ABUSO DEL DERECHO, DESVIACIÓN DE PODER Y FRAUDE DE LEY

Dr. Miguel Hernández Terán

Este artículo es parte de la obra: "Abuso del Derecho, desviación de poder y fraude de ley", Ed. CeP (2020). Se reproduce con expresa autorización de su autor.

Acceder a obra

SUMARIO

I. Introducción 01
II. Ley, moral y Derecho 05
III. El rol del Estado, la institucionalidad y la democracia 07
IV. El ordenamiento jurídico del Estado 10
V. Funcionalidad y coherencia 14
VI. Desviaciones 17
VI.I. Por parte del Estado 17
¿Cómo puede el estado y su institucionalidad caer en desviación?
Desde la función Legislativa
Desde la función Ejecutiva
Desde la función Judicial
VI.II. Por parte de los titulares 19
El fraude de Ley. Delimitación de su contenido
El abuso del Derecho
VII. Algunas conclusiones 37
VIII. Propuesta Legislativa 40

I. INTRODUCCIÓN

a). El Derecho Positivo ecuatoriano le ha dado poca importancia al abuso del derecho, la desviación de poder y el fraude de ley, a pesar de constituir realidades perceptibles en el mundo de los hechos, y no obstante existir

importantes estudios sobre la materia, jurisprudencia y legislación comparadas.

b). La desviación de poder ha estado tratada en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, que es el cuerpo normativo que ha regulado los aspectos fundamentales de la gestión de la Función gubernativa del Ecuador, entre ellos *la actividad jurídica de la administración pública*, desde la primera versión publicada en el Registro Oficial el 31 de marzo de 1994.

Ha estado descrita brevemente en el ERJAFE, contenido en el Decreto Ejecutivo No 2428, publicado en el Registro Oficial No 536 del 18 de marzo de 2002, básicamente al referirse a los vicios que impiden la convalidación del acto administrativo:

"Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados."(Art. 94 último párrafo).

También ha estado tratada con igual significado en el artículo 371 letra h) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, que rige a los gobiernos autónomos descentralizados, Ley publicada en el suplemento del Registro Oficial No 303 del 19 de octubre de 2010.

Creemos que le ha faltado organicidad a la descripción de la desviación de poder; es también incompleta. Nos ocuparemos de ello reformulando el concepto.

c). El abuso del derecho ha sido conceptualizado en el Código Civil ecuatoriano gracias a una reforma publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No 797 del 26 de septiembre de 2012. Tal variante prescribe:

"Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico." (Art. 36.1).

No consideramos que lo esencial en el abuso del derecho sea el exceso en los

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

límites del derecho respectivo. Más aún, los excesos no suelen ser razonables o irrazonables. Son sencillamente excesos. Lo irracional es el ejercicio del derecho en función del *sentido* de éste. En este trabajo replantearemos tal definición.

Cabe destacar que el Código Orgánico Administrativo, publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial No 31 del 7 de julio de 2017, define a la *conducta abusiva* como "aquella que, fundada en un derecho, causa daño a terceros o al interés general."

d). El fraude de ley, no obstante su importancia, no ha sido abordado en legislación general, como el Código Civil. Su noción está desarrollada particularmente en el ámbito tributario. Nos ocuparemos del tema.

e). No es común en el Ecuador el estudio doctrinario sobre estas tres figuras que los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero denominan *ilícitos atípicos*, pues por contraposición a los ilícitos tradicionales, que vulneran reglas jurídicas, los atípicos violentan *principios*.

f). De lo expuesto se colige que es necesario el desarrollo de las tres nociones a nivel legislativo en el Ecuador, con las precisiones que ha menester. Consideramos que es trascendente y estratégico hacer tal desarrollo en una ley específica que además defina con claridad y determinación los efectos de incurrir en tales ilícitos.

Curiosamente el concepto legislado de abuso del derecho que hemos reproducido y que se agregó al Código Civil a través de la reforma indicada no define consecuencias jurídicas para quien cae en abuso del derecho. Lo cual es inconsecuente con la necesidad jurídica de asignar efectos a las conductas vulneradoras de los derechos e intereses protegidos; inconsecuencia que afecta a la seguridad jurídica, que exige *reacción institucional estatal* ante dicho quebranto.

Violar el derecho o el interés protegido de un tercero a través del abuso en el ejercicio de un derecho, y no sufrir consecuencias por tal conducta en función de la omisión legislativa estatal, es una actitud criticable, y además incoherente con el contenido del Estado constitucional de derechos y justicia que proclama el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, y que justamente privilegia la protección de los derechos.

g). Estamos, pues, ante un problema a nivel de legislación, el cual se puede contribuir a solucionar por medio de una reforma en tal ámbito, cuya propuesta ensayamos en el presente trabajo. Tal contribución para la solución es a nivel jurídico, pues los ilícitos atípicos son el producto de una *actitud*, y por lo mismo no pueden desterrarse por prescripción jurídica.

h). Independientemente del tratamiento de los ilícitos atípicos, pensamos que es necesario confirmar legislativamente la *proscripción de la arbitrariedad* a nivel general en el ámbito público. Lo ideal sería que conste en la Constitución, como ocurre en España. Pero una variante constitucional es mucho más compleja.

En la línea de lo anterior es útil incorporar *la prohibición del abuso en el ejercicio de las competencias públicas*, pues así como debe estar vedado el ejercicio dañoso del derecho debe ser también proscrito el abuso en el ejercicio de las competencias. Esto último es más grave en términos de alcance y de número de víctimas porque el Estado cuenta con ventajas institucionales denominadas *prerrogativas*, que hacen, como regla, fácil la instrumentación del abuso indicado, lo cual influye en el número de afectados.

Estos dos aspectos los incorporamos en la propuesta de ley que presentamos.

Al existir doctrina comparada tanto de autores como jurisprudencial, e incluso tratamiento legislativo en otros lares, nuestro proyecto tiene la ventaja de haber considerado tales elementos.

i). El poco tratamiento doctrinario y legislativo del abuso del derecho, la desviación de poder y el fraude de ley en el Ecuador convierten a este esfuerzo en un trabajo interesante. Como toda propuesta legislativa la nuestra exige explicaciones, sustentos y justificaciones que procuramos plantear de la mejor manera, siendo del caso destacar que el contexto de la argumentación legislativa es notoriamente distinto al de la clásica argumentación judicial. En efecto, la legislativa, entre otros: a) difícilmente es subsuntiva; b) es preponderantemente principialista; c) abierta; d) finalista; e) busca la armonía de los medios con el fin; f) supone con frecuencia la afirmación de valores; g) respalda la moralidad del

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

sistema jurídico; j) procura justificar el resultado de la ponderación de principios y/ o bienes jurídicos efectuada por el legislador para definir la correspondiente solución que la ley prevé; k) tiene su propia racionalidad (pragmática, sistémica, teleológica, ética, lingüística).

j). Dejamos constancia que en el Ecuador la legislación es muy dura respecto de quienes expiden "actos del poder público" sin la pertinente motivación jurídica. En efecto, el deber de motivar es una de las garantías básicas del derecho a la defensa, que es parte del debido proceso. La consecuencia de no hacerlo, en términos generales, es la sanción a los servidores públicos según el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Ley suprema[1]; y en términos específicos para los jueces, *la suspensión del cargo* por indebida fundamentación de sus sentencias, según el Código Orgánico de la Función Judicial (Art.108 numeral 8). En definitiva, está proscrita la ausencia de motivación. Bien entendido que los actos del poder público tienen diversa trascendencia, y por lo mismo niveles de motivación pero con elementos comunes: los hechos y el derecho vinculados armónicamente y con pertinencia.

k). La falta de motivación es sinónimo de arbitrariedad según la jurisprudencia constitucional.

II. LEY, MORAL Y DERECHO

Así como el vínculo jurídico que existe entre los administrados, las instituciones y las autoridades con el ordenamiento jurídico es *directo*, *necesario*, *incondicional*, *no sujeto a modalidades*, *sin excepción*, la ley como expresión humana es y debe ser un producto moral. El ser humano es un ser moral. Luego, sus creaciones, sus luchas, sus conquistas no deben distanciarse de ella. Ello no significa que ésta obedezca a una sola concepción, que tenga un contenido uniforme en todas las culturas, ni que sea absoluta. La moral es necesaria pues constituye un buen concepto rector, y por lo mismo inspirador del comportamiento humano.

---

1. Que dice:
"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." (Letra h)

La ley a más de ser una manifestación moral es una expresión sustancialmente jurídica. Y es tal porque a través de ella – aunque no en forma exclusiva – el Derecho regula la vida social en orden a lograr estabilidad, justicia, paz, seguridad. La ley orienta y ordena al ciudadano en tanto le predefine los límites de su actuación, las fronteras de su libertad. Esas fronteras deben tener una justificación que va más allá del texto jurídico. En efecto, la ley es consecuencia, no causa. Es expresión de principios y de valores de diverso tipo y naturaleza. El legislador debe ser muy cuidadoso y preocuparse porque efectivamente la ley condense los elementos superiores de los cuales proviene y a los cuales se debe. Las imperfecciones gramaticales, los errores de sintaxis, la falta de armonía en las ideas que conjuga pueden ser solucionados en los casos concretos a través de los principios que la inspiran, particularmente en el campo del Derecho Público, pues en éste ellos no actúan a falta de ley sino simultáneamente con ella.

Como la moral, los principios y los valores ejercen también *rectoría* respecto del contenido de las normas jurídicas en general. Por ello el *formalismo jurídico* es criticable, ya que mira a la ley y a las normas de Derecho como un producto completo, cuando reiteradamente no lo son; cuando hay razones subyacentes que las nutren y que orientan la aplicación de las mismas.

La ley sirve al Derecho. Éste necesita de aquélla, pero no se ancla en la misma, pues ella no agota el Derecho. Éste se alimenta de la ley, y ella de principios y valores. El Derecho a su vez es necesario para la moral, pues ésta no goza del atributo de la *bilateralidad.* Es decir, no se relaciona por sí misma, necesita del instrumento típico de vinculación con los sujetos del Derecho: la norma jurídica.

Al igual que la ley, el Derecho se debe también a valores superiores. Es expresión de ellos. Y por lo mismo es *consecuencia*, no causa de aquéllos. El Derecho es rectitud, sinónimo de un solo sendero, a veces de difícil interpretación o entendimiento. Pero un solo camino. *Combate el abuso, la desviación pública y privada en el ejercicio de las competencias y los derechos, respectivamente*; es contrario al ardid, al fraude, a la simulación perversa, a la deshonestidad material e intelectual. Expulsa lo incorrecto de su camino. Las instituciones se auxilian en el Derecho, necesitan su apoyo. En cambio es rechazado por el anarquismo, el caos, el absolutismo, todos ellos disvalores en la vida social, a la cual rige y ordena el Derecho. *Por ello*

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

siempre estará justificada la presentación de proyectos de ley orientados a procurar expulsar de la vida en sociedad, y a castigar, las conductas abusivas, las desviaciones, los fraudes de la ley, las simulaciones perversas , provengan de donde provengan. Es, sencillamente, parte de la lucha por el Derecho, como diría Ihering.

Expresaba este autor en su obra "LA LUCHA POR EL DERECHO" (Ihering, 1992) [2]que "La fuerza de un pueblo, responde a la de su sentimiento del derecho; es, pues, velar por la seguridad y la fuerza del Estado el cultivar el sentimiento legal de la Nación, y no sólo en lo que se refiere a la escuela y a la enseñanza, sino también en lo que toca a la aplicación práctica de la justicia en todas las situaciones y momentos de la vida."

Parte del "sentimiento del derecho" se fragua con las normas jurídicas, pero con aquellas que respetan el *sentido del Derecho*, esto es, la realización de la justicia.

Por lo demás, toda ley, quiéralo o no, está vinculada a la democracia. En efecto, su proceso de formación necesita de la Función Legislativa, la cual es manifestación viva y permanente de la democracia representativa. El artículo 1 del Código Civil ecuatoriano define con claridad:

"La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común."

III. EL ROL DEL ESTADO, LA INSTITUCIONALIDAD Y LA DEMOCRACIA

En esencia, el rol del Estado consiste en la tutela y garantía de los derechos. Bien entendido que detrás de todo derecho subyace un bien jurídico que justifica su existencia y misión. La vida civilizada no es posible disfrutarla sin derechos y sin protección a éstos. Los derechos son, pues, el corazón de los Estados y el eje de la vida ciudadana.

2. Página 105.

Esa protección necesita buena institucionalidad, instrumentos eficaces y de alta calificación en su contenido. No bastan las instituciones. Es necesario profundizar en las descripciones de ellas y de esos instrumentos. Sólo así podremos juzgar sobre su idoneidad para el cumplimiento de su propósito.

La lucha por el Derecho exige no sólo entusiasmo, "sentimiento del derecho" sino también, queda claro, estructura institucional *calificada.*

El legislador debe proteger los derechos, pero también construirlos y delimitarlos con sabiduría para que no sean insuficientes ni ineficaces en relación con los bienes jurídicos que procuran tutelar. En el propósito de defender los derechos es mucho lo que puede hacer. Entre otros: a) ser rígido alrededor de los mecanismos institucionales de tutela de esos derechos, como por ejemplo, castigando severamente a quien los viola o intenta quebrantarlos, tanto desde la perspectiva penal como civil. Así, suspendiendo los derechos de ciudadanía para quien resulte condenado por la violación indicada; b) proveer herramientas administrativas y judiciales ágiles y efectivas en orden a materializar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, como por ejemplo la tutela cautelar; c) crear y dar vida efectiva a instituciones de defensoría de los derechos; d) Establecer y aplicar la gratuidad en la administración de justicia, pero castigando severamente el abuso en el ejercicio de las acciones.[3]

La llamada libertad de configuración normativa le da al legislador un espacio amplio para, entre otros, estructurar los derechos y las instituciones de protección a los mismos sin otros límites que la racionalidad y los principios de rango superior del ordenamiento jurídico. En definitiva, el legislador es libre para desarrollar su sabiduría. Y cuando lo hace vive la democracia. El administrado al ejercer sus derechos también la nutre. Las instituciones que operan la tutela de los derechos también le dan vida efectiva a la democracia. *Luego, la legislación sobre los derechos, el ejercicio de los mismos, su protección, tienen vinculación directa con la democracia, constituyendo así una especie de ecuación virtuosa: Derecho-democracia.*

3. El típico abuso consiste en presentar varias demandas contra la misma persona, con el mismo objeto, hasta que en el sorteo de causas el juicio llegue donde algún juez amigo o amigo de algún amigo.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

El Derecho y la democracia se desenvuelven en el marco de un Estado, que como hemos expuesto, tiene por rol principal proteger y garantizar los derechos. Lo que hace que a la ecuación referida se agregue otro elemento incuestionable: el Estado. La ecuación queda consolidada así: Estado - Derecho - democracia. Los tres elementos interactúan. Son dinámicos. La institucionalidad democrática vive en el Estado. Los derechos ciudadanos se materializan directamente, pero también a través del Estado.

Cuando hemos indicado que el rol estatal es la tutela y garantía de los derechos, evidentemente estandarizamos su papel institucional, lo cual no significa que las Constituciones no puedan estructurar tal misión maximizando el rol tutor en una medida tal que toda la institucionalidad deba "someterse" a los derechos por ser éstos el núcleo existencial estatal. En este sentido el caso ecuatoriano es elocuente. En efecto, el artículo 1 párrafo primero de la Ley suprema determina:

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

Las expresiones de la relevancia de ser Estado constitucional de derechos y justicia se manifiestan en algunos pasajes constitucionales. Uno de esos es el artículo 84, el cual ordena:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

El concepto rector, indudablemente, es el privilegio, la primacía de los derechos, su rol condicionante respecto de las normas jurídicas. Aún más, las leyes ni otros niveles normativos, y tampoco los actos del poder público – cualquiera que fuere la trascendencia del órgano emisor – EN NINGÚN CASO podrán atentar contra

los derechos que reconoce la Constitución. Es preciso decir que los derechos que RECONOCE LA CONSTITUCIÓN sólo en parte son constitucionales. La aceptación constitucional de los derechos comprende diversos niveles del ordenamiento jurídico.

IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ESTADO

El doctor Emilio Romero Jouvín en su libro "EL ABUSO DEL DERECHO"[4] cita el radiomensaje de navidad de 1942 de PIO XII. El fondo del discurso es religioso (lo cual es ajeno a este trabajo) y tiene claros conceptos jurídicos. Lo reproducimos en parte:

Para que la vida social, cual Dios la quiere, obtenga su fin, es esencial un ordenamiento jurídico que le sirva de externo sostén, de reparo y de protección; ordenamiento cuya función no es dominar, si no servir, tender a desarrollar y acrecentar la vitalidad de la sociedad en la rica multiplicidad de sus fines, conduciendo hacia su perfeccionamiento todas y cada una de las energías en pacífica cooperación y defendiéndolas, con medios apropiados y honestos, contra todo lo que entorpece su pleno desenvolvimiento . Un tal ordenamiento, para garantizar el equilibrio, la seguridad y la armonía de la sociedad, posee también el poder coactivo contra los que solo mediante este camino pueden ser contenidos en la noble disciplina de la vida social; pero, precisamente en el justo cumplimiento de este derecho, no habrá jamás una autoridad verdaderamente digna de tal nombre que no sienta la angustiosa responsabilidad ante el Eterno Juez , en cuyo tribunal toda falsa sentencia y, sobre todo, todo trastorno de las normas que Dios ha querido recibirá su infalible sanción y condena...

Ciertamente, a medida que el tiempo pasa cambian las condiciones de vida; mas no se da nunca carencia absoluta ni perfecta discontinuidad entre el derecho de ayer y de hoy, entre la desaparición de antiguos poderes y constituciones y el resurgir de nuevos ordenamientos. De todas maneras, cualesquiera que sean los cambios y transformaciones, el fin de toda vida social permanece idéntico, sagrado y obligatorio: el desarrollo de los valores personales del hombre como

4. Páginas 61 y 62.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJUr no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

imagen de Dios, y perdura la obligación de todo miembro de la humana familia de actuar sus inmutables fines, quienquiera que sea el legislador y la autoridad a quien obedece. Permanece pues, siempre y no cesa por ninguna oposición su inalienable derecho, que ha de ser reconocido por amigos y enemigos, a un ordenamiento y práctica jurídica que sientan y conciban como propio deber esencial el servir al bien común.

El ordenamiento jurídico tiene, además, el alto y arduo fin de asegurar las armónicas relaciones, ya sea entre los individuos, ya sea entre las sociedades, como también dentro de éstas. A esto se llegará si los legisladores se abstienen de seguir aquellas peligrosas teorías y prácticas infaustas para la comunidad y su cohesión, que deben su origen y difusión a una serie de postulados erróneos. Entre éstos se debe enumerar el positivismo jurídico, que atribuye una engañosa majestad a la promulgación de leyes puramente humanas y allana el camino a una funesta separación entre la ley y la moral; viene después la concepción, que reclama para determinadas naciones o estirpes o clases el instinto jurídico, como último imperativo e inapelable norma ; por último, las diversas teorías que, si bien diferentes en sí mismas, y procedentes de puntos de vista ideológicamente opuestos, concuerdan, sin embargo, en considerar al Estado o a un cierto número de personas que lo representan como entidad absoluta o suprema, exenta de control y crítica, aun en el caso de que sus postulados teóricos y prácticos tropiezan y desembocan en una abierta negociación de notas esenciales de la conciencia humana y cristiana.

El Estado ecuatoriano, reconocido por la jurisprudencia constitucional como *axiológico* por los valores que se entiende incorpora el ser *de derechos y justicia*, aquilata la trascendencia de los derechos y su aplicación efectiva como factor constitutivo y permanente de la paz ciudadana. Por lo mismo *es y debe ser el primer interesado en el respeto al ordenamiento jurídico y al recto sentido del ejercicio de los derechos y de las competencias de las instituciones y órganos del poder público*. En efecto, el ordenamiento jurídico estatal es herramienta fundamental para hacer efectivo el ejercicio de los derechos. Primero, porque los reconoce o los instituye; segundo, porque exige su cumplimiento; y tercero, porque define las consecuencias del quebranto, de la desviación de dicho ordenamiento. En definitiva, “reacciona” ante el irrespeto a la norma de Derecho.

La *reacción institucional* es parte fundamental de la seguridad jurídica. El Estado debe estar siempre interesado en criticar, combatir y castigar las desviaciones, los abusos en el ejercicio de los derechos y las competencias, el fraude a la ley, las simulaciones perversas.

Ahora bien, la *aplicación* de las normas como parte del cumplimiento del ordenamiento jurídico del Estado y como elemento de la seguridad jurídica según el artículo 82 de la Constitución ecuatoriana, que consagra: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas *y aplicadas* por las autoridades competentes"[5], debe entenderse como sinónimo de aplicación CORRECTA de las mismas. Por consiguiente el derecho a la seguridad jurídica rechaza y debe condenar la aplicación tergiversada de las normas, el abuso del derecho, la ejecución desviada o abusiva de las competencias de las instituciones y órganos del poder público; el fraude de ley, la simulación perversa. En definitiva, la violación al recto sentido de las normas jurídicas en su aplicación. Vulneración que, además, afecta al principio de juridicidad.

En nuestro caso *la garantía del ordenamiento jurídico* es uno de los deberes primordiales del Estado al tenor del artículo 3 numeral 4 de la Constitución. [6] Esta garantía apunta al aspecto formal del ordenamiento como elemento constitutivo de las competencias, y a la vez determinante del límite al ejercicio de las mismas, y por lo mismo como garantía ciudadana; pero también, y *sustancialmente*, como plataforma jurídica: a) que reconoce e instituye derechos cuyo ejercicio efectivo tutela; b) que determina consecuencias ante el irrespeto a los mismos; c) que apoya el cumplimiento efectivo de los efectos predefinidos por él.

En nuestro libro "TRABAJOS CONSTITUCIONALES" (Hernández Terán, 2015)[7] se destacan, entre otros, los siguientes conceptos sobre el ordenamiento jurídico:

Puede decirse que el ordenamiento jurídico del Estado honra a los ciudadanos o

5. Las cursivas son nuestras.

6. "Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:
(...)
4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico."

7. Página 53 y 54.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

administrados cuando, partiendo de su trascendencia existencial, los convierte en el eje de los derechos, en el artífice de ese ordenamiento, en el centro y razón de las instituciones que regula el Estado. En otras palabras, el carácter virtuoso de las normas que rigen la convivencia social depende de cuánto favorecen a los administrados y cuán racional es esa inclinación…

En definitiva el ordenamiento jurídico del Estado por su rol regulador de la vida en sociedad necesariamente debe ser positivo en relación con los gobernados. Debe dotarle de derechos y garantías que le permitan satisfacer sus necesidades básicas; debe poder proveerle, normativamente, de tranquilidad, de confianza; debe darle elementos que lo lleven a creer en el Estado. Esto último no se logra solamente con enunciados y normas jurídicas sino también con el cumplimiento efectivo de las prescripciones jurídicas…

El ordenamiento jurídico estatal siempre es trascendente no sólo por recoger, instituir y proteger los derechos, como por limitar el poder público y su ejercicio, sino también porque constituye el objeto de la relación de Derecho Público entre la institucionalidad estatal y los particulares. Y como tal debe ser inexcusablemente respetado por tal institucionalidad y por tales sujetos de derechos. Ese respeto se expresa, entre otros, en la aplicación de las normas jurídicas, la misma que es, como hemos subrayado, elemento del derecho a la seguridad jurídica. *Aplicación que debe darse conforme al sentido de las normas, a la finalidad de las mismas y a la de la respectiva institución* jurídica.

El ordenamiento es, evidentemente, Derecho Positivo. Base de la convivencia social pacífica. Cuna del imperio de la ley y del respeto a la Constitución. Por su explicitada relevancia debe ser materia de control respecto de su efectivo cumplimiento. Ese control se sustenta en el propio contenido del ordenamiento, que desarrolla la forma de ejercer el mismo, pero también en los principios que inspiran tal estructura normativa, sea que se encuentren expresados o no en aquél. *El control jurídico basado en principios es positivo en tanto éstos ayudan a dimensionar los contenidos normativos, y por lo mismo su recto sentido institucional y operativo. Difícilmente el texto regulador agota el Derecho. Como se sabe, la norma es texto más razón, más finalidad, más contexto institucional. El respeto al texto de la norma no necesariamente es respeto al Derecho, armonía con el mismo. Puede*

existir cumplimiento literal de la norma y violación al Derecho, al rol institucional de la norma jurídica. Tal es el caso del fraude de ley.

Respetar las normas significa sujeción a su sentido, no sólo a su texto. Es armonía con el concepto institucional de las mismas, con el correcto espectro y misión de los derechos respectivos. Es rechazar el facilismo intelectual consistente en leer sin razonar y aplicar por aplicar, sin entender la dimensión de las normas, las competencias, los derechos.

El desempeño del Estado en su conjunto hay que evaluarlo prioritariamente desde el punto de vista jurídico. Ello es necesario pero no suficiente, pues hay que juzgarlo también desde otras perspectivas.

V. FUNCIONALIDAD Y COHERENCIA

Ahora bien, nos empeñamos en destacar, entre otros, la importancia del Derecho y de los derechos, y la lucha por ambos, pero el Estado de Derecho y el Estado constitucional de Derecho son más que eso. En efecto, estando claro cuál es el papel central estadual debemos subrayar que *la funcionalidad estatal exige institucionalidad y coherencia*. Una institucionalidad constituida por las diversas Funciones y por una estructura central y local que incluso, ésta última especialmente, puede estar dotada de autonomía. Dichas institucionalidad y estructura operan a través de órganos del poder público que deben ser *coherentes* tanto con la propia misión institucional como con el rol del Estado y el ordenamiento jurídico; ambos son definidos por el Derecho a través de la legislación de la materia.

Las autoridades y servidores públicos en general como titulares de esos órganos tienen el deber de cumplir y hacer cumplir las normas jurídicas aplicables en sus ámbitos, so pena de ser remisos en el respeto a las mismas, con los consiguientes efectos de responsabilidad. El cumplir y hacer cumplir el régimen jurídico pertinente es obligación que no admite excusa, pues el vínculo con la Constitución y el ordenamiento jurídico en general es el punto de partida de todo desempeño institucional y ciudadano.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

La Constitución del Ecuador define en el artículo 426 párrafo primero que "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución." A su vez el artículo 76 numeral 1 de la propia Ley suprema consagra que:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

Es decir, la funcionalidad estatal en su conjunto debe ser *coherente* con el contenido institucional predefinido para cada Función o estructura corporativa, con la legislación aplicable, con el ordenamiento jurídico de la República, el cual el Estado está destinado a garantizar, como hemos visto. (Y por lo mismo debe proscribir todo abuso del derecho, toda desviación en el ejercicio de las competencias, todo fraude de ley, toda simulación perversa). Y debe ser consecuente también con otro aspecto más de irreemplazable relevancia: el rol de proteger y garantizar los derechos en el gran marco o contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, el cual hace de los derechos el centro de su misión y funcionalidad institucionales.

Así las cosas, la *coherencia* a la que hemos hecho referencia es un punto neurálgico del desempeño o funcionalidad institucional estatal, y por lo mismo, de los órganos del poder público que constituyen la estructura del Estado.

Pero ella no es ni debe ser una exigencia sólo para el Estado y su institucionalidad. En efecto, *los titulares de los derechos que reconoce e instituye el Estado tienen también un deber de actuar en forma consecuente: con los modelos institucionales predefinidos y a ellos exigibles, con la legislación aplicable, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y por supuesto con el sentido de los propios derechos de que son titulares; no pudiendo, válidamente, ejercerlos de manera tergiversada, desviada, con fraude, con perversidad, con abuso, desatendiendo el verdadero propósito y sentido de tales derechos. El recto sentido del Derecho, de las competencias y de los derechos imponen coherencia*

tanto de parte del Estado y su institucionalidad, como de los administrados. Es decir, la coherencia es un camino de doble vía.

Lo anterior significa que es condenable toda acción estatal que implique un ejercicio desnaturalizado, abusivo de los pertinentes roles institucionales; que suponga un cambio ilegítimo de ruta de las instituciones jurídicas, políticas o sociales del caso; que se oriente a torcer los caminos jurídicos, con o sin perjuicios materiales y/o morales hacia terceros; con o sin propósitos protervos. Estas acciones posibles constituyen la antítesis del deber ser de un Estado constitucional de derechos y justicia.

Pero así como son criticables las posibles acciones referidas a cargo del Estado, merecen también rechazarse los actos y las omisiones de los particulares titulares de derechos con el propósito de abusar de los mismos, de hacer fraude de ley, de manipular a las autoridades, servidores e instituciones del Estado falseando información para hacer creer en una situación o condición que en realidad no tienen, presentándose como merecedores de una calificación, de un derecho, etc.

La funcionalidad estatal y el ejercicio de los derechos deben ser, pues, armónicos en sus respectivos ámbitos con los elementos antes mencionados. Y la legislación debe remarcar tal necesidad, como también definir efectos claros, ciertos, concretos y determinantes con el propósito de condenar la incoherencia. La intensidad de la condena debe depender de la conducta del agente. Lo que no debe ocurrir es el silencio institucional por parte del Estado. El fraude, el abuso, la desviación, la simulación perversa son la antítesis del Derecho y hay que tratarlos como tales asignándole efectos determinantes orientados a procurar evitar su comisión. *Aunque es obvio que el Estado no puede ni debe cohonestar tales prácticas nunca está demás transmitir un mensaje legislativo claro y directo de condena hacia los administrados, servidores, autoridades e instituciones que incluya consecuencias jurídicas aleccionadoras a quienes procedan desviadamente en la forma indicada.*

No se trata solamente de una necesidad institucional sino también moral. El respeto al Derecho, al Estado constitucional, al recto sentido de las instituciones, a las competencias y a los derechos es un deber ético y jurídico. No únicamente ético ni únicamente jurídico.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

VI. DESVIACIONES

Entendemos por desviación todo cambio o alteración del correcto sentido de las instituciones, las competencias o los derechos, que por su intensidad o radicalización sean capaces de convertir a los mismos en instrumentos distantes o ajenos a el o los propósitos para los cuales fueron concebidos.

VI.I Por parte del Estado

¿Cómo puede el Estado y su institucionalidad caer en desviación?

Si el rol esencial del Estado es la tutela y garantía de los derechos, habrá desviación de su misión en todos los casos en que sus acciones u omisiones estén orientadas en un sentido contrario, alterado o distante de tal papel. Respondamos la interrogante planteada desde el punto de vista de las diversas Funciones del Estado:

a). Desde la Función Legislativa

Si el papel de la Función Legislativa es legislar y fiscalizar, habrá desviación institucional cuando la legislación que produce no está concebida o estructurada para tutelar y/o garantizar los derechos; o cuando teniendo tal propósito o estructura no determina mecanismos institucionales permanentes y eficaces para materializar tal ideal. Evidentemente, si en lugar de legislar tutelando los derechos los viola, o los limita o afecta irracionalmente habrá la desviación indicada.

Y como órgano de fiscalización caerá en la indicada desviación, básicamente, cuando omite controlar, controla débilmente o en forma ineficaz o inconstante las acciones y omisiones de la Función Ejecutiva y demás Funciones o instituciones objeto de control o fiscalización, sea que se violenten o no derechos.

b). Desde la Función Ejecutiva

Es reconocido que el papel de la Función gubernativa es administrar el Estado con las limitaciones propias de la legislación respecto de las demás Funciones

estatales y de las instituciones autónomas, con miras a la atención de las necesidades públicas y a la protección y garantía de los derechos. Por lo mismo, habrá desviación en el ámbito de la Función Ejecutiva en todos los casos en que las acciones u omisiones de sus órganos, instituciones y/o servidores desatiendan las necesidades públicas y/o la tutela y garantía de los derechos; cuando la atención que provean para tales propósitos sea inoportuna, insuficiente, ineficiente o ineficaz; cuando independientemente del contenido de la legislación específica, tales órganos, instituciones y/o servidores omiten acciones racionalmente exigibles para quienes actúan con diligencia media en su papel de protección y garantía de los derechos ciudadanos y de atención de las necesidades públicas en el ámbito de su competencia; *o cuando apliquen literalmente la ley o la norma jurídica pertinente pero con fines distintos a los previstos por el legislador, desviando así el propósito institucional de la ley o la norma; o sencillamente cuando violan la ley o la normativa aplicable o tergiversen su recto sentido.*

Un ejemplo de tergiversación es el expuesto en la sentencia C-258-13[8] de la Corte Constitucional de Colombia:

De otro lado, la Corte Constitucional, desde la perspectiva de los derechos fundamentales y los deberes inscritos en el artículo 95 de la Carta Política, se ha referido en la Sentencia C-556 de 1992[9] al abuso del derecho[10]. En tal providencia se analizó la constitucionalidad de un decreto del Gobierno que declaraba el estado de conmoción interior. Allí, la Corte Constitucional hizo alusión al abuso del derecho pero no desde el entendimiento de esta figura ya analizado por el derecho privado, sino como un "abuso del derecho constitucional", en el sentido de referirse a la utilización por parte del Estado de normas constitucionales para ejercer competencias extraordinarias. Con base en ello, afirmó que la figura del abuso del derecho se refiere a "(...) *ciertas situaciones en las cuales las normas jurídicas son aplicadas de tal manera que* ***se desvirtúa el objetivo jurídico que persigue la norma****, y esto es justamente lo que sucede cuando la norma del estado de excepción es aplicada estratégicamente*

8. Tomado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-258-13.htm.

9. Sentencia de Sala Plena de la Corte Constitucional.

10. Sobre el tema ver, entre otras, las sentencias C-556/92, C-454/93, T-511/93, T-465/94, T-119/95, T-199/95, T-379/95, T-441/95, T-443/95, T-713/96, SU-624/99, T-172/99, T-1011/00, T-1676/00, C-490/02, C-159/03, T-519/03, C-670/04, T-299/05, T-544/06, T-853/06.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

para solucionar problemas sociales menores o problemas políticos" (negrilla fuera del texto).

c). Desde la Función Judicial

Siendo el rol de la Función Judicial cumplir y hacer cumplir la legislación aplicable en todos los casos en que debe resolver sobre los conflictos que se le planteen por parte de los litigantes, habrá desviación, básicamente, siempre que los jueces competentes incumplan la legislación que deben ejecutar; tergiversen o desvíen el sentido de la misma con o sin dolo; apliquen legislación equivocada o impertinente al caso concreto; interpreten erradamente la normativa del caso; apliquen literalmente la ley sin considerar la razón de la misma cuando ésta es indispensable para su entendimiento.

V.II Por parte de los titulares

Como es lógico, los derechos deben ejercerse en su recto sentido; en función de su naturaleza y propósitos; considerando el bien jurídico que subyace en ellos, y que constituye la razón de fondo de los mismos; el recto sentido de la protección reconocida o instituida. *Deben utilizarse en orden a la satisfacción de las necesidades e intereses legítimos de sus titulares. Y respetando la legislación aplicable en función de su texto pero también de su razón y finalidad.* Por lo mismo, habrá desviación en el ejercicio de los derechos cuando se proceda, entre otros, con fraude de Ley o abuso del derecho.

a). El fraude de ley

Delimitación de su contenido

a.1 El Diccionario de la Lengua Española en su edición vigésima segunda al referirse al *fraude* define, entre otros: "Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete. 2. Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros."[11]

11. Tomado de http://lema.rae.es/drae/?val=abuso.

a.2 El Diccionario Jurídico ESPASA define al *fraude* así: "Equivale a engaño, que consiste en cualquier falta de verdad debida a simulación entre lo que se piensa o se dice o se hace creer, instigando o induciendo a otra persona a actuar en la forma que interesa, o en la falta de verdad en lo que se dice o se hace."[12]

La misma obra (ESPASA CALPE, S.A., 1999) trae el siguiente desarrollo sobre el *fraude de ley*:[13]

"Vulneración de la norma jurídica al amparo, aparente, de otra norma o disposición diversa".

El mandato legislativo no sólo se infringe por actos francamente opuestos a su precepto, sino que también se provoca el criterio legal desarrollando una actividad que no resulta contraria al precepto literalmente considerado, pero sí que contradice su *finalidad*...

Como caracteres suelen fijarse:

a) Ha de tratarse de un acto jurídico, no siendo suficiente la mera intencionalidad.

b) En apariencia dicho acto encuentra apoyo en una norma jurídica, pues, de no ser así, se trataría de un acto contra ley, si bien esta norma de cobertura no tiene por finalidad amparar ese acto.

c) El acto fraudulento persigue un fin condenado por otra norma del Ordenamiento. En principio, es indiferente que el actor tenga intención de eludir la norma defraudada, siendo suficiente con el resultado ilícito.

El artículo 6.4., C.C señala que:

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán

12. Página 434.

13. Páginas 434 y 435.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

ejecutados en fraude ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Se presenta, así, el acto fraudulento como una modalidad del acto contra ley, con notas propias, señaladas en el precepto legal como correspondientes a sus caracteres…

a.3 Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero sostienen algunas ideas capitales sobre el fraude de ley (Atienza & Manero Ruiz, 2006) en su reconocida obra "Ilícitos atípicos":[14]

a) "… el análisis adecuado de la figura exige partir de que la dimensión regulativa del Derecho está compuesta por dos niveles, el de las reglas y el de los principios: los actos en fraude de ley están permitidos *prima facie* por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión."

b) "Cuando…aparece por tanto la posibilidad de un contraste entre la palabra y la voluntad o el contenido de la norma, surge también la posibilidad de distinguir entre el comportamiento que es contrario a la letra de la ley y el comportamiento (fraudulento) que viola el contenido de la misma respetando su letra…"

c) "En una primera aproximación, puede decirse que se produce un fraude de ley cuando alguien ejerce un poder normativo para obtener un resultado R (y el uso de ese poder le está permitido), pero R está enlazado con otros resultados normativos, o con otras consecuencias, que están prohibidos…"

d) "El fraude de ley suele presentarse como un supuesto de infracción indirecta de la ley, a diferencia de los ilícitos que nosotros hemos llamado "típicos", en los que se da un comportamiento que se opone directamente a (infringe directamente) una ley. La estructura del fraude consistiría, así, en una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada "norma de cobertura"), pero que produce

14. Páginas 67 a 85.

un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto ("norma defraudada")."

e) "... la norma defraudada 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 lo que hemos llamado un ilícito típico y que vendría a coincidir con lo que Díez-Picazo y Gullón llaman "contravenciones" (cuando el acto ejecutado viola el mandato contenido en una norma)."

a.4 En la sentencia SU.1122/01[15] la Corte Constitucional de Colombia determinó con claridad sobre el fraude a la ley:

Interpretación jurídica y fraude a la ley.

20. La diferencia conceptual entre reglas y principios[16] sugiere varios problemas interpretativos. El carácter preciso de las reglas obliga a preferirlas a la hora de enfrentar conflictos con los principios. Empero, una interpretación razonable de reglas puede llevar a situaciones abiertamente incompatibles con principios, aunque no sean ilegales o ilícitas. Se trata de eventos en los cuales existe la posibilidad legítima de interpretar una regla, que puede conducir, entre muchos, a un resultado determinado, el cual no se encuentra prohibido por el ordenamiento, pero resulta incompatible con los principios que sustentan la regla[17].

En estas circunstancias, se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico. No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico. La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de

15. Tomado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/su1122-01.htm.

16. Sobre el particular se pueden consultar las sentencias T-406 de 1992, C-574 de 1992, C-027 de 1993 y C-276 de 1993.

17. Debe observarse que las reglas implican una concreción de los principios. De ahí, por ejemplo, la base de la técnica del precedente en materia constitucional, puesto que la decisión judicial que interpreta un principio (como lo son los derechos constitucionales), supone la adopción de una regla (subregla), que es precisa, en tanto que comprende la situación fáctica.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema.

a) El abuso del derecho

b.1 En términos de lenguaje el abuso implica el uso excesivo, indebido, injusto de algo. Por consiguiente, necesariamente el Derecho se ocupa de él a efectos de rechazarlo y darle un tratamiento jurídico acorde con tal objeción.

b.2 En principio, la idea de derecho es incompatible con la de abuso. Pero puede ocurrir que quien ejerza un derecho lo haga en un sentido contrario a los propósitos o finalidades del mismo; adverso al propio sentido del derecho; atribuyéndole un contenido que sobrepasa los límites predeterminados por la normativa aplicable, o sencillamente dándole un contenido diferente al previsto en la norma pertinente (lo cual evidencia la intención de abusar) desbordando por consiguiente la racionalidad del derecho. En la calificación del abuso pueden ocupar un papel preponderante las circunstancias en que se ejerce el derecho.

b.3 El abuso del derecho supone una actitud claramente irracional, y como regla, intencional. Puede haber o no daño como consecuencia del mismo. La existencia de éste no es condición necesaria para su configuración. Pero es evidente que si se produce daño, éste es ilegítimo, injusto, sin causa jurídica válida. Por lo mismo, es y debe ser indemnizable.

Es irrelevante para la determinación del abuso la poca o mucha trascendencia del derecho o del interés jurídicamente protegido del tercero, en relación o no con el derecho que se ejerce abusivamente. Como también la frecuencia o excepcionalidad en el ejercicio del derecho.

b.4 La no utilidad del ejercicio del derecho puede ser un indicio respecto de la intención de abusar. Bien entendido que pudiera darse el caso de que quien ejerce el derecho haya considerado que efectivamente iba a obtener cierta utilidad, en cuyo caso no cabe la consideración del indicio referido. Así también la elección de la forma en que se ejerce el derecho, habiendo otras

posibilidades de hacerlo efectivo, atenta las circunstancias del caso, podría también constituir un indicio de intención dañosa.

b.5 Alrededor del daño pueden producirse algunas circunstancias. Así:

a) El titular o quien ejerce el derecho podría tener una intención originalmente dañosa pero que después disminuye o desaparece;

b) El titular o quien ejerce el derecho podría no tener una intención originariamente dañosa, pero el propósito de daño surge mientras se ejerce el derecho;

c) Es posible que el daño que se produzca como consecuencia del ejercicio abusivo se deba determinantemente a la fragilidad del bien afectado del tercero; o que la gravedad del daño sea producto de dicha debilidad. En definitiva, una condición preexistente del bien o de la situación material o jurídica del tercero puede ser el factor detonante de la producción del daño o de la gravedad de éste;

d) Podría ser objeto de afectación no solo un derecho sino también un interés jurídicamente tutelado. Recuérdese que el artículo 75 de la Constitución protege los derechos e intereses. Podría afectarse parte de un derecho y parte de un interés. Exclusivamente un derecho; exclusivamente un interés;

e) El daño podría ser la consecuencia de un riesgo o exposición generados por el tercero afectado en su derecho o interés legítimo, en cuyo caso cabe también la indemnización seguramente proporcional;

f) Excepcionalmente el daño podría no ser la consecuencia de la intención del agente, particularmente si en la producción del mismo es determinante el dominio de aspectos tecnológicos que no maneja quien ejerce el derecho; situación que es irrelevante a los efectos de la correspondiente indemnización.

Otro caso evidente de abuso inintencional ocurre cuando los empleados de una determinada empresa acuden tantas veces a consultas médicas del seguro de salud contratado por su empleador, que terminan produciendo un gasto

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

exagerado de la empresa que contrata a los pertinentes médicos, afectando la razonable utilidad de dicha empresa.

g) La actitud maquiavélica alrededor de la conducta abusiva puede llevar al titular del derecho o a quien lo ejerce a analizar el contexto de la situación y a elegir la oportunidad del ejercicio abusivo, de tal manera que asegure la producción del daño al tercero, o la afectación de su interés jurídicamente protegido. Inclusive podría asegurarse el *mayor* daño o afectación posible presente y/o futuro.

b.6 La Corte Constitucional colombiana se ha ocupado en forma muy calificada de esta teoría. En efecto, la sentencia C-258-13 hace un importante desarrollo y una amplia recapitulación de esta teoría frente a la legislación y jurisprudencia de tal país. Reproducimos un pasaje de la misma:

(...)

Descendiendo al ordenamiento colombiano, la figura del abuso del derecho se encuentra reconocida en el artículo 95 de la Constitución Política, el cual en su numeral primero dispone que son deberes del ciudadano "*respetar los derechos ajenos y* ***no abusar de los propios***". Así mismo, en el Código Civil se hace referencia al abuso del derecho cuando se consagra el ejercicio legítimo del derecho a la propiedad (artículo 669) y en las disposiciones atinentes al tema de la responsabilidad (artículos 2341, 2343, 2356, entre otros). El Código de Comercio en su artículo 830 señala también que "*El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*".

b.7 La sentencia C-090/14[18] del 19 de febrero de 2014 de la invocada Corte hizo, entre otras, las siguientes determinaciones conceptuales:

"4.3.2. Abuso del derecho.

(...)

18. Tomado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-090-14.htm.

En cuanto a este concepto, en la sentencia C-258 de 2013 la Corte hizo la siguiente interpretación:

(...) En términos generales, comete abuso del derecho: **(i)** aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; **(ii)** quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; **(iii)** el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y **(iv)** aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue (...)

Es así, como la Ley 1258 de 2008 incorporó legalmente la figura del abuso del derecho mediante una acción en contra del socio que abuse de sus derechos de accionista y con ello genere perjuicios a terceros de buena fe, a otros accionistas o a la misma sociedad, a través de la siguiente acción:

ARTÍCULO 43. ABUSO DEL DERECHO. *Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto. (subraya fuera de texto).*

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

b.8 En el Código Civil ecuatoriano el abuso del derecho está conceptualizado en el artículo 36.1:

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

"Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico."

b.9 Atienza y Ruiz Manero, en su citada obra "Ilícitos atípicos"[19] destacan que el artículo 7.2 del Código Civil español, tras la reforma de 1974, quedó redactado así:

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

En el caso de España es claro, pues, que el abuso mira al sujeto, al objeto y a las circunstancias en que se efectúa el ejercicio del derecho; así también es evidente que el daño es elemento constitutivo del abuso, el cual da lugar a la respectiva indemnización y a las correspondientes medidas para impedir "la persistencia" del mismo.

b.10 En la doctrina el abuso del derecho es considerado un principio general del derecho, en un sentido prohibitivo. Consideramos que se trata, además, de una noción implícita en todo ordenamiento jurídico[20]; máxime en el ecuatoriano, que regula al Estado constitucional de derechos y justicia.

b.11 Ahora bien, hay quienes critican severamente la noción del abuso del derecho. Así, el Dr. Emilio Romero Jouvín en su obra "EL ABUSO DEL DERECHO" (Romero Jouvín, 1993)[21] considera, entre otros:

La teoría del abuso del derecho sólo trae consigo incertidumbre. Siempre permanecerá pendiente el gravísimo riesgo de que los jueces vean – cada cual

19. Página 37.

20. Para algunos autores los principios generales del Derecho forman parte del ordenamiento jurídico. Para otros no.

21. Páginas 110 y 112.

con sus prejuicios humanos y sus convicciones políticas, sociales, religiosas o de cualquier otra índole – los derechos subjetivos a su manera, bajo su óptica personal, con su cristal, y se conviertan, como lógica consecuencia, en los legisladores cotidianos; puesto que siempre gozarán de esas facultades omnímodas por las que podrán decidir cuándo hay y cuándo no hay abuso del derecho…

Consagrando la teoría del abuso del derecho se estaría dando a los jueces la facultad individual de demarcar y establecer cuáles son los fines del derecho, hasta dónde llega la moral, cuáles son las buenas y malas costumbres, en qué consiste el orden público, qué es la normalidad, hasta donde llega la buena fe… Consagrando la teoría los jueces serían los entes últimos, los infalibles, los dueños de la verdad, los "árbitros de la paz y de la guerra", los únicos seres capaces de decidir si ha existido o no un cambio social, si ha evolucionado el derecho, en qué medida se ha dado la evolución… y no es necesario ilustrar lo peligroso que ello resultaría.

Entre las conclusiones del Dr. Romero constan las siguientes[22]:

5. - La teoría constituye una permanente amenaza para la seguridad jurídica.

7.- Cuando el adelanto de una sociedad hace necesario que cambien las estructuras sobre las que esa sociedad se levanta, dichas estructuras, por seguridad jurídica, deben cambiar mediante reformas legislativas serias y no mediante la introducción de teorías como la teoría del abuso del derecho, que no hacen otra cosa que sembrar caos doctrinario e inseguridad jurídica y social.

b.12 Legislativamente el abuso del derecho está consagrado en el Código Orgánico de la Función Judicial, básicamente en las siguientes disposiciones: Arts. 12, 26 y 130 numeral 13.

Art. 12.- **Principio de gratuidad.-** El acceso a la administración de justicia es gratuito. El régimen de costas procesales será regulado de conformidad con las previsiones de este Código y de las demás normas procesales aplicables a la materia.

22. Página 116.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

La jueza o juez deberá calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Quien haya litigado en estas circunstancias, pagará las costas procesales en que se hubiere incurrido, sin que en este caso se admita exención alguna." (Párrafos primero y segundo)

Art. 26.- **Principio de buena fe y lealtad procesal.-** En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. (Párrafo primero)

Art. 130.- **Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.-** Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

(...)

13. Rechazar oportuna y fundamentadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconvenciones, incidentes de cualquier clase, que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley, o con notorio propósito de retardar la resolución o su ejecución. Igualmente tienen el deber de rechazar de plano los escritos y exposiciones injuriosos, ofensivos o provocativos, sin perjuicio de la respectiva sanción;

El abuso del derecho y el fraude a la ley son contrarios al deber y responsabilidad de las ecuatorianas y los ecuatorianos de "Practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios." (Art. 83 numeral 9 de la Ley suprema)

b.13 A nivel comparado el abuso del derecho está tratado, entre otros, en la legislación peruana y argentina. En efecto, el artículo 2 del Código Civil del Perú determina:

"Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso."[23]

El artículo 1043 del Código Civil argentino conceptualiza[24]:

Artículo 1043 .- El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe 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.[25]

c.1 Gustavo Silva Tamayo en su obra "Desviación de poder y abuso de derecho" (Silva Tamayo, 2006) explica que:

Tanto en el derecho extranjero, como en el nacional, la noción de desviación de poder se utiliza para caracterizar y definir un supuesto de actuación administrativa por medio del cual se persiguen fines, públicos o privados, que resultan distintos a los que la ley tuvo en mira al asignar competencia al órgano.

La desviación de poder representa, a nuestro entender, un vicio autónomo del acto administrativo que surge de la comparación entre el fin objetiva y generalmente predeterminado por la norma y el concretado como resultado de la actuación administrativa. Se trata, pues, de una afectación al elemento fin del acto administrativo...[26]

Cita el autor indicado la ley 19.549, artículo 7, inciso f): "*Habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan facultades pertinentes al órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados,*

23. Tomado de http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf.

24. Tomado de http://ar.vlex.com/vid/ley-0026-534021526.

25. A la época de publicación de este trabajo, dicho Código ha sido reemplazado. Recuérdese que este estudio es una tesina.

26. Páginas 133, 135 y 136.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionadas a esa finalidad".[27]

En cuanto a su origen el indicado autor destaca que como primer antecedente de esta teoría la doctrina cita[28] "el arret Vernes, de 1858, mediante el cual el Consejo de Estado anuló un decreto del alcalde de Trouville por el que se obligaba a los bañistas a abonar una tasa en beneficio del establecimiento municipal de baños, aun cuando no se lo utilizara. El tribunal administrativo evaluó la medida, concluyendo que ella no tenía por objeto asegurar el orden o la defensa a la seguridad pública, sino procurar un aumento de recursos en la caja municipal y no había sido dictada, por ende, dentro de los límites de los poderes de policía conferidos a esa autoridad municipal. Aunque no fue utilizada la expresión, la descripción de su contenido resultó enteramente coincidente con su concepto."

c.2 En el voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Camba Campos y otros versus Ecuador) del 28 de agosto de 2013, la cual versó sobre la destitución de los Vocales del Tribunal Constitucional del Ecuador, el indicado magistrado hizo una reseña bastante clara sobre la desviación de poder. En efecto, expresó, entre otros[29]:

(...)

C) *Sobre el concepto y alcances de la "desviación de poder"*

120. Respecto al concepto de "desviación de poder" –particularmente en la doctrina española–, se parte para el análisis de dicho concepto de la definición que brinda la propia legislación: "constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico"[30]. Así, García de Enterría y Fernández, a pesar de adherirse a dicho

27. Páginas 156 y 157.

28. Páginas 146 y 147.

29. Tomado de http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos.

30. García Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, Curso de derecho administrativo I, Editorial CIVITAS, Madrid, 1981, tercera edición, capítulo VIII, apartado IV.1.B, pág. 394.

concepto, manifiestan que no resulta exhaustivo, ya que según su posición no se requiere que el fin perseguido sea solamente particular o privado del agente administrativo. Afirman que "basta que dicho fin, aunque público sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad"[31]. Expresan que "lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia administración. Por eso, precisamente, es por lo que la desviación de poder no se reduce a los supuestos en que el fin realmente perseguido es un fin privado del agente, sino que se extiende, como ya se ha dicho, a todos los casos en que, abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa (...)[32]

123. En similar sentido, se ha sostenido que:

"El principio de la desviación de poder encuentra teóricamente aplicación en tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta:

a) *El funcionario actúa con una finalidad personal:* Tratarías de las hipótesis en que actuara con un fin de venganza, partidismo, lucro, etc. En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigidas por la ley, está viciado al contravenir la finalidad de la misma;

b) *el funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros*: Ello ocurre cuando, también aquí sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros; por ejemplo, si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública, y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc.

c) *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración:* Éste es un caso bastante común, y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estatista, como lo es habitualmente el

31. Ibídem, pág. 394.

32. Ibídem, pág. 394.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

funcionario ... por la presión de equivocados doctrinarios, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o del Estado. Trata así de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas municipales, sino para obtener fondos para la comuna; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de contralor de la moralidad; etc."[33]

c.3 La Corte Interamericana definió en el caso materia del proceso, entre otros, que:

(...) Tal y como ya ha sido puesto de manifiesto anteriormente, la resolución en virtud de la cual se acordó el cese de los vocales fue el resultado de una alianza política, la cual tenía como fin crear un Tribunal Constitucional afín a la mayoría política existente en dicho momento e impedir procesos penales contra el Presidente en funciones y un ex presidente. Cabe resaltar que el mismo día en que se declaró el cese de los vocales se realizó el nombramiento de quienes los reemplazarían en sus funciones. Por tanto, detrás de la aparente legalidad y justificación de estas decisiones, existía la voluntad de una mayoría parlamentaria de ejercer un mayor control sobre el Tribunal Constitucional y facilitar el cese de los magistrados de la Corte Suprema. La Corte ha comprobado que las resoluciones del Congreso no fueron adoptadas en virtud de la exclusiva valoración de unos datos fácticos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que la mismas perseguían un fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de diferentes procedimientos, en este caso, el cese y los juicios políticos. Ello, implicó una desestabilización tanto del poder judicial como del país en general y desencadenó que, con la profundización de la crisis política con los efectos negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos. Por ello, la Corte resalta que estos elementos permiten afirmar que es inaceptable un cese masivo y arbitrario de jueces por el impacto negativo que ello tiene en la independencia judicial en su faceta institucional (...)

33. Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, tomo 5, primeras obras, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012, p. EAA-IV-18; ibíd., El acto administrativo, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, reimpresión como Libro II del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, cit., disponible en: http://www.gordillo.com/tomo5.html y http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/02/02-capitulo4.pdf

Este caso reseñado refleja los alcances prácticos y demoledores de la desviación de poder. Ante ella no hay jerarquía normativa que valga, Estado constitucional, primacía de los derechos; ponderación de bienes jurídicos, democracia, Derecho, moral, coherencia jurídica, valores. El desvío de las finalidades del ordenamiento jurídico se puede hacer con sutileza o en forma burda. Pero el alcance es el mismo: desbaratar la legalidad específica aplicable, sustituirla por la barbarie. Cambiar lo recto para instaurar lo torcido. La desviación es grave, entre otras razones, porque la aplica el Estado, su institucionalidad, y por lo mismo se ejecuta con las ventajas o prerrogativas de que es titular, las mismas que se justifican, justamente, en razón del servicio público, del interés general. La desviación de poder es un típico abuso valiéndose del poder jurídico estatal.

c.4 El Estado no es ni debe ser ajeno a una gestión moral de la cosa pública. La desviación de poder es inmoral cuando es producto de la intención de su agente, lo cual es la regla. El servidor público tiene la responsabilidad de respetar y hacer respetar la juridicidad, y por lo mismo, con tal conducta (la desviación de poder) quiebra el insustituible canon de valoración de la gestión pública: la norma jurídica.

c.5 En la legislación colombiana existe la Ley 678 de agosto 3 de 2001, la cual en el artículo 5 numeral 1 establece que *la conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, presumiendo que existe dolo del agente público cuando obra con desviación de poder.*

Esta disposición fue materia de una acción de inconstitucionalidad (exequibilidad) resuelta en la sentencia 455/02 del 12 de junio de 2002.

c.6 En sentencia del 22 de junio de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el caso denominado "GRANIER Y OTROS (RADIO CARACAS TELEVISIÓN) VS. VENEZUELA"[34], el cual consideramos uno de los más patéticos de desviación de poder. Este fallo se sustenta reiteradamente en declaraciones de altos funcionarios de gobierno.

34. Tomado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

En la introducción de la causa y objeto de la controversia la Corte reseña:

(...) El presente caso se refiere a la alegada violación a "la libertad de expresión de [los] accionistas, directivos y periodistas" del canal "Radio Caracas Televisión" (en adelante "RCTV"), en razón de la "decisión del Estado [...] de no renovar[le] la concesión". Por ello, la Comisión concluyó que "el Estado [...] incumplió [con] las obligaciones sustantivas y procesales que tenía en materia de asignación y renovación de concesiones[; y] que la controversia relativa a la no renovación de la concesión [...] ocurrió en un contexto de inseguridad jurídica [por cuanto no habría] claridad sobre el marco legal aplicable a [la]concesión". Además, manifestó que la decisión del Estado habría sido "con base en la línea editorial del canal[, constituyendo] un claro acto de desviación de poder y una restricción indirecta incompatible con los artículos 13.1 y 13.3 de la Convención". Asimismo, indicó que el Estado "incurrió en una violación del derecho a la igualdad y no discriminación". Finalmente, alegó presuntas violaciones al debido proceso y a la protección judicial en el marco de los procesos administrativos y judiciales que se llevaron a cabo antes y después del cierre del canal.

Revisemos algunas declaraciones constantes en la sentencia:

DECLARACIÓN DEL EX PRESIDENTE HUGO CHÁVEZ en la inauguración de una extensión del metro de Caracas el 3 de noviembre de 2006:

[S]ólo les recuerdo, sobre todo televisoras, que el próximo año se les vence la concesión. El 27 de marzo no les extrañe que yo les diga "mmm, mmm" [haciendo el gesto de negación con dedo índice] no hay más concesión a algunos canales de televisión que a nadie le extrañe, a nadie le extrañe "mmm, mmm" no señor, porque miren tener un canal de televisión, yo sé que esta noche, mañana me van a acusar "el tirano" aahjj!, me importa un comino lo que me digan, me importa un comino, soy el Jefe del Estado y estoy hablando y actuando siempre en el marco de la Constitución y las leyes[35].

35. Declaración del Presidente Chávez de 3 de noviembre de 2006 (expediente de prueba, CD, Video minuto 1:12). Nota de prensa del portal "Aporrea" titulada "Serán revisadas concesiones a televisoras" de 3 de noviembre de 2006, disponible en: http://www.aporrea.org/medios/n86035.html.

DECLARACIÓN DEL EX PRESIDENTE CHÁVEZ el 28 de diciembre de 2006 con ocasión de su saludo de fin de año a las Fuerzas Armadas:

Hay un señor por ahí de esos representantes de la oligarquía, que quería ser presidente de la oligarquía, y que luego esos Gobiernos adecos-copeyanos le dieron concesiones para tener un canal de televisión y él ahora anda diciendo que esa concesión es eterna, se le acaba en marzo la concesión de televisión, se le acaba en marzo, así que mejor que vaya preparando sus maletas y vaya viendo a ver qué va a hacer a partir de marzo, no habrá nueva concesión para ese canal golpista de televisión que se llamó Radio Caracas Televisión, se acaba la concesión, ya está redactada la medida, así que vayan preparándose, apagando los equipos pues, no se va tolerar aquí ningún medio de comunicación que esté al servicio del golpismo, contra el pueblo, contra la nación, contra la independencia nacional, contra la dignidad de la República, Venezuela se respeta, lo anuncio antes que llegue la fecha para, para que no sigan ellos con su cuentito de que no que son 20 años más, 20 años más yo te aviso chirulí, 20 años más si es bueno, se te acabo, se te acabo;[36]

DECLARACIÓN DEL EX PRESIDENTE CHÁVEZ durante una intervención telefónica realizada en el programa de televisión "Contragolpe" el 3 de enero de 2007:

Venezuela pierde teniendo medios de comunicación como Radio Caracas Televisión. Y no sólo Venezuela, el buen periodismo pierde, la libertad de expresión pierde. [...] No pasa la prueba para recibir de nuevo la concesión de un Estado serio, un Estado responsable y un Estado comprometido con un pueblo y con el respeto a un pueblo, la dignidad de un pueblo y las libertades de un pueblo. Es irrevocable la decisión[37];

36. Video publicado en sitio web del portal "Aporrea" titulado "Presidente Chávez: 'a RCTV que vayan apagando los equipos'" de 28 de diciembre de 2006, disponible en: http://www.aporrea.org/medios/n88454.html (expediente de prueba, folio 3136). Nota de prensa del diario "Globovisión" titulada "Presidente Chávez anuncia que no renovará concesión de RCTV" de 28 de diciembre de 2006 (expediente de prueba, folio 3138). Nota de prensa del diario "El Mundo" titulada "Chávez cancela la licencia a una televisión privada que tacha de 'golpista'" de 28 de diciembre de 2006, disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2006/12/28/comunicacion/1167326997.html. Nota de prensa del diario "El Universal" titulada "Reporteros Sin Fronteras pide a Gobierno reconsiderar decisión de no renovar concesión a RCTV" de 29 de diciembre de 2006, disponible en: http://www.eluniversal.com/2006/12/29/pol_ava_29A819703.shtml.

37. Nota de prensa del MINCI titulada "Presidente Chávez: Decisión sobre RCTV es irrevocable" de 4 de enero de 2007 (expediente de prueba, folios 3157 y 3158). Nota de prensa de "Radio Nacional de Venezuela" titulada

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

La Corte Interamericana consignó, entre otros, en el presente caso:

121. La Comisión indicó que la decisión de no renovar la concesión fue en virtud de la línea editorial del canal, dadas las declaraciones hechas por altos oficiales desde 2003, incluyendo al Presidente Chávez. Añadió que "no se aportó al expediente prueba de que el Plan Nacional de Telecomunicaciones, que el Estado alega como fundamento para revertir la frecuencia, hubiere sido adoptado y publicado antes de la expedición de la comunicación" que anunció la decisión de no renovarle la concesión a RCTV, por el contrario "ese plan fue presentado al Presidente de la República cuatro meses después de haber tomado la decisión de no renovar la concesión". Asimismo, alegó que "si estamos en una de esas hipótesis de desviación de poder o de afectación indirecta, es fundamental identificar la causa y la finalidad de la decisión de no renovar la concesión, [lo que implicaría en el presente caso] que la no renovación de la concesión a RCTV y la incautación de todos sus bienes, se debió a la línea editorial crítica del canal y su finalidad era sancionarlo por esa actitud". Por todo lo anterior, la Comisión consideró "probado [...] que la no renovación de la concesión [...] fue motivada [...] por la discrepancia del gobierno venezolano con la línea editorial de la estación, constituyendo así un claro acto de desviación de poder y una violación al artículo 13.3 de la Convención".

La desviación de poder es contraria al deber y responsabilidad de las ecuatorianas y los ecuatorianos de "Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad..." (Art. 83 numeral 11 de la Constitución).

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

a) Los principios sirven para justificar el reconocimiento o adopción de contenidos institucionales que se manifiestan en legislación, programas de gobierno, jurisprudencia, etc.; para defender la dignidad humana y sus ricas manifestaciones morales y jurídicas; los principios son continente, las reglas contenido. Inspiran el ordenamiento jurídico, sus finalidades. Dicen Atienza y Ruiz Manero en "Las

"Presidente Chávez: Decisión sobre RCTV es irrevocable" de 4 de enero de 2007 (expediente de prueba, folio 3159); Nota de prensa del diario "Globovisión" titulada "Presidente Chávez nombró a Jorge Rodríguez como vicepresidente y a Pedro Carreño como ministro de Interior y Justicia" de 1º de marzo de 2007 (expediente de prueba, folio 3160).

piezas del Derecho"[38] que "conocer los principios de una institución o de un determinado Derecho permite incluso, hasta un cierto punto, predecir cuáles son las soluciones a los problemas jurídicos fijadas en disposiciones específicas."

b) No se puede concebir ni aceptar una institucionalidad estatal pusilánime que permita desviaciones en el ejercicio de los derechos y/o las competencias, y peor todavía, que sea la autora (insistimos) de *desviaciones* consistentes en legislar en forma contraria a los principios rectores de la correspondiente institucionalidad; en forma contradictoria a los derechos y/o los bienes jurídicos que subyacen detrás de ellos; que no castigue los delitos; una institucionalidad que en el ámbito de la Función Ejecutiva actúe arbitrariamente, abuse de sus competencias o prerrogativas, produzca desviación de poder, actúe con fraude de la legislación que debe cumplir y hacer cumplir; una Función Judicial que cohoneste las desviaciones de la Función Ejecutiva; que resuelva los conflictos sin motivación jurídica[39]; con interpretaciones orientadas a tergiversar el recto sentido de los derechos, las instituciones, las competencias; con motivaciones que quiebren, tergiversen o ignoren los principios rectores de la pertinente legislación o la aplicación de los derechos; que en definitiva permita o sea la actora, en su ámbito, de la violación de las finalidades del ordenamiento jurídico.

c) Es necesario el combate - y en algunos casos el castigo - a quienes prevalidos de su calidad, titularidad, ventajas institucionales o cualquier otra condición subjetiva u objetiva, abusen de la o las mismas o desvíen o perviertan el correcto sentido del ejercicio de los derechos o de las competencias, sea que produzcan o no perjuicios a terceros y sea que actúen o no con intención dañosa o fraudulenta.

e) La existencia de una ley específica que condene a los llamados *ilícitos atípicos* transmite un mensaje apropiado de corrección en el proceder de la ciudadanía y de las autoridades y servidores públicos en general; primero, porque es una reafirmación del valor del Derecho y del recto proceder en relación con el sentido y las finalidades del ordenamiento jurídico; segundo, porque como parte de la reacción institucional hacia quien quebranta la ley y las normas jurídicas en

38. Página 44.

39. Según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, la motivación tiene tres elementos: lógica, razonabilidad y comprensibilidad.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

general, el Estado debe asignar efectos determinantes orientados a sancionar tales ilícitos; y tercero, porque una ley así deja en claro y confirma la trascendencia de los principios jurídicos en la vida del Derecho y la necesidad de su respeto.

f) Debemos advertir que esta propuesta puede ser criticada por su obviedad conceptual, en el sentido de que resulta muy evidente que el ejercicio de los derechos y de las competencias debe cumplirse en su recto sentido, sin desviaciones. También puede ser objeto de tacha porque el combate al fraude de ley no necesita de una legislación especial. A lo cual respondemos que la materialización del Estado constitucional de derechos y justicia, de la garantía del ordenamiento jurídico y de los derechos; de los fines del ordenamiento jurídico amerita esta y más legislación que reitere las bondades de la rectitud, del bien, de la moralidad en el ejercicio referido, y que condene las desviaciones, los abusos, el fraude. Todo ello hace parte de la lucha por la racionalidad y el Derecho. Es preferible la tutela reiterada de determinados valores a la peligrosa indiferencia respecto de los mismos. Ignorar legislativamente la ocurrencia de los ilícitos atípicos desde el punto de vista de su proscripción constituiría, pues, una importante omisión particularmente inexcusable en un Estado calificado como de derechos y justicia. Una ley especial puede no ser la solución, pero contribuirá con ésta.

g) El sendero de la institucionalización de una ley específica tiene la ventaja de la generalidad y abstracción propias de toda norma jurídica, y la posibilidad de exigir imperativamente su cumplimiento. En el caso de la desviación de poder, anclar el combate a la misma en la Función Ejecutiva no tiene mayor asidero, pues en general (y por lo mismo, no nos referimos específicamente al Ecuador) es en tal Función donde se radica el mayor número de desviaciones de tal tipo. Desde la perspectiva de la Función Judicial no existe ninguna duda en cuanto a la necesidad jurídica de que la aceptación de la posibilidad de que los jueces cometan desviación de poder conste en una ley.

h) El tratamiento del abuso del derecho en el Código Civil ecuatoriano es incompleto en la medida en que no prevé la obligación de indemnizar los perjuicios generados por el abusador; más aún, la disposición no consagra la posibilidad del daño. Por lo demás, la conceptualización del abuso es

insuficiente. No precisa instrumento jurídico para combatirlo. La mejoramos en nuestro proyecto

i) Estando consciente el Estado en cuanto a que: a) la desviación de poder, el abuso del derecho y el fraude de ley constituyen hechos tangibles; b) tiene la posibilidad material y jurídica de combatirlos y de definir efectos para procurar su eliminación; c) la idea de corrección propia del Derecho puede manifestarse a través de una ley específica que recoja tal rechazo; no tendría sentido no ejercer la dimensión autoritativa del Derecho. No encontramos una razón concluyente que respalde la omisión, existiendo la posibilidad de enmendarla. No visualizamos beneficio en continuar con la inacción legislativa. No hay "valor agregado" razonable.

VIII. PROPUESTA LEGISLATIVA

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

QUE, el artículo 1 de la Constitución del Ecuador califica al Estado ecuatoriano, entre otros, como constitucional de derechos y justicia;

QUE, tal determinación tiene un sentido jurídico y valorativo en tanto transmite la trascendencia de los derechos y de la justicia en la acción permanente del Estado;

QUE, en tal modelo constitucional los derechos tienen efectivamente un rol jurídicamente estelar, tal como se colige del artículo 84 de la Ley suprema y de otras disposiciones del mismo cuerpo jurídico:

Art 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución."

"Art. 424.-... La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Párrafo segundo)

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

(...)

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

(...)

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

QUE, la trascendencia de los derechos no sólo está concebida para la acción estatal sino también para el ejercicio de la ciudadanía, conforme al artículo 83 numeral 5 de la Ley suprema, que consagra como uno de los deberes y responsabilidades ciudadanos "Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento."

QUE, el rol tutelar de los derechos por parte del Estado se manifiesta, entre otros, en la garantía del ordenamiento jurídico establecida en el artículo 3 numeral 4 de la Constitución como deber primordial estatal[40] y en la obligación jurídica de toda autoridad administrativa o judicial de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, como garantía del debido proceso;

---

40. "Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:
(...)
4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico."

QUE, la razón fundamental por la cual la Constitución instituye como deber primordial del Estado la garantía del ordenamiento jurídico, desde el punto de vista ciudadano, es porque a través del mismo se pueden realizar los derechos, siendo dicho ordenamiento condición necesaria, no suficiente, para tal efecto; desde la perspectiva estatal tal garantía se justifica en tanto a través de ella se cumple el principio de legalidad, pilar del origen, desarrollo y extensión de las competencias públicas, y por lo mismo, sustento y límite del poder jurídico de actuar de los diversos órganos, autoridades, servidores e instituciones públicas o privadas que cumplen funciones públicas o administrativas; sin que ello implique la adopción legislativa de una corriente formalista del Derecho;

QUE, la razón de todo derecho es la tutela del respectivo bien jurídico comprendido en el mismo, y sin el cual perdería sentido;

QUE, las competencias públicas son instrumentos de realización del servicio público y, reiteradamente, de los derechos ciudadanos en tanto por medio de ellas se decide sobre los mismos;

QUE, tanto los derechos como las competencias tienen prefijado en el ordenamiento jurídico un contenido y un sentido institucional que los titulares de los mismos deben respetar, estándoles prohibido desviar dicho sentido, pues tal alteración envuelve una negación del recto proceder en el ejercicio de los mismos;

QUE, todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución, al tenor del artículo 426 párrafo primero de la misma;

QUE, la gestión pública y el ejercicio de los derechos por parte de sus titulares deben cumplirse respetando las finalidades del ordenamiento jurídico y de la legislación aplicable;

QUE, el artículo 83 de la Constitución de la República dispone como parte de los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos "Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente";

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

QUE, según el artículo 82 de la Ley suprema el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes;

QUE, la aplicación de las normas que forman parte de la Constitución y del ordenamiento jurídico estatal debe darse respetando el sentido de las mismas, sus finalidades, y por ende sin desviación de poder en el caso de las autoridades y servidores públicos, y sin abuso del derecho ni fraude de ley por parte de los particulares;

QUE, por su contenido y propósito la desviación de poder puede cometerse no sólo por las autoridades y servidores administrativos sino también por todo juez de la República;

QUE, el abuso del derecho, la desviación de poder y el fraude de ley constituyen actuaciones irregulares que vulneran principios jurídicos, y por lo mismo se alejan del estándar de actuación ilícita, que tradicionalmente viola reglas jurídicas;

QUE, el Estado debe prohibir toda actuación arbitraria por parte de su institucionalidad, servidores y autoridades;

QUE, como parte de la reacción institucional propia de la seguridad jurídica, el Estado debe asignar efectos claros y determinantes para quienes incurran en arbitrariedad y/o en la comisión de ilícitos atípicos;

QUE, el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Ley suprema consagra como una de las garantías básicas del debido proceso la motivación jurídica, definiendo 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."

En ejercicio de la atribución y deber previsto en el artículo 120 número 6 de la Constitución de la República, en armonía con el artículo 118 del mismo cuerpo jurídico y con la garantía del ordenamiento jurídico establecida en el artículo 3 numeral 4

EXPIDE LA SIGUIENTE:

LEY DE LA PROSCRIPCIÓN DE LOS ILÍCITOS ATÍPICOS

Y DE LA ARBITRARIEDAD

Art. 1.- DE LA PROHIBICIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.- Prohíbese la actuación arbitraria de todos los servidores, autoridades y jueces de la República. Al efecto, entiéndase por arbitrariedad la resolución de los asuntos sometidos a conocimiento y decisión de tales sujetos, sin motivación jurídica.

La actuación arbitraria causará la destitución del respectivo juez, autoridad o servidor, actuación que será determinada por los jueces competentes. En el caso de los jueces de la Corte Nacional de Justicia la falta de motivación será definida por la Corte Constitucional en el marco de la pertinente acción extraordinaria de protección.

En el caso de la Función Legislativa, atento su rol institucional de legislador, no es aplicable la prohibición establecida en la presente disposición y el efecto que prevé la misma, sin perjuicio de que todo proyecto de ley debe contener una razonable, lógica y comprensible exposición de motivos.

Art. 2.- DE LOS ILÍCITOS ATÍPICOS.- Prohíbese la comisión de ilícitos atípicos. Entiéndase por éstos: el abuso del derecho, la desviación de poder y el fraude de ley.

Art. 3.- DEL ABUSO DEL DERECHO.- Constituye ejercicio abusivo del derecho toda acción o actitud que, considerando el objeto de tal derecho, las condiciones o circunstancias en que se realice, implique la decisión de desviar o exceder el recto sentido, alcance, propósito o límites del derecho respectivo, actuando,

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

por lo mismo, en forma manifiestamente irrazonable, pervirtiendo o alterando deliberada y claramente los fines del ordenamiento jurídico o de la legislación aplicable.

El abuso del derecho dará lugar a la adopción de medidas judiciales o administrativas motivadas, oportunas, eficaces, razonables y proporcionales orientadas a impedir la continuación del abuso y/o sus efectos.

Cuando el ejercicio abusivo de un derecho produzca daños materiales o morales a terceros, el autor del abuso pagará los perjuicios generados como consecuencia directa de su acción o actitud. Los daños a terceros no son condición necesaria para la configuración de este ilícito atípico.

La indemnización a que se refiere el presente artículo comprende los perjuicios morales objetivados, esto es, aquellos perjuicios materiales que se generan como consecuencia directa de los daños morales y que suelen traducirse en la falta de ingresos o incremento patrimonial previstos con anterioridad al ejercicio abusivo del derecho.

Art. 4.- DE LA DESVIACIÓN DE PODER.- Constituye desviación de poder el ejercicio de competencias públicas realizado claramente en contradicción con el sentido y propósitos de las mismas, predeterminados en el ordenamiento jurídico o en la legislación aplicable, sea que la desviación se produzca o no con el afán de beneficiar a terceros o al Estado o sus instituciones.

La desviación de poder para configurarse exige la intención del agente; dará lugar a la nulidad de pleno derecho o absoluta de la respectiva decisión administrativa o judicial, la cual deberá ser declarada judicialmente. En el caso de los jueces de la Corte Nacional de Justicia la desviación de poder será declarada por la Corte Constitucional en la pertinente acción extraordinaria de protección.

La desviación de poder producirá la destitución del respectivo servidor, juez o autoridad, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal a que hubiere lugar.

El autor de la desviación pagará los perjuicios generados con su actuación irregular a través de la correspondiente repetición.

Art. 5.- DESVIACIÓN DE PODER EN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.- Atento su rol de legislador nacional y de protector general de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, habrá desviación de poder en todos los casos en que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de fondo de una ley en forma total o parcial.

Art. 6.- DEL FRAUDE DE LEY.- Constituye acto fraudulento de ley o de norma jurídica toda expresión de voluntad ejecutada a través de un acto realizado bajo el amparo de un texto normativo, pero que persigue un resultado prohibido, incompatible o contrario al ordenamiento jurídico o a la legislación aplicable. El acto fraudulento no impedirá u obstará la aplicación efectiva de la norma tratada de eludir.

El acto fraudulento dará lugar a la declaratoria de nulidad de la decisión que se hubiere resuelto como consecuencia del mismo, y produce la obligación de indemnizar los perjuicios que se hayan generado a terceros o al Estado o sus instituciones como efecto del acto fraudulento.

La nulidad indicada revierte ipso iure la situación producida por el acto fraudulento.

Todo lo anterior sin perjuicio de los efectos penales de dicho acto.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Prohíbese el abuso en el ejercicio de las competencias administrativas y judiciales por parte de sus titulares o de quienes las ejerzan por encargo o su equivalente.

Entiéndase por dicho abuso la actuación realizada con el propósito de inferir daño al administrado, peticionario, litigante o tercero prevaliéndose de su calidad de servidor público administrativo o autoridad judicial. Este abuso se configura aunque no se haya producido efectivamente daño, y sea que en la generación de éste se haya utilizado o no bienes públicos o prerrogativas o ventajas institucionales estatales.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

El abuso en el ejercicio de las competencias administrativas y judiciales será declarado judicialmente y dará lugar a la destitución del respectivo servidor público o autoridad judicial, así como al pago de las indemnizaciones que correspondan por parte del autor del daño, a través de la correspondiente repetición.

SEGUNDA.- En el procedimiento sancionador del funcionario público pertinente, sin excepción alguna, se garantizará la aplicación efectiva del debido proceso, so pena de nulidad.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente ley, que tiene el carácter de orgánica, regirá a partir de su publicación en el Registro Oficial, y deroga toda norma de igual o inferior jerarquía que la contradiga.

Dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito, a los... días del año

BIBLIOGRAFÍA

Atienza , M., & Ruiz Manero , J. (2007). *Las piezas del Derecho.* Barcelona, España: Ariel, S.A.

Atienza, M., & Manero Ruiz, J. (2006). *ILÍCITOS ATÍPICOS.* Madrid: Editorial Trotta.

ESPASA CALPE, S.A. (1999). *Diccionario Jurídico ESPASA.* Madrid, España: ESPASA CALPE S.A.

Hernández Terán, M. (2015). *TRABAJOS CONSTITUCIONALES.* Guayaquil, Ecuador: Ediciones Legales EDLE S.A.

Ihering, R. V. (1992). *LA LUCHA POR EL DERECHO.* Buenos Aires, Argengtina: Valletta Ediciones.

Romero Jouvín, E. (1993). *EL ABUSO DEL DERECHO.* Guayaquil, Ecuador: EDINO.

Silva Tamayo, G. (2006). *Desviación de poder y abuso de derecho.* Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.