personas correctas y prudentes, y si no lo hace así, debe responder del daño que cause a otro. Desde este punto de vista, si es que con un actuar no prudente ni correcto ya se causa daño, ahí hay la obligación de reparar. Sería entonces el abuso del derecho una especie de acto ilícito, que se sometería a las reglas sancionadoras del Código Civil que establecen la responsabilidad por culpa como para los cuasi delitos.²⁰⁸ “Sobrarían las hipótesis para explicar que el abuso del derecho se compadece con la definición jurídica de hecho ilícito, y asimismo que sobre tales bases ha evolucionado la doctrina y la jurisprudencia”²⁰⁹. Es entonces que en este punto nos detenemos un momento a revisar lo que es la ilicitud, o visto de otro punto, lo lícito.

Lícito es lo justo, legal, jurídico, permitido, razonable, y según justicia.²¹⁰ Por otro lado, y contrario *sensu*, ilícito es lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, a la equidad a la razón, a la moral o las buenas costumbres²¹¹. Dicha conducta ilícita debe ocasionar una lesión al patrimonio ajeno, ya sea moral o material.

Como ya se dijo, no se puede legislar ni positivizar exacta y ni específicamente todas las conductas del ser humano que se vayan dando o se vayan a dar, pues de así serlo, la ley cambiaría más rápido que la luz de un semáforo. Al respecto, añadimos algo más, esto es que en Derecho se presume la buena fe²¹², por lo que no se podría llenar el ordenamiento de prohibiciones más que de derechos, por lo cual, el concepto de abuso del derecho “entra a regular no las prohibiciones sino aquella que da Derecho.”²¹³ Siguiendo la línea de ideas, si

²⁰⁸ Cfr. A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Tomo Primero. Quinta Edición*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago, 1990. Pág. 330

²⁰⁹ M. SAÍZ DE RIAÑO. *El Abuso del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1981. p. 62

²¹⁰ G. Cabanellas de las Cuevas. “Lícito” en *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Argentina 2003. p.238

²¹¹ G. Cabanellas de las Cuevas. “Ilícito” en *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Argentina 2003 p. 195

²¹² “No es posible la vida en sociedad sin esa confianza común que merecen determinados actos humanos, si siempre tuviéramos que andar tomando precauciones contra el engaño, ninguna institución social tendría firmeza.” J. MARTÍNEZ LÓPEZ. *Delitos de Falsedad y Fraude*. Ediciones Librería del Profesional. Colombia 1990 p. 5

²¹³ E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 33

bien la ley, como parte del derecho que es, no debe ser in cambiable, tampoco resulta ventajoso ir creando más y más cuerpos normativos con más normas y leyes, e ir derogándolas y cambiándolas a cada rato ya que esto devendría en total inseguridad jurídica en que no hay certidumbre sobre a qué atenerse, sobre qué está vigente y qué no, y puede también crear contradicciones e incongruencias lo cual se traduce consiguientemente en inseguridad jurídica. Es así, que no pudiendo llenarse el ordenamiento jurídico de disposiciones prohibitivas y penales que declaren como ilícita y sancionen cada conducta del hombre potencialmente dañosa, el abuso del derecho entra a jugar un papel importante dentro de los lineamientos generales de la ilicitud.²¹⁴

Abuso Como Ilícito Sui Generis

Algunos califican al abuso del derecho como un “acto ilícito sui generis”²¹⁵, que se origina en base al ejercicio de un derecho subjetivo, y es preciso que este ejercicio afecte un interés existencial que no se halla normativamente protegido por el ordenamiento jurídico, pero que sí generalmente acarrea un daño y origina responsabilidad. Sui generis llaman los autores al abuso del derecho ya que, a partir de un hecho lícito, que es el ejercicio pleno de un derecho subjetivo conferido (según algunos) al sujeto por el derecho objetivo, se puede configurar un hecho ilícito, pero que dicho hecho no está tipificado como delito penal, ni supone una ausencia de obligación o relación jurídica subjetiva como en el caso de los cuasi delitos. Se dice también que lo sui generis está en que “deriva de violar un deber genérico”²¹⁶. Es así entonces que de lícito, al pasar cierto límite, que generalmente ha de ser su fin social, la buena fe, y que deberá ser apreciado por el juez, este acto puede acarrear un daño que originará responsabilidad civil. Para este criterio entonces el abuso del derecho para ser tal debe lesionar un interés que no se encuentra amparado por ninguna norma jurídica. Este interés puede ser el genérico deber jurídico de respetar los derechos de terceros

²¹⁴ “La experiencia ha demostrado a través de la historia que la creación de normas sancionatorias no evita que se cometan conductas no deseadas por el Derecho. Y ello es así porque paralelamente a la sanción, es necesaria una toma de conciencia que acompañe el intento de moralizar...” J. BILEGIO, “Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal” en la obra *Abuso Procesal* Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 24.

²¹⁵ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del Derecho*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1992. p. 5.

²¹⁶ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 94

y de la sociedad, y adicionalmente que existe el deber de que el derecho cumpla con su función social, es decir que sea en efecto Derecho, esto es, con dirección al camino para el cual fue creado, o para el cual existe. Así, el abuso del derecho para esta concepción es de hecho un ilícito pero sui generis, pues empieza a raíz del ejercicio de un derecho, pero que fue mal usado o desviado y que ha causado daño que genera la obligación de reparar o indemnizar.

Diferencia con los Delitos

Ya que se está hablando del terreno de la ilicitud, específicamente hablando del dolo y la culpa, hay que hacer ciertas precisiones, y más claro, ciertas aclaraciones y diferenciaciones de este ilícito (abuso del derecho) con respecto de otros ilícitos como el delito o el cuasi delito. Con respecto a este tema, Condorelli dice algo que es pertinente citar: “Es difícil asir la médula de la institución del abuso de los derechos porque si bien en la teoría quizá podamos aislar al abuso de la mala fe, o de las buenas costumbres, o del actuar malicioso o temerario, en definitiva son todos parientes, porque responden a idénticas finalidades.”²¹⁷ Así, desde este enfoque los actos abusivos no son más que auténticos delitos y cuasi delitos.²¹⁸ No resulta del todo despreciable esta confusión, pues en ciertos casos se puede decir que, un ejercicio de un derecho puede ser abusivo, pero llegado a cierto punto, se puede invadir ya el campo penal. Piénsese en el ejemplo de que una persona hace una denuncia o acusación sin fundamento, con el sólo propósito de dañar el buen nombre o credibilidad de la otra persona y que es calificada de maliciosa que ya está establecida en el artículo 494 del Código Penal, que establece:

Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, los que hubieren propuesto un acusación judicial o hecho denuncia, que no hubiesen sido probadas durante el juicio.

Puede darse también que una persona en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, se exceda o lo use mal, y así puede estar tipificándose como delito de injuria no calumniosa. Así, el artículo 486 Código Penal dice que

²¹⁷ E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso*, Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 22

²¹⁸ Cfr. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del Derecho*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1992 p. 5.

La injuria es no Calumniosa cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra, o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.

Piénsese también el ejemplo del caso de un acreedor al que no le han cubierto su crédito. Este acreedor al no poder cobrar la deuda, decide imputar o culpar al deudor de un delito de estafa que no se ha dado. Se aprecia en este caso, que el acreedor no denuncia la estafa fundadamente y con objeto de recuperar lo que ha perdido y sancionar al infractor, sino busca únicamente causar daño a quien no ha podido pagar su deuda, y que no puede ir a prisión por deudas²¹⁹. Esto se tipificaría como delito de injuria calumniosa establecida en el artículo 489 del Código Penal el cuál reza como sigue:

La injuria es: Calumniosa cuando consiste en la falsa imputación de un delito

El artículo 296 del Código Penal, bajo el Capítulo de los Delitos Contra la Actividad Judicial dispone así mismo una sanción específica para una conducta similar a la antes aludida. Así este dispone que:

Todo aquel que en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, o antes de un procedimiento penal, o durante él, a fin de inducir a engaño al juez, cambie artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas, y si el hecho no constituye otra infracción penada más gravemente por este Código, será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Así, mal puede llegar a confundirse el abuso del derecho con el delito penal dada su ilicitud, pues hay que tomar en cuenta que el abuso del derecho es una institución autónoma que implica responsabilidad de índole civil y no penal. Adicionalmente la conducta que puede parecer abusiva en realidad ya se adecua al tipo penal, con lo cual, se abandona el campo del abuso del derecho y ya se entra en el campo delictual penal en que ya hay la sanción correspondiente y específica para el infractor tal como lo establece el Código Sancionador.

Es entonces que si bien tanto el abuso del derecho como los delitos penales tienen en común la ilicitud, y si bien una conducta que en un comienzo parece abusiva y desemboca ya en la adecuación a un tipo penal, no podemos hablar que abuso del derecho y delito

²¹⁹ El artículo 66 # 29 literal c) de la Constitución Política dispone que los derechos de libertad también incluyen que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas...

pueden ser lo mismo. Y es que cuando uno, abusa de su derecho, sea cual sea la hipótesis, y dicho ejercicio ya es tipificado como delito penal, ya no se puede hablar de abuso del derecho, pues este busca precisamente amparar aquellas situaciones en que no existe cobertura legal específica alguna. Es obvio entonces que para todas esas conductas que ya están descritas como tipo penal en la legislación punitiva, no pueden configurarse como abuso del derecho pues ya existe dicha legislación que se encarga al respecto.

Diferencia con Cuasidelitos

Por otro lado, pueden despertarse las sospechas de que el Abuso del Derecho al ser un ilícito que no es un delito, y al ser fuente de responsabilidad civil, se estaría hablando nada más que de los cuasi delitos. Para rebatir lo dicho, hay que argumentar que el cuasi delito no supone existencia previa de una obligación o si quiera de una relación jurídica concreta, es decir es fuente de obligaciones pero no habiendo una obligación previa, mientras tanto que el abuso del derecho si puede generarse en base a una relación previa existente. Adicionalmente, para abusar de un derecho hay que ser titular del mismo, pues uno no puede usar (sea esto abusar) de más derechos de los que tiene, mientras tanto que para cometer un cuasi delito, no se requiere ser titular de un derecho. Claro es el ejemplo de alguien que deja caer una maceta sobre la cabeza de otra persona. Entre las dos personas no había una relación jurídica, no había una obligación, y lo que es más, quien dañó no estaba ejerciendo derecho alguno. Punto en el cual encontramos entonces un distanciamiento entre ambas figuras. Otro punto que hay que tomar en consideración es el hecho de que los cuasi delitos suponen culpa, es decir suponen que sí hubo un obrar imprudente, descuidado, negligente o inobservante. Dijimos en cambio que se sostiene que para el abuso del derecho no se necesita necesariamente culpa en el actuar del sujeto, sino que puede haber abuso del derecho por la simple producción de un daño.

Diferencia con Responsabilidad Extracontractual

Pero así mismo como el abuso del derecho como generador de responsabilidad, puede ser confundido con el cuasi delito como ya vimos, así mismo se puede llegar a confundirse o asimilar al abuso del derecho con la culpa Aquiliana²²⁰ o extracontractual. Y es

²²⁰ “Culpa Aquilana: Está fuera de discusión el origen romano del *distingo*: para la responsabilidad contractual, la Ley de las XII Tablas, y para la extracontractual la *Lex Aquilia*” MOSSET ITURRASPE, JORGE.

que, a la responsabilidad por culpa que se genera a partir de los cuasidelitos establecidos en el Código Civil, por suponer una ausencia de obligación o de vínculo jurídico directo, o más claramente, al suponer ausencia de un contrato, se la llama entonces responsabilidad extra contractual. Sin embargo de ello, hay que decir que la responsabilidad por abuso del derecho se origina a partir del ejercicio de un derecho mientras que la responsabilidad extracontractual no supone necesariamente ejercitar derecho o facultad alguna; “esto marca identidad genética pues el daño que se produce con el abuso de derecho no sería ni contractual ni extracontractual sino que se deriva del ejercicio abusivo o excesivo”²²¹. Del mismo modo, Rodríguez Grez, al hablar de las características del abuso del derecho, descarta aquel planteamiento según el que el abuso del derecho es solo una manifestación singular de la responsabilidad extracontractual.²²² Pero así como no es lo mismo que responsabilidad extracontractual, tampoco se trata de una responsabilidad contractual, pues si bien se pueden dar conductas abusivas dentro de un contrato, lo cual también daría lugar a responsabilidad, el abuso del derecho no se da necesariamente dentro de un contrato, piénsese el caso de abuso del derecho a la jurisdicción, o manchar al reputación de alguien por el ejercicio de la libertad de expresión o de prensa. Al respecto se dice que “si el abuso de derecho es aplicable tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, por lógica cabría destacar que es algo más o algo diferente de la responsabilidad contractual o extracontractual”.²²³ Se puede poner esto de otra manera diciendo que el abuso del derecho, como aquella figura que busca que el derecho sea usado para su fin económico y social, es una conducta que rebasa lo lícito para ser una figura ilícita autónoma que supera la esfera de la responsabilidad, “pues limitarlo a los casos de responsabilidad civil supone parcializar su alcance”²²⁴.

Entendidas así las cosas hay que decir que si bien tanto el delito como el cuasi delito y el abuso del derecho son ilícitos, el abuso se diferencia de los otros porque no está tipificado

MIGUEL A. PIEDECASAS. Directores. *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil*. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires 2002 p. 284

²²¹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 73

²²² Cfr. P. RODRÍGUEZ GREZ. *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*. Editorial Jurídica Chile. Santiago de Chile, 1997. p 7.

²²³ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 72

²²⁴ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 74

tal como sí lo están los delitos penales, pues el abuso del derecho es un ilícito atípico que supone como ya se verá, transgredir principios jurídicos. El abuso del derecho tampoco supone necesariamente culpa o ausencia de obligación como en el caso de los cuasidelitos. El abuso del derecho tiene origen lícito al ejercitarse un derecho, pero deviene posteriormente por diversos factores en ilícito mientras que los otros dos ilícitos suponen una ausencia de derecho razón por la cual volvemos a sostener que el abuso del derecho es una figura ilícita autónoma y distinta de los delitos y cuasi delitos. Así, se dice que en la doctrina contemporánea se advierte una tendencia de hacer de la teoría del abuso del derecho, uno de los fundamentos básicos de la ciencia jurídica actual, ya que rebasa el campo limitado de la responsabilidad y alcanza los conceptos más generales del derecho.²²⁵ Y es que, no hay como dejar de lado que esta institución del abuso del derecho es un valioso instrumento para poner coto al ejercicio abusivo de los derechos subjetivos atribuidos por el ordenamiento jurídico a los titulares.

Diferencia entre Abuso del Derecho y Principio de la Buena fe

Dijimos que el Abuso del Derecho encuentra tanto sus bases, como sus límites en la buena fe, es decir en aquél Principio General de Derecho que supone un proceder correcto, leal, honesto, una conducta de un hombre prudente en todo tipo de relaciones en las que intervenga, o en otras palabras, que todas las actuaciones del sujeto sean bien intencionadas y diligentes. Se dice incluso que la buena fe y el abuso son parientes ya que responden a idénticas finalidades o muy similares.²²⁶ En atención a esto, hay que sostener que el Derecho parte desde y hacia estos principios, es decir, encuentra sus bases u orígenes y a también su destino u objetivo, en estos Principios. A la inversa, una actitud de mala fe en ejercicio de los derechos o prerrogativas jurídicas va en contra de lo que estos principios consagran y buscan, es decir atenta contra ellos y vulneran el sentido del Derecho en sí.

Así, una vez que se ha llegado a este tema, es pertinente resolver la siguiente pregunta que sin duda alguna ha de despertar inquietudes para algunas personas. Esto es, ¿Qué diferencia habría entre el abuso del derecho y la mala fe? De otro modo, ¿para qué la

²²⁵ Cfr. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del Derecho*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1992. p. 4.

²²⁶ Cfr. E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso*, Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 22

existencia del Abuso del Derecho si es que ya existe el Principio de la Buena fe rectora de las actuaciones jurídicas?

González Pérez trae un criterio para responder la interrogante, y dice:

La diferencia parece radicar en que mientras los límites en el ejercicio del derecho cuya infracción determina el abuso del derecho son límites derivados de la conciencia social de una época (son límites objetivos a las facultades que integran el contenido del derecho impuesto por las costumbres y apreciaciones de la época), los límites derivados del principio general de la buena fe son límites que provienen de la que debe ser conducta normal, recta y honesta respecto de las personas con las que se está en relación. Es el criterio de reciprocidad el que aparece como nota diferenciadora de la buena fe.²²⁷

Sin embargo no nos parece del todo clara esta diferenciación, por lo que si perjuicio de este criterio, acudimos a otro que parece ser más claro para aclarar estos conceptos.

Así, hay que tomar en cuenta que el principio de la buena fe, o su contrario de la mala fe, tiene varios ámbitos de aplicación. Se puede encontrar que hay mala fe en conductas como el fraude a la ley, en la desviación del poder, se encuentra que puede haber buena o mala fe en relaciones de ámbito civil como en la celebración de un contrato o convención, su desarrollo, cumplimiento y ejecución y así mismo este principio está presente en otras figuras jurídicas como en el caso de algunos delitos como el de estafa por poner un ejemplo. Se puede apreciar que no en todas estas figuras y ámbitos que hemos encontrado presente el principio de la buena fe, de por sí se requiere indispensablemente el ejercicio de un derecho, como sería el caso de un delito, lo cual es necesario para la configuración del Abuso del Derecho. Así por ejemplo en el cometimiento de un delito de estafa, hay un ilícito que atenta entre otros, contra la buena fe, pero este no se origina en un derecho subjetivo, pues nadie tiene derecho a estafar. Es así que vemos una primera distinción, pues si bien ambos conceptos son relacionados, la buena fe tiene ámbitos de aplicación que no necesariamente implican ejercicio de un derecho, cuestión que es inherente para que se configure el abuso del derecho. Al respecto Ordoqui dice que el Abuso del Derecho “no deja de ser un principio general que se obtiene por remisión de otros como el de buena fe, pero no deja por

²²⁷ J. GONZÁLES PÉREZ. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en *El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal* Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006 p. 330

ello de ser en sí mismo un principio con autonomía de contenido”.²²⁸ Adicionalmente, el abuso del derecho, aunque en su mayoría se produce por actuaciones de mala fe, no requiere necesariamente esta, pues como ya se vio, de acuerdo a algunos puede producirse una conducta en la que no se atentó contra la buena fe, pero que en todo caso sí causó un daño, razón por la cual ya hay abuso de un derecho/ facultad. Piénsese del traído caso²²⁹ de que una persona cabe en su propiedad un pozo más grande y profundo del que tenía, con el objetivo de tener más agua y poder empezar así un sistema de riego de plantaciones. En el ejemplo dado, quien hace el pozo más profundo para sus plantaciones no actúa de mala fe, sin embargo, el hecho de él poder empezar a tener sistema de riego, significa la sequía del lago de la casa de su vecino, y su consiguiente efecto de producir la muerte de plantas, pescados y otros animales. Es entonces que en este caso, la buena fe no es determinante, pues no se atenta contra ella, sin embargo sí existe un daño. De este modo, si es que se requiriera necesariamente atentar contra la buena fe, el que ha sufrido tremendo daño no tendría amparo alguno. Así las cosas, siendo que el abusar del derecho, figura que humaniza el derecho²³⁰, por lo general atenta contra la buena fe, podríamos decir en negativo, que el Abuso del Derecho es un principio general del derecho, que prohíbe abusar del ejercicio de un derecho. Un criterio similar al expuesto estima que “mientras la buena fe impone un deber positivo al señalar una forma de conducta a seguir, el abuso de derecho en cambio contempla la conducta desde el punto de vista negativo al imponer una sanción en sentido genérico”²³¹.

Con este tema concluimos entonces diciendo que en efecto el abuso y la buena fe son conceptos relacionados, sin perjuicio de lo cual, el abuso del derecho es una figura autónoma, con características propias como el originarse en el ejercicio de un derecho subjetivo, que debido a su importancia, llega a ser ya un Principio Universal de Derecho autónomo y aplicable a todas las ramas del Derecho.

²²⁸ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 52

²²⁹ Cfr. R. ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto. Obligaciones Volumen II. Séptima Edición*. Ed. Porrúa. México 1998. p. 203

²³⁰ Cfr. A. ALTERINI. *Derecho Privado. Introducción al Derecho civil y Derecho Comercial. Tercera Edición*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995. p. 41

²³¹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 67

Diferencia de Abuso del Derecho y Fraude a la Ley

El abuso del derecho, al igual que el fraude a la ley, son ambas figuras ilícitas. Son especies dentro del mismo género se puede decir. Sin embargo de esta caracterización similar, y de otros rasgos que los pueden aproximar, cada una de estas figuras es autónoma, independiente, diferente y con características propias, por lo que no se las puede tratar como sinónimos. Así, corresponde hacer analizar las diferencias que al respecto se destacan.

Primero que nada cabe decirse que abuso y fraude son ambos mal uso, sin embargo, el fraude implica un engaño, una burla. Se dice que la conducta fraudulenta implica necesariamente un “ardid o engaño cuyo propósito es frustrar la aplicación de la ley en un supuesto concreto”²³². Mientras tanto, el abuso no supone necesariamente engaño o hacer trampa, sino que supone más un exceso, extralimitación o desviación del fin en el ejercicio de un derecho. Se dice también que en el fraude “las reglas pueden verse como formando un todo coherente con principios que las justifican (o las normas de cobertura)²³³... pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto”.²³⁴

De lo expuesto se desprende algo que ya salió a flote en reiteradas ocasiones. En el abuso del derecho es necesario que se esté en el ejercicio de un derecho mientras que en el fraude a la ley tal requisito no es indispensable. Al respecto Ordoqui trae un criterio que lo consideramos del todo aceptable, el cual dice que “el abuso de derecho refiere a un derecho subjetivo que se practica de manera irregular mientras que, en el fraude a la ley, es un derecho objetivo el que se aplica incorrectamente, al tiempo que se pretende evadir su aplicación, intentado acogerse aun precepto para evadir otro”²³⁵. Es entonces que desde este punto de vista en el abuso de derecho hay exceso por mal uso o mal ejercicio del derecho subjetivo desviándolo o excediendo su fin causando así un daño. En el fraude a la ley hay mal uso del derecho objetivo que es en este caso la norma aplicable, buscando su transgresión al amparo de otras diferentes que son también llamadas las normas de

²³² A. SOLS LUCÍA. *El Fraude a la Ley*, Bosch, Barcelona, 1989 p. 20

²³³ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 69

²³⁴ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 74

²³⁵ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 103

cobertura.²³⁶ Al respecto se dice que “sólo habría fraude a la ley cuando se intente eludir el cumplimiento de lo dispuesto en un precepto de carácter necesario mediante la invocación de un precepto jurídico aparentemente aplicable a los hechos”²³⁷. Atienza trae al respecto una diferencia esencial que es asimilable a la anterior pero desde otro punto de vista. Dice que “el abuso es relativo a acciones que constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo mientras que el fraude es relativo a acciones que suponen casos de uso de un poder normativo”²³⁸.

Existen por otro lado, criterios que encuentran la diferencia entre abuso del derecho y fraude a la ley de acuerdo a los intereses que puedan vulnerar o que vulneren. De este modo, hay quienes sostienen que

“para diferenciar el abuso del derecho del fraude a la ley hay que hacer referencia a los intereses que se lesionan por una y otra parte; así, se afirma que mientras el abuso del derecho lesionar intereses privados o particulares, el fraude a la ley lesiona intereses sociales. Así mismo podríamos afirmar que estamos frente a abuso cuando se produzca una violación inmediata del interés ajeno; fraude en cambio si se ocasiona la violación de otras normas legales en perjuicio del Estado ya que el fraude no es otra cosa que el artificio por el cual un particular busca sustraerse de una obligación legal para alcanzar un resultado prohibido por la ley.”²³⁹

Incluso podría desprenderse la existencia del fraude a la ley llega en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo por lo que dispone el artículo 17 de la Ley de Compañías, sino también se lo podría recoger en los delitos contra la fe pública y hasta como engaño a la justicia que constan en el Código Punitivo.

Desde la perspectiva de la argumentación con principios, se pueden evidenciar así mismo diferencias entre el fraude a la ley y el abuso del derecho. Así, tal como se dijo, es necesario tener en cuenta que el Derecho está compuesto por dos niveles, el de reglas y el de los principios, con esto, Atienza dice que “los actos en fraude de ley están permitidos *prima facie* por una regla, pero resulta, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como

²³⁶ “Fraude a la ley es cuando se celebra un acto formalmente lícito realizado al amparo de una norma vigente (ley de cobertura) pero con la intención de obtener un resultado práctico análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (ley defraudada).” B. PÉREZ. *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 286

²³⁷ M. MEZQUITA GARCÍA GRANERO. *El Fraude de Ley en la Jurisprudencia*, Editorial Aranzadi S. A. Navarra, 2004. p. 15

²³⁸ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 86

²³⁹ E. ROMERO JOUVIN. *El Abuso del Derecho*. Edino. Guayaquil 1993 p. 86

consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión”.²⁴⁰

Diferencia con las Doctrinas de los Actos Propios

La Doctrina de los actos propios, o *venire contra factum proprium*, “es una derivación inmediata del principio general de la buena fe”²⁴¹. Lo que propugna esta doctrina o figura, es, al decir de Maurino que: “no puede admitirse que un litigante pretenda fundamentar su accionar con el aporte de hechos y razones de derecho que contravengan sus propios actos; que asuma una actitud que lo venga a colocar en contraposición a su anterior proceder”.²⁴² Lo que en últimas, y a breves rasgos nos dice esto, es que una parte/ una persona no puede asumir o tomar un comportamiento contradictorio o inconsecuente en relación a otro comportamiento que fue “jurídicamente vinculante”²⁴³, pues si así lo hace, ello constituiría una violación o falta al Principio General del Derecho de la Buena fe y se puede agregar que a la Lealtad Procesal. En otras palabras, esta figura se da cuando la conducta del litigante contradice cronológica o lógicamente a otra anterior asumida en el juicio, esta conducta puede ser dentro de la misma relación o situación jurídica.²⁴⁴ Es así, que en esta figura, se llega a sancionar a aquella persona que con su accionar contradictorio, muestra una mala actitud, mal comportamiento y hasta malas intenciones, razón por la cual se atenta contra la buena fe. Es en este punto en el que el Abuso del Derecho y esta doctrina coinciden. Sin embargo, existen varios puntos que los diferencian. Así, vimos que de acuerdo a un criterio funcionalista, para la configuración del abuso del derecho, no se toma en cuenta la intención del agente, es decir no se mira si se vulneró la buena fe, sino se mira únicamente la existencia de un daño causado. Lógico es entonces decir que de acuerdo a este punto vista, no es necesario atentar la buena fe para que se produzca abuso, lo cual sí se evidencia necesariamente en la Doctrina de los Actos Propios, punto en el cual encuentran diferencias.

Otra diferencia, es el hecho de que la Doctrina de los actos propios, para que el presupuesto de la sanción se configure, es necesario que se evidencie una actitud o

²⁴⁰ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 67

²⁴¹ A. MAURINO. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p. 109

²⁴² *Ibidem*

²⁴³ *Ibidem*

²⁴⁴ Cfr. A. MAURINO. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Op. Cit. p. 109

comportamiento inconsecuente o contradictorio en el marco del mismo juicio, relación o situación jurídica. Al ser la actitud inconsecuente, lógico es decir que para merecer tal calificativo, necesita otro acto o conducta con la cual compararse. En el abuso del derecho, no se necesita dicha comparación, pues analizando el acto o conducta aisladamente, se podrá hacer el análisis del comportamiento abusivo. En pocas palabras, podemos decir que se diferencian porque la una es actuar abusivamente, la otra inconsecuentemente. Podríamos incluso sostener, que en el Abuso del Derecho no se es inconsecuente con una conducta adoptada anteriormente, sino se es inconsecuente con la finalidad que pretendía o buscaba la norma. En fin, si bien puede haber puntos conectados entre ambas figuras, se han indicado ya las diferencias que claramente indican la autonomía de cada figura entre sí.

Diferencia entre Abuso de Derecho y Causa Ilícita

Hemos dicho que el ejercicio de un derecho o facultad, puede ser calificado de abusivo o no, dependiendo de si es que el interés que persigue o motivo que inspira su actuar es justo o digno de tutela jurídica o no. Es así que esto nos ha de llevar, aunque sea sucintamente, a buscar las semejanzas y diferencias que puede haber entre el Abuso del Derecho y la Causa Lícita que es exigida para que una declaración de voluntad obligue a una persona al tenor del artículo 1461 del Código Civil. Es así que hay que tomar en cuenta que este artículo está ubicado en el libro de las obligaciones y los contratos del Código Civil, y la causa entra a ser un requisito para que surta efectos una convención jurídica o un acto con el cual la persona busque consecuencias jurídicas como por ejemplo el acto jurídico de comprar una casa o arrendar un departamento. Encontramos entonces que la causa es requisito para una relación jurídica concreta y que dicha relación sea creada deliberada o intencionalmente por una declaración de voluntad. El abuso del derecho por su parte si bien requiere que no haya un interés digno de protección jurídica, no hay que confundirlo con que haya causa ilegítima, pues la conducta abusiva puede distinguirse de la causa en el hecho de que la conducta para ser abusiva no requiere que se esté en una relación jurídica existente mediante un vínculo jurídico como un contrato o convención, que de suyo exigen causa lícita para su validez. Así por ejemplo se ha encontrado que se puede establecer la abusividad de una conducta sin que medie un acto o negocio jurídico de por medio, sino que por ejemplo sea abuse del derecho por una expresión vertida en espacio público fuera de todo tipo de relación. Es decir, se encuentra que el abuso del derecho se aleja de la causa en el hecho de

que dicho comportamiento más que no tener causa lícita, es un comportamiento que rompe con el deber jurídico de abstención, de no dañar o de respetar los derechos e intereses de otros. Otro factor a destacar es el hecho de que si bien puede coincidir que una causa ilícita devenga en conducta abusiva, no hay que confundirla. Puede ocurrir pues que se celebre un negocio que tenga causa lícita, pero que sin embargo dicho negocio causó un daño injustamente. Es así, que si bien hay causa lícita en determinado negocio, con lo que el acto será válido, el acto a pesar de esto podrá ser calificado de abusivo por el daño que éste causó. Podemos agregar, que existen los llamados negocios jurídicos incausados o abstractos, los cuales “prescinden de causa, como en las obligaciones transmisibles por vía de endoso”²⁴⁵ razón por la cual si es que se confundiría causa ilícita con abuso del derecho, no habría abuso del derecho en este tipo de negocios, lo cual es restarle capacidad a la figura en cuestión.

Diferencia entre Simulación y Abuso del Derecho

Simulación es también ficción, imitación, disimulación, hipocresía, su origen en latín *simul* y *actio* son palabras que indican alteración de la verdad; ya que su objeto consiste en engañar acerca de la verdadera realidad de un acto.²⁴⁶ Simular es entonces, cubrir o tapar un acto jurídico, con la apariencia y nombre de otro negocio distinto. Así, hay una voluntad real escondida tras el negocio simulado que tiene una voluntad aparente o falsa. Se dice al respecto que esta teoría de los actos emulados, es uno de los antecedentes más claros a lo que es el abuso del derecho y en la actualidad conforma una de las formas de abuso de derecho²⁴⁷. Encontramos que es cierto que en un determinado negocio simulado, como por ejemplo hacer una donación, dependiendo de las circunstancias, puede llegar a ser un acto abusivo. Y es que, en efecto, una persona al donar, está ejerciendo su derecho a celebrar negocios jurídicos, y si es que se encuentra que tras dicha donación hay verdaderamente una compraventa, desviando dicho derecho para el fin, ya que se lo hace para sustraer bienes de la sociedad conyugal por ejemplo, se puede decir que hay abuso del derecho. Sin perjuicio de lo dicho, hay que diferenciar a las figuras en cuestión, pues si bien tienen similitudes, cada una tiene su particularidad que la diferenciará de la otra. Así, encontramos que en el negocio

²⁴⁵ J. GARIBOTTO. *Teoría General del Acto Jurídico*. Depalma. Buenos Aires, 1991 p. 101

²⁴⁶ G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. “Simulación” en *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003 p. 366

²⁴⁷ Cfr. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Op. Cit. p. 34

simulado, la verdadera voluntad de las partes, es distinta a la que se ha expresado en el negocio jurídico, es decir, las partes no querían realmente aquello que aparentaban con sus actos. Por su parte, en el abuso del derecho, la voluntad de las partes es generalmente conforme a aquella declarada. Piénsese por ejemplo el abuso del derecho a la jurisdicción. En este, no se está aparentando nada, ni encubriendo o disimulando ninguna actuación de relevancia jurídica, pues la voluntad del agente es en efecto ejercer dicho derecho, y eso mismo es lo que se aprecia y nos damos cuenta los terceros. Distinto es que el ejercicio de dicho derecho no sea conforme a lo que la norma preveía para dicho ejercicio. Hay que decir adicionalmente que en la simulación hay la necesariamente la intención de ocultar un negocio, pues si no hubiera dicha intención podríamos estar hablando de otra figura como el error. Mientras tanto que en el abuso del derecho, no es necesario el elemento subjetivo o la intención del actor, pues se ha visto que se puede configurar abuso sin dicha intención y que bastaría la producción de un daño injusto. Es entonces, que si bien encontramos que una conducta abusiva puede ser a su vez simulación dependiendo de las circunstancias, sí se encuentra por su parte diferencias contundentes que hacen que valga la pena la diferenciación entre ambas figuras.

Tratamiento del Abuso del Derecho en la Legislación Ecuatoriana

La Teoría del Abuso del Derecho, a pesar de los cuestionamientos, críticas y objeciones que ha tenido, ha logrado tener aceptación general en la doctrina, también diversos ordenamientos jurídicos positivos han ido incorporando esta institución y así mismo la jurisprudencia ha ido puliendo o desarrollando esta figura. Se dice al respecto que “las imprecisiones y dudas que aún subsisten en torno a la naturaleza y a los criterios para su determinación no han impedido que se constituya un principio general admitido en el derecho actual y, por ende, de común aplicación jurisprudencial.”²⁴⁸ Es plausible este criterio, pues como ya vimos, esta institución plantea límites imperativos para el ejercicio de los derechos o facultades, institución sin la cual se producirían situaciones injustas que el Derecho no puede tipificar o legislar, pero que sí puede preveer a través de Principios Generales del Derecho como el de la buena fe o el del abuso del derecho. Es entonces que

²⁴⁸ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del Derecho*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1992. p. 1.

algunos ordenamientos jurídicos ya han aceptado esta teoría positivizándola y plasmándola en los cuerpos legales tal como se lo hizo en Argentina o en España,²⁴⁹ entre otros.²⁵⁰

Normas que contienen al Abuso del Derecho Directamente

Nuestro ordenamiento jurídico, adaptándose en algo a las exigencias modernas de la sociedad jurídica, ha ido incorporando en sus normas positivas, disposiciones que establecen ya directamente la figura del Abuso del Derecho. Así, el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial establece en el numeral 13 que:

Es facultad de los jueces el rechazar peticiones, pretensiones, reconvencciones... con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley, o con notorio propósito de retardar la resolución o su ejecución.

El artículo 160 del mismo Código, establece que si se presentan varias demandas con identidad subjetiva, objetiva y de causa, las demandas que no hayan sido sorteadas en primer lugar carecerán de valor y además se sancionará al abogado que haya actuado incorrectamente por constituir inducción al abuso procesal. De la misma manera, el artículo 335 del mismo Código Orgánico de la Función Judicial establece en el numeral nueve que:

Es prohibido a los abogados en el patrocinio de las causas, ejercer el derecho de acción o contradicción de manera abusiva, maliciosa o temeraria, violar el principio de buena fe y lealtad.

El artículo 12 del mismo cuerpo legal dispone:

El juez o la jueza deberán calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Continúa el referido artículo diciendo que quien litigue de forma abusiva, maliciosa o temeraria será condenado, además, a pagar al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa.

²⁴⁹ “Por ejemplo, el Código Civil de España artículo 7 establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. El C.C. de Argentina dispone que 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 los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 37

²⁵⁰ El artículo 107 del Código Civil de Bolivia “declara: abuso del derecho. El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho” L. PARRAGUEZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Volumen I. Derechos Reales*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 2005 p. 125

De este artículo ya tenemos la existencia concreta del abuso del derecho refiriéndose sin embargo exclusivamente a un tipo de abuso, a un abuso de un derecho en específico, al abuso del derecho al proceso o en el proceso. Se asocia a la conducta abusiva con la malicia y temeridad, lo cual es lógico y no desentona con lo que dispone la regulación penal, pues ambos casos (malicia y temeridad), están sujetos a la sanción de pagar las costas y las indemnizaciones que correspondieren, pero si es que se califica de maliciosa, adicionalmente, este abuso de derecho, se convertiría ya en un ilícito tipificado como delito, abandonando ya el ámbito de abuso del derecho para meterse específicamente en la tipificación del delito de injuria que pertenece al campo de lo penal. De esta misma manera, el artículo 26 del mismo Código Orgánico de la Función Judicial, plasma el abuso del derecho como una realidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, este artículo que es sobre el principio de buena fe y lealtad procesal, dispone que:

Se debe siempre actuar de buena fe y con lealtad, y que sancionará especialmente, la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, empleo de artimañas, y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

El artículo 23 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece también al abuso del derecho. Determina este que:

La jueza o juez podrá disponer de sus facultades correctivas y coercitivas, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, a quien, abusando del derecho, interponga varias acciones en forma simultánea o sucesiva por el mismo acto u omisión, por violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas.

Cabe decirse que aquí el derecho que se habla que ha sido abusado es así mismo el derecho de acción o de acceso a la jurisdicción.

Normas que lo contienen Indirectamente

Existen adicionalmente, normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que se puede sostener que contienen indirectamente, si se quiere, a la figura del Abuso del Derecho. Así, Romero Jouvin hace una interpretación social del artículo que define el derecho de dominio y concluye que la teoría en cuestión estaría tácitamente consagrada en el Código

Civil.²⁵¹ Al respecto, el antiguo artículo 622 del CC establecía que el dominio es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno. El actual artículo 599 del Código Civil da así mismo una definición de lo que es dominio, pero ahora del concepto fue retirada la palabra “arbitrariamente”²⁵², con lo cual ya se evidencia claramente que no se quiere que éste derecho sea ilimitado y pueda ser abusivo, sino que tendrá que ser ejercido de manera correcta o prudente. En consecuencia, “el criterio predominante para establecer la existencia del abuso del derecho en la legislación ecuatoriana sería el criterio finalista, de la mano con la teoría de la relatividad de los derechos, puesto que, en lo que tiene relación con el derecho de propiedad, éste está limitado por el derecho ajeno individual o social”.²⁵³ Así las cosas, se evidencia que el propio artículo que consagra el derecho real por excelencia, la propiedad, no permite más que se use arbitrariamente la cosa, y expresa claramente que las facultades que este derecho consagra, esto es el gozar y disponer de ella, no deben ir contra la ley o el derecho ajeno. Se evidencia que el derecho de la propiedad, como todos los derechos, puede ser abusado, razón por la que tiene límites, entre otros, el ya analizado deber genérico de respetar y no dañar injustamente los intereses o derechos de los demás.

Como ya hemos visto, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya consagra en su legislación el abuso del derecho. Adicionalmente, este principio del abuso del derecho, al ser tal, se encuentra ya incorporado al ordenamiento jurídico. Adicionalmente está contenido indirectamente a través de instituciones o principios como el de la buena fe, que como ya se señaló, son límites al ejercicio de los derechos subjetivos. Hay otras normas que dan cabido este instituto gracias a su interpretación racional y congruente con el ordenamiento jurídico tal como lo establece el Código Civil en el artículo 18 en su regla cuarta de interpretación²⁵⁴. Es entonces que el artículo del Código Civil que trata sobre la reparación por daño moral sería un ejemplo de cómo a través de esta interpretación, se integra de cierta forma el abuso

²⁵¹ Cfr. E. ROMERO JOUVIN. *El Abuso del Derecho*. Edino, Guayaquil, 1993. p. 83.

²⁵² Código Civil Artículo 599: El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.

²⁵³ E. ROMERO JOUVIN. *El Abuso del Derecho*. Edino, Guayaquil, 1993. p. 83.

²⁵⁴ Esta regla determina que “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. Si el Derecho es en sí para lograr el fin justicia, de raíz no podríamos hablar de armonía en el ordenamiento jurídico si es que éste permite interpretaciones arbitrarias o injustas.

del derecho como institución a nuestro ordenamiento jurídico. Lo aquí dicho además es lo que dispone la propia Constitución, que en su artículo 427 dice que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. Es entonces, que para dar una armonía a la Constitución y al ordenamiento jurídico en general, el cual siempre tiene a la Constitución como rectora, es del todo lógico y congruente el principio de abuso del derecho que sea parte del ordenamiento jurídico, tal como ya lo es. El artículo 2232 del Código Civil en el párrafo tercero dispone: La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización... En atención a esto, y sabiendo que el abuso del derecho es una figura ilícita, a raíz de dicho comportamiento, si es que este causa daño, se podrá pedir la reparación de daños morales. Y es que, abusando del derecho uno causa necesariamente un daño, el cual no siempre será físico o material, sino podrá ser daño moral.

Existen también, disposiciones específicas que también consagran esta conducta de no abusar en general. Es así, que el artículo 375, numeral séptimo de la Constitución, establece que el Estado para garantizar el derecho al hábitat y a la vivienda digna, “asegurará que toda persona tenga derecho a suscribir contratos de arrendamiento a un precio justo y sin abusos”. Es entonces que ya vemos una norma Constitucional que consagra la conducta de no cometer abusos, específicamente en una relación contractual de arrendamiento. Vemos entonces que el Abuso del Derecho como tal ya está consagrado en la legislación ecuatoriana directamente, y también encuentra su cabida en los principios como el de la buena fe o las buenas costumbres por decir algunos. Adicionalmente, por la congruencia que busca y que significa el Derecho en sí, se puede desprender la existencia de esta figura por una interpretación lógica y coordinada de algunas muchas otras normas del ordenamiento jurídico, razón por la cual ya resulta irrefutable la existencia de la figura en cuestión.

Rol que juegan los Principios Generales del Derecho (Teoría de los Principios de Robert Alexy)

Hemos ya hecho una revisión de las normas jurídicas que directa o indirectamente tienen en su contenido la figura del abuso del derecho, o dicho de otro modo, normas que frenan de alguna manera las conductas y ejercicios abusivos de derechos o facultades. Se ha vislumbrado también, que el la figura del Abuso del Derecho, es ya un Principio General de Derecho, aceptado por gran parte de la Doctrina y por la Jurisprudencia. Así mismo, se ha dicho que el Abuso del Derecho como tal ya es un principio del Derecho, y además se ha puesto énfasis en el importante papel que juega otro principio como el de la buena fe, principio general del derecho, como límite para el ejercicio abusivo de los derechos. En atención a lo dicho, el mismo hecho de que el principio de la buena fe entre otros sea un límite del ejercicio abusivo de derechos, quiere decir también que este principio es una base importante y recurrente que puede invocar la víctima del daño injustamente sufrido, contra el actor abusivo. Es así, que nos detendremos a analizar el papel que juegan o pueden jugar en sí los Principios Generales del Derecho dentro de un ordenamiento jurídico, o de una situación jurídica, y que específicamente podrán dar una pauta de cuándo se configura una conducta abusiva. Para esto, sin duda alguna habremos de acudir a lo que dice Robert Alexy con la llamada Teoría de los Principios²⁵⁵, que habla de la estructura de los principios jurídicos.

Para poder explicar la Teoría de los Principios, es necesario primeramente acudir al modelo de Derecho al que se refiere Atienza, sin la cual entender la Teoría de los Principios de Alexy no sería posible. Así, este modelo de Derecho que se propone es compuesto en tres niveles: “el de las reglas, el de los principios y el de los procedimientos”²⁵⁶ Resulta que “...según Alexy... el Derecho, en cuanto sistema de normas, consiste no sólo en reglas, sino también en Principios”²⁵⁷. Sin embargo de lo dicho, para efectos del presente, se tomarán en cuenta únicamente las reglas y los principios como bases para el análisis. En cuanto a esto, el

²⁵⁵ “Una teoría adecuada de las restricciones de los derechos no resulta plausible sin la teoría de los principios.” R. ALEXYY, *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p.107

²⁵⁶ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 176

²⁵⁷ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 174

propio Atienza dice que este modelo no permite alcanzar siempre una “única respuesta correcta para cada caso, pero es el que lleva a un mayor grado de racionalidad práctica y es también el modelo de racionalidad incorporado en el derecho moderno y en particular en el derecho de un Estado Democrático y Constitucional”²⁵⁸.

Habiendo dicho esto, se hará una revisión de lo que son los Principios Generales del Derecho, para luego ver lo el papel que juegan en relación a las reglas.

Principios Generales del Derecho: Normas Jurídicas

Se puede pensar que los principios jurídicos no son normas jurídicas, pues se los toma en general como abstractos y no plasmados en la realidad. Sin embargo, hay que decir, que “los principios jurídicos son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Cuando se dice que nadie puede enriquecerse injustamente, o que nadie puede ejercitar abusivamente sus derechos, o que los pactos han de ser observados, es claro que se están proponiendo modelos de conductas a seguir²⁵⁹”. Así, para que una norma constituya un auténtico principio general del derecho, “basta su arraigo como norma fundamental en la conciencia social”²⁶⁰. Es del todo innegable pues que las conductas de mala fe, y las conductas abusivas, son en general rechazadas por la conciencia social. Atienza dice al respecto que “los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran, y que el ordenamiento jurídico considera, como últimos”²⁶¹. Se puede decir que se parte de ellos y hacia ellos. Resulta difícil comprender cómo se podría iniciar un proyecto (podemos decir una ley o reglamento) sin saber a miras de qué se lo hace (con el objetivo de obtener regulaciones ambientales por ejemplo). Y es que, se entiende que en los principios generales del derecho, se encuentran valores que el ser humano los estima como fundamentales y hacia los cuales debe dirigirse la conducta del hombre canalizada a través del Derecho, el cuál a su vez debe adaptarse a la evolución y los cambios sociales a lo largo del tiempo. Sobre esto, Del Vecchio traído por Sánchez, expresa que los principios generales del derecho “emanan de la razón jurídica natural y representan al mismo tiempo las

²⁵⁸ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 176

²⁵⁹ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.45

²⁶⁰ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.46

²⁶¹ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.21

directrices fundamentales del sistema positivo”²⁶². Podemos ver entonces que al ser los principios los fines u objetivos a los que se pretende llegar con el Derecho, ellos tienen un papel de dirigir el derecho.

Al respecto, Francesco Carnelutti recurrido por el mismo Sánchez, expresa que los principios generales del derecho no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. “Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino; son el espíritu o la esencia de la ley”.²⁶³ Así, para interpretar una determinada disposición, se debe tener en cuenta primeramente que los principios generales son Derecho en sí. Segundo, se debe ver que el propio ordenamiento jurídico contempla una regla de interpretación que obliga a acudir y tener en cuenta a los Principios Generales de Derecho para interpretar y aplicar la ley. La regla séptima del artículo 18 del Código Civil establece que a falta de ley se debe acudir a los principios de derecho universal, entre los cuales, como ya hemos dicho anteriormente, se encuentra el de la buena fe y el de no ejercer abusivamente los derechos.

Dworking, citado por el ya nombrado Sánchez, “con respecto a los principios generales del derecho dice que principio es el patrón que debe ser observado... porque es una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad”²⁶⁴. Acertada también nos parece lo que se dice de los principios de derecho de que “no son leyes, sino que pueden llamarse leyes de leyes, son reglas de orden superior... aunque no estén reducidos a fórmulas oficiales de la ley ni pasen por las solemnidades de una publicación que nadie necesita para conocerlas.”²⁶⁵

Los principios Generales del Derecho son aceptados como fuente de derecho²⁶⁶, y ellos los encontramos en la legislación positiva, en la jurisprudencia, y en la más aceptada

²⁶² R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 36

²⁶³ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 45

²⁶⁴ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 57

²⁶⁵ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 40

²⁶⁶ Los principios generales del derecho son fuente normal y material del derecho, o sea, son un medio a través del cual se expresa el orden jurídico vigente. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 77

doctrina que habla sobre su fundamento, origen, naturaleza y propósito. Para Ricardo Couto, los principios generales del derecho son aquellas máximas del derecho natural, de justicia universal, que están encerradas en el corazón de todos los hombres y que por la verdad que encierran han recibido el nombre de Razón Escrita.²⁶⁷ Por su parte Scaevola, citado por Rafael Sánchez, “conceptúa a los principios generales del derecho como aquellos principios de justicia revelados por la razón y la conciencia que encierran una verdad jurídica universal”²⁶⁸. “Los principios generales del derecho guían y sincronizan toda la maquinaria de la regulación legal de las relaciones sociales, y ante todo extraen las tendencias de clase de un tipo histórico del derecho y su lugar en la evolución social.”²⁶⁹ De acuerdo a este criterio, al cual nos adherimos, los principios generales del derecho son, valga la redundancia, el principio del derecho, su inicio, su fundamento base, lo que le dio origen, son verdaderas normas jurídicas que guían y dirigen el mundo jurídico en un lugar y tiempo determinado y que aún el propio derecho positivo ya los recoge y establece.

Sánchez Vásquez da mucha importancia al papel que desempeñan los principios generales del derecho al decir que “cuando se impone al juez el deber de fallar bajo responsabilidad, es reconocer que no existen lagunas en el ordenamiento jurídico ya que no remite al libre arbitrio judicial la decisión, en defecto de la ley o costumbre, sino que ordena acudir a los principios generales del derecho”²⁷⁰. El autor nombrado refuerza este criterio, al citar a García Máynez que dice lo siguiente:

Cuando existen preceptos que interpretar, valga la redundancia, puede existir la interpretación, pero se dan casos en que en un problema concreto sometido al conocimiento de un juez, no caiga bajo ningún supuesto del ordenamiento positivo, o sea que exista una laguna en la ley la cual debe ser cubierta y los medios para realizarlo los proporciona el propio ordenamiento jurídico... en el que se encuentran los criterios para subsanar tal imprevisión... con los llamados principios generales del derecho, al derecho natural o a la equidad.²⁷¹

²⁶⁷ Cfr. R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Op. Cit. p. 35

²⁶⁸ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 35

²⁶⁹ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 7

²⁷⁰ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p.54

²⁷¹ *Ibíd.*

Esto va de la mano con lo que venimos diciendo que el abuso del derecho, como principio del derecho que es, viene a regular aquellos casos en que no existe ya una regulación para el caso en específico.

Parece entonces que “las lagunas de la ley son una realidad innegable... de ahí que es menester rechazar el dogma positivista de la plenitud necesaria de la legislación escrita”²⁷², pues la ley “se llena con otros medios: analogía, los Principios Generales y las doctrinas mas recibidas”²⁷³. Aceptamos este criterio, pues el propio derecho positivo establece a los principios generales del derecho como parte del derecho, así, el propio ordenamiento establece lo que se debe hacer cuando no existe una base legal concreta para determinado caso y también para aquellos casos en que existen contradicciones. El artículo 2 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone:

Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

4. Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

Es lógico este enunciado, pues al decir que no se puede denegar la administración de justicia por contradicciones, oscuridad o falta de norma jurídica, no es sino aceptar el hecho de que para todos aquellos casos en que no exista disposición legal expresa o específica, se debe atender a los criterios de los principios generales del Derecho para solucionar el caso en específico. Adicionalmente, en la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que las normas se podrán interpretar, cuando fuese necesario, atendiendo a los principios generales del derecho y la equidad y así como con los principios de adaptación.²⁷⁴

De entre las funciones que cumplen los Principios Generales del Derecho en un ordenamiento jurídico, se dice atinadamente que “los principios generales del derecho

²⁷² R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 55

²⁷³ E. VÉSCOVI. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis S.A. Colombia, 1999. p. 15

²⁷⁴ Artículo 3 # 8 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

pueden cumplir diversas funciones, entre otras, creadoras²⁷⁵, interpretativas²⁷⁶, integradoras “pues permite colmar lagunas”²⁷⁷, directivas y limitativas”,²⁷⁸ esta última, la función limitativa, es precisamente la que se propone con el principio general del derecho de la buena fe y del abuso del derecho, pues éstos representan un límite para el derecho, más precisamente, para su ejercicio. Así, cuando las reglas presentan problemas de “indeterminación en su formulación o cuando las reglas existentes parecen estar en conflicto con los principios que las justifica...²⁷⁹” es ahí cuando los principios entran a ser importantes como reguladores de la conducta. Ordoqui trae una función adicional al decir que también son fundadores ya que “destacan los valores que operan como fundamento del sistema”²⁸⁰. “A través de estos principios, operados por la jurisprudencia, se establecen criterios que intervienen para adecuar y completar las normas que regulan el orden jurídico. De esta forma se logra la subsunción del caso concreto al paradigma normativo y se cumple una verdadera función de creación del derecho²⁸¹ como resultado de la interpretación sistemática dentro de lo razonable”.²⁸²

Tenemos entonces que los Principios Generales del Derecho recogen lo que una determinada conciencia social en un momento dado ha establecido como deseable, como valioso, como último, como digno de protección y amparo; son verdaderas normas jurídicas, que no sólo que guían y dirigen el Derecho, sino que también lo fundamentan y sirven “como justificación de las reglas²⁸³. Son verdaderas normas jurídicas que están en el Derecho mismo, ya positivizados en el ordenamiento jurídico y que cumplen relevantes funciones como la de integrar y llenar aquellas situaciones que no han sido recogidas específicamente

²⁷⁵ Pues “proponen nuevas soluciones sin transgredir la norma vigente”. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 76

²⁷⁶ Axúa Reyes, citado por Sánchez, en cuanto a esto dice que “podemos decir que los principios generales del derecho constituyen un factor determinante en la interpretación jurídica, pues la presencia de estos... va a ser... lo que un sistema ha consagrado como finalidad del derecho y que a la vez en su punto de partida y por consecuencia su base interpretativa.” R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p.54

²⁷⁷ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 76

²⁷⁸ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 51

²⁷⁹ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 18

²⁸⁰ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 76

²⁸¹ Aquella de que “*iura novit curia*”, el juez crea Derecho.

²⁸² G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 46

²⁸³ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 18

en una regla de Derecho. Adicionalmente, lo aquí establecido, es decir, el hecho de que los principios generales del derecho son verdaderas normas jurídicas, ha sido así mismo recogido en una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional No. 001- 09- SIC- CC. En esta, la Corte advierte ciertas consideraciones, y así mismo, “expone la división de las normas jurídicas en principios y reglas así como brevemente esboza una definición de cada una de ellas”²⁸⁴. La Corte hace entonces hace “una reflexión sobre la naturaleza de los principios en tanto en cuanto forman o no parte del Derecho y si realmente son normas. La Corte cita al jurista colombiano Diego López Medina”²⁸⁵ quien explica que una postura más contemporánea acepta que el Derecho o el sistema jurídico contiene tanto reglas como principios, y que ambos son prescripciones normativas.²⁸⁶ Es entonces que los Principios Generales del Derecho son verdaderas normas jurídicas.

Teoría de los Principios: Normas Jurídicas: Principios y Reglas

Ahora sí nos adentramos en lo que tiene que ver con la Teoría de Principios Jurídicos y en general con lo que dice Alexy, quien es uno de los máximos expositores, o más claros, con respecto a las características y estructura de los principios. En este punto adicionalmente será más fácil entender a las reglas como normas jurídicas frente a otras normas jurídicas que venimos analizando que son los principios. Atienza acude a Alexy, quien, al igual que Dworking, señalan que “la diferencia entre reglas y principios no es simplemente una diferencia de grado, sino de tipo cualitativo conceptual”²⁸⁷.

Alexy dice entonces que los principios son mandatos de optimización, cuya mayor característica es que pueden ser cumplidos en diferentes grados, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas (estas últimas se determinan por los principios que juegan en sentido contrario). Continúa Alexy diciendo que en cambio,

Las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni

²⁸⁴ J. VINTIMILLA. “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano” en *Iuris Dicitio* Publicación Periódica del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Septiembre 2010 p. 48

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ Cfr. J. VINTIMILLA. “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano” en *Iuris Dicitio* Publicación Periódica del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Septiembre 2010 p. 48

²⁸⁷ M. ATIENZA *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011.p174

menos. De este modo, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Ellas son por tanto mandatos definitivos.²⁸⁸

Así, “los principios cumplen en relación con las normas, tanto una función de explicación como una función de justificación, y que incluso ambos aspectos no pueden separarse del todo”²⁸⁹.

Alexy dice que “los principios son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad, que por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales, y en más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios”²⁹⁰ o de otras reglas. Es entonces que aparecen las normas en sentido de reglas. Son precisamente las normas reglas, las que ayudarán a desarrollar las normas principios. “Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente”²⁹¹. Es decir, la regla dispone o establece de manera precisa lo que se puede hacer en los hechos y en el Derecho a diferencia de los Principios, que establecen pautas a seguir de manera general y amplia y que tratan de ser cumplidos al máximo posible.

Tenemos entonces, una norma jurídica puede ser un principio o una regla²⁹². Un principio es una “máxima norma o guía”²⁹³, y específicamente hablando, principio general del derecho, es un axioma o máximo jurídico, dictado de la razón admitido por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones.²⁹⁴ El legislador, para hacer las reglas jurídicas, ha tenido en cuenta principios superiores que han inspirado la normativa existente. Las reglas jurídicas establecen exactamente lo que son. Por ejemplo, la legislación penal dice qué conducta es exactamente un delito, en el ámbito civil la legislación establece

²⁸⁸ *Ibidem*

²⁸⁹ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 188

²⁹⁰ R. ALEXI. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008 p. 249

²⁹¹ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 174

²⁹² “Funciones de los principios generales del derecho Crisafulli dice que son: en la mayor parte de casos, esos principios son obtenidos mediante generalizaciones sucesivas, de las normas particulares, por lo que resulta imposible considerar que cuando llegan a cierto grado de generalidad, cambien de naturaleza es decir dejen de ser normas”. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, RAFAEL *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 48.

²⁹³ G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. “Principio” en *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Argentina 2003. p. 319

²⁹⁴ G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. “Principios Generales del Derecho” en *Diccionario Jurídico Elemental* Editorial Heliasta, Argentina 2003. p.320

taxativamente las causas de nulidad del matrimonio, en la Ley de Compañías las reglas determinan exactamente cómo se conforman los distintos tipos de compañías, etc. Es así, que se sabe lo que dice cada regla. Así se debe cumplir exactamente lo que ellas dispongan, ni más ni menos. En este punto es de merecer la crítica de que hay reglas jurídicas que no son claras ni exactas, sin embargo decimos en cuanto a esto, que es una cuestión más de tarea y técnica legislativa, que concepto en sí de lo que es una regla, cuestión que rebasa el campo a tratar en la presente investigación.

Consideramos que es del todo coherente la exposición de Alexy con respecto a los principios y a las reglas, al decir que aquellos deben ser cumplidos en la mayor medida posible, mientras que las reglas pueden ser solo cumplidas o incumplidas, nada más. Es coherente, pues existen materias o temas que no son sujetas de gradación, como las reglas, a diferencia de los principios, los cuales a diferencia de las reglas, no pueden ser cumplidos o incumplidos y nada más, sino que al ser mandatos de optimización buscan que se logre su mayor cumplimiento posible, dentro de las circunstancias de hecho y de derecho que envuelven el caso.

En otras palabras, los principios buscan ser satisfechos en la mayor medida posible, por lo que no habrá una sola posibilidad de cumplimiento, a diferencia de las reglas que así lo imponen. Así por ejemplo, en un examen académico con preguntas de opción múltiple, en que las posibilidades de respuestas están taxativamente señaladas, la pregunta dice “¿Cuál es la capital de España?”. El alumno X entre sus respuestas escogió la opción B, que era Barcelona. El alumno Y por otro lado escogió la opción C, que decía Ginebra. En este caso, no podemos graduar las respuestas y decir que Y está más equivocado que X, puesto que éste por lo menos escogió una ciudad dentro de España (como lo está Madrid, su capital), mientras que Y escogió una ciudad como Ginebra que está incluso fuera de España. Este supuesto es incorrecto, pues no puede decirse que el uno está más equivocado que el otro, pues sólo hay una única respuesta correcta, y de por sí ambos alumnos están mal y punto. Lo mismo ocurre con una regla, uno se adecua al supuesto de la norma en su plenitud, o no. Es decir, uno acierta en la respuesta, o responde mal, punto. Otro fuera el caso si es que dicho examen académico no fuera de opción múltiple sino de respuestas abiertas. Si es que la pregunta fuera “¿Qué solución sería la más apropiada para solucionar el conflicto Israel-Palestina?”, en este caso, no hay una única respuesta, sino habrá varias posibles, las cuales se

deberán fundamentar y deberán ser consideradas en función de las posibilidades reales, fácticas, económicas, sociales, etc. Así, las respuestas podrán variar, a diferencia de la pregunta anterior, no habrá una única respuesta correcta (Madrid), sino podrán haber varias respuestas, y estar unas mejor que otras, siempre tomando en cuenta los argumentos que se dieron para fundamentarlas. En pocas palabras no habría una única ni definitiva respuesta²⁹⁵ por lo que éstas, sí pueden ser gradados y también satisfechos de distintas maneras.

Es esto lo que sucede con los principios, al igual que en esta última pregunta, se sabe que se tiene que buscar una solución, pero no se sabe cuál es la solución para el caso concreto. Ante un principio no se sabe exactamente qué o cuál será el papel que jugará dicho principio en determinada situación. Atienza acierta entonces al decir que “por eso tiene sentido decir que los principios no determinan (es decir sin la mediación de reglas) una solución”²⁹⁶. Y es que en realidad, no se puede llegar a establecer aisladamente cuál sería el sentido más puro del concepto o del principio de la buena fe por ejemplo, sino que en relación a un caso concreto en que se tendrá en la mira dicho principio, para que dadas las posibilidades y circunstancias, uno se pueda acercar a dicho principio cuanto más sea posible. Así, se mirarán las reglas aplicables al caso concreto, y se verá si es que frente a dicho principio y ante el caso, la regla puede ser aplicable, o si de lo contrario debe no ser aplicada debido a que el principio no lo permite para el caso en particular. Es entonces que lo que precisamente caracteriza a los principios generales del Derecho, es que no tiene referencia concreta a un supuesto de hecho en su aplicación, por esto es que incluso se llaman generales.²⁹⁷.

Podemos sostener entonces, que los principios y las reglas ambos son verdaderas normas jurídicas y que además son correlativos. Es decir, los principios son desarrollados a través de otras reglas, y a su vez, las reglas tienen en su mira a los principios para poder ser aplicadas. Atienza dice que las reglas y los principios son interrelacionados: “la vocación de los principios es dar lugar a las reglas... y las reglas se justifican por su adecuación con los

²⁹⁵ Alexy en cuanto a esto dice que “debe tenerse en cuenta que los principios son lo opuesto a mandatos definitivos”. R. ALEXY. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 114

²⁹⁶ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 20

²⁹⁷ Cfr. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 77

principios”²⁹⁸. Habiendo entonces este tipo de normas, se pueden producir entonces conflictos entre reglas, conflictos entre principios o conflictos entre reglas y principios. Sin embargo de esto, al ser el abuso del derecho un principio general de derecho y al encontrar sólidas bases en otro principio como el de la buena fe, para efectos de la presente, nos interesa únicamente el conflicto entre reglas y principios, y el conflicto entre principios.

Para poner un ejemplo de un choque entre normas reglas y normas principios, podemos poner el caso de una persona jurídica la cual tiene la posibilidad legal de cambiarse de razón social o de denominación, o hasta incluso de especie de compañía (una norma en sentido regla lo permite). Pero si es que se encuentra que el ejercicio de dicha permisión legal ha dañado injustamente a un tercero, por ejemplo en cuanto al cobro de su deuda ya que el cambio de denominación se lo hizo atentando contra la buena fe con fin de evadir acreedores, se hace necesario prohibir el ejercicio de lo establecido en el sistema legal, es decir cambiarse de denominación, ya que de permitirlo, se atentaría contra el principio de la buena fe ya que hay aquella intención de dañar, y se encuentra que mayor daño sale a partir de la permisión que de la prohibición que emerge de dicha conducta. Es entonces que al establecerse esta prohibición, “se logra la subsunción del caso concreto al paradigma normativo y se cumple una verdadera función de creación del derecho como resultado de la interpretación sistemática dentro de lo razonable”²⁹⁹. La forma característica de aplicación de las reglas es, por ello, la subsunción. Garibotto dice que “en el orden de valores en que se funda el sistema jurídico, la seguridad debe ceder ante la equidad, o, en otros términos, es necesario salvaguardar la equidad aun a expensas de cierto debilitamiento de la seguridad del tráfico jurídico ya que el valor seguridad se halla subordinado al valor justicia, que tiene primacía al ordenamiento”³⁰⁰. Es entonces que si es que existe una norma en sentido regla que va en contra de una norma principio, es decir en contra del espíritu de lo que busca el sistema, la regla en el caso concreto no debe ser aplicada, y su justificación se desprende del hecho de que su permisión vulneraría una norma superior como lo es un principio y se podría configurar un abuso del derecho, abuso de una prerrogativa jurídica que una regla faculta. Podemos sostener incluso que dentro del caso concreto, y a la luz de determinado principio, la regla no tiene cabida puesto que es desviada del fin para el cual fue concebida.

²⁹⁸ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006.p. 20

²⁹⁹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 46

³⁰⁰ J. GARIBOTTO. *Teoría General del Acto Jurídico*. Depalma. Buenos Aires, 1991 p. 184

Es decir que en relación al caso y a la luz de determinado principio, la regla no puede ser aplicada debido a que de hacerlo sería ir en contra de su finalidad u objetivo.

Se puede producir también una colisión de principios, en que quien resuelva la controversia deberá establecer una relación de precedencia entre los principios relevantes en cuestión, siempre tomando en consideración las circunstancias que envuelven al caso. Se debe entonces priorizar y ver cuál principio, de los dos que entran en colisión, debe prevalecer sobre el otro. Es decir que debe aplicarse la “consecuencia jurídica prevista por el principio prevaleciente”.³⁰¹ Alexy dice que esto puede generalizarse en una ley de colisión, según la cual las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad. Al tener entonces un conflicto entre principios en los que haya que hacer que prevalezca el principio que tenga mayor prioridad de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, quiere decir que no hay una regla fija que determine que un principio prevalece sobre otro, sino que esta prevalencia es condicionada por las situaciones que se den. Es entonces que si en determinadas situaciones y condiciones se llega a establecer que un principio prevalece sobre otro, dice Alexy que eso es establecer una regla construida con ocasión del caso concreto, y que debe concluirse que el nivel de los principios y el nivel de las reglas de ningún modo están separados. Se dice que “resolver un caso mediante una ponderación significa decidirlo por medio de una regla que se fundamenta teniendo en cuenta los principios que juegan en sentido contrario. En esta medida, los principios son razones necesarias para las reglas”.³⁰² Es entonces que hemos visto que Alexy propone que se debe priorizar y hacer prevalecer un principio sobre otro en el caso de que dos de estos colisionen. La manera en que el autor referido propone hacer esto es mediante el principio de proporcionalidad.³⁰³

Los principios al ser mandatos de optimización, exigen que se realicen al máximo, siempre en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas pero teniendo en cuenta además

³⁰¹ R. ALEXY. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 99

³⁰² R. ALEXY. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 100

³⁰³ Dice Alexy al respecto que “La teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad y éste implica aquélla”. R. ALEXY. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 103

los principios que juegan en sentido contrario, o dicho de otro modo, los principios con los que entrarían a competir o chocar. Y es que, de acuerdo a la idea de Alexy, cuando se ponderan dos cosas, en este caso principios, una cosa va a prevalecer sobre la otra, y por lo tanto ello quiere decir que la que no prevaleció, o de otro modo que se incumplió, razón por la cual es importante ver cuál de los principios tiene más peso dada la ocasión, y si es que la elección de dicho principio ayudará a máxima satisfacción de los principios en general. Para esto, el autor referido formula la siguiente ley de la ponderación:

Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro³⁰⁴.

En otras palabras, palabras mías, se puede decir que cuando choquen principios, y no se pueden satisfacer ambos en su totalidad, no se quiere que se satisfagan dos principios a medias, sino que ya si se va a sacrificar un principio, por lo menos el principio que prevaleció debe ser satisfecho al máximo, en plenitud, lo cual sí justificaría el incumplimiento o apartamiento del otro principio.

Cabe decir que esta ley de ponderación formulada por Alexy es una realidad en nuestro mundo jurídico, pues el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reproduce exactamente dicha fórmula.³⁰⁵ Entonces, una vez que se realice dicha ponderación propuesta, se podrá evidenciar la “inconducta”, y se determinará cuál principio debe prevalecer sobre el otro. Ordoqui plantea esto así mismo al decir que “se debe enfocar el derecho ponderando cuidadosamente los límites de su proyección respecto de terceros y la misma sociedad” y “en muchos casos la determinación de la abusividad va a depender de la comparación de los intereses en juego y la determinación de la prioridad del uno sobre el otro”^{306 307}. Esta teoría de acuerdo a Alexy, es la “única que puede aclarar por qué la norma que debe ceder en la ponderación no resulta vulnerada ni se declara inválida...

³⁰⁴ R. ALEXYY. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 103

³⁰⁵ “Lamentablemente y a pesar que la nueva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional coloca en su artículo 3 numeral 3 a la ponderación como un método de interpretación constitucional y ordinaria, considero que la calidad de muchas sentencias muestra que esta regla no es todavía usada con solvencia o sencillamente es omitida...” J. VINTIMILLA. “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano” en *Iuris Dicitio* Publicación Periódica del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Septiembre 2010 p. 56

³⁰⁶ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 14.

³⁰⁷ Alexy trae a colación el caso de la revista satírica *Titanic*

sino que permanece plenamente siendo una norma válida.”³⁰⁸ Y es lógico, pues por ejemplo en una sentencia que se declara que se ha detectado una conducta abusiva que viola el principio de la buena fe cuando el actor entabló una demanda injustificada contra otra persona, y ésta última obtiene una sentencia a su favor de indemnización de daños, no quiere decir que se declara inválida la norma de poder entablar una denuncia o accionar, sino que en ese caso en específico, al ejercer dicho derecho de tal manera, se ha vulnerado el principio de la buena fe por tanto se ha afectado al derecho de terceros, por consiguiente, la pretensión del actor no sólo que debe ser rechazada, sino sancionada en razón de su sinrazón de demanda, y debido a que ha lesionado intereses, principios y derechos que resultan ser de más peso en el caso concreto. Entonces, se sacrifica el derecho de la persona de acceso a la justicia, pero en pos de la libertad de la víctima que es inocente, razón por la cual tiene más peso su libertad y también su buen nombre. Es así, que como dice Habermans, referido por Alexy, que “el sistema de normas se identifica por su coherencia, y el de valores por su preferencia”.³⁰⁹ Habermans así mismo pone de relieve que “a diferencia de las normas morales, las normas jurídicas en general no establecen lo que es bueno para todos los hombres; ellas regulan la vida en común de los ciudadanos en una comunidad jurídica concreta”³¹⁰. Continúa Alexy, y lo transcribo todo por su importante claridad, al decir que

“Lo decisivo en este juicio son las determinaciones del grado de la afectación de los derechos que están en juego. La ley de la ponderación lo expresa mediante la existencia de que las razones que justifican la intervención deben pesar tanto más, cuanto más intensa sea la intervención. ... las fundamentaciones son... ponderaciones, porque ellas consisten esencialmente en relacionar, mediante gradaciones y catalogaciones, principios que juegan en sentido contrario, y esto representa en esencia una ponderación.”³¹¹

Resulta entonces que ponderar implica ver se ha respetado las exigencias de equilibrio y razonabilidad entre las ventajas de una parte y los intereses que se han sacrificado de la otra parte, siempre considerando los intereses en juego, “valorándolos y ponderándolos en su

³⁰⁸ R. ALEXY. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 107

³⁰⁹ R. ALEXY. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 125

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ R. ALEXY. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 130

relatividad y priorizando el que se considere con mayor necesidad y conveniencia de tutela conforme al interés general.”³¹²

Con esta interpretación se logrará de mejor manera que el Derecho pueda ser lo más coherente posible. Para esto, se dice que es necesario “que existan propósitos y valores (principios) que den sentido a las reglas, y que los valores tengan primacía sobre las reglas y hasta cierto punto contribuyan a conformarlas”³¹³. Así, teniendo en cuenta que el ordenamiento comprende reglas y principios, una cierta regla puede estar permitido en lo que tiene que ver con el sistema de reglas, pero prohibido de acuerdo al sistema de principios. Se dice que los principios presentan “una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia”³¹⁴. Esto no significa que frente a un mismo caso el Derecho provea dos soluciones distintas, “lo que quiere decir es que, confrontado el sistema de reglas y el de principios, la conducta en cuestión resulta finalmente permitida”³¹⁵ o prohibida (permisión o prohibición que en el futuro se ha de mantener para cuando se den las mismas condiciones).

Así, en un determinado caso, se encuentra una conducta que está permitida de acuerdo al sistema de reglas pero prohibido de acuerdo al sistema de principios. Póngase el caso de una relación de vecindad, en que un vecino construya un muro en su terreno para evitar los tantos robos que se han dado en su propiedad. Si bien el muro ayuda al dueño de casa en cuanto a su seguridad, dicho muro oscurece el terreno vecino, pero en mínima consideración, y sobre todo en una parte en que la iluminación no es de tanta relevancia como en el garaje. Es entonces que en este caso, si bien se afecta en cierta manera el interés o derecho de propiedad del vecino al cual se le obscureció su garaje, dadas las circunstancias del caso, en que el muro se lo levantó con justa razón, y la afección que éste causa es tan mínima, que para el presente caso se requiere también una cierta tolerancia que justifique el hecho de que no se imponga la restricción al levantamiento de dicho muro. Así, Atienza dice que “en el caso de la tolerancia, las razones tomadas en cuenta por la regla son aplicables al

³¹² G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 103

³¹³ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.86

³¹⁴ J. VINTIMILLA. “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano” en *Iuris Dictio* Publicación Periódica del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Septiembre 2010 p. 53

³¹⁵ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.118

caso en un grado tan mínimo que cabe decir que no alcanzan para justificar la prohibición”³¹⁶. En cambio si dicho muro fuera construido con el sólo propósito de dañar al vecino o por alguna otra razón de poca importancia, y aún más, dicho levantamiento constituye una gran afección al vecino al impedirle toda forma de paso de luz solar a su predio, la permisión de la regla (de levantar un muro en su predio gracias a las facultades que le otorga el derecho de dominio) no resultaría justificada a la luz de los principios. Entonces, en “estos supuestos la regla fracasa como tal y la coherencia valorativa del sistema jurídico exige ponderar los principios aplicables al caso para elaborar un nuevo balance de razones que se exprese en una nueva regla”³¹⁷.

De acuerdo a la Teoría de los Principios entonces, éstos son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas³¹⁸. Con “respecto a las posibilidades fácticas cabe formular dos reglas... que suponen el paso del campo de la subsunción y la interpretación al de la decisión racional. Y respecto a las posibilidades jurídicas, la obligación de optimización corresponde al principio de proporcionalidad que se expresa en la ley de ponderación: cuanto más...”³¹⁹ Por eso se dice que “la forma característica de aplicación de los principios es la ponderación”³²⁰. Así por ejemplo, para limitar un derecho fundamental, se debe hacer una ponderación entre el derecho fundamental afectado y el principio que juega en caso contrario, el cual “justifica poner la restricción”³²¹. Lo que se propone hacer entonces es ver los intereses en juego, se debe valorarlos y ponderarlos, para así priorizar el que se considere con “mayor necesidad y conveniencia de tutela conforme al interés general”³²². Se debe priorizar el uno sobre el otro, así, si es que concurre en relación al caso otro principio que tenga mayor peso y que opere en sentido contrario, se establecerán prohibiciones u obligaciones relativas a esas conductas y así se impedirá de alguna manera su realización o se podrá imponer sanciones como

³¹⁶ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.118

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ Cfr. R. ALEXY, *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 95

³¹⁹ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 175

³²⁰ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 174

³²¹ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.46

³²² G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho*. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 103

consecuencia de ellas.³²³ Ordoqui lo pone esto de otra manera al decir que se estaría configurando abuso en el ejercicio de un derecho “cuando no se respetan las exigencias de equilibrio y razonabilidad entre las ventajas de una parte y los intereses sacrificados del otro”³²⁴. Es entonces que el juez en la calificación de abusiva a una conducta, tiene que valorar “como más justa la prohibición emergente de la norma de acción que la permisión del sistema legal.”³²⁵

Los principios sin embargo son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”³²⁶. Entonces, los Principios se caracterizan por ser “normas generales, lo que hace que cumplan una función explicativa (aclaran el sentido de una norma o de un conjunto de normas) y en segundo lugar porque tienen un valor positivo, lo que hace que cumplan una función de justificación (si una norma puede subsumirse bajo un principio, ello significa que es valiosa)”³²⁷. Así, si es que una determinada conducta va en contra de la buena fe, no se estaría subsumiendo a dicho principio, y por lo tanto la conducta puede ser calificada de desvaliosa. Y es que, “a través de estos principios, operados por la jurisprudencia, se establecen criterios que intervienen para adecuar y completar las reglas que regulan el orden jurídico”³²⁸. Esto no es más que aquella coherencia que necesariamente supone el Derecho como tal. Entonces, una regla podrá ser abusiva cuando esta no se subsuma a un principio y por el contrario lo quebrante y produzca un resultado injusto. En cambio cuando choquen principios, se podrá mediante la ponderación determinar la conducta abusiva viendo los intereses en juego y viendo, como propone Alexy, cuál principio deberá ser satisfecho al máximo posible.

Derecho Natural

Hablando de los principios generales del derecho, no hay duda que hay que tocar, aunque sea limitadamente, el campo del derecho natural, pues los principios tocan mucho el

³²³ Cfr. M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 19

³²⁴ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 71

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 174

³²⁷ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 120

³²⁸ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 46

ámbito de lo superior o de lo sobre natural si se quiere. Se dice, al hablar favorablemente del derecho natural, que este “acompaña a la humanidad en su desenvolvimiento” y que “inútil es por tanto, la tentativa de repudiarla; y tanto más inútil e incongruente cuando se trata de interpretar un sistema legislativo que como el nuestro se ha formado directa e indirectamente bajo el imperio de aquella idea”.³²⁹ ³³⁰ Esto de aquí va al tenor de lo que Nicolás Coviello, citado por Sánchez, expresa al decir que “los principios generales del derecho tienen validez no porque sean puramente racionales, éticos o de derecho científico, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho, y llegado a ser de ese modo principios del derecho positivo vigente.”³³¹ Parece ser sustentada esta afirmación, pues más allá de que uno sea partidario o no de la existencia del derecho natural, éste es ya una realidad en el mundo jurídico, pues se encuentran principios y valores, tanto en leyes como en jurisprudencia y doctrina, que reconocen estas normas superiores, sean estas en base a lo divino, a la razón, o a la moral, entre otras. Borda dice que, “el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema... porque si la Teoría del Abuso del Derecho se ha abierto camino, es por una razón de orden moral.”³³² En este mismo sentido se inclina Pérez, quien dice que para que haya abuso, el derecho debe ser ejercido contrario a los fines para el que fue previsto o que afecta las reglas morales.³³³ Véscovi dice al respecto que “existe toda una gama de deberes morales, que se han reconocido como normas jurídicas”.³³⁴ Brebbia dice que las relaciones entre la moral y el derecho pueden representarse mediante dos círculos concéntricos, el menor de los cuales correspondería al área jurídica, y el mayor comprensivo del primero, al campo de la moral, lo que supone el derecho, que si bien no es la moral, aspira a realizarla en su aspecto mínimo y fundamental en la vida en relación.³³⁵

³²⁹ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 36

³³⁰ Incluso, las obligaciones naturales que el Código Civil establece, son verdaderas obligaciones jurídicas, que justifican su pago, sin embargo de lo cual, no puede ser exigidas por la vía de la coerción que brinda el derecho, pues este tipo de obligaciones suponen que el pago se realiza por un motivo de orden moral, totalmente voluntario por parte del deudor.

³³¹ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 36

³³² G. BORDA. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I. Undécima Edición*. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires, 1996. p. 51

³³³ Cfr. B. PÉREZ. *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 13

³³⁴ VÉSCOVI, ENRIQUE. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis S.A. Colombia, 1999. p. 56

³³⁵ Cfr. R. BREBBIA. *Instituciones de Derecho Civil*, Juris, Rosario, 1997, p. 65

Derecho Positivo

Sin poder dejar de ver el otro lado, es necesario ver lo que plantean por el contrario los positivistas. A breves rasgos, los positivistas³³⁶, como su propio nombre lo dice, creen que el Derecho es únicamente el derecho positivo, es decir, la norma que ha sido reducida a escrito y publicada como es exigido para su validez. Es decir, para los positivistas, el derecho se reduce a la norma escrita, y por ende, el aplicador del derecho, el juez, debe solo aplicar lo que la norma dice y nada más, no hay nada por sobre ella. Dicen entonces por ejemplo que los delitos penales son ilícitos por el hecho de estar sancionados (establecidos en normas), que si es que no estuvieran sancionados no serían ilícitos. Es entonces que para quienes tienen esta concepción del derecho, no cabe nunca la consideración de si es justo o injusto un derecho, o de que la sana crítica del juez y la equidad tengan cabida. Sobre esto mismo, Sánchez dice que “los positivistas no se preocupan acerca del por qué es así y no de otra manera el derecho, en ver si es justo o injusto, en si es bueno o malo”³³⁷. Es así, que un extremo positivismo, que descarta otros elementos del derecho que van más allá de la norma escrita, puede ir en contra de uno de los valores que busca el derecho, es decir la justicia, pues no le importa si es que el derecho escrito es injusto.³³⁸ Es entonces que con este enfoque, en que en la ley se agota el mundo jurídico, se olvida que el derecho es algo más que la establecido positivamente, sino que es también las valores que lo inspiraron y su realidad. Sin perjuicio de esto, cabe decir que hay que tomar en cuenta lo que dice Sánchez: “Para los cultores del positivismo jurídico los principios generales del derecho constituyen el presupuesto necesario en que se fundo el legislador para la creación de la ley”³³⁹, es así, que incluso para los positivistas, mejor dicho, incluso a la hora de reducir la ley a escrita (positivizarla) se tuvo miras a valores superiores, por lo que se reconocería que estos principios sí forman parte del ordenamiento jurídico, pues ellos lo orientaron en su creación. Adicionalmente, y como ya vimos anteriormente, existen normas del derecho positivo que

³³⁶ Hans Kelsen es uno de sus máximos expositores

³³⁷ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 44

³³⁸ “El derecho como tal persigue un valor que es la justicia. Estos valores suelen estar reflejados en los principios generales”. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 19

³³⁹ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 47

hacen referencia y alusión expresa a los principios del derecho, razón por la cual ya es innegable aceptar que estos principios son parte incluso del derecho positivo.

Desde el punto de vista de un positivismo jurídico extremo, en que el derecho es reducido a reglas³⁴⁰ o que sólo lo que dice la ley es Derecho y nada más, resultaría un tanto más complicada la inserción o aceptación del abuso del derecho al mundo jurídico. Así, Ordoqui sostiene que hay situaciones que opacarían o impedirían ver el abuso del derecho, como por ejemplo, “si se desvincula el derecho de lo justo; si pensamos que lo justo o lo jurídico es sólo lo que surge de la ley; si el único valor que se debe proteger es el individual, sin importar la relación social; si el derecho es sólo la ley y los jueces lo único que deben hacer es aplicar la ley”.³⁴¹ Así mismo “Cárdenas García expresa algunas razones por las cuales el Derecho debería cambiar, pues sus fines no se han cumplido en nuestras sociedades, entre ellas menciona.... El reduccionismo, el positivismo excesivo, la negación de contexto...”³⁴² Vemos entonces que desde este punto de vista radical, la aplicación del abuso del derecho no encontraría fácil aceptación, pues Derecho es lo reducido a escrito, lo demás no importa o no existe, esto es que el Juez es un mero aplicador de lo que dice la ley y nada más, pues no tiene cabida su criterio de si es justo o injusto, racional o irracional.

Consideramos que este criterio extremo, como ya se dijo antes, dañaría la seguridad jurídica, pues se necesitarían cada vez nuevas leyes para cada nueva conducta o situación que se de. Sin dejar de lado también el hecho de que tantas leyes llevarían a ambigüedades y contradicciones, y dejarían desamparadas conductas que no son contempladas positivamente en la ley y más aún, hay que tener en cuenta que con este positivismo extremo se reduce al juez en el mero aplicador de la ley, descartando su capacidad para crear derecho. Al respecto se dice que “un objetivo central del proceso de aprendizaje del derecho tendría que ser el de aprender a pensar o razonar como un jurista y no limitarse a conocer los contenidos del

³⁴⁰ “Ronald Dworkin caracterizó al positivismo jurídico como una concepción que reduce el Derecho a reglas”. M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 98

³⁴¹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 5

³⁴² J. Cárdenas García, *Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico, en Neoconstitucionalismo, y estado de derecho*, Pedro Torres compilador, Limusa: Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2006. p. 41 a 66. J. VINTIMILLA. “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano” en *Iuris Dictio* Publicación Periódica del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Septiembre 2010 p. 49

derecho positivo”³⁴³ que en varias ocasiones queda retrasado ante la dinamicidad de la sociedad, caso en que el humano, el juez, le da sentido a sus contenidos. De este modo adicionalmente se evitaría a que el juez sea sólo “mero aplicador del derecho existente”³⁴⁴

Abuso del Derecho: Ilícito Atípico

Dijimos que el Derecho, como sistema de normas, era compuesto no sólo por reglas, sino también por principios. Se dijo también que la figura del Abuso del Derecho encaja dentro de los lineamientos generales de la ilicitud. Con esto, Atienza trae una conclusión que nos parece acertada al decir que:

El abuso del derecho “se trata de un tipo de ilícito que supone acciones contrarias no a una norma jurídica específica, a una regla, sino a un principio... por tanto nos encontramos aquí con categorías que no pueden ser bien analizadas en el contexto de teorías que descuidan que el orden jurídico está compuesto por reglas y principios”³⁴⁵.

Con mucho tino se dice que no hay que considerar ilícito solo a lo ilegal o a lo que se aparta de lo que expresa una norma, “ocurre que el ilícito va más allá de la mera ilegalidad, y se llega a él cuando existe el apartamiento de principios generales... que están en la base del orden jurídico.”³⁴⁶ Propone entonces Atienza que con el abuso del derecho, lo que se defrauda no es nunca una regla, sino un principio “y esto por la razón de que si lo defraudado fuera una regla, entonces estaríamos en presencia de un ilícito típico”³⁴⁷ como por ejemplo los delitos. Es entonces, que los ilícitos típicos son aquellos que van en contra de una regla, mientras que los ilícitos atípicos son aquellos que van en contra de un principio “que determina que están finalmente prohibidas”³⁴⁸ como es el caso del abuso del derecho. Y es que no hay porqué cerrarnos al hecho de que la ilicitud se circunscribe a lo típico, es decir, a lo que una regla lo declara como tal.³⁴⁹ Resulta pues que “la ilicitud importa el quebrantamiento de

³⁴³ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 217

³⁴⁴ R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ. *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 61

³⁴⁵ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 14

³⁴⁶ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 95

³⁴⁷ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 74

³⁴⁸ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 115

³⁴⁹ “Periano Facio dice que hay diversos criterios de la ilicitud, y dice que uno de ellos es que el módulo de la ilicitud no se agota en los estrechos límites de la ley escrita positiva sino que se integra, además, con nociones más amplias tales como el concepto de orden público, de moral, de buenas costumbres y de buena fe. G.

cualquier prohibición impuesta por el ordenamiento, cualquiera sea la naturaleza de la norma que la estatuye”³⁵⁰ y en este caso, la norma que la estatuye es una norma principio, y no una norma regla, razón por la cual estamos ante el ilícito atípico. En este mismo sentido se dice que “el alcance de lo ilícito no concluye en el apartamiento de la ley, sino que también se actúa en forma ilícita al actuar al margen de los principios generales, de las buenas costumbres, de la moral y de la buena fe”³⁵¹. Es entonces que así se cumple aquello que propuso Torr  de que una conducta es lícita o ilícita sin que quepa una tercera posibilidad para una conducta humana³⁵². En este caso entonces, estamos ante un ilícito civil, cuya característica es “su atipicidad, en que no es necesaria una previsión legal concreta que lo establezca”³⁵³. Así, con esta especie de atípicos, no siempre se afectan derechos subjetivos expresamente previstos, sino que también “de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico como un todo”.³⁵⁴

Las acciones abusivas que en un principio son permitidas, pero terminan “finalmente consideradas todas las cosas prohibidas lo cual proviene de una restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por los principios que determinan el alcance justificado de la regla misma”³⁵⁵. Este cambio de status se da por un proceso de argumentación en el que entran en juego las reglas y los principios. Así, este tipo de ilícitos, es decir los atípicos suponen “un conflicto entre reglas y principios o entre falta de reglas y principios”³⁵⁶. Es entonces que al violarse los principios es la que lleva a modificar la regla en el caso concreto, para así “restaurarla coherencia del ordenamiento”³⁵⁷, adecuando principios y reglas. Se pretende entonces con esto “evitar que se produzcan consecuencias contrarias a principios jurídicos... por eso puede producirse también sin que exista intención por parte del agente”³⁵⁸. Así, los ilícitos atípicos como el abuso del derecho, entran a ocupar un puesto

ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ib n ez. Bogotá 2010 p. 84.

³⁵⁰ J. GARIBOTTO. *Teoría General del Acto Jurídico*. Depalma. Buenos Aires, 1991 p. 103

³⁵¹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ib n ez. Bogotá 2010 p. 18

³⁵² Cfr. A. TORR . *Introducción al Derecho*. Perrot, Buenos Aires, 1998 p. 212

³⁵³ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ib n ez. Bogotá 2010 p. 26

³⁵⁴ *Ibídem*.

³⁵⁵ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 59

³⁵⁶ *Ibídem*. p. 125

³⁵⁷ *Ibídem*. p. 74

³⁵⁸ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 77

importante en el mundo jurídico al ser una especie de ilícito no tipificada como tal en un Código Sancionador, que atenta contra principios y no contra las reglas.

Abuso del Derecho: Concepto Jurídico Indeterminado³⁵⁹

Se puede caracterizar también a la figura del Abuso del Derecho como un Concepto Jurídico Indeterminado. Esto quiere decir, que el concepto jurídico en sí no es algo específico y cierto, como lo sería por ejemplo el matrimonio, que sabemos claramente cómo conceptuarlo gracias al artículo 81 del Código Civil, por poner un ejemplo. Por su parte, los conceptos jurídicos indeterminados, como su mismo nombre lo dice, son indeterminados, es decir, que son conceptos amplios y abstractos cuya manera de concreción dependerá de las circunstancias particulares del caso al que se lo aplique. Podría sostenerse que son indeterminados hasta el momento en que entran a un caso en concreto, caso el que los determinará. Atienza dice sobre esto que “los ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados que se encuentra en el Código Civil parecen todos obedecer a esta caracterización: fidelidad y socorro mutuo, buena fe, fraude de ley, mala conducta, respeto y reverencia, órdenes, consejos, negligencia, como buen padre de familia, buenas costumbres, equidad”³⁶⁰. Sobre todos estos conceptos se tiene una idea o noción amplia o general de su significado o valor, pero, cuando se pongan bajo la luz de este principio, las circunstancias y estado de las partes del caso en concreto, se podrá ver el sentido que tiene y el rol que desempeña tal principio en tal caso, o en otras palabras “hasta que la determinación de las condiciones de aplicación se haga mediante reglas”³⁶¹. Así, continúa el autor antes referido diciendo que “podría decirse que cuando el legislador guía la conducta mediante un concepto jurídico indeterminado lo que hace es ordenar o prohibir acciones que merezcan una cierta calificación valorativa sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuales son las condiciones de aplicación de la calificación valorativa en cuestión”³⁶².

Es precisamente por las propias características de los conceptos jurídicos indeterminados, que no es “posible una enunciación completa de las propiedades

³⁵⁹ Los principios en sentido de norma redactada en términos muy amplio tienen presentes conceptos jurídicos indeterminados o dúctiles como orden público, abuso del derecho, etc. J. VINTIMILLA. “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano” en *Iuris Dictio* Publicación Periódica del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Septiembre 2010 p. 51

³⁶⁰ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 40

³⁶¹ *Ibidem*

³⁶² M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 40

descriptivas que deben constituir las condiciones necesarias y suficientes de aplicación de estas palabras que designan propiedades valorativas más específicas”.³⁶³ Esto es igualmente característico de los principios generales, en que “no tienen referencia concreta a un supuesto de hecho en su aplicación”³⁶⁴. Si es que fuera posible enunciar todas las propiedades y características del concepto, ya sería un concepto determinado que ya podría establecerse mediante reglas, con lo cual se puede decir que se abandona el ámbito de los principios para entrar al campo de las reglas, “por eso tiene sentido decir que los principios no determinan una solución sin la mediación de reglas”.³⁶⁵ Es entonces que desde este punto de vista, el abuso del derecho, como principio que es, necesariamente es un concepto jurídico indeterminado, pues de tener enunciadas taxativamente todas sus propiedades descriptivas, ya se lo determinaría, cosa que se puede hacer mediante las reglas y no se necesita un principio amplio e indeterminado como lo es el principio en cuestión. Adicionalmente, de dejar de ser un concepto jurídico indeterminado, al ya poder determinarse, ya podría entrar al ámbito de la ilicitud típica.

Abuso del Derecho y Principio de Legalidad

El principio de legalidad es aquel principio que regula todo el Derecho y supone que las actuaciones jurídicas de los sujetos sean apegados a lo que establece el ordenamiento jurídico. En el ámbito del derecho penal, este principio toma incluso mayor fuerza a través del principio de que no hay pena sin ley previa, o en otras palabras de que si no hay ley que tipifique como delito determinada conducta, no habrá pena. Así, tendrá que la regulación penal establecer como antijurídico un acto, y contemplar su sanción previamente a que un sujeto cometa el acto, para que dicho acto pueda ser penado. Atienza dice que, “las normas penales no pueden tipificar como delitos acciones configuradas tan solo en términos valorativos tales como escándalo público o actos obscenos”³⁶⁶. Es claro entonces que para poder incurrir en un delito y ser sancionado por ello, éste tiene que estar previamente tipificado como tal en la legislación penal.

³⁶³ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 42

³⁶⁴ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 77

³⁶⁵ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 20

³⁶⁶ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 26

Ferrajoli propone una distinción entre el principio de mera legalidad y el de estricta legalidad. Así, dice:

“el de mera legalidad establece que sólo las leyes y no la moral u otras fuentes externas dicen lo que es delito. Mientras que el de estricta legalidad prohíbe que las leyes penales establezcan elementos sustanciales, decidibles mediante juicios de valor, como condiciones... para configurar delitos. Sin embargo, el principio de legalidad justamente por su carácter de norma de reconocimiento puramente formal, que identifica el derecho únicamente sobre la base de su forma de producción y no también por sus contenidos, presenta una irreductible ambivalencia: como condición ciertamente necesaria, pero a la vez ciertamente insuficiente para asegurar el papel garantista del derecho”³⁶⁷.

Sobre este mismo tema, creemos pertinente traer una pregunta que al respecto se dice “¿Se puede pretender, ahora con motivo de las omisiones, que el ordenamiento jurídico se agota en la legalidad, en lo que las leyes mandan o prohíben?”³⁶⁸ Y es que en realidad, tomar en cuenta únicamente el principio de legalidad, implica entender que sólo lo que está establecido en una ley ampara el Derecho, pero que otras situaciones sociales que no tienen aún cabida en el ordenamiento jurídico escaparían de la posible cobertura del Derecho, lo cual como ya se dijo es desvirtuar al Derecho ya que se admitiría que no regularía muchas conductas que está llamado a regular.

Por otro lado, el Abuso del Derecho es una figura que también atribuye responsabilidad a aquellos sujetos que han ejercido abusivamente un derecho causando así injustamente un daño. Es entonces que con estas observaciones, se puede llegar a criticar a la figura del abuso del derecho, aduciendo erróneamente que rompe con el principio de legalidad en materia penal ya que dicha figura que impone sanciones, no está tipificada como delito en la legislación penal. Sin embargo, por nuestra parte tenemos algunas observaciones que nos ayudarán a poder prescindir de dicha crítica. Así, hay que tener en cuenta que el abuso del derecho es una figura de carácter civil, y el tipo de responsabilidad a que éste da base es responsabilidad de carácter igualmente civil. Podríamos decir que la sanción para aquellos que han ejercido abusivamente sus derechos, es una sanción eminentemente civil, y no será una responsabilidad de orden penal³⁶⁹, razón por la cual “aquella de que *nullum crimen*

³⁶⁷ L. FERRAJOLI *Democracia y Garantismo*. Editorial Trota, Madrid, 2008. p. 127

³⁶⁸ J. MOSSET ITURRASPE, MIGUEL A. PIEDECASAS. Directores. *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil*. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires 2002 p. 87

³⁶⁹ Los Códigos Civiles pueden, convertir en actos antijurídicos, a través de un solo precepto que establezca la nulidad, todos aquellos que se realicen en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres y,

nulla poena sine lege, es decir que la conducta debe estar previamente descrita en una norma positiva, no se aplica al abuso porque es una sanción de orden civil³⁷⁰. Así, se dice que “el ilícito civil propiamente dicho no es la acción consistente en causar un daño, sino la reparación de ese daño”³⁷¹, así, quien incurra en abuso del derecho no recibirá una sanción pena, sino una sanción consistente en reparar el daño causado. Y es que, como dice Atienza, “el principio de legalidad penal implica que los delitos deben estar tipificados en reglas y no en principios”³⁷². Esto va de la mano con lo que se dijo sobre los ilícitos típicos y los ilícitos atípicos. Entonces, el ilícito típico, como el delito, es tal debido a que está establecido en reglas y no en principios, mientras que el abuso del derecho, es un ilícito atípico que está establecido en los principios. Acertadamente se dice que “en el Derecho Civil no se exige tal tipicidad, la ilicitud nace de la contrariedad de un acto con lo que dispone el ordenamiento jurídico, sin necesidad de que corresponda a una figura cerrada, previamente delineada”³⁷³.

Para concluir, y para reforzar lo que afirmamos, hay que decir que el propio Ferrajoli dice que la legalidad si bien es necesaria, es también insuficiente, pues muchas conductas no previstas en la ley escaparían del alcance del Derecho si no fuera gracias a la existencia de ilícitos atípicos como el caso del abuso del derecho. Es entonces, que el Abuso del Derecho, si bien impone una sanción para el infractor, no es una sanción pena de carácter penal sino es una sanción reparación de carácter civil, es decir se pasa “de la punición a la reparación”³⁷⁴. Decimos adicionalmente que el abuso del derecho vulnera principios y no normas, y es un instituto de orden civil, por ello éste no necesita adecuarse a un tipo penal, razón por la cual descartamos aquella sospecha de que el abuso del derecho puede atentar contra el principio de legalidad.

aun cuando específicamente no se vaya determinando para cada acto en especial una sanción, bastará la sanción general. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano*. Porrúa, México 1999 p. 105

³⁷⁰ REYES ECHANDÍA, *Tipicidad* Temis S.A. Bogotá 1999 p. 263

³⁷¹ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 14

³⁷² M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 81

³⁷³ R. BREBBIA. *Hechos y Actos Jurídicos. Tomo I*. Astrea Buenos Aires, 1979. p. 63

³⁷⁴ JORGE MOSSET ITURRASPE, MIGUEL A. PIEDECASAS. Directores. *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil*. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires 2002 p. 21

Capítulo III

El Papel del Juez en la determinación del Abuso del Derecho

Resulta ser el abuso del derecho una herramienta para frenar aquellas conductas ilegítimas tendientes a causar un daño o que ya lo hayan causado. Es herramienta que también ayuda a ir contra aquella rigidez de las disposiciones legales, y su consecuente aplicación mecánica, y la cual sirve para ayudar al derecho a ser más flexible, y para adaptar o acoplar el derecho a la realidad social, pues la sociedad al ser dinámica y cambiante, el derecho no puede convertirse en una herramienta inocua y retrógrada que impida o dificulte el desarrollo de la sociedad. Pero por esto mismo que es una herramienta que está al servicio del derecho, y lógicamente de la sociedad, esta no puede convertirse en una herramienta muy amplia y ambigua que de lugar a más abusos e injusticias, sino debe ser precisamente para frenar aquellas conductas abusivas que producen injusticias. Es entonces, que para no usar indiscriminadamente o abusivamente al abuso del derecho, al juez es a quien le corresponde dilucidar minuciosamente la existencia o no de la figura en cuestión.

Así, el juez dentro de sus conocimientos y sana crítica, debe evaluar cada situación, en su contexto, sus personas y circunstancias, y delimitar y establecer cuándo se estaría configurando un abuso de un derecho. Su aplicación moderada dependerá del instinto de equidad de justicia que aplica la judicatura, o dicho de otro modo, de su “fina intuición de lo justo”³⁷⁵. Coincidimos entonces con Bilesio quien cita a Noguera diciendo que “hay consenso teórico de hacer del juez una figura diligente en el tiempo, saneadora en patología,

³⁷⁵ E. RENGIFO GARCÍA. *Del abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002. p. 49

concentrador en trámites, frecuentador en audiencias, moralizador en conductas, conciliador en pretensiones y repartidor en soluciones justas y reales, huido de los velos formales ya aproximado a la justicia del caso”³⁷⁶. Se dice acertadamente que a pesar de las dificultades en el Derecho, como las inconsistencias, lagunas u oscuridades, “y la obligación de fallar sin recurrir nuevamente al legislador para que aclare, complete o disipe,”³⁷⁷ existe la obligación del juez que al decidir considere cuidadosamente las circunstancias del caso, con lo cual se “permite entrever una percepción más dinámica del rol del juez”³⁷⁸

Y es que, el Juez, persona que para tener tal dignidad requiere haber cumplido requisitos mínimos de educación, experiencia, conocimiento y probidad, será quien mediante sus pronunciamientos vaya estableciendo el fin social de cada derecho, tratando de encuadrar su destino y uso dentro de la realidad social.³⁷⁹ En atención a lo anterior, el juez es factor indispensable para intervenir en aquellos casos en que hay conductas desleales de las partes o conductas que causan agravios y afecten la correcta administración de justicia. El juez es una especie de filtro, pues es este quien determina si existe o no abusos por parte de las partes, y así impedir y reprimir dichos abusos. Es necesario que el juez busque una solución “que guarda estrecha relación con lo aceptable, lo cual, a su vez, excluye la arbitrariedad”³⁸⁰. Parelman, citado por J. Vintimilla, dice que “el ser razonable es el que busca o que se acepta en su medio, y aun, lo que debería aceptarse por todos; poniéndose a sí mismo en lugar de los demás, no se considera a sí mismo una excepción sino procura actuar conforme a los principios de acción que sean aceptables para cualquiera”³⁸¹. Deben entonces las decisiones del juez afincarse en un criterio no arbitrario, razonable, estimable, justo, que permitirán obtener un resultado más racional, más justo y será quien podrá ayudar a dilucidar en el caso concreto este límite del ejercicio de los derechos.

³⁷⁶ J. BILESIO. *Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal* en la obra *Abuso Procesal* Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p.

³⁷⁷ H. ROSATTI, *Código Civil Comentado*. Rubinzal Culzoni Argentina, 2002 p. 44

³⁷⁸ *Ibidem*

³⁷⁹ El artículo 37 del Código Orgánico de la Función Judicial establece el perfil de las servidoras o servidores de la Función Judicial, el cuál deberá ser el de un profesional del Derecho con una sólida formación académica; con capacidad para interpretar y razonar jurídicamente, con trayectoria personal éticamente irreprochable, dedicado al servicio de la justicia, con vocación de servicio público, iniciativa, capacidad innovadora, creatividad y compromiso con el cambio institucional de la justicia.

³⁸⁰ J. VINTIMILLA. “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano” en *Iuris Dictio* Publicación Periódica del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Septiembre 2010 p. 555

³⁸¹ *Ibidem*.

Sin perjuicio de lo dicho, Condorelli trae a colación una crítica que cabe resaltar. Este dice que este criterio de dar tanta importancia al juez es peligroso ya que puede hacer que los jueces digan que el destino de tal o cual derecho se ha modificado en tal medida, debido a los cambios sociales. Dice que de este modo, los jueces podrían declarar que un cierto derecho no tiene ya fin económico, no tiene ya fin social, que por ello ya no existe y que por consiguiente se abusa desde que se hace uso de él.³⁸² En cuanto a esta afirmación, podemos decir que a nuestro criterio no asidero, pues no es el juez quien determina o no la vigencia de un derecho o de una ley, por lo que no es él quien declara si existe o no dicho derecho, sino sólo determinará motivadamente en base a la ley, la jurisprudencia, los principios generales de derecho, su sana crítica y a la realidad social, si cierto derecho fue o no fue abusado. No es arbitrariamente entonces que el juez decida que el destino o uso de un derecho se ha modificado en tal o cual medida, sino que deberá tomar cada decisión, tal como obliga la Constitución^{383 384}, motivando su conclusión, es decir no mencionar únicamente la norma sino establecer claramente los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho y el razonamiento que condujeron al juez a tomar tal o cual decisión. Además, y tal como dice Atienza “los jueces en muchos casos no está propiamente valorando, sino recogiendo las valoraciones del grupo social al que pertenecen y aplicándolas a determinados casos”³⁸⁵ razón por la que ni aún así se le está entregando a mero criterio y pura discrecionalidad del juez la resolución del caso, sino que también observará los principios generales del derecho, las costumbres y los usos que se vienen dando en ese lugar y momento determinado y así será justificada y motivada su decisión.

“Los jueces no pueden proceder arbitrariamente, están unidos por la disciplina del cuerpo y la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la

³⁸² Cfr. E. CONDORELLI. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del proceso*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 30

³⁸³ Artículo 76 # 7 literal l) de la Constitución establece que Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

³⁸⁴ La misma obligación de motivación para los jueces la establece el Código Orgánico de la Función Judicial en el numeral 4 del artículo 130.

³⁸⁵ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. p. 136

ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrados y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución”³⁸⁶.

Resulta entonces que es indudable “que sólo se está autorizado a considerar correcta una decisión jurisdiccional cuando existen razones que la justifican”.³⁸⁷ Es así que descartamos desde ya dicha aseveración.

Hay que dejar en claro que al entregar al juez tanta responsabilidad, no se está menospreciando o dejando de lado lo que la norma o Derecho Objetivo consagra, sino “de tener clara la función del juez y saber hasta dónde llega la ley y hasta dónde el derecho”.³⁸⁸ No es entonces que el Juez desatenderá a las normas jurídicas (reglas o principios), y que fallará como árbitro de equidad. Lo que quiere decir es que el juez en base las circunstancias del caso, atenderá a la norma viendo su espíritu o finalidad, dará sentido a la norma de acuerdo a la realidad, y calificará por tanto a la conducta como corresponda. Se dice que hay el “deber de moralizar el derecho a cargo de los jueces que en todo caso deben calificar la conducta moral... de este modo la vida social quedará basada no en la pretendida seguridad resultante de unas reglas mecánicas abstractas, sino en la seguridad que nace de una conducta moral normal, procurada y amparada por el aparato coactivo del Estado”.³⁸⁹

Es pertinente destacar, el hecho de que en los sistemas del *Common Law* no se ha desarrollado la figura del abuso como institución jurídica. Se dice en cuanto a esto que la razón para ello, probablemente se halla en la facultad de *distinguishing* que el *common law* confiere a todo juez y que le permite apartarse de la regla bajo la que habría que subsumir el caso y adoptar una solución distinta, si el caso presenta propiedades adicionales a las contempladas en la regla bajo la que habría que subsumirlo y si dichas propiedades adicionales justifican tal solución distinta que se aparta de la regla en cuestión.³⁹⁰ Es entonces, que en estos sistemas como el anglosajón, que se basa en su mayoría en derecho jurisprudencial y consuetudinario, Derecho que es menos rígido que el codificado, el juez

³⁸⁶ R. RABINOVICH BERKMAN. *Derecho Civil Parte General*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2000. p. 100

³⁸⁷ R. ALEXY, *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p.127

³⁸⁸ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 4

³⁸⁹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 17

³⁹⁰ Cfr. M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 35

tiene mayores potestades de decidir el asunto en base a las circunstancias. Así, este tiene la facultad de “*overule*” o descartar los derechos cuando así lo considera deseable y necesario.³⁹¹

Es entonces que si bien el juez no puede desatender al ordenamiento jurídico, sin embargo tiene la autorización del ordenamiento “para apartarse de él... esto suele suceder cuando la aplicación estricta de la ley provocaría una gran injusticia como sería el sancionar por hurto famélico”³⁹² Siguiendo este orden de ideas, el legislador establece acciones que están prohibidas debido a que se las califica de ante mano como abusivas, sin especificar cuándo o bajo qué condiciones o parámetros, una determinada conducta puede ser calificada como abusiva. Así, es el juez, tendrá que dentro del caso particular y de acuerdo a las condiciones, si es que cierta conducta, merece así mismo la calificación de abusiva.

Atienza dice que:

“si cierto caso no resulta subsumibles en una regla, el derecho resultaría, para esta concepción, ayuno de criterios de valoración respecto de tal caso,”³⁹³ continúa el citado autor diciendo que en todo caso “el derecho exige en muchas ocasiones de sus órganos de aplicación, que resuelvan sobre la aplicabilidad de predicados valorativos tales como mal uso de la cosa o abuso de derecho..., para lo cual los tribunales han de realizar necesariamente valoraciones que no pueden fundarse en reglas (por ausencia de disposiciones que establezcan qué propiedades descriptivas constituyen necesarias y suficientes de aplicación del predicado valorativo).”³⁹⁴

Por otro lado, en la obra “Las Razones del Derecho”, se dice que “ningún sistema de normas jurídica puede garantizar por sí mismo que todos los casos jurídicos puedan resolverse en forma puramente lógica mediante el uso exclusivo de normas vigentes y de información sobre los hechos”³⁹⁵. Y es que como hemos dicho en más de una ocasión, no se pueden legislar y prever todos los casos posibles que se den en la vida, y adicionalmente, en general en la ley pueden existir muchas imprecisiones, contradicciones y ambigüedades, por lo que no se puede depender exclusivamente de lo que diga un texto legal. Así, al ser necesariamente limitado el desarrollo legislativo, es necesario “un nuevo procedimiento que

³⁹¹ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 35

³⁹² A. TORRÉ. *Introducción al Derecho*. Perrot, Buenos Aires, 1998 p. 270

³⁹³ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p.43

³⁹⁴ *Ibidem*

³⁹⁵ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 163

cierre esta laguna de racionalidad y que no es otro que el proceso judicial”³⁹⁶. Con esto el juez no tendrá únicamente que subsumir los casos concretos dentro de la norma jurídica para aplicarles tal consecuencia jurídica. El juez también tendrá que solucionar el caso de contradicciones entre normas jurídicas, llenar los vacíos³⁹⁷ y aclarar las posibles obscuridades o ambigüedades, pero siempre tomando en cuenta la realidad social en el que esté. Así, se cumplirá aquello que sostenía Cossio al decir que “la actividad judicial no es mera deducción silogística, sino una actividad creadora”³⁹⁸. Y es que, en realidad, “lo que nos dan las normas son instrumentos, principios y criterios que deben luego concretarse a la realidad, y es ahí donde se descubre la labor creadora de la función judicial”³⁹⁹.

En cuanto a este mismo asunto, el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que la administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado conforme a los principios establecidos en la Constitución y en la ley. Como ya aclaramos antes, Principios Jurídicos como el de la buena fe o el de no ejercer abusivamente los derechos, son una máxima estructural y esencial del ordenamiento jurídico. Así, es responsabilidad de los jueces el determinar los abusos que se puedan cometer en ejercicio de derechos, pues de lo contrario, no se estaría cumpliendo con la obligación de administrar justicia de acuerdo a los principios constitucionales y legales, y ya más específicamente hablando, no habría aquella tutela judicial efectiva de derechos que lo consagra la propia Constitución en su artículo 11 y también el Código Orgánico de la Función Judicial⁴⁰⁰, lo cual es responsabilidad del Estado y tendrá obligación de reparar en caso de que se produzca

³⁹⁶ M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 163

³⁹⁷ “García Maynez dice al respecto que el juez está ligado a los textos legales, si estos le brindan la solución que busca. Así pues, si la labor interpretativa revela al juez que el caso sometido a su decisión no está previsto, tiene la obligación de colmar la laguna.” Citado por R. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995. p. 51

³⁹⁸ MONROY CABRA, MARCO. *Introducción al Derecho*. Décima Edición. Temis S.A. Bogotá, 1996 p. 169

³⁹⁹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 128

⁴⁰⁰ Art. 23. Código Orgánico de la Función Judicial - La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

daño⁴⁰¹. Alexy dice al respecto que “hoy en día existe un amplio consenso acerca de que los derechos fundamentales también atribuyen al ciudadano un derecho contra el Estado para obtener de él protección contra intervenciones o ataques provenientes de otros ciudadanos...”⁴⁰²

Es entonces que a modo de conclusión, hay que decir, que sin restarle importancia o menospreciarle a lo que dispone el ordenamiento jurídico, el juez a la hora de determinar la existencia o no de ejercicios abusivos, debe llevar a cabo un cuidados papel en el que analice cuidadosamente las circunstancias del caso y el estado de las partes, y así como también debe saber que de no existir norma legal, tiene que atender a los principios generales del derecho que son verdaderas normas jurídicas que le ayudarán a llegar, ya sea mediante un proceso como el de la ponderación que propusimos, a la respuesta más justa y racional, y así cumplirá adicionalmente a cabalidad aquella obligación de motivar que les impone tanto la Constitución como su el propio Código Orgánico de su rama.

⁴⁰¹ Art. 32 Código Orgánico de la Función Judicial - El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

⁴⁰² R. ALEXY. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003. p. 36

Capítulo IV

Análisis de la Jurisprudencia

Hemos sostenido en reiteradas ocasiones durante la presente investigación, que la nota peculiar del abuso del derecho, es que es *prima facie* lícito ya que se fundamenta en el ejercicio de un derecho subjetivo del cual el actor es titular, pero que sin embargo puede devenir dependiendo de ciertos factores, en ilícito. Es entonces que este ilícito se origina por el ejercicio de un derecho o facultad y al haber varias facultades, el abuso puede estar presente de distintas maneras, o dicho de otra forma, se puede abusar de distintas facultades o derechos subjetivos. Por esto a continuación, se hará un breve análisis de derechos que frecuentemente son abusados en su ejercicio, como lo son el abuso de la persona jurídica y el abuso del derecho a la jurisdicción o abuso del proceso, abusos que también han sido tratados en nuestra jurisprudencia. Pero primeramente, se hará un análisis del importante rol que juega la jurisprudencia dentro de un ordenamiento jurídico y como fuente de Derecho que es.

La Jurisprudencia como Fuente de Derecho ⁴⁰³

Habiendo dicho entonces que la figura del abuso del derecho se ha ido incorporando como tal, paulatinamente a diversos ordenamientos jurídicos, y que cuando éstos no los han incorporado, ha sido el juez, a través de las sentencias, es decir, a través de la uniformidad y unificación de los criterios y precedentes jurisprudenciales, quien vaya amoldando y definiendo el fin o función de los derechos, ergo, el límite de su ejercicio, por tanto cuándo hay un Abuso de Derecho. En cuanto a esto, Alterini acude a una vieja definición de Joaquín. Se dice que la jurisprudencia es “la costumbre que se tiene de fallar de tal o cual manera una misma cuestión”.⁴⁰⁴ Es de tal importancia la jurisprudencia, que viene a cumplir una función de creación del derecho, *iura novit curia* recogido en el artículo 4 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues es en la labor jurisprudencial donde se interpreta la ley, se la integra, se la completa⁴⁰⁵, y se le da sentido. Con respecto a la Jurisprudencia, Véscovi dice que esta “resulta fundamental, dentro de las fuentes del derecho, esta que constituye, para algunos, la verdadera vida de la regla, cuando ella se realiza al cumplirse la función jurisdiccional.”⁴⁰⁶ Así mismo, Alterini dice que “está fuera de duda la conveniencia de que los fallos tribunales no presenten contradicciones que afecten la necesaria certeza de las relaciones de derecho”.⁴⁰⁷ Es entonces que justamente en base a esta fuente de derecho⁴⁰⁸, la jurisprudencia, es que se tiene que ir delimitando y unificando el concepto y aplicación de esta cuestión, del abuso del derecho. Son

⁴⁰³ Art. 182 Código Orgánico de la Función Judicial.- Precedentes Jurisprudenciales.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

⁴⁰⁴ A. ALTERINI. *Derecho Privado. Introducción al Derecho Civil y Derecho Comercial. Tercera Edición.* Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995. p. 60.

⁴⁰⁵ De esta suerte que la legislación por una parte y la jurisprudencia por la otra, vienen a constituir las dos grandes fuentes formales del derecho. Antes de que selleva a cabo la obra jurisprudencial, la ley es evidentemente fuente muy incompleta del ordenamiento jurídico. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto. Obligaciones Volumen II.* Séptima Edición. Ed. Porrúa. México 1998. p. 313

⁴⁰⁶ E. VÉSCOVI. *Teoría General del Proceso.* Editorial Temis S.A. Colombia, 1999. p. 13

⁴⁰⁷ A. ALTERINI. *Derecho Privado. Introducción al Derecho Civil y Derecho Comercial. Tercera Edición.* Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995. p. 61.

⁴⁰⁸ “La jurisprudencia se nos presenta como fuente formal, ya que constituye un conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes.” M. MONROY CABRA. *Introducción al Derecho. Décima Edición.* Temis S.A. Bogotá, 1996 p. 168

precisamente los fallos, las sentencias y decisiones judiciales, las que unifican y dan vida a las normas del derecho adaptándolas a la realidad social y así ayudarán a definir la institución del abuso del Derecho para su aplicación práctica en el día a día del mundo jurídico.

Abuso de la Personalidad Jurídica

Las personas jurídicas, son entes ficticios a los cuales el derecho les dotó de personalidad jurídica, transformándolos en sujetos del derecho, para que con ello puedan vincularse en relaciones jurídicas con otras personas, ya sean naturales o igualmente jurídicas. Con ello, hay quienes aprovechan de la impunidad de la que saben que gozan, para “conseguir muchas veces objetivos reñidos con el derecho... porque sabemos de un sinnúmero de empresas que se han constituido... sin otra justificación que la de evadir el pago de impuestos, escapar al régimen de gananciales de la sociedad conyugal, o bien eludir el cumplimiento de un contrato, es decir, carecen de la justificación económica que dio lugar a la creación de la sociedad comercial.”⁴⁰⁹ Y es que en realidad, esta ficción jurídica creada por el derecho, al ser una persona distinta a la de sus integrantes, tiene personalidad jurídica propia, y por lo tanto puede vincularse jurídicamente, lo cual significa que ella puede ser abusada jurídicamente, usándola para eludir ciertas obligaciones por ejemplo. Es esta una de las maneras más comunes de abusar del derecho, ya que debido a la separación de patrimonios que ésta tiene del patrimonio de sus integrantes, es una figura bastante tentadora a la hora de tender preditorios fines.

Abuso del Derecho de acceso a la Jurisdicción

El abuso del derecho a la jurisdicción es un abuso del proceso, abusar del derecho de acceder a la justicia, de accionar. Esto se manifiesta a través de entablar procesos innecesarios, procesos mal fundados o infundados en que hay sinrazón del actor, procesos desviados o procesos excesivos, “es decir elegir la vía más lenta y costosa cuando con una más breve bastaría”.⁴¹⁰ Gardella, citado por Bilesio dice que “todas las conductas procesales que implican abuso del proceso... pueden contener el ingrediente subjetivo de malicia o

⁴⁰⁹ G. BORDA. “El Abuso de la Persona Jurídica en el Contrato de Sociedad” en *Contratación Contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor 2*. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. Director Editorial Temis. Bogotá Palestra Editores, Lima, 2001. p. 269.

⁴¹⁰ J. BILESIO. *Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal* en la obra *Abuso Procesal* Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 18.

temeridad, o descuido inexcusable, es decir dolo o culpa”⁴¹¹, pero estos componentes de índole subjetiva no son necesarios, pues bastaría con que se compruebe la existencia de un desvío o exceso en el ejercicio de los derechos subjetivos procesales.⁴¹² Esto nos da a entender que el autor citado se maneja con un criterio objetivista o funcionalista, esto es, que no importa que si hubo o no hubo dolo o culpa, pues bastaría ver la producción de un daño o que la norma en cuestión haya sido usada para un fin distinto para el que se la pensó.

Durante el transcurso del proceso así mismo, pueden llegar a darse posibles conductas que causen daños. Así, la negligencia es una conducta potencialmente dañosa, esta “existe siempre que alguna de las partes haya ocasionado con una conducta remisa, una demora que perjudique el normal desarrollo del proceso, dilatándolo injustificadamente.”⁴¹³ La negligencia es como una sanción para quien en caso de demora por ejemplo, no reclama o hace lo necesario para que se dé el trámite útil o necesario o la conducta que el caso requiera. La conducta puede ser también temeraria, esto quiere decir que “la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima parte de razonabilidad.”⁴¹⁴ Por otro lado la conducta puede ser también maliciosa. Esta se configura cuando se emplea arbitrariamente un derecho como el proceso en su conjunto, utilizando lo que la ley permite a las partes, pero en contraposición a los fines de la jurisdicción, atentando contra los deberes de lealtad, probidad, buena fe, con el objeto de tratar de obtener una sentencia que no correspondería o demorar indebidamente su decisión o su ejecución. Es así que se admite que si bien el proceso es un instrumento necesario para la defensa de otros derechos, y que es en sí un derecho, no es uno para ser “usado ilegítimamente para perjudicar, u ocultar la verdad y dificultar la recta aplicación del derecho, por lo cual debe actuarse en él de conformidad con las reglas de la ética”⁴¹⁵.

En atención a lo dicho, y teniendo en cuenta que estamos en análisis de conductas procesales, hay que tomar en cuenta las consideraciones que a continuación se hacen.

⁴¹¹ J. BILESIO. *Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal* en la obra *Abuso Procesal* Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 18.

⁴¹² Cfr. J. BILESIO. *Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal* en la obra *Abuso Procesal* Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 18.

⁴¹³ *Ibídem* p. 21

⁴¹⁴ *Ibídem*

⁴¹⁵ E. VÉSCOVI. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis S.A. Colombia, 1999. p. 11

Abuso y Malicia

Primeramente hay que notar que si es que en un proceso penal se declara que la acusación particular o querrela ha sido infundada y por lo tanto se la califica de maliciosa (sin perjuicio de que también se la califique temeraria), se está ya ingresando al terreno de lo penal, específicamente del delito de injuria como ya se vio anteriormente, ámbito que es diferente y que ya escapa de las manos del concepto abuso del derecho.

Abuso y Temeridad

Con respecto al concepto de temeridad, hay que decir que este implica denunciar imprudentemente, incluso bajo error pues dicho error marca una conducta imprudente, descuidada o negligente pero aun así esa denuncia provoca daños y perjuicios. Al no ingresarse al ámbito penal, parecería que la temeridad es lo mismo que el abuso del derecho. Sin embargo, consideramos que es necesario hacer distinciones que las hay, por más que también haya semejanza entre estos conceptos. Así, la temeridad implica una negligencia, imprudencia o culpa, la cual como ya dijimos en varias ocasiones no implica necesariamente el abuso del derecho, pues éste puede tener hasta dolo e incluso puede no tener ni el uno ni el otro y sólo determinarse por el daño. Vemos entonces que el concepto de abuso es más amplio que la temeridad en sí. Adicionalmente, la temeridad se da para los casos en que hay denuncias carentes de fundamento o mal fundamentadas, es decir se da por acudir a la jurisdicción. El abuso del derecho en cambio, si bien puede darse en el acceso a la jurisdicción, se puede dar también en el ejercicio de cualquier otro derecho o facultad.

La Carga de la Prueba

En ocasión de que se está tratando materia procesal, o en este caso abuso del proceso concretamente, queremos hacer referencia a lo que es el terreno de la carga de la prueba al calificar de abusiva una conducta. Así, hay que decir que los conceptos de malicia y temeridad deben ser interpretados y usados restrictivamente, es decir de forma que no se los use indiscriminadamente y de esta manera “vulnerar el derecho constitucional de derecho a la defensa al juicio”⁴¹⁶. Peyrano dice que “ante la duda debe estarse a que no ha existido un

⁴¹⁶ En cuanto a esto, Bilesio hace referencia a una sentencia diciendo que “ejemplo de ello es el fallo de la Cámara Civil y Comercial de Rosario que dice que la procedencia de las sanciones a los litigantes por temeridad o malicia es de interpretación restrictiva, toda vez que se trata de institutos que deben ser

abuso de derecho en materia procedimental”⁴¹⁷. Lo mismo expresa Maurino al decir que “el criterio de interpretación debe ser restrictivo. Se puede llegar al peligro del abusar del abuso procesal. Derivase ello, de la necesidad de que las partes no se vean impedidas de ejercer adecuadamente su derecho a la defensa en juicio”⁴¹⁸. Lo aquí expuesto re afirma la presunción de inocencia que nutre a los ordenamientos jurídicos. Sobre esto dice Ordoqui que “debe tenerse en cuenta que en caso de duda la resolución está a favor de aquel que usa su derecho”⁴¹⁹. Continúa dicho autor que “el abuso del derecho debe ser claro, real y con posibilidades de ser probado. Lo que se presume es que los derechos se ejercitan correcta y normalmente. Si se entiende lo contrario debe acreditarse, teniendo en cuenta la carga de la prueba el que invoca dicho extremo.”^{420 421}

Lo aquí dicho no es otra cosa la carga de la prueba ya establecida en nuestro ordenamiento procesal, es decir que quien alega el abuso del derecho, tiene la obligación de probarla. Esto va también de la mano con la presunción de buena fe en las actuaciones jurídicas y también el hecho de que la mala fe deberá probarse tal como lo dispone el artículo 722 del Código Civil⁴²². Así, cuando se alega la existencia de una conducta que implicó un ejercicio abusivo de una prerrogativa, incumbe a quien lo denuncia el probar dicho abuso, “debe especificarse cuáles son los fines que se contrariaron, cómo se pudieron haber transgredido las buenas costumbres o el orden público, cómo se excedieron los límites impuestos por la buena fe y la moral:

confrontados con el adecuado ejercicio del derecho de defensa que asiste a las partes”. J. BILESIO. *Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal* en obra *Abuso Procesal*. Peyrano Jorge, Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 21

⁴¹⁷ J. PEYRANO. *Abuso Procesal* Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 24.

⁴¹⁸ A. MAURINO. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p. 12.

⁴¹⁹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 84

⁴²⁰ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 122

⁴²¹ “la prioridad establecida de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de la prueba.” M. ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011. p. 175

⁴²² Art. 722 Código Civil.- La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse

“En caso de duda, se presume que quien ejerce un derecho lo ha hecho lícitamente ya que en materia de uso de derechos debe presumirse siempre el empleo correcto”⁴²³.

Introducción Sentencias Analizadas

Después de todo lo dicho, se ha procedido entonces a hacer un análisis de aquellos fallos, cabe aclarar únicamente de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en los que se hace referencia, más que sea por su nombre, a la figura del Abuso del Derecho. Y es que, como veremos más adelante, no existe uniformidad en las Salas de nuestro país en determinar con precisión qué es, y desde cuándo se puede considerar que hay abuso del derecho, por lo cual en algunas sentencias analizadas si bien se nombra a la institución en cuestión, se puede apreciar que no se trata de dicho instituto sino que más bien se lo confunde con otros. Y es que, como bien es sabido, “en derecho las instituciones se conocen más por sus efectos que por sus nombres”, siendo así entonces que a veces se califica a una determinada conducta como abuso del derecho, sin embargo de lo cual de abuso tiene únicamente el nombre ya que sus efectos corresponden a otro instituto que se podrá diferenciar y distinguir. Así por ejemplo, se encuentra un fallo⁴²⁴ en que se determina que hay abuso del derecho por haberse coaccionado a una determinada compañía a suscribir contratos ampliatorios de un contrato ya existente. Es claro que en este caso, si bien se está en ejercicio de un derecho (celebrar negocios jurídicos), y en donde además se encuentra un daño, cabe decirse que ya se está entrando al campo de los vicios de consentimiento, como lo es la fuerza, lo cual no puede configurarse como abuso al ya tener una regulación propia.

Otro ejemplo es el que se encuentra un error en cuanto a la determinación de esta figura, es la que se establece en una sentencia analizada de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que versa sobre daño moral, publicada en el Registro Oficial # 108 el 28 de junio de 2000⁴²⁵. En ésta se incurre en error al calificar una conducta como abuso del derecho. Y es que en ella se establece que se ha vislumbrado abuso

⁴²³ Anales de jurisprudencia uruguaya. T- II, v. I, caso 2. Let. Civil 5, (sentencia 59/954) en G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 41

⁴²⁴ Fopeco Cia. Ltda. vs. Industrial Agrícola S.A. Gaceta Judicial # 14 serie # 14 del 9 de febrero de 1987.

⁴²⁵ Ligña Sulca vs. Luz Elena Zurita. Registro Oficial # 108 Expediente de Casación # 189 del 28 de junio de 2000

del derecho en ejercicio de una prerrogativa jurídica. La prerrogativa a la que se refiere es la posibilidad de citar por la prensa a una parte. Sin embargo, esta facultad contiene una limitación legal establecida en el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil⁴²⁶ en el cual se establece que para solicitar por la prensa se debe afirmar con juramento que ha sido imposible determinar la individualidad o residencia del citado. Es así que en este caso, al haber hecho la citación por la prensa si previamente cumplir este requerimiento, es un hecho, y como lo acepta y se contradice la misma Sala, es contra ley. Es así que en este caso no habría abuso del derecho, pues si bien se origina en ejercicio de una facultad o potestad jurídica, su ejercicio fue en contra de norma expresa, dejando por ello de ser calificada como abusiva y sería más ilegal o contraria a disposición expresa.

Como esta tesina busca analizar únicamente las sentencias de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional de Justicia, de aquí en adelante, cuando se haga referencia a una sentencia, se entenderá entonces que es una de aquellas de la Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Tras hacer el análisis de algunas jurisprudencias que tocan o se acercan al tema del abuso del derecho, y teniendo en la mira todo el análisis que procede, se ha encontrado lo siguiente:

Teorías Subjetivas

Dijimos anteriormente que parte de la doctrina consideraba que bastaba el daño como para que se produzca abuso. Otro sector en cambio, llamadas las teorías Subjetivas, ven la intención o *animus nocendi* del agente, para determinar si hay abuso. Es así, que al poner atención en el factor subjetivo, la culpa y el dolo juegan un rol fundamental, pues ellos reflejan la intencionalidad, con la cual se aprecia entonces el interés perseguido, y por consiguiente se aprecia si es legítimo o digno de protección. Dicho esto entonces encontramos que en los fallos de los máximos Tribunales del Ecuador, para la determinación de abusivo o no de un acto, se toma mucho en cuenta la intencionalidad en el caso en concreto. Es decir, si es que hubo o no intención de dañar por parte del agente. Así, parecen los altos magistrados perfilarse como de la corriente subjetivista que pretende entender el ánimo del agente, esto es el *animus nocendi*. Y es que, como ya se señaló con anterioridad, los

⁴²⁶ Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento # 58 del 12 de julio de 2005

jueces en los casos que se ha visto conducta abusiva, especialmente en los casos de abuso del derecho de acción, determinan y analizan la conducta e intención del agente, para así, si es que hubo malicia o intención de dañar, se puede configurar delito, abriendo así la posibilidad de irse a un enjuiciamiento penal. Es del todo lógico esta postura que se ha encontrado en las sentencias, pues si bien el ánimo no es lo único que se debe tomar en cuenta para calificar de abusiva o no a una conducta, en el caso es necesario analizar dicha intención, pues si es que esta existe, se podría estar ingresando ya al campo de lo penal, al adecuarse la conducta al tipo penal y configurarse así un delito. Será la determinación de esta intención la que determinará, valga la redundancia, si es que cierto ejercicio de derecho ha sido abusivo o no, y más aún, dentro de lo abusivo, calificar si fue temerario o malicioso, con lo cual, para seguir el orden cronológico de ideas, determinar sus consecuencias, es decir si es que es delito o si es únicamente un ilícito civil que genera obligación de reparar.

Con ocasión de lo que se está tratando es pertinente analizar la doctrina que se puede decir que sigue la jurisprudencia nacional para la calificación de abusivo o no de un derecho. Una parte de la doctrina analizada, llamadas las teorías subjetivas, ponían su atención a la hora de determinar como abusiva a una conducta, sobre todo a intencionalidad del agente a cuando ejerza su derecho. Es decir veían si el agente actuó con dolo o con culpa. Así, si es que no se determina la existencia de alguno de estos dos elementos, culpa o dolo, no habría por qué juzgar de abusivo a un actuar jurídico. Anteriormente, con ocasión del comportamiento de las partes y circunstancias del caso, dijimos que la jurisprudencia nacional se ha inclinado, cuando de calificar de abusiva a una conducta, a considerar el comportamiento o la intencionalidad el agente causante, presunto abusador, es decir si ha ejercido su derecho culpable o dolosamente. Es así, que los jueces de las supremas Salas de Justicia, tienen una postura subjetivista y tradicional, mirando la intencionalidad, para ver si hay abuso o no. Y es que, los jueces han buscado el *animus* del agente en su actuar para ver si es que ha habido conducta abusiva o no. Así, en reiteradas ocasiones hacen referencia que el abuso del derecho es delito o cuasi delito, dependiendo si en el actuar ha habido malicia/dolo o si hubo culpa/temeridad. Por ejemplo en un fallo analizado⁴²⁷ se establece que “el

⁴²⁷ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003

ejercicio abusivo puede ser cuasidelito si es con culpa”⁴²⁸ o que el ejercicio abusivo “puede ser delito si con malicia”. Así mismo otras veces determinan para qué se hizo el acto, y ahí están analizando la conducta del agente, lo que perseguía, en últimas, su intención, lo cual confirma que cuando no han encontrado que existe culpa o dolo en el ejercicio de la prerrogativa jurídica, no hay abuso del derecho. Es entonces que después de analizado estos fallos se puede sostener que de acuerdo a estos, cuando no hay culpa o dolo, no se puede estar hablando de un abuso de derecho, y al no encontrar por el momento una excepción que diga lo contrario, se puede sostener que existe una postura subjetivista.

Es así que de acuerdo a lo analizado se puede apreciar que los máximos Tribunales Nacionales asemejan, y hasta confunden en cierto punto al abuso del derecho con otras figuras como el delito y el cuasi delito. O más precisamente, podemos decir que para la jurisprudencia ecuatoriana en general el abuso del derecho puede llegar a configurarse delito, o cuasi delito. Rechazamos esta última postura, pues si bien, el actuar abusivo también es ilícito, tiene sus particularidades y diferencias que vale volver a destacar, pues de lo contrario, no tendría sentido hablar de esta institución debido a la existencia de las figuras del delito y el cuasi delito.

Hemos dicho que la característica de el abuso del derecho, es que se origina en un derecho, lo cuales lícito en un comienzo pero al ejercitarse deviene en ilícito por causar un daño. En el delito en cambio no hay ejercicio de derecho alguno, nadie tiene derecho a robar, a matar, a estafar. Los delitos son tipos especificados taxativamente en la legislación penal, por lo que ya tiene su propia regulación, el abuso es un ilícito del campo civil, no tipificado, pero sí sujeto a sanción. Es un ilícito atípico, como dijimos anteriormente, que no atenta contra una regla, sino contra un principio. Adicionalmente, el delito es necesariamente culposo, pues es una de sus características junto con el ser antijurídico y típico. En el abuso del derecho no se requiere necesariamente dolo o culpa, pues si bien puede haber abusos dolosos y culposos, también los hay sin ellos. Si bien el abuso es un ilícito civil, no se lo puede tomar igual que a un cuasi delito, pues éstos últimos, suponen imprudencia o negligencia, mientras que como ya se dijo en varias ocasiones, el abuso del derecho no supone necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo. Hay que agregar que los cuasi

⁴²⁸ En la sentencia del juicio Ligña Sulca vs. Luz Elena Zurita. Registro Oficial # 108 Expediente de Casación # 189 del 28 de junio de 2000 por su parte dice que es “cuasidelito si con temeridad”.

delitos no se originan en una relación jurídica específica ni en ejercicio de un derecho subjetivo, mientras que el abuso, necesariamente implica el ejercicio de tal derecho. El cuasi delito supone necesariamente ausencia de relación contractual, lo cual no supone necesariamente el abuso del derecho. Adicionalmente no se puede afirmar que abuso del derecho es lo mismo que un cuasidelito, pues éstos ya tienen regulación específica mientras que el instituto materia de la presente investigación no la tiene. Es entonces un error conceptual en el que incurre en su mayoría los precedentes analizados, pues confunden (esto es lo toman por lo mismo) al abuso del derecho y al cuasi delito, sin tomar en cuenta que puede ocurrir que se den situaciones que no caigan exactamente bajo la figura de delito o cuasidelito, y desestimarían y justificarían por tanto la existencia de un daño injustamente causado.

Función Social

Otra parte de la doctrina, habíamos dicho que no toma en cuenta tanto la intencionalidad del agente, cuanto sí lo ponen en la función social que está llamado a cumplir el derecho en cuestión para determinar de abusivo un ejercicio de derechos. Así, sus partidarios ponían atención en lo que razonablemente se puede pretender a través del ejercicio de dicho derecho. Si es que su ejercicio no coincide con el fin social que el ordenamiento jurídico pretende para dicho derecho habría abuso. Cabe repetir y decir que la función social de las prerrogativas será determinada por el juez, y no será determinada por la voluntad del legislador que solo atrasaría y obstaculizaría el derecho por su falta de adaptación a la realidad. Algunos de los fallos analizados⁴²⁹ en el presente trabajo, no se alejan totalmente de este criterio. Si bien sí ponen atención en la intencionalidad del agente, también hacen alusión a las funciones sociales que está llamado a cumplir cada derecho. Este tipo de abuso es llamado abuso subjetivo, es decir, cuando “surge una divergencia entre la finalidad de la ley y el fin del sujeto o agente”.⁴³⁰ Así, en los fallos se determina que sería abusivo un ejercicio que sea antisocial, anormal, excesivo, irregular, y desconsiderado, “desviándolo de su razón de ser” y perdiendo su justificación económica y social. De otro

⁴²⁹ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003; Puma Shaguí vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003; Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001; Alberto Manrique vs. Banco del Pacífico. Gaceta Judicial # 2 del 26 de mayo de 1999.

⁴³⁰ A. MAURINO. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p. 10

modo, en una decisión judicial de varios de los juicios analizados, en la que se pretende que se declare de abusivo el empleo de medidas cautelares, no se acoge esta pretensión, pues el ejercicio del derecho fue conforme a su fin social, es decir, para precautelar su crédito. Si bien no ha sido el único factor que han aplicado los jueces para apreciar conductas abusivas, sí es importante que este criterio sea puesto en práctica, pues el derecho tiene como misión regular la vida civilizada, ese es su fin, y si es que alguna facultad otorgada no se encamina hacia dicho fin, y por el contrario lo enturbia, se podrá calificar de antisocial y abusivo dicho ejercicio. No es raro este criterio, pues hay que decir que es una de las maneras de interpretar la ley de acuerdo a las disposiciones preliminares del Código Civil Ecuatoriano. Es entonces que el fin social de cada derecho sirve de apoyo para los Magistrados para dilucidar temas de abuso.

Buena fe

Un elemento indudable e indispensable, para diferenciar la delgada línea entre lo que es ejercer un derecho de lo que es abusar de un derecho, es el principio de la buena fe. Dicho de otro modo, este es un límite fundamental para el ejercicio de los derechos subjetivos. La buena fe resulta ser “una directiva de conducta debida en parámetros de lealtad, honestidad, diligencia, que se presenta en un plano subjetivo (creencia de obrar bien) y en otro plano objetivo (como la norma de conducta debida)”⁴³¹. Así, los precedentes en cuestión, aceptan este lineamiento generalmente. Han llegado entonces a calificar y a determinar la existencia de abuso del derecho cuando las actuaciones han atentado contra la buena fe. Así, el denunciar a alguien por un delito de estafa no comprobado, atenta contra la buena fe, pues no muestra un actuar diligente y prudente. Igualmente, como por ejemplo en la sentencia del caso Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003, se llega a desestimar la personalidad jurídica de una persona jurídica, puesto que su razón de ser.

Así también, ejecutar un contrato de mala fe⁴³², beneficiarse de su propio dolo⁴³³, pretender el cumplimiento de una obligación sin que uno haya cumplido previamente la

⁴³¹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 65

⁴³² “El principio de la buena fe es uno de los pilares sobre los cuales se asienta la hermenéutica negocial. ... es el obrar bien con sinceridad y sin reservas” J. GONZÁLES PÉREZ. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en *El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal* Director Faustino

suya⁴³⁴, impedir que una parte cumpla su obligación⁴³⁵, son claramente conductas que no van de suyo con un comportamiento de acuerdo a la buena fe y que así ha sido determinado por los altos órganos de justicia. Y es que este deber de comportarse según buena fe “se proyecta a su vez en las dos direcciones que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe, las obligaciones deben cumplirse de buena fe”⁴³⁶. La buena fe se presenta así como un “principio general del ordenamiento y como un criterio rector emergente de la regla moral que estatuye un modelo de conducta que opera como patrón al cual se deben atener los sujetos para merecer el amparo del derecho en sus relaciones jurídicas”.⁴³⁷ Resulta del todo lógica la buena fe como límite al ejercicio de los derechos, pues el actuar de buena fe, presume que uno tiene un interés legítimo al momento de actuar, lo cual es precisamente lo que el Derecho busca proteger. Al respecto se dice que “la buena fe cumple una función supletoria, integradora y correctora o limitadora del ejercicio de los derechos y el contenido del contrato”⁴³⁸.

Legitimación Activa

Hemos ya dicho que la particularidad de este ilícito atípico⁴³⁹ es que se origina en el ejercicio de una facultad o prerrogativa jurídica, esto es en ejercicio de un Derecho Subjetivo. Y que dicho ejercicio, al pasar ciertos límites, al desviarse de su fin, al ejercerse irregular y arbitrariamente, y al causar daño ya dejaría de ser usado para ser abusado y entrar al campo de lo ilícito. Pero primeramente y como en su oportunidad se habló de los derechos subjetivos y el abuso, dijimos que era requisito indispensable que para que se pueda abusar de un derechos subjetivo que quien lo ejerce sea titular del mismo. Es esto en realidad la nota que lo caracteriza, puesto que si no se toma en cuenta esto, podría confundirse al abuso con el cuasi delito. Este criterio lo expone la Sentencia de la Primera Sala de lo Civil y

Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006. p. 369

⁴³³ Tito Yépez vs. Time Sharing S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 7 Serie # 17 el 29 de agosto de 2001.

⁴³⁴ López vs. Galán. Gaceta Judicial # 8 Serie # 14 del 27 de marzo de 1985

⁴³⁵ Fopeco Cia. Ltda. vs. Industrial Agrícola S.A. Gaceta Judicial # 14 serie # 14 del 9 de febrero de 1987

⁴³⁶ J. GONZÁLES PÉREZ. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en *El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal* Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006. p. 327

⁴³⁷ J. Garibotto. *Teoría General del Acto Jurídico*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991 p. 35

⁴³⁸ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 60

⁴³⁹ M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006.

Mercantil de la Corte Nacional de Justicia Rubén Morán vs. Onofre y Morán. Registro Oficial # 273 Expediente de Casación # 393 del 9 de septiembre de 1999, en la cual, se demanda indemnización de daño moral “por abusar del derecho a presentar una demanda y tramitarla en el seno del sindicato” pero la sala rechaza la demanda ya que dice que debió contarse con el Sindicato General de Choferes Profesionales del Guayas para el caso, ya que es un caso de litis consorcio necesario, razón por la cuál se carecería de aquella legitimación activa o titularidad del derecho.

Deber Jurídico

Con ocasión de los límites de los Derechos Subjetivos, y en relación a estos mismos Derechos Subjetivos, se habló que éstos contienen dos lados, un derecho facultad, y un deber. Es decir que ambos son dos caras de la misma moneda o lo que es lo mismo decir que el uno presupone el otro y viceversa, pues el uno no puede existir sin el otro. Es así, que cuando uno tiene una facultad jurídica, esta, como ya se dijo, no es ilimitada, infinita o absoluta, sino que sí tiene límites dentro de los cuales podrá ejercerse. Siendo además el derecho un medio para realizar la vida en sociedad, no puede este mismo permitir que se abuse de él, desviándolo de su fin para lograr fines aborrecibles no dignos de protección jurídica, yendo contra el sentido mismo del Derecho, es decir creando injusticias y desigualdades. Así, junto a mis derechos, existen otros derechos que se desenvuelven de igual manera en el mismo medio, y cuando un ejerce abusivamente un derecho, puede causar daño a otros y así invadir su esfera de tranquilidad, invadiendo su derecho. Por esto, una persona al tener un Derecho subjetivo, tiene necesariamente un deber jurídico como contra parte, que es un deber genérico de abstención de no dañar a los demás. Servio Tulio Ruiz establece la “bilateralidad como carácter de las normas jurídicas, las cuales se diferencia de las sociales porque aun mismo tiempo imponen un deber para un sujeto y reconocen contemporáneamente un poder a otros”⁴⁴⁰.

En este sentido, la jurisprudencia ecuatoriana lo ha establecido directamente al decir que una conducta abusiva implica “una transgresión de un deber genérico de respeto a los demás impuestos por el ordenamiento jurídico al titular del Derecho”⁴⁴¹ y el deber de “no

⁴⁴⁰ S. RUIZ, *Teoría del Acto Punible*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1981 p. 112

⁴⁴¹ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003

dañar a los demás”⁴⁴² ⁴⁴³. Es así que se ve que el daño se produce por violar aquél deber jurídico de respetar y no dañar a los demás, un deber que lo tenemos todos hacia a todos, para vivir civilizadamente. Así, por ejemplo en las sentencias revisadas en las que se produce un abuso de la persona jurídica, si bien puede parecer que hay un incumplimiento de obligaciones específicas establecidas de pagar sus deudas, o de recibir los pagos, sostenemos que ello no es así porque en este caso es el ejercicio del derecho a asociarse y desarrollar actividades económicas el que ha sido abusado, con el cual no se incumple una obligación, sino se ejerce un derecho, pero es en base a ese ejercicio se produce el incumplimiento del deber de no dañar a los demás; otro cosa diferente es que a raíz de este abuso, se ha producido adicionalmente incumplimiento de obligaciones específicas plasmadas en el contrato. Hay que subrayar que el incumplimiento de las obligaciones tiene su origen en el derecho de libertad de contratación, y no en el ejercicio del derecho a asociarse y formar personas jurídicas. Y es que si es que se cree que el deber incumplido es el de pagar las obligaciones, se está incurriendo en otro error, pues ahí ya se trataría de otra institución como es el incumplimiento contractual.

Incumplimiento de Obligaciones

Ya que estamos en el terreno del deber jurídico, hay que decir y aclarar que no hay que confundir el abuso del derecho con el incumplimiento de las obligaciones⁴⁴⁴, pues al respecto existen diferencias sustanciales. Primero que nada, nadie tiene el derecho a incumplir una obligación, por lo que al incumplir no se estaría ejerciendo derecho alguno. Segundo, el abuso del derecho puede darse sin que exista una relación jurídica contractual, como por ejemplo en un caso en que se hagan declaraciones que atenten contra la honra de una persona, mientras que el incumplimiento de obligaciones necesariamente se origina en una relación jurídica preexistente. Tercero, incumplir obligaciones es incumplir disposiciones específicas pactadas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, mientras que el abuso del derecho implica desde un punto de vista, el incumplir el deber genérico de no dañar a los

⁴⁴² “Antijurídica es la conducta transgresora de una norma jurídica que prohíbe dañar. J. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General II*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997 p. 486

⁴⁴³ Sotalín Carvajal vs. Wilson Mantilla. Gaceta Judicial # 5 Serie # 17 del 28 de febrero de 2001

⁴⁴⁴ “Los derechos relativos llamados también genéricamente obligaciones, los tenemos contra una o varias personas determinadas.” E. AFTALIÓN. JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998 p. 579

demás. Adicionalmente, dentro de un contrato, yo puedo abusar del derecho, al pactar cláusulas abusivas, o al ejercer facultades que vayan en contra de una conducta honesta o leal, lo cual no es lo mismo que incumplir obligaciones pactadas en el contrato.

En un fallo se llega a determinar que una actitud tendiente a mantener en mora al deudor es una actitud maliciosa, lo cual es abuso del derecho. En este caso en específico, parecería que la sala confunde al abuso del derecho con un incumplimiento de las obligaciones contractuales. Y es que, en una relación contractual en que hay derechos y obligaciones, cada derecho cuenta con su obligación correspondiente. Así, en una compraventa por ejemplo, es derecho del vendedor el que le paguen el precio. Pero así mismo como tiene este derecho, también tiene la obligación de recibir el precio y aceptarlo, pues de lo contrario estaría en una conducta atentatoria de la buena fe, que si bien puede ser calificada como abusiva ya que no se sale de la ley, puede ser considerada como incumplimiento de una obligación contractual. Es entonces que exceptuando aquella Sentencia Ligña Sulca vs. Luz Elena Zurita. Registro Oficial # 108 Expediente de Casación # 189 del 28 de junio de 2000, en la que se dijo que es violar una ley expresa más que abuso, se encuentra por lo demás que los fallos tribunales reciben el criterio doctrinal expuesto, en el cual con el ejercicio abusivo de los derechos, lo que se viola es un deber genérico jurídico, de respetar y no dañar a los demás. Esto confirma lo ya dicho, esto es que lo que se afecta es un interés jurídico no protegido expresamente por el ordenamiento jurídico como por ejemplo un delito o el incumplimiento de un contrato.

Circunstancias del Caso

Al igual que lo que expusimos en la doctrina en cuanto al papel del juez en la determinación de esta figura, se encuentra también dentro de los fallos analizados del máximo tribunal de justicia de la República, que al ser el abuso del derecho una institución amplia, de vasta cabida y por ser un concepto indeterminado en que el juez entra a jugar un rol fundamental, en que debe indagar sobre las circunstancias del caso en particular. Pues a diferencia de otros casos en que por ejemplo el juez debe determinar si se han cumplido o no los requisitos para que surta efectos el contrato de promesa de acuerdo al artículo 1570 del Código Civil por ejemplo, o si se han seguido los procedimientos legales obligatorios para elegir el directorio o reunir a la junta general de accionistas, en el caso del abuso del derecho, al ser un principio que debe ser cumplido al máximo posible, el juez gracias a las

circunstancias del caso y el estado o condición de las partes, determinará si es que ha habido un abuso del derecho o no. Así lo ha determinado la jurisprudencia, al decir que “queda a la prudencia del juez determinar el valor de la indemnización tomando en cuenta las circunstancias del caso” y, agrego yo, determinar si es que ha habido o no conducta abusiva. Es decir, los límites del ejercicio regular o socialmente admisible de un derecho deben ser apreciados por el juez, pero tomando en cuenta las circunstancias personales de las partes y del tiempo.

Así por ejemplo, en la sentencia de la Primera Sala, Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003, se llega a determinar, entre otras cosas, que debido a que el actor no tenía porque saber de los cambios de la figura societaria, sí hay abuso del derecho en el hecho de que se cambie de denominación la persona jurídica, para así argumentar que se ha demandado a quien no se debe. Es decir, no se encuentra una conducta negligente por parte del sujeto vulnerado. Por el contrario, en otra sentencia⁴⁴⁵, tras una lectura, la Sala dice que se podría haber configurado abuso del derecho, pero que no hay tal ya que una de las partes de la relación, el actor, es abogado, y que por razón de su profesión u oficio, este debía saber que las actuaciones que se estaban dando no eran deseables para el derecho, así mismo se han inclinado los Magistrados en otro fallo.⁴⁴⁶ Sería entonces que si no hubiera habido conducta negligente por parte del afectado, sí hubiera abuso del derecho. En otras ocasiones, es decir, en otros fallos⁴⁴⁷, se hace un análisis de la pretensión del actor de que se declare que ha habido abuso del derecho del acreedor que ha embargado bienes que superan por mucho el monto de la deuda. La Sala determina que no hay abuso primero porque el deudor, libre y voluntariamente aceptó hipotecar y preñar bienes, segundo porque adicionalmente, el deudor pudo evitar la ejecución de los bienes cumpliendo sus obligaciones, lo cuál no lo ha hecho, razón por la cual es imputable a él que se le hayan secuestrado dichos bienes, por lo que se le atribuye una culpa, y por ende, no se puede declarar que ha habido abuso por parte de la otra parte. Es entonces, que los precedentes analizados, al igual que en la doctrina, las circunstancias personales de ambas partes entran a ser determinantes para determinar la existencia de una conducta abusiva.

⁴⁴⁵ Tito Yépez vs. Time Sharing S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 7 Serie # 17 el 29 de agosto de 2001.

⁴⁴⁶ Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001;

⁴⁴⁷ Alberto Manrique vs. Banco del Pacífico S.A. Gaceta Judicial # 2 Serie # 17, de 26 de mayo de 1999

En este caso, cabe recalcar que la circunstancia particular que se da en el caso de la jurisprudencia es que en el caso de ser culpable por imprudente, son circunstancias y estados de las partes que el juez ha tomado en cuenta y que ha sido determinante para descartar o no la existencia de abuso de una prerrogativa jurídica. Así, se dice con mucho tino que “para identificar la conducta ilícita del que abusa de su derecho, no debe hacerse en forma parcial o unilateral, considerando sólo la conducta del que ejerce este derecho en forma aislada, sino que debe necesariamente estudiarse la situación del que sufre las consecuencias del ejercicio de este derecho”⁴⁴⁸. Punto en el cual coincidimos, pues se confirma así el hecho de que no puede uno beneficiarse de su propia conducta imprudente y lo cual es avalado por el artículo 2230 del Código Civil que dispone: La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

Se llega entonces después de este análisis a dos conclusiones. La primera es que para los precedentes analizados las circunstancias son fundamentales para calificar una conducta como abusiva, teniendo en cuenta que las circunstancias, implica ver el estado y capacidad de las partes. Se dice incluso que “la legitimidad en el ejercicio del derecho se debe considerar no sólo a partir del ejercicio del derecho sino que se debe ponderar la situación de la persona o el patrimonio sobre el que recae el ejercicio de ese derecho.”⁴⁴⁹ Lo segundo que se desprende es que es indispensable de acuerdo a esta interpretación, que la persona afectada por el ejercicio supuestamente abusivo de un derecho no tiene que ser considerada como imprudente, negligente o culpable para que se considere que se ha cometido un abuso contra ella, pues esta conocía o debía conocer que dicha conducta era lesiva y hubiera podido haber actuado de diferente manera al respecto. Así, hay que tener cuenta que no tenga culpa quien ha sido lesionado por el ejercicio abusivo, es decir que en su actuar haya procedido razonablemente, y adicionalmente que “para identificar esto se debe recurrir a la consideración de casos similares en circunstancias económicas y sociales”⁴⁵⁰, lo cual podría llegar a decirse que es lo que se acostumbra, esto es, la costumbre.

⁴⁴⁸ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 97

⁴⁴⁹ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 21

⁴⁵⁰ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 126

Costumbre

La costumbre, aquél comportamiento repetido, aquellos usos aceptados por un conglomerado determinado en una época determinada, así mismo, pero con menos énfasis que la moral, ha sido tomada en cuenta en algunas ocasiones como pauta para determinar una conducta abusiva. La sentencia que versa sobre el caso Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003 dice al respecto que la voluntad abusiva no puede rebasar el límite de la costumbre. Así, esta también constituye un límite al ejercicio de los derechos, pues precisamente la costumbre exige que se ejerza los derechos de manera práctica, como los ejerce la regularidad de las personas en un momento dado. En cuanto a esto, sostenemos por nuestra parte que hay que tener en cuenta que por norma expresa, la costumbre sólo es fuente de derecho cuando la ley se remite a ella, razón por la cual, no podríamos hablar en positivo o en general que la conducta debe ser un límite al ejercicio de los derechos, sino que debe ser únicamente considerada cuando la ley se remite a ella.

Moral

Torré, sostiene que “no hay que caer en el error de creer que el Derecho y Moral sean cosas antagónicas”⁴⁵¹. Así las cosas, la jurisprudencia nacional de las Salas de lo Civil y Mercantil de la ahora llamada Corte Nacional de Justicia también han tomado a la moral como un límite al ejercicio de los derechos o prerrogativas. Dicho de otro modo, la moral ha sido y es una pauta importante que lleva a los magistrados a dilucidar e identificar cuando se estaría hablando de una conducta abusiva o mejor dicho de un ejercicio abusivo de los derechos. Así, determinan que una conducta abusiva, es aquella que es contraria sustancialmente a la moral social⁴⁵², y que este tipo de conductas, junto con el fraude, son actuaciones que la moral pública no puede aceptar jamás.⁴⁵³ Lo mismo, pero puesto a la inversa, en otra sentencia no se encuentra que hay abuso del ejercicio de un derecho porque no se encuentra que se haya atentado contra la moral pública y que en todo caso se actuó

⁴⁵¹ A. Torr . Introducción al Derecho. Perrot, Buenos Aires, 1998. p. 144

⁴⁵² Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, Serie # 17 del 22 de julio de 2003

⁴⁵³ Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003

razonablemente.⁴⁵⁴ Una Sentencia de la Primera Sala⁴⁵⁵ dice que “la buena fe descansa en la moral”⁴⁵⁶. Se evidencia entonces tras el análisis de los fallos, que la moral es tomada en cuenta a criterio de los juzgadores. Borda cita a Catherein quien dice que “Si se quita el carácter moral del derecho y de sus deberes, se quita toda su dignidad, y toda su nobleza al orden jurídico entero, rebajándola a una suma de medidas coercitivas, a un sistema policíaco”⁴⁵⁷. Al respecto, si bien se dice que la moral es inspiradora del derecho pues “el legislador suele generalmente inspirarse al dictar la ley en ideas de orden moral o político”⁴⁵⁸, hay que decir que primero que nada habría que determinar qué es moral, y de qué moral estamos hablando. Adicionalmente habría que determinar de acuerdo a quién o qué se establece lo moral o inmoral. Es así, que si bien este tema ha sido tratado tanto en la doctrina como la jurisprudencia, nos parece que es un concepto demasiado ambiguo, el cual atribuiría excesiva discrecionalidad al juez de turno que será peligrosamente quien determine o más claro establezca qué es moral y qué no lo es.

Interés

El abuso es sinónimo de injusticia exceso, extralimitación, exageración, desconsideración, explotación, infracción, usura⁴⁵⁹, puede decirse que es prácticamente lo opuesto a lo que es Derecho. Justamente, cuando uno en ejercicio de su derecho, se excede, extralimita, es desconsiderado, o exagera, el derecho ejercido se desvirtúa, pues su ejercicio es arbitrario, y el interés que persigue ya no tiene justificación digna de amparo para el Derecho. Cabe recordar, que este exceso, extralimitación, o abuso, de acuerdo a parte de la doctrina, no requería que haya intención o culpa, pues basta que se produzca el daño para que se pueda calificar como daño, o que el interés que se persiga es distinto al que la norma buscaba. En algunas de las decisiones judiciales analizadas, se aprecia que para calificar o no

⁴⁵⁴ Sentencia de Tercera Instancia Plua Bustamante vs. Phoenix Assurance Company Ltd. Gaceta Judicial # 5 Serie # 9 del 30 de julio de 1959

⁴⁵⁵ Páez Taco vs. Edgar Sotomayor. Gaceta Judicial # 14 Serie # 16 del 26 de febrero de 1999

⁴⁵⁶ La regla moral no es tan sólo un límite a la autonomía privada y que por tanto constituye un criterio externo al acto jurídico, sino que se penetra en él y rige las relaciones que de él nacen. Esta regulación de la conducta de los otorgantes del acto jurídico con sujeción a la regla moral se cumple mediante el impero de un principio general que es derivación de aquella del principio de la buena fe, que se ha dicho que “es un principio jurídico general y superior en todo ordenamiento social jurídicamente organizado” J. GARIBOTTO. *Teoría General del Acto Jurídico*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991 p. 35

⁴⁵⁷ G. BORDA, *Manual de Derecho Civil. Parte General. Décima novena Edición*. Perrot. Argentina, 1999 p. 14

⁴⁵⁸ G. BORDA, *Manual de Derecho Civil. Parte General. Décima novena Edición*. Perrot. Argentina, 1999 p. 13

⁴⁵⁹ “Abuso” en *Diccionario de Sinónimos y Antónimos*. Grupo Editorial Océano. Barcelona, 1991.

de abusivo el ejercicio de un derecho subjetivo, se toma en cuenta si es que dicho ejercicio tiene justificación. Es decir, si es que el interés que persigue es justo y por ende digno de protección jurídica, y que no se lo hizo con la única intención de causar daño. En otras palabras, se ve si es que el ejercicio del derecho se lo hace arbitrariamente, por puro capricho y sin razón alguna. Así, las Salas en varios fallos, para determinar si es que se ha actuado abusivamente o no en el ejercicio de un derecho, ha buscado si es que hay una razón fundada, un interés legítimo para dicho ejercicio, o como se ha dicho también la “utilidad del acto” y dependiendo de ello calificar como abusiva o no una conducta. Es entonces, que han determinado que es desconsiderado y se ha calificado de abusiva, aquella conducta que tenga “predatorios fines”⁴⁶⁰ en que se busca evadir el cumplimiento de deberes y obligaciones, burlar la ley o perjudicar a terceros “privándolos de aquello de lo que tienen Derecho”.⁴⁶¹ Así mismo, presentar una denuncia penal infundada, y siempre que no se ingrese al ámbito penal con la calificación de denuncia maliciosa agregamos nosotros, es no tener una justificación válida y fundada para haber presentado dicha demanda, por lo cual puede ser una conducta abusiva. A la inversa, si es que se encuentra que en efecto el interés en el ejercicio de la facultad es digno de protección jurídica, es decir es justificable la actuación, no se incurrirá en abuso del derecho. Tal ocurre por ejemplo si es que uno hace uso de una facultad jurídica, en el tiempo y forma que el contrato que se ha celebrado libre de vicios y voluntariamente le concede.⁴⁶² Otro fallo⁴⁶³ confirma esto en el hecho de que se pretende se declare como abusivo el ejercicio de un derecho, pero la Sala determina que no hay tal, puesto que dicho ejercicio tenía un interés y era útil, pues quería precautelar su crédito. Es así, que el uso de una facultad jurídica de esta naturaleza, ejercida en la forma y tiempos convenidos, no sería arbitraria, y por ende no habría abuso, pero si dicha facultad se la usa desconsiderada o imprudentemente y si es desviada para el fin para el cual fue pensada, llegaría a constituir abuso del derecho⁴⁶⁴.

Daño

⁴⁶⁰ Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003

⁴⁶¹ Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001

⁴⁶² Alberto Manrique vs. Banco del Pacífico S.A. Gaceta Judicial # 2 Serie # 17, de 26 de mayo de 1999

⁴⁶³ Ibídem

⁴⁶⁴ Salame vs. Filanbanco S.A. Registro Oficial # 630 Expediente de Casación # 127 del 31 de julio de 2002

Otra posición en cambio, vimos que únicamente exigía la producción de daño por ejercicio de un derecho subjetivo, para que se pueda calificar de abusiva la conducta y por consiguiente que origine la obligación de indemnizar o reparar, más allá de toda intención o no que haya habido por parte del agente. Es decir, no le interesa saber si es que hubo culpa o dolo, basta con la producción del daño⁴⁶⁵. Esta corriente seguiría aquella de que “quien hace daño debe reparar” y el hecho de que nadie tiene derecho a hacer daño a otro y que nadie tiene porqué soportar un daño excesivo e injusto. Esto no sería otra cosa que la responsabilidad objetiva, en la que basta que haya daño, más allá de si hubo intención o no, para que haya la obligación de indemnizar o responder por el daño. Esto de aquí se aparta de lo que dice el artículo 2229 del Código Civil que reza: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Se aparta de esto por el hecho de que busca la malicia o negligencia para que pueda haber imputación, cuestión que a la Responsabilidad Objetiva no le interesa. Peryano se inclina en este mismo sentido cuando se refiere específicamente a materia procesal, éste enseña que

“un acto sería abusivo cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento, siempre u cuando dicha desviación haya causado un daño procesal. Se resalta la no concurrencia del factor subjetivo de atribución (dolo o culpa del agente) lo que persigue así una concepción “que no resulte estrangulada por requisitos subjetivos que en muchos supuestos no concurren y que no obstante ello igualmente generan perniciosas desviaciones procesales que no han sido precedidas por culpa o malicia de nadie”⁴⁶⁶.

Consideramos acertada esta postura, es decir, de que si se causa un daño, por más que sea sin dolo o culpa, si este daño es injusto o no habría porqué sufrirlo, este daño deberá ser reparado.

Pero antes de analizar lo que dice la jurisprudencia con respecto a este tema, cabe aclarar que hay que diferenciar el hecho de que con abuso del derecho se cause daño, al hecho de que el daño sea ingrediente básico y último que configure abuso del derecho, pues resulta que para unos puede haber daño y no abuso ya que no hubo intención, mientras que para otros, aquel daño no intencional podría ser lo clave para encontrar una conducta abusiva.

⁴⁶⁵ “No solo es el principio de la buena fe sino también el de evitar daños injustificados, lo que justifica estas figuras”. ATIENZA MANUEL Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006 p. 77

⁴⁶⁶ J. PEYRANO. Director. *Abuso Procesal* Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001 p. 3

Existencia de Daño

En ocasión de las diversas teorías que existen con respecto a la conceptualización del abuso del derecho, se dijo que algunas teorías pretendían que para que haya abuso del derecho tiene que haber habido al menos culpa o dolo, otras teorías sostenían que no hacía falta indagar en la intención del agente, que basta que se produzca un daño para que se pueda configurar un abuso. Así, “si se causa un daño injusto, debe ser resarcido aun cuando se pretenda legitimidad en la titularidad de algún derecho a la hora que se causó ese daño”⁴⁶⁷. En todo caso, ambas teorías, sea o no la subjetivista que ve el *animus*, establecen que para que haya abuso se requiere la existencia de un daño serio y real, o al menos serias posibilidades de que se cause uno. A su vez, el daño sufrido debe ser injusto, no razonable, y puede ser daño económico o daño moral.

En atención a esto, los precedentes jurisprudenciales analizados, confirman el hecho de que es necesario que exista un daño para que se configure abuso del derecho. Así, se determina que el daño puede ser moral⁴⁶⁸, y su fundamento es actos o detenciones arbitrarias, procesos injustificados o expresiones deshonrosas. Se evidencia también en la jurisprudencia, que en algunos casos, el daño producido es también patrimonial, en que mediante el abuso de la personalidad jurídica por ejemplo, se intenta evadir obligaciones, y así se causa daño a los acreedores privándoles de lo que tienen derecho: su crédito. Desde otro punto de vista, un fallo analizado no encuentra que haya abuso del derecho puesto que no se encontró daño injustificable alguno. Y es que, si es que en este caso en particular una de las partes sufrió un daño en su patrimonio, es justificado ya que su actuar fue incumplido y negligente. Cabe decir que dentro de las sentencias analizadas no se encontró que exista abuso del derecho por un daño no producido es decir por un daño latente, cuestión que de seguro se irá desarrollando en el futuro, sobre todo ahora que han tomado fuerza los llamados delitos de peligro, en los que no se necesita resultado dañoso. Es claro entonces, y en uniformidad con la doctrina, que para la jurisprudencia analizada el abuso del derecho

⁴⁶⁷ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 21

⁴⁶⁸ Rodamis vs. Olivar. Gaceta Judicial # 13 publicada el 22 de julio de 2003; Peralta vs. Bustamante Luna. Gaceta Judicial # 8 Serie # 17 del 17 de abril de 2002; Peñafiel Navarrete vs. Banco Central del Ecuador. Gaceta Judicial # 11 serie # 17 del 12 de febrero de 2003 son, de entre los fallos analizados, ejemplos que contienen este tipo de daño.

causa un daño, y que este daño, puede ser material, que se traduce en daño económico o daño sobre sus bienes, o un daño moral⁴⁶⁹ que es afección a la personalidad y a los atributos espirituales. Concluyendo que el daño es un requisito fundamental para que se pueda hablar de la existencia de un abuso de derechos pues en realidad lo que no hace daño a nadie, en nada afecta.

Por otro lado, se encuentra que en sí la Doctrina objetivista, es decir la que sólo exige el daño de por sí, sin que haya intención para calificar de abusivo un ejercicio, ha sido una realidad en los fallos ecuatorianos. Así, la Sentencia Peralta vs. Bustamante Luna. Gaceta Judicial # 8 Serie # 17 del 17 de abril de 2002, determinan que si bien no hubo *animus injuriandi*, es decir no hubo culpa ni dolo en la conducta del agente, “esto no lo exime de la reparación” del daño causado. Entonces, a pesar de no haber habido la intencionalidad, se causó un daño lo cual ya es abusivo. Así mismo, pero a la inversa se encuentra que dentro de una determinada relación, se pretende que se declare la abusividad de una conducta, pero como esta no causó un perjuicio o daño, no sería tal⁴⁷⁰. En una Sentencia de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia⁴⁷¹, en cuanto a este tema, se recoge un criterio con el cual coincidimos, la cual dice en la parte pertinente: “Importante doctrina como la sustentada por el Dr. Gil Barragán Romero en “Elementos del Daño Moral Pág. 37”, que en mucho es el autor de la inclusión del daño moral en el Código civil, sostiene: aún cuando el acto sea no culpable, la responsabilidad existe y el resarcimiento se debe igualmente, si hay nexo causal entre el acto no culpable y el daño. Se habla entonces de responsabilidad de pura casualidad, de daño inculpable y de otros modos, aunque la designación más común es la responsabilidad objetiva. (Cuando se abusa del derecho y se causa daño, existe responsabilidad, no importa que no haya sido hecho con culpa).

Se encuentra entonces, que al igual que la doctrina, para los precedentes analizados, el abuso del derecho es conducta que genera un daño. Adicionalmente, se encuentra que, aunque pocas veces, el daño es esencial para la existencia de una conducta abusiva, sin el cual no la habría o como dice Maurino “exige como requisito el daño de tercero”.⁴⁷²

⁴⁶⁹ Peralta vs. Bustamante Luna. Gaceta Judicial # 8 Serie # 17 del 17 de abril de 2002

⁴⁷⁰ Alberto Manrique vs. Banco del Pacífico S.A. Gaceta Judicial # 2 Serie # 17, de 26 de mayo de 1999

⁴⁷¹ Daño Moral, Publicado en Registro Oficial Suplemento # 297 del 13-10-1999, Expediente de Casación # 216.

⁴⁷² A. MAURINO. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p. 2

En cuanto al análisis que se acaba de hacer de los fallos de casación a la luz de las Teorías subjetivas, objetivas, o funcionales, creemos que si bien es aceptable el que se mire la intencionalidad del agente para determinar una conducta abusiva, no hay que limitar el instituto del abuso a la culpa o al dolo. Es decir, no hay que descartar un ejercicio abusivo de derechos por el solo hecho de que el agente no haya obrado dolosamente o imprudente o culpablemente. Pues podría suceder que alguien salga lesionada o reciba un daño severo debido a que otra persona ha ejercido un derecho sin culpa ni dolo, y por lo tanto quede en desamparo. Acudamos nuevamente al ejemplo de las relaciones de vecindad, en que una persona sin actuar doloso o imprudentemente, cabe en su propiedad un pozo más hondo del que tiene, sin razón alguna, pero con ello causa sequía en la casa contigua, aquella persona que quedó en sequía no tendría medio alguno para que se le repare el daño injustamente causado. Con esto no se pretende que se descarte el *animus nocendi* para ayudar a esclarecer determinada situación, sin embargo no debe ser la pauta única para la determinación de conducta abusiva, pues si así se lo hace, puede confundirse a la figura en cuestión, con el delito o cuasidelito, tal como ya se indicó anteriormente y más aún, se puede dejar en desamparo a alguien injustamente. En cuanto a esto, Ordoqui dice que “partiendo del principio de que no se debe dañar a otro, *alterum non laedere*⁴⁷³, lo cierto es que al daño se puede llegar por conductas de acción u omisión⁴⁷⁴, lícitas o ilícitas”⁴⁷⁵. Es aceptable este criterio, pues puede producirse un daño sin que haya dolo o culpa, sin embargo de lo cual, el daño en sí es injusto, y es esto precisamente lo que configura la ilicitud. Es decir, el daño viene a ser ilícito. Congruentemente con esto, se dice que en realidad “es más justo arrojar las consecuencias dañosas al causante y no a la víctima, porque si damos la solución contraria para no sancionar al sujeto sólo porque no procedió con culpa o dolo, desamparamos totalmente a la víctima”⁴⁷⁶.

Responsabilidad

⁴⁷³ La regla según la cual es ilícito dañar a otro (*non alterum laedere*) es un principio general del derecho, esté o no formulada por la ley. J. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General II*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997 p. 487

⁴⁷⁴ “No parece acertado pensar que ante un daño inminente el derecho sólo puede esperar y ver cómo el peligro se convierte en daño para sólo entonces actuar. Dicha forma de pensar es contraria a la propia racionalidad y sentido del derecho”. G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 117

⁴⁷⁵ G. ODORQUI CASTILLA. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 27.

⁴⁷⁶ ROJINA VILLEGAS. *Derecho Civil Mexicano*. Porrúa, México 1999 p. 201

Íntimamente ligado con el daño, está la responsabilidad. Y es que nadie tiene derecho a dañar y siguiendo aquella máxima: quien daña debe reparar. Siguiendo este orden de ideas, si decimos que al abusar se debe dañar a otro, y que nadie debe sufrir daños injustos o irracionales sin ser reparado, hay que decir lógicamente que quien abusa tiene una responsabilidad. Es así, que la responsabilidad que acarrea el ejercicio abusivo de los derechos, sin perjuicio de otros efectos que puedan surgir, se traduce en aquella obligación de indemnizar los daños y perjuicios, sean patrimoniales o extra patrimoniales que terceros han sufrido. Lo determinado por los sentenciadores de los fallos analizados concuerda con lo expuesto en relación a la doctrina, pues así mismo han dictaminado que cuando hay ejercicios abusivos de derechos, existe la obligación de indemnizar o reparar a la víctima, ya sea por daño patrimonial o moral. Adicionalmente, se encuentra en las decisiones judiciales revisadas, que se produce un abuso de la persona jurídica, con lo cual, la responsabilidad que adicionalmente acarrea es la del levantamiento del velo societario o desestimación de la personalidad jurídica empresarial.⁴⁷⁷ Se puede decir que en estos casos adicionalmente el Estado puede obligar compulsivamente a cumplir los deberes y obligaciones, develando la responsabilidad de quién ha abusado. Concluimos entonces diciendo que el ejercicio abusivo de un derecho, al ser ya un acto ilícito, y al generar un daño, genera necesariamente una responsabilidad, la cual se traduce generalmente en la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios sufridos, o de cumplir las obligaciones compulsivamente gracias al *imperium* del que disponen los jueces.

Ilicitud

Cuando hablamos de la naturaleza y características del abuso del derecho, dijimos que algunos lo han caracterizado por ser un ilícito sui generis, otros lo han caracterizado como un ilícito civil común como un cuasidelito, y otras, con los cual compartimos, sostienen que el abuso del derecho es un ilícito atípico, con autonomía y características propias. Se ha dicho también que esta ilicitud puede darse debido a una acción o a una omisión. Pero más allá de todas estas diversas concepciones, hay una característica en la que todos coinciden, esto es, que se trata de una figura Ilícita. Rivera dice que “la conducta antijurídica es ilícita o ilegal en sentido lato cuando está en contradicción con el ordenamiento jurídico tomado este

⁴⁷⁷ Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. Gaceta Judicial # 12 publicada el 15 de enero de 2003.

en su conjunto”⁴⁷⁸. Es entonces, que el abuso del derecho, al ser una figura que ya es un principio general del Derecho, y al encontrar sus bases en principios como la buena fe, está en efecto “en contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto”, pues como ya dijimos este es compuesto por normas que son reglas y principios. Es entonces por esta razón que el abuso del derecho es también una figura que encaja dentro de la ilicitud. En este mismo sentido se inclina la jurisprudencia nacional, es decir en el hecho de que el abuso del derecho es un acto ilícito. Y la ilicitud que se determina en los fallos, no es una ilicitud por ser un delito y encuadrarse en el tipo penal, ni tampoco es una ilicitud por prohibición legal expresa, es ilícito por atentar contra Principios Generales del Derecho como el de la Buena Fe.

Es así que si bien respaldamos este criterio plasmado en los fallos, es decir que se trate al abuso del derecho como una figura ilícita, nos apartamos en la parte en que los fallos han confundido la figura en cuestión, con otros ilícitos típicos, llegando a decir que es lo mismo que un delito o un cuasi delito o responsabilidad *Aquiliانا* o extracontractual que ya encuentra su regulación en el Código Civil.

Insistiendo sobre las diferencias que hay entre estas especies de ilícitos, hay que decir que “el abuso del derecho y el delito penal son instituciones prácticamente opuestas, tanto así que en el momento mismo que una conducta determinada cae o se enmarca dentro del tipo penal establecido por la ley, debe descartarse cualquier posibilidad de existencia de abuso del derecho”⁴⁷⁹. Con esto, podemos sostener que el abuso del derecho es una especie del género ilícito, al igual que lo son el delito o el cuasi delito, pero al ser una especie, es única y se distingue del resto de su género.

Ejercicio de un Derecho Subjetivo

Persistiendo con lo que se ha repetido en varias ocasiones, hay que decir que el Abuso del Derecho, como figura ilícita que es, tiene sus particularidades, que las distingue de

⁴⁷⁸ J. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General II*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997 p. 486

⁴⁷⁹ E. ROMERO JOUVIN. *El Abuso del Derecho*. Edino, Guayaquil, 1993 p. 85

las otras figuras ilícitas, y entre estas particularidades, destaca el hecho de que empieza siendo un acto lícito al ser en ejercicio de un derecho, pero que por ciertas circunstancias se convierte dicho en ejercicio en un abuso. Adicionalmente, vimos que los humanos en sociedad disponen de varios derechos, facultades o prerrogativas con las que puede actuar para desarrollarse como persona. Así, al ser los derechos ejercidos en un medio social, cualquier derecho puede causar daño a otro, por tanto, se puede llegar a abusar de cualquier facultad de la que se disponga. En cuanto a esto, podemos sostener que en la mayor parte de las sentencias analizadas en la presente tesina, se evidencia que una de las más comunes maneras de ejercer abusivamente un derecho, es en el Derecho Constitucional de acceso a la jurisdicción, o en corto, el derecho de acción. Aunque no nos acogimos a ella, una doctrina ha sostenido, que para que se pueda producir un abuso de derecho tiene que estarse ante un derecho específico y determinado, no ante uno vago y amplio como lo sería el derecho a la libertad de circulación. En estos casos, y para complacer a quienes dicen que no se puede abusar de las libertades, el derecho concretamente abusado aquí es el derecho de acción⁴⁸⁰. Este se determina que es ejercido abusivamente, porque se encuentra que se han dado procesos injustificados, falsa o incorrecta imputación de un delito no comprobado, o acusaciones particulares. Para el caso específico del ejercicio abusivo de este derecho, los jueces a su vez han determinado que este tipo de abuso (a poner una denuncia) puede ser calificado como malicioso y/o temerario, para lo cual incluso no es necesario que se pida dicha calificación.

Adicionalmente, los precedentes jurisprudenciales ecuatorianos no desentonan con lo expuesto en ocasión de la doctrina, pues en los fallos se encuentra así mismo, que el abuso se origina a raíz del ejercicio de una facultad jurídica, como por ejemplo el derecho del acceso a la justicia contenido en el artículo 75 de la Constitución Política del Ecuador y todas sus implicaciones como los son todas las actuaciones procesales (proponer demandas, excepciones, reconveniciones, citaciones, etc.), libertad de contratación⁴⁸¹, del derecho de asociarse⁴⁸², del derecho a la defensa en juicio⁴⁸³, libertad de expresión⁴⁸⁴, etc. Esto refleja

⁴⁸⁰ Derecho Constitucional de Petición establecido en el artículo 66 # 23 de la Constitución Política.

⁴⁸¹ Artículo 66 # 16 de la Constitución Política.

⁴⁸² Contenido en el artículo 66 # 13 de la Constitución Política

⁴⁸³ Artículo 76 # 7 literal a) de la Constitución Política

⁴⁸⁴ Artículo 66 # 6 de la Constitución Política.

entonces la particularidad de este instituto del abuso del derecho, en que si bien comienza como una conducta lícita o *prima facie* lícita al originarse en el ejercicio de un derecho, al pasar cierto límite entra al campo de lo ilícito de contra derecho. Así, en ejercicio de la libertad de expresión uno puede sobrepasarse al no tener información fundada o fidedigna y divulgarla, con ello generando un daño no justificado y por ende dicho ejercicio sería ya ilícito, siempre y cuando no entre al campo del delito penal. De la misma ocurre con el derecho de acceso a la justicia o de defensa en juicio, en el que viendo la conducta de la parte, su intención, se podrá calificar a dicho ejercicio como abusivo, y hasta como delito. Es así que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en este caso por hacer necesario que para poder abusar de un derecho y responder por ello, hay que ser titular del derecho. Es del todo lógico esto, pues por ejemplo yo no tengo derecho a matar a nadie, por ende la responsabilidad que se origina al hacerlo, esto es al matar, no se originó en el ejercicio de una facultad.

Acción u Omisión

De acuerdo a la doctrina, y a breves rasgos, el abuso del derecho se configura por acción u omisión ilícitas y antijurídicas. Se puede decir en cuanto a esto que no se ha encontrado precedentes en los que se disponga de abuso de derecho por una omisión, sino únicamente por la acción en el ejercicio de un derecho. Cabe decirse que no se encuentra en la jurisprudencia que se tome a la figura del derecho como institución que puede prevenir daños, como parte de la doctrina lo ha sostenido. Se encuentra que se determina la existencia de abuso del derecho cuando ya se ha producido un daño específico. Este daño, de acuerdo a la propia jurisprudencia ecuatoriana y a la doctrina, puede ser no necesariamente a la otra parte de la relación jurídica ínter subjetiva, sino que puede ser también un daño que se ha causado a terceros, al interés ajeno.

Fraude a la Ley

Se ha encontrado en los precedentes analizados, que tratan al abuso del derecho y al fraude a la ley indistintamente, en que un determinado comportamiento podría constituir lo uno o lo otro. Así, parece ser que los asimilan y los confunden, es más que son lo mismo, pues dicen por ejemplo que mediante el abuso de la figura societaria se puede constituir un

abuso de derecho o un fraude a la ley, indistintamente, sin decir cuándo se configuraría lo uno y cuándo lo otro.⁴⁸⁵

Se nota también que los fallos asimilan o toman como iguales al abuso del derecho y al fraude a la ley. Así, varias sentencias como la publicada en el registro oficial de 15 de enero de 2003, dicen que abusar de la institución societaria puede ser abuso o fraude. Así, si bien el abuso del derecho y el fraude a la ley son familiares, tal como Atienza lo sugiere al decir que ambos, junto con la desviación de poder son ilícitos atípicos, no son propiamente lo mismo, por lo que estaría ingresando en una confusión conceptual entre ambos conceptos. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que para el caso específico de las figuras societarias, la Ley de Compañías en su artículo 17 ya establece una conducta y una sanción específica para cuando se da fraude a la ley, razón por la cual ese comportamiento ya estaría tipificado dentro de una legislación específica, lo cual también encontramos apropiado recalcar. Es entonces, que por las consideraciones expuestas, consideramos equivocada estas interpretaciones en que se ha confundido o equiparado al abuso del derecho con el fraude a la ley.

Lealtad Procesal

La lealtad procesal supone que todas las conductas dentro del proceso, y previo al proceso deben ser conductas rectas, que tengan justificación, que no pretendan crear dilaciones y obstáculos a la correcta administración de justicia. Es colaborar con la justicia, colaborar con el normal funcionamiento del aparato judicial en general. Podemos sostener que la lealtad procesal va de la mano con el principio de la buena fe. Y es que actuar lealmente dentro del proceso implica necesariamente actuar de buena fe, es decir que lo que se busca con cada actuación es realmente digno de amparo jurídico. Así, una conducta procesal que no sea prudente, y que por el contrario sea culpable y dolosa, como lo sería el proponer una demanda infundada⁴⁸⁶, excepciones innecesarias, etc. suponen conductas que no van de acuerdo a lo que busca el Derecho a través de las normas procesales. Dicho de otro modo, el proceso en su conjunto, perdería su sentido si es que las actuaciones de las partes lo ponen a su disposición para obtener lo que a su capricho quieran. “El debido

⁴⁸⁵ *Diners Club vs. Baquerizo Luque*. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001

⁴⁸⁶ *Rodamis vs. Olivar*. Gaceta Judicial # 13 publicada el 22 de julio de 2003

proceso no implica utilizar al proceso como mecanismo para evadir el cumplimiento de los deberes y las obligaciones o de perjudicar a terceros...”⁴⁸⁷ “La parte de un proceso en general... ha de observar una conducta de buena fe y lealtad procesal, sin acudir a la sorpresa judicial ni utilizar subterfugios para obstaculizar la marcha del proceso”⁴⁸⁸. Por algo consideramos acertada la frase de que “la habilidad y la astucia deben tener un freno, y es ahí donde se encuentra la finalidad de la norma que impone el deber de lealtad y probidad.”⁴⁸⁹ Los precedentes jurisprudenciales ecuatorianos, siendo lógicos y empatando con lo expuesto doctrinariamente, ponen entonces a la lealtad procesal, que va junto al principio de la buena fe, como límites indudables al ejercicio de los derechos, cuando se trata de el derecho de acceso a la justicia, o de actuaciones una vez dentro del proceso.

Derechos Subjetivos son Limitados

Con ocasión de los Derechos Subjetivos, se puso énfasis en el hecho de que éstos no son absolutos, infinitos o incondicionados, sino que tienen ciertos límites de los cuales no han de sobrepasarse, ya que de así hacerlo, supondrían ya un ejercicio irregular, desmedido, o abusivo de los mismos, lo cual como ya se dijo anteriormente, es ilícito. Podría decirse incluso que es redundante hablar de que son limitados los derechos, pues abusar, implica necesariamente transgredir una línea que se la estimaba aceptable. Este criterio, que creemos es el único criterio válido, ha sido recogido por precedentes jurisprudenciales como la Sentencia analizada Rodamis vs. Olivar, la cual expone lo dicho claramente: “...no obstante sustentarse originalmente e un acto lícito mediante una actuación socialmente inadmisibile, aquel derecho subjetivo deja de ser un derecho, para convertirse, al pasar cierto límite apreciado por el juez, en un acto que ya no es lícito...”. Así mismo otros fallos⁴⁹⁰ han determinado como abusivas ciertas conductas ya que estas han rebasado los límites de la propia voluntad que dio origen a la relación jurídica, la costumbre, la buena fe, la ley, e incluso a la propia naturaleza de la obligación. Pero aunque no se diga explícitamente, el solo hecho de reconocer que existen ejercicios abusivos de derechos, ya es aceptar que éstos tienen límites. Así, por ejemplo, al desestimarse la personalidad jurídica empresarial, se lo

⁴⁸⁷ Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001.

⁴⁸⁸ *Ibíd.*

⁴⁸⁹ A. MAURINO. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p. 8

⁴⁹⁰ Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. Gaceta Judicial # 12 del 15 de enero de 2003; Páez Taco vs. Edgar Sotomayor. Gaceta Judicial # 14 Serie # 16 del 26 de febrero de 1999

hace porque su ejercicio, su uso no ha respetado la buena fe ni el fin social que se atribuye a dicho derecho, razón por la cual se reconoce que ese derecho tiene límites, y como se los ha traspasado, ya implica abuso, ergo, responsabilidad. Encontramos entonces que así como hay limitaciones explícitas legales como por ejemplo las limitaciones al dominio que contempla el Código Civil, existen otras limitaciones que no son explícitas, pero se sobreentienden gracias al propósito mismo del Derecho. Aceptar límites implica entonces reconocer que no puede haber absolutismos, lo cual la jurisprudencia ecuatoriana lo ha reconocido en los fallos analizados, entre otros.

Abuso como Principio Universal de Derecho

El instituto en estudio, esto es el Abuso del Derecho, sostuvimos en su ocasión que es un Principio General del Derecho. Dijimos que el Abuso del Derecho no se limita únicamente al ámbito procesal, o al ámbito civil, ya que las conductas abusivas se pueden dar en donde sea que exista un derecho subjetivo⁴⁹¹. Así por ejemplo puede existir el abuso del derecho a la huelga en el ámbito laboral, abuso o desvío del poder en el campo del Derecho Administrativo e incluso a nivel Constitucional. Es del todo lógico esto, pues, en donde hay derechos facultades, hay ejercicio de derechos, y en donde se los ejerce, puede haber abuso. Con esto entonces descartamos desde ya su limitación a una parte del Derecho, para hacerlo extensivo y aplicable a todas las ramas del Derecho. Por otro lado hemos dicho que este principio va estrechamente relacionado al Principio de Derecho de la Buena Fe, principio el cual es rector de todas las actuaciones jurídicas. Hay que traer también a colación sin duda, aquella premisa de que nadie tiene derecho a dañar, ni nadie tiene la obligación de soportar un daño. Es así, que en base a estas consideraciones, se puede decir que el abuso del derecho ya es un principio universal de Derecho, pues éste supone ausencia de buena fe y existencia de daño. La Sentencia Rodamis vs. Olivar así lo reconoce al decir que “se trata de un principio del Derecho Universal”. Hay que decir, que aunque no se diga expresamente que el abuso del derecho es un principio de derecho, este ha sido contemplado en muchos casos, y en efecto ha sido determinada su existencia. Levantando el velo societario, o al obligar a

⁴⁹¹ Como hemos ya subrayado, la figura del abuso se ha desarrollado históricamente en el ámbito del derecho privado, propiedad, y en general en relación con los derechos de contenido patrimonial, y ha tenido en este campo su área central de aplicación. Pero, una reconstrucción racional de la figura, posibilita su generalización más allá de los derechos de su contenido patrimonial. M. ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006. p. 65

reparar por daños de publicación infundada en la prensa, son ejemplos de las conductas que ya han sido calificadas y reconocidas en ciertas circunstancias, como conductas abusivas.

El Papel del Juez

Pusimos especial énfasis en el rol fundamental que tiene el juez cuando se trata de determinar la existencia abusiva de derechos. Dijimos que el papel debe desempeñar un papel minucioso y fino, estudiando las circunstancias del caso y el estado de las partes para detectar conductas abusivas. El abuso del derecho es principio general del derecho y, si bien no es lo mismo que la buena fe, encuentra su límite o descansa ampliamente en dicho principio. Alexy trajo unas pautas de cómo se puede hacer el razonamiento para satisfacer al máximo los principios que se encuentran en juego. La propia Constitución Política del Ecuador dispone que todas las decisiones judiciales deberán ser motivadas, y que no habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en los que se haya fundado. En atención a lo anterior, hay que decir que si bien los magistrados de las salas de justicia sí han llegado a fallar en el sentido de determinar que un ejercicio de una facultad ha sido abusiva, no se encuentra que se lo hace claramente debido a un papel minucioso y exhaustivo por parte del juez en que se ponga en equilibrio los principios en juego, y en consecuencia en la que se cumpla a cabalidad y profundidad aquella motivación que es obligación para los jueces. Sin perjuicio de ello, a continuación se hará el análisis de un fallo a la luz de lo que se manifestó con ocasión de la los principios y su aplicación que sacó a la superficie Alexy. Es entonces, que para entender mejor lo que se propuso al hablar de los principios, y en ocasión de que se están analizando fallos, hay que hacer un análisis de un fallo aunque sea, a la luz de lo que nos propuso Alexy con su Teoría de los Principios.

Análisis de un fallo a la luz de la Teoría de los Principios de Alexy

Es así que se analizó un fallo⁴⁹² que versa sobre un contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble otorgado por escritura privada, y una de las partes demanda que ha existido un cuasi delito por parte de la vendedora, y que por tanto se le restituya el dinero entregado, se declare la nulidad de los pagarés suscritos, se le indemnice los daños y se pague las costas procesales. La sala en este caso hace unas observaciones y concluye diciendo que se puede presumir, por el oficio o negocio de las compañías, que éstas sabían que el negocio no tendría eficacia ya que no cumple los requisitos mandatorios del artículo 1570 del Código Civil, conducta que podría ser calificada como abuso de derecho. Sin embargo la sala anota que en este caso no se produce tal abuso puesto que la otra parte es abogado de profesión, y por ello, al igual que las empresas vendedoras, sabía o debía saber que el negocio así celebrado, no surtiría obligación alguna.⁴⁹³ Es así, que se evidencia, que previo a calificar si es que se ha ejercido abusivamente la facultad jurídica de celebrar negocios jurídicos, la sala hace una seria consideración de las circunstancias de las partes, es así que en este caso, una circunstancia particular, hace que la conducta que habría podido ser abusiva, no lo sea. La Sala a la hora de fallar, acierta al tomar en cuenta las circunstancias de las partes, pues se presume que ambas partes debían saber que tal negocio sería ineficaz, con lo cual se evidencia al menos una conducta imprudente de ambas partes, con lo que la una parte quería sacar provecho, a pesar de su propia imprudencia. Podríamos decir que así como “la mora purga la mora” (que si la una parte de una relación no ha cumplido con su obligación, ésta no podrá reclamar a su contraparte el cumplimiento de la suya), en este caso se podría decir que “la culpa purga la culpa”.

Tomando este caso, y poniéndole a la luz de lo que sostiene Alexy, se podría decir además lo siguiente. En el caso, están presentes los principios de la autonomía de la voluntad (libertad de contratación), y el principio de la buena fe, teniendo en cuenta que éste, por mandato del Código Civil es principio rector de los actos o negocios jurídicos. En otras palabras, el principio de la buena fe es un límite para el principio de la autonomía de la voluntad, y por consiguiente aquél prima sobre éste. Esto es así porque es el principio de la buena fe el que delimita el ámbito de la voluntad, y no es la autonomía de la voluntad la que

⁴⁹² Titio Yépez vs. Time Sharing S.A. Gaceta Judicial # 7 del 19 de agosto de 2001.

⁴⁹³ “Sólo la culpa inexcusable de la víctima, podría liberarlo de responsabilidad, porque entonces la víctima se daña a sí misma”. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto. Obligaciones Volumen II*. Séptima Edición. Ed. Porrúa. México 1998. p. 201

determina los límites de la buena fe. Es entonces que por un lado se tiene que en este caso el ejercicio de un principio, el de la autonomía de la voluntad, choca con un principio superior que es el de la buena fe, el de actuar con prudencia y corrección. Así las cosas, al ser la buena fe un principio de mayor peso, éste debería primar por sobre el otro principio en juego, razón por la cual se debe beneficiar a aquella parte que ha actuado con buena fe en uso de su autonomía de la voluntad. Es entonces, que si es que el actor comprador, no hubiera sido abogado, no habría conducta imprudente de su parte, y se acogería su pretensión. Sin embargo, y teniendo en cuenta que se debe lograr la máxima satisfacción de los principios, como lo propuso Alexy, en el presente caso, al ser el actor un abogado, éste no ha actuado de la manera más correcta y prudente como lo exigen las actuaciones de buena fe, razón por la cual, si es que a pesar de esto se le hubiera dado razón a su pretensión, no se habría satisfecho al máximo los principios, pues se dejó sin efecto el negocio jurídico, es decir se dejó sin efecto lo hecho por la autonomía de la voluntad, todo en aras a la buena fe, sin embargo de lo cual, ésta en todo caso no habría sido satisfecha en su máximo, pues ambas partes actuaron sin ella (sin buena fe).

Alexy trajo a la luz una fórmula, que como ya vimos ha sido recogida en nuestra legislación, la cual dice que “Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”. Si habrían sido las cosas como descritas anteriormente, se afecta mayormente el principio de la autonomía de la voluntad (al dejar sin efecto lo actuado) pero no se obtiene un cumplimiento importante o al máximo del principio de la buena fe, pues una de las partes sacó provecho de su propia conducta descuidada e imprudente, o hasta torcida. Hay que tomar en cuenta que los principios “tienen una dimensión de peso, de manera que en un caso de conflicto, el principio al que se atribuye un menor peso en relación con un determinado caso, no resulta por ello inválido, sino que sigue integrando el ordenamiento”⁴⁹⁴. Lo que se quiere decir es que no se está dejando de lado o menospreciando el principio de la buena fe, sino que, dado el caso en concreto y sus circunstancias, tiene mayor peso el principio de la autonomía de la voluntad, y el principio de la buena fe no jugará rol fundamental en el caso concreto, sin embargo de lo cual, este mismo principio es necesario para todas las actuaciones que se den. Es por esto, que al

⁴⁹⁴ATIENZA, MANUEL. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de febrero de 2011.p. 260

tomar en cuenta la circunstancia de que una de las partes era abogado de profesión, y por ello debía saber de la ineficacia del negocio que estaban celebrando, se decide que no procede la pretensión del actor y se cumple así lo que se dice que los principios deben ser cumplidos en su máxima posibilidad, pues no se dio cabida a la restitución de lo actuado, dejando subsistentes lo creado por la autonomía de la voluntad, y a su vez, mirando a la buena fe, no se acoge lo pretendido por una de las partes que no actuó con la prudencia y corrección debida.

No es posible sostener que este proceso, y estas mismas pautas siguieron en la Sala para llegar a su decisión, sin embargo de lo cual se puede apreciar que a los resultados que llegan han sido los mismos. Lo que pretendo decir es entonces que en efecto, para un futuro, para casos futuros, para cumplir más rigurosamente la motivación exigida, y para que haya una más correcta administración de justicia, y para que se satisfagan al máximo los objetivos que pretende el derecho, se deberá en efecto hacer un análisis de los principios en juego, las circunstancias del caso y cualquier otro factor importante, para determinar la existencia o no de esta figura del abuso del derecho.

Conclusiones

A la luz de la Doctrina y de la Jurisprudencia, se ha hecho un análisis de la figura del Abuso del Derecho. Concretamente, se ha hecho un análisis de algunos fallos jurisprudenciales de los Tribunales de Casación del Ecuador, en cotejo con algunos criterios doctrinales que al respecto hay. Es entonces, que a partir de dichos factores de análisis, y en atención a lo que se planteó al inicio de esta investigación, esto es ¿Existe jurisprudencia que permita sostener que los Tribunales Ecuatorianos mantienen un criterio uniforme sobre la naturaleza y requisitos de procedencia de la institución Abuso del Derecho? Al respecto hemos podido desprender el siguiente desenlace.

1. Se ha encontrado que únicamente en uno de los fallos analizados, el abuso del Derecho es tomado como un Principio General rector de todo el ordenamiento jurídico⁴⁹⁵.
2. Así como en la Doctrina analizada, se encuentra que en la jurisprudencia ecuatoriana, hay uniformidad sobre el criterio o la naturaleza jurídica que se atribuye al Abuso del Derecho al decir que es una figura ilícita.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003

⁴⁹⁶ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003, Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003, Fopeco Cia. Ltda. vs. Industrial Agrícola S.A. Gaceta Judicial # 14 serie # 14 del 9 de febrero de 1987; Peñafiel Navarrete vs. Banco Central del Ecuador. Gaceta Judicial # 11 serie # 17 del 12 de febrero de 2003

3. La jurisprudencia ecuatoriana trata al abuso del derecho o confunde a esta institución con otras figuras que son especies del género ilícito, como con el delito si es que se califica a la conducta de dolosa o maliciosa.⁴⁹⁷
4. La jurisprudencia confunde también al abuso del derecho con el cuasi delito si es que se encuentra que este ha sido ejercido culpablemente o si es que en el derecho de acción, éste se ha ejercido temerariamente.⁴⁹⁸
5. Se encuentra también que se ha asimilado o confundido al abuso del derecho con otra institución ilícita atípica como es el fraude a la ley.⁴⁹⁹
6. No se ha establecido en fallo alguno, que la naturaleza del Abuso del Derecho es de ser un ilícito atípico, en que más que atentarse contra una norma en sentido de regla, se atenta contra las normas principios o mandatos de principio.
7. A pesar de que uniformemente se ha dicho que esta figura corresponde situarla dentro de los lineamientos generales de la ilicitud, se encuentra que se ha confundido a esta figura con otras limitaciones a los derechos como lo son la prohibición legal, el incumplimiento de obligaciones, e incluso se la ha confundido con la fuerza, que está dentro de los vicios del consentimiento.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003; Sotalín Carvajal vs. Wilson Mantilla. Gaceta Judicial # 5 Serie # 17 del 28 de febrero de 2001; Peñafiel Navarrete vs. Banco Central del Ecuador. Gaceta Judicial # 11 serie # 17 del 12 de febrero de 2003; Enríquez vs. Celso Estrada. Registro Oficial # 43 Expediente de Casación # 263 del 21 de junio de 2005

⁴⁹⁸ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003 Tito Yépez vs. Time Sharing S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 7 Serie # 17 el 29 de agosto de 2001 Sotalín Carvajal vs. Wilson Mantilla. Gaceta Judicial # 5 Serie # 17 del 28 de febrero de 2001; Fopeco Cia. Ltda. vs. Industrial Agrícola S.A. Gaceta Judicial # 14 serie # 14 del 9 de febrero de 1987; Ligña Sulca vs. Luz Elena Zurita. Registro Oficial # 108 Expediente de Casación # 189 del 28 de junio de 2000; Jaya vs. Caamaño Gangotena. Registro Oficial # 416 Expediente de Casación # 260 del 20 de septiembre de 2001; Peñafiel Navarrete vs. Banco Central del Ecuador. Gaceta Judicial # 11 serie # 17 del 12 de febrero de 2003.; Newton Saltos vs. Tribunal Supremo Electoral. Gaceta Judicial # 3 serie # 18 del 23 de marzo de 2007; Mármol de la Torre vs. Noboa y Soria. Registro Oficial # 257 Expediente de Casación # 334 del 18 de agosto de 1999; Enríquez vs. Celso Estrada. Registro Oficial # 43 Expediente de Casación # 263 del 21 de junio de 2005.

⁴⁹⁹ Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003; Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001; Encalada Mora vs. Agrícola Río Jagua S.A. Gaceta Judicial # 1 Serie # 18 de 23 de Julio de 2004

⁵⁰⁰ Ligña Sulca vs. Luz Elena Zurita. Registro Oficial # 108 Expediente de Casación # 189 del 28 de junio de 2000 Fopeco Cia. Ltda. vs. Industrial Agrícola S.A. Gaceta Judicial # 14 serie # 14 del 9 de febrero de 1987

8. Se encuentra en los fallos analizados una corriente tradicional sobre el Abuso del Derecho, en que la postura bajo la que se perfilan los magistrados es de índole Subjetivista ya que toman en cuenta el elemento subjetivo, es decir si hay culpa o dolo en el obrar del agente como para determinar si ha habido una conducta abusiva.⁵⁰¹
9. Se encuentra en algunos fallos, que se tienen un criterio funcionalista, es decir, que han mirado el interés que se persigue con el actuar, y si es que dicho interés es conforme al fin social que se atribuye y se pretendía con dicha norma.⁵⁰²
10. La jurisprudencia analizada no desentona en su mayoría con lo que el Abuso del Derecho pretende, es decir, que para que éste se configure, se tiene que estar en ejercicio de un Derecho o facultad jurídica, sin perjuicio de lo cual ya se dijo anteriormente que también lo confundieron en una ocasión con el incumplimiento de obligaciones, lo cual no es ejercer un derecho.
11. Se encuentra que los abusos que más se han establecido en nuestra jurisprudencia tienen que ver con el abuso de la persona jurídica, el abuso del derecho a la jurisdicción, y el abuso del derecho a la libertad de expresión o de prensa.⁵⁰³

⁵⁰¹ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003; Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003; Tito Yépez vs. Time Sharing S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 7 Serie # 17 el 29 de agosto de 2001; Sotalín Carvajal vs. Wilson Mantilla. Gaceta Judicial # 5 Serie # 17 del 28 de febrero de 2001; Alberto Manrique vs. Banco del Pacífico S.A. Gaceta Judicial # 2 Serie # 17, de 26 de mayo de 1999; Páez Taco vs. Edgar Sotomayor. Gaceta Judicial # 14 Serie # 16 del 26 de febrero de 1999; López vs. Galán. Gaceta Judicial # 8 Serie # 14 del 27 de marzo de 1985; Plua Bustamante vs. Phoenix Assurance Company Ltd. Gaceta Judicial # 5 Serie # 9 del 30 de julio de 1959; Fopeco Cia. Ltda. vs. Industrial Agrícola S.A. Gaceta Judicial # 14 serie # 14 del 9 de febrero de 1987; Ligña Sulca vs. Luz Elena Zurita. Registro Oficial # 108 Expediente de Casación # 189 del 28 de junio de 2000; Villacís vs. Banco Central del Ecuador: Registro Oficial Suplemento # 297 Expediente de Casación # 216 del 13 de octubre de 1999; Peñafiel Navarrete vs. Banco Central del Ecuador. Gaceta Judicial # 11 serie # 17 del 12 de febrero de 2003; Newton Saltos vs. Tribunal Supremo Electoral. Gaceta Judicial # 3 serie # 18 del 23 de marzo de 2007; Mármol de la Torre vs. Nobao y Soria. Registro Oficial # 257 Expediente de Casación # 334 del 18 de agosto de 1999.

⁵⁰² Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003; Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003; Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001; Alberto Manrique vs. Banco del Pacífico S.A. Gaceta Judicial # 2 Serie # 17, de 26 de mayo de 1999.

⁵⁰³ Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003; enero de 2003; Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001; Peralta vs. Bustamante Luna. Gaceta Judicial # 8 Serie # 17 del 17 de abril de 2002; Salame vs. Filanbanco S.A. Registro Oficial # 630 Expediente de Casación # 127 del 31 de julio de 2002

12. Se deja sentado en la jurisprudencia, que en efecto para que se produzca abuso del derecho, tiene que haber un daño producido, ya sea este patrimonial o de orden moral.⁵⁰⁴
13. Se encuentra que para los Magistrados de las altas salas de justicia del país, el abuso del derecho se encuentra en su mayoría en las demandas que tienen que ver con la reparación por daño moral.⁵⁰⁵
14. Hay un criterio uniforme que establece que la responsabilidad que surge a partir del abuso del derecho, comporta una responsabilidad de índole civil, consistente en la reparación de daños y perjuicios causados. Es así, que el abuso del derecho, al no sancionar con penas o multas, al ser más de índole reparador, y al ser un ilícito de naturaleza civil, cuando se obliga a reparar al abusivo, no se está rompiendo el principio de legalidad o de que no habrá pena sin ley previa que lo determine. Es decir, que el ejercicio abusivo de un derecho, es fuente de responsabilidad, es una fuente de obligaciones no establecida en el Código Civil, así como lo es la declaración unilateral de voluntad.
15. Es necesario para que se configure el abuso del derecho, que quien lo ejerza sea el titular de dicha facultad, pues si no lo es, se estaría configurando la conducta culposa ya establecida en el Código Civil. Esto es la lógica legitimación activa. Lógica por el hecho de que si uno no es titular de un derecho, no puede ejercerlo ya que nadie puede ejercer más derechos de los que tiene.⁵⁰⁶
16. Se aprecia en los fallos analizados que en efecto el juez tiene un papel importante a la hora de determinar si se ha ejercido o no abusivamente un derecho, pues para

⁵⁰⁴ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003; Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003; Sotalín Carvajal vs. Wilson Mantilla. Gaceta Judicial # 5 Serie # 17 del 28 de febrero de 2001; enero de 2003; enero de 2003; Alberto Manrique vs. Banco del Pacífico S.A. Gaceta Judicial # 2 Serie # 17, de 26 de mayo de 1999; Peralta vs. Bustamante Luna. Gaceta Judicial # 8 Serie # 17 del 17 de abril de 2002; López vs. Galán. Gaceta Judicial # 8 Serie # 14 del 27 de marzo de 1985; Salame vs. Filanbanco S.A. Registro Oficial # 630 Expediente de Casación # 127 del 31 de julio de 2002; Ligña Sulca vs. Luz Elena Zurita. Registro Oficial # 108 Expediente de Casación # 189 del 28 de junio de 2000; Peñafiel Navarrete vs. Banco Central del Ecuador. Gaceta Judicial # 11 serie # 17 del 12 de febrero de 2003; Newton Saltos vs. Tribunal Supremo Electoral. Gaceta Judicial # 3 serie # 18 del 23 de marzo de 2007

⁵⁰⁵ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003; Peralta vs. Bustamante Luna. Gaceta Judicial # 8 Serie # 17 del 17 de abril de 2002

⁵⁰⁶ Rubén Morán vs. Onofre y Morán. Registro Oficial # 273 Expediente de Casación # 393 del 9 de septiembre de 1999.

la determinación de dicha conducta, se ha puesto mucha atención a las circunstancias del caso concreto. Así por ejemplo, una persona para pretender la reparación por el abuso del derecho en su contra, no debe ser considerado como imprudente o negligente, ni menos aún doloso en el actuar, pues si lo es, no habrá abuso alguno, pues nadie puede beneficiarse de sus actos torcidos, ni tampoco puede favorecerse por actos imprudentes o culpables.

17. No se encuentra en la jurisprudencia ecuatoriana que se configure abuso del derecho por la omisión de una persona, sino únicamente por su actuar.
18. Mayoritariamente, y al igual que la doctrina, los fallos encuentran que la buena fe es un límite o requisito a tener en cuenta para el ejercicio de los derechos, pues el obrar con intención de dañar, de engañar, o de sacar provecho ilegítimo implica vejar este principio de la buena fe.⁵⁰⁷
19. La lealtad procesal, de la mano con la buena fe, han sido una pauta tomada en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia analizada, para la configuración de un ejercicio abusivo de derechos.⁵⁰⁸
20. Al ser los deberes subjetivos, una relación jurídica que contienen dos lados correlativos y necesarios, pasivo y activo, es decir deber y facultad, hay que decir que el deber jurídico de no dañar a los demás. Es decir que el deber jurídico de abstenerse ante los derechos de otros, es por lo mismo un límite para el ejercicio de los derechos.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003; Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003; Tito Yépez vs. Time Sharing S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 7 Serie # 17 el 29 de agosto de 2001. enero de 2003; Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001; Páez Taco vs. Edgar Sotomayor. Gaceta Judicial # 14 Serie # 16 del 26 de febrero de 1999; Peralta vs. Bustamante Luna. Gaceta Judicial # 8 Serie # 17 del 17 de abril de 2002; López vs. Galán. Gaceta Judicial # 8 Serie # 14 del 27 de marzo de 1985; Plua Bustamante vs. Phoenix Assurance Company Ltd. Gaceta Judicial # 5 Serie # 9 del 30 de julio de 1959; Fopeco Cia. Ltda. vs. Industrial Agrícola S.A. Gaceta Judicial # 14 serie # 14 del 9 de febrero de 1987

⁵⁰⁸ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003; Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001; Páez Taco vs. Edgar Sotomayor. Gaceta Judicial # 14 Serie # 16 del 26 de febrero de 1999.

⁵⁰⁹ Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003; Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003; Sotalín Carvajal vs. Wilson Mantilla. Gaceta Judicial # 5 Serie # 17 del 28 de febrero de 2001;

21. El abuso del derecho ha ayudado para la seguridad jurídica puesto que ha evitado que se distorsionen figuras del fin para el cual fueron concebidas.

Recomendaciones:

1. El Abuso del Derecho es ya una realidad en nuestro ordenamiento jurídico, recogido tanto en la Doctrina, en la legislación positiva, como en la jurisprudencia.
2. El Abuso del Derecho es una verdadera norma jurídica en sentido de principio general del derecho, el cual debe y puede ser aplicado en todas las ramas del Derecho.
3. Esta institución es una figura autónoma, que debe ser tomada como tal. Pues esta tiene características propias que la diferencian de otras figuras como el delito y el cuasi delito, pues como ya se dijo, a diferencia de éstas, el abuso del derecho no es una figura típica, se origina en base al ejercicio de un derecho subjetivo, no supone necesariamente culpa, y atenta contra principios generales del derecho más que contra reglas jurídicas.
4. El hecho de que la Jurisprudencia adopte un criterio predominantemente subjetivista, es decir que mira básicamente la intención o culpa del agente al actuar, puede terminar siendo peligrosa y restando trascendencia a esta figura, pues de hacerlo de esta manera, se dejarían sin reparar aquellos daños injustamente causados, pero que no hubo la intención de causarlos.
5. El tener una visión predominantemente subjetivista dificulta ver esta figura, pues al fijarse en la intención se la puede confundir muy fácilmente con delitos o con los cuasi delitos.
6. No hay excepciones para el ejercicio abusivo de un derecho, ni si quiera en aquellos llamados derechos absolutos, pues éstos son absolutos en cuanto al hecho de ser únicamente de su titular y de tener que ser respetado por todos, que tienen ante dicha facultad, el deber de abstención o de respetarla. Así, lo absoluto de los derechos se

refiere a que pertenece únicamente a su dueño y respecto de todos, a diferencia de aquellos derechos que se tiene frente a alguien específicamente como una relación crediticia. Esto no es más que la clasificación de derechos reales y personales.

7. No se debe restringir el ámbito del abuso únicamente a proteger intereses que no se hayan tutelados por otra norma, pues puede suceder que con el ejercicio de un derecho, como el de propiedad, se lesione concretamente otro derecho de propiedad, el cual no tuviera manera alguna de reclamar de la reparación de su daño injustamente causado.
8. El Derecho entendido en sentido subjetivo, o derecho subjetivo, es erróneamente entendido y no es interpretado a su cabalidad. Derecho subjetivo debe entenderse como Relación Jurídica. Esto quiere decir que frente a dicha facultad, que es el lado activo de dicha relación, necesariamente hay un deber jurídico de abstención por parte de todos ante la facultad de su titular, llamado el lado pasivo de la relación. Entonces en una determinada relación, si bien un sujeto es titular y todos los demás tienen la obligación de respetar la facultad, en otra relación, el antes titular de la facultad, será ahora el obligado a respetar la facultad de otro.
9. La figura en cuestión requiere que no se tenga una visión egoísta e individualista del mundo, dejando a lado valores como la solidaridad. Este valor es necesario, pues ayuda al ser humano a ayudarse en sus relaciones diarias, pues si alguien se supera esto lo hace dentro de un mundo, de una sociedad.
10. Para que el abuso del derecho tenga cabida, es necesario que no se considere como Derecho, únicamente a lo que está reducido escrito y vigente de acuerdo al procedimiento legal establecido. Se requiere adicionalmente que se mire al Derecho en su conjunto, esto es tomando en cuenta los principios y valores que lo informan, y las costumbres y decisiones que al respecto han surgido.
11. Para que el abuso del derecho se inserte de mejor manera en nuestro Derecho, será importante que nuestros magistrados, tomen en cuenta a la hora de fallar, aquella ley de la ponderación planteada por Alexy y recogida ya en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y así ver cuál principio debe prevalecer sobre el otro y así satisfacer al máximo el principio prevaleciente.

Es entonces indispensable tener en cuenta que los derechos o facultades deben tener un contenido dentro del cual sean ejercidos. Es decir, es necesario saber que los derechos al ejercerse en un medio social con otros derechos, deben ser ejercidos dentro de ciertos límites. De esta forma, no llenaremos el ordenamiento jurídico de prohibiciones, pero tampoco se dejará impune a los ofensores, ni dañados a las víctimas. Es prudente entonces que la jurisprudencia, pule y defina la figura en cuestión, acentuando bien sus claras y obvias diferencias con otras figuras semejantes. Así, se podrá alcanzar aquella igualdad y seguridad jurídica anhelada, más aún, aquella justicia esperada. Con esto entonces, se podrá poner límites a quienes abusivamente desvirtúan el Derecho de su fin, le quitan su esencia, causando daño a terceros y a la sociedad toda, y poniendo en evidencia aquella de que “el hombre es el lobo del hombre”.

BIBLIOGRAFÍA

AFTALIÓN ENRIQUE R. JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Tomo Primero. Quinta Edición*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago, 1990.

ALEXY ROBERT, *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008

ALEXY ROBERT, *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2003.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. *Derecho Privado. Introducción al Derecho Civil y Derecho Comercial. Tercera Edición*, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995.

ATIENZA MANUEL Y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos* Editorial Trotta S.A. Madrid, 2006.

ATIENZA, MANUEL. *Las Razones del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.html?l=710> visto el 23 de febrero de 2011.

BILESIO, JULIANA. *Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal* en la obra “Abuso Procesal” Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001.

BORDA, GUILLERMO. “*El Abuso de la Persona Jurídica en el Contrato de Sociedad*” en *Contratación Contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor 2*. Alterini, Atilio, Anibal. Director Editorial Temis. Bogotá Palestra Editores, Lima, 2001.

BORDA, GUILLERMO. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I. Undécima Edición*. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires, 1996.

BREBBIA, ROBERTO H. *Hechos y Actos Jurídicos. Tomo I*. Astrea Buenos Aires, 1979

BREBBIA, ROBERTO H. *Instituciones de Derecho Civil*, Juris, Rosario, 1997

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003

CONDORELLI, EPIFANIO. *Al Abuso del Derecho*. Editorial Platense. La Plata, 1971

CONDORELLI, EPIFANIO. *Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986.

CORRAL, FABIÁN “*La independencia de poderes*”. Diario El Comercio. Jueves 24 de Febrero de 2011

DIAZ ROCA, RAFAEL. *Teoría General del Derecho*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1997.

DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS. Grupo Editorial Océano. Barcelona, 1991.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. *Abuso del Derecho*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1992.

FERRAJOLI, LUIGI. *Democracia y Garantismo*. Editorial Trota, Madrid, 2008.

FLEITAS, ABEL. *Abuso del Derecho en la Reforma del Código Civil Argentino*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1944.

FLORES GÓMEZ GONZÁLES, FERNANDO. *Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. Octava Edición*, Editorial Porrúa. México 1996.

FROSINI, VITTORIO, *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Temis. Bogotá, 1991.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *Introducción a la Lógica Jurídica*, México, 1951

GARIBOTTO, JUAN CARLOS. *Teoría General del Acto Jurídico*. Depalma. Buenos Aires, 1991

GONZÁLES PÉREZ, JESÚS. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en *El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal* Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006

LARREA HOLGUÍN, JUAN. *Derecho Civil del Ecuador. Cuarta Edición*. Editorial Jurídica Chile. Santiago de Chile, 1995

MAGALLÓN IBARRA, JORGE MARIO. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo IV. Derechos Reales*. Editorial Porrúa S.A. México, 1990.

MARTÍNEZ LÓPEZ, JOSÉ ANTONIO. *Delitos de Falsedad y Fraude*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1990

MAURINO, ALBERTO LUIS. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial La Ley S.A. Buenos Aires, 2001

MEZQUITA GARCÍA GRANERO, MARÍA DOLORES. *El Fraude de Ley en la Jurisprudencia*, Editorial Aranzadi S. A. Navarra, 2004

MONROY CABRA, MARCO. *Introducción al Derecho*. Décima Edición. Temis S.A. Bogotá, 1996

Mosset Iturraspe, Jorge. Miguel A. Piedecabras. Directores. Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires 2002

ODORQUI CASTILLA, GUSTAVO. *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010

PACHECO, MÁXIMO *Teoría del Derecho. Cuarta Edición*. Editorial jurídica Chile. Bogotá, 1990

PAOLINELLI, JORGE. LUÍS AJMECHET, CARLOS HASSAN, RUBÉN CHIPINTI. *El Hombre y el Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998.

PARRAGUEZ RUIZ, LUÍS. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Volumen I. Derechos Reales*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 2005

PÉREZ, BENJAMÍN. *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998

PESCIO VARGAS, VICTORIO. *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y Teoría General de la prueba. Tomo II.* Colección Manuales Jurídicos. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1978.

PEYRANO, JORGE. Director. *Abuso Procesal* Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001

RABINOVICH BERKMAN, RICARDO. *Derecho Civil Parte General.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 2000.

REYES ECHANDÍA, *Tipicidad.* Temis S.A. Bogotá 1999

RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *El Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002.

RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General II.* Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997

RODRÍGUEZ- ARIAS BUSTAMANTE, LINO *El Abuso del Derecho.* Ejea. Buenos Aires, 1971

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial.* Editorial Jurídica Chile. Santiago de Chile, 1997.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto. Obligaciones Volumen II.* Séptima Edición. Ed. Porrúa. México 1998.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano.* Porrúa, México 1999

ROMERO JOUVIN, EMILIO. *El Abuso del Derecho.* Edino, Guayaquil, 1993

ROSATTI, HORACIO, *Código Civil Comentado.* Rubinzal Culzoni Buenos Aires, 2002

RUIZ, SERVIO TULIO. *Teoría del Acto Punible.* Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1981

SÁIZ DE RIAÑO, MAGDALENA. *El Abuso del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1981.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, RAFAEL *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. México 1995.

SOLS LUCÍA, ALBERTO. *El Fraude a la Ley*, Bosch, Barcelona, 1989

TORRÉ, ABELARDO. *Introducción al Derecho*. Perrot, Buenos Aires, 1998

TOSCANO, JUAN. Tesis Doctoral. *El Abuso del Derecho en el Ecuador. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2007.

VÉSCOVI, ENRIQUE. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999.

VINTIMILLA, JAIME, “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano en *Iuris Dictio*” Publicación Periódica del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Septiembre 2010 p. 48 a 57.

Lista de Sentencias Analizadas

Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial # 13, 22 de julio de 2003;

Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 12 el 15 de enero de 2003;

Tito Yépez vs. Time Sharing S.A. publicada en la Gaceta Judicial # 7 Serie # 17 el 29 de agosto de 2001.

Sotalín Carvajal vs. Wilson Mantilla. Gaceta Judicial # 5 Serie # 17 del 28 de febrero de 2001

Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001;

Alberto Manrique vs. Banco del Pacífico S.A. Gaceta Judicial # 2 Serie # 17, de 26 de mayo de 1999

Encalada Mora vs. Agrícola Río Jagua S.A. Gaceta Judicial # 1 Serie # 18 de 23 de Julio de 2004

Páez Taco vs. Edgar Sotomayor. Gaceta Judicial # 14 Serie # 16 del 26 de febrero de 1999

Peralta vs. Bustamante Luna. Gaceta Judicial # 8 Serie # 17 del 17 de abril de 2002

López vs. Galán Gaceta Judicial # 8 Serie # 14 del 27 de marzo de 1985

Plua Bustamante vs. Phoenix Assurance Company Ltd. Gaceta Judicial # 5 Serie # 9 del 30 de julio de 1959

Fopeca Cia. Ltda. vs. Industrial Agrícola S.A. Gaceta Judicial # 14 serie # 14 del 9 de febrero de 1987.

Salame vs. Filanbanco S.A. Registro Oficial # 630 Expediente de Casación # 127 del 31 de julio de 2002

Ligña Sulca vs. Luz Elena Zurita. Registro Oficial # 108 Expediente de Casación # 189 del 26 de junio de 2000.

Villacís vs. Banco Central del Ecuador: Registro Oficial Suplemento # 297 Expediente de Casación # 216 del 13 d octubre de 1999.

Jaya vs. Caamaño Gangotena. Registro Oficial # 416 Expediente de Casación # 260 del 20 de septiembre de 2001

Rubén Morán vs. Onofre y Morán. Registro Oficial # 273 Expediente de Casación # 393 del 9 de septiembre de 1999.

Velázquez vs. Mercantil Garzozi S.A. Gaceta Judicial # 3 serie # 17 del 6 de julio de 2000.

Peñafiel Navarrete vs. Banco Central del Ecuador. Gaceta Judicial # 11 serie # 17 del 12 de febrero de 2003.

Newton Saltos vs. Tribunal Supremo Electoral. Gaceta Judicial # 3 serie # 18 del 23 de marzo de 2007.

Mármol de la Torre vs. Noboa y Soria. Registro Oficial # 257 Expediente de Casación # 334 del 18 de agosto de 1999.

Enríquez vs. Celso Estrada. Registro Oficial # 43 Expediente de Casación # 263 del 21 de junio de 2005.