



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Escuela de Derecho**

***“Las Fuentes del Derecho.***

***Especial Referencia a la Costumbre en el Sistema Jurídico  
Ecuatoriano”.***

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de  
Doctora en Ciencias Jurídicas y Abogada de los Tribunales de la República del  
Ecuador.**

**Autora: Johanna Betsabé Cevallos Maza.**

**Director: Doctor Claudio Malo González.**

**Cuenca, Ecuador**

**2009**

## Dedicatoria

Dedico este trabajo a mis padres, quiénes me han impulsado a realizarlo y me han brindado todo su apoyo.

## Agradecimiento

Agradezco al Doctor Claudio Malo González, Director de esta Tesis, quien, con su paciencia y generosidad, al compartir sus profundos conocimientos, se convirtió en la guía fundamental para la realización de la misma.

## Índice de Contenidos

Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice de Contenidos.....	iv
Índice de Anexos.....	vi
Resumen.....	vii
Abstract.....	viii
Introducción.....	1
Capítulo 1: Fuentes del Derecho.....	3
Introducción.....	3
1.1 Concepto.....	5
1.1.1 Clasificación.....	6
1.2 Breve Definición de las Fuentes del Derecho.....	10
1.2.1 La Ley.....	10
1.2.2 La Costumbre.....	14
1.2.3 La Jurisprudencia.....	16
1.2.4 La Doctrina.....	20
1.2.5 Los Principios Generales del Derecho.....	22
1.3 Conclusiones.....	28
Citas.....	29

Capítulo 2: La Costumbre.....	30
Introducción.....	30
2.1 Conceptos.....	32
2.2 Orígenes de la Costumbre.....	35
2.3 Elementos de la Costumbre.....	37
2.4 Clases de Costumbre.....	40
2.5 Carácter Jurídico de la Costumbre.....	43
2.6 La Costumbre y su Jerarquía dentro de las fuentes del Derecho.....	44
2.7 Sistemas Jurídicos Extranjeros y la Costumbre.....	46
2.7.1 Derecho Anglosajón.....	46
2.7.2 Derecho Islámico.....	48
2.7.3 Derechos de África y Madagascar.....	49
2.7.4 Derecho Asiático.....	50
2.7.5 Derecho Hindú.....	52
2.8 Conclusiones.....	53
Citas.....	55
Capítulo 3: La Costumbre en el Sistema Jurídico Ecuatoriano.....	56
Introducción.....	56
3.1 La Costumbre y su aplicación en las diferentes ramas del Derecho.....	57
3.1.1 En el Derecho Civil.....	58
3.1.2 En el Derecho Mercantil.....	60
3.1.3 En el Derecho Laboral.....	62
3.1.4 En el Derecho Penal.....	64
3.1.5 En el Derecho Constitucional.....	69
3.1.6 En el Derecho Administrativo.....	71

3.1.7 En el Derecho Internacional.....	73
3.2 La Costumbre su importancia actual y su proyección en el Sistema Jurídico Ecuatoriano.....	80
3.3 Conclusiones.....	81
Citas.....	83
Capítulo 4: Conclusiones.....	84
Bibliografía.....	87
Índice de Anexos	
Anexo.....	90

## Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo realizar un estudio de las Fuentes del Derecho, abarcándolo desde su concepto, clasificación, hasta arribar a una breve exposición de cada una de sus particularidades. Especial referencia otorga a la Costumbre dentro del Sistema Jurídico ecuatoriano, por ello analiza sus orígenes, los elementos constitutivos, establece las clases de Costumbre que existen, las características que le otorgan el debido carácter jurídico, la jerarquía que ocupa dentro de las fuentes del Derecho y su influjo dentro de diversos sistemas jurídicos extranjeros. Por último se trata de establecer la aplicación de la Costumbre en algunas ramas del sistema jurídico ecuatoriano para concluir con la determinación de su importancia en la actualidad y cómo se proyecta su aplicación en lo posterior.

## Abstract

The present work have like object to carry out a study of Sources of the Right, covering since its concept, classification, carrying out a brief exposition of each one of them, and trying a special analysis of the Custom, beginning necessarily by its definition, origins, its elements constituents, passing for establishing the customary classes that exist, presenting the characteristics that offer the legal character, the hierarchy that occupies inside the sources of the Right and if influence inside diverse foreign legal systems, finally it is a matter of establishing its application in some branches of the Ecuadorian legal system to conclude with the decision of its importance currently and how its application in the subsequent thing is projected.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza un importante aspecto que se incluye dentro del estudio de las Ciencias Jurídicas; se trata de las Fuentes del Derecho, tema considerado de estudio básico y del cual se ha procurado abarcar cuestiones referentes a su evolución histórica, concepciones doctrinarias, filosóficas, clasificación y definiciones entre estos parámetros que puedan abarcar su estudio.

El abordaje de este tema, es importante al momento de analizar nuestro ordenamiento jurídico, pues, al ser el Derecho un sistema de normas que regula la convivencia de una sociedad, es además un medio que sirve para concretar la aplicación de la Justicia, y las mencionadas Fuentes, constituyen una indispensable referencia en la creación, análisis y aplicación del Derecho.

Nuestro análisis, dedica especial atención a una Fuente en particular, se trata de la Costumbre, cuya importancia y sus diversas como posibles aplicaciones merecen ser analizadas para una mejor comprensión del tema propuesto.

Para determinar cuál es la importancia de esta Fuente del Derecho, y comprobar su repercusión en la creación, aplicación e interpretación de las normas que conforman determinado sistema jurídico, y debido a la necesidad de evaluar su efectividad, influencia, y desenvolvimiento como fuente, se ha procurado plasmar de manera clara, lo relativo a su concepto, orígenes, elementos constitutivos, clasificación, determinación de su reconocimiento a través de descifrar su carácter jurídico y su jerarquía dentro de las Fuentes del Derecho así como su influencia en sistemas jurídicos extranjeros.

Por último, analizaremos el comportamiento de la costumbre dentro del sistema jurídico vigente en nuestro país, de manera específica su influencia dentro de las diferentes ramas que conforman nuestro sistema jurídico, para llegar por último a establecer cuál es su importancia actual y cómo se proyecta en la legislación ecuatoriana.

Para el efecto, este trabajo empleó como método de investigación y consulta, fuentes bibliográficas respecto a los temas analizados, que a lo largo del tiempo se han convertido en necesarias referencias tanto filosóficas como de objetivo análisis legal, reflejadas en textos que han surgido tanto a nivel nacional como internacional. De la misma manera, cuando así se requirió, hemos recurrido a las diferentes leyes y Códigos que en nuestra legislación y en los diferentes instrumentos internacionales existen y con expresa referencia sobre lo analizado, procurando de esta manera abarcar de la forma más integral los temas sujetos a consulta.

## CAPÍTULO I: FUENTES DEL DERECHO

### Introducción

Las Fuentes del derecho constituyen uno de los temas básicos de estudio dentro de los programas académicos dirigidos a los estudiantes de derecho, pero su análisis doctrinal merece ser estudiado a profundidad, pues, una sólida comprensión de las fuentes del derecho, ayudará a absolver dudas sobre sus nociones elementales, y obtener una mejor comprensión del funcionamiento de determinado sistema jurídico.

La referencia que a continuación se hace de la noción que se ha tenido de las Fuentes del Derecho, abordando la cuestión desde sus primeras manifestaciones y su reconocimiento por parte del universo jurídico, abarca tenuemente su presencia histórica pero permite una comprensión retrospectiva del tema para vislumbrar su evolución.

La palabra fuente (y su plural fuentes), de acuerdo al autor Luis Díez Picazo<sup>(1)</sup> proviene del latín *fons* que etimológicamente significa manantial y se refiere al lugar donde emerge el agua; indica textualmente que “pertenece al lenguaje espontáneo, y, en el lenguaje ordinario la palabra fuente designa el lugar de surgimiento de un curso de agua o un punto en que el agua emana de la tierra, en este sentido es sinónimo de manantial”. Por lo tanto se entiende que, al hablar de fuentes del derecho, se está utilizando el término como una metáfora para explicar las causas o elementos que originaron el derecho.

El autor citado, Díez Picazo, en su libro *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho* (1993), plantea que fuente es entonces el lugar donde se va a buscar el agua y más concretamente a beberla, y que las expresiones aludidas fueron muy pronto fácil presa del lenguaje metafórico y de los lenguajes tecnificados.

Observa que el lenguaje tecnificado ha sido casi siempre metafórico, que para los historiadores las fuentes son documentos, testimonios, monumentos y, que las fuentes de un mensaje periodístico son los puntos de donde se ha recibido o

confirmado ese mensaje, y dentro de esa línea se entiende que son lo que en Derecho se ha llamado fuentes de conocimiento, de las cuales se extrae una noticia o la información sobre el Derecho.

Añade, que en sentido riguroso fuente es el punto donde algo nació y también, en un sentido traslaticio, donde tuvo cabal fundamento.

Para este autor el origen de lo que algunos han denominado la metáfora hidrológica, se encuentra en el *Tractatus de Legibus* de Cicerón, elaborado aproximadamente en el año 45 a.C. habla acerca de las fuentes de las leyes y del Derecho, y; que el historiador romano Tito Livio califica a la Ley de las Doce Tablas como “*fons omnis publici privatique iuris y corpus omnis romani iuris*”. Posteriormente en el Digesto que data del año 530 dentro de un fragmento que trata sobre el *origine iuris* se habla de *fontes iuris*; con la presencia de la Escuela Histórica del Derecho, Gustavo Hugo había hablado de fuentes de las verdades jurídicas aunque en un distinto sentido (*quellen der iuristischen wharheiten*) y, que, de Savigny procede el concepto de fuentes del derecho (*rechtsquellen*) y al estar, la noción de fuentes, relacionada con la idea de origen del derecho Savigny emplea el término *Erzeugung* o literalmente producción del Derecho.

Con el tiempo y el desarrollo que experimentó el Derecho y su estudio, las fuentes del derecho también han sido objeto de análisis, sistematización, clasificación, y, se han convertido en un tema básico e importante dentro del estudio de las Ciencias Jurídicas, pues, los diversos sistemas de Derecho que existen, se han formado, desarrollado y pueden ser comprendidos gracias a las fuentes del Derecho.

Cabe indicar que tanto el concepto como la clasificación de las Fuentes del Derecho, dependen de la corriente filosófica jurídica encargada de estudiarlas, pues mientras para algunos autores éstas son sólo un medio necesario de referencia para la valoración y evolución del derecho, para otros, son en sí las vías por las cuales éste existe; lo que se refleja también al momento de clasificarlas, pues de acuerdo al criterio al que nos remitamos el orden en que las jerarquicen variará, observando en algunos casos inclusive, la exclusión de una u otra fuente de determinada enumeración, aunque en la mayoría de veces ello se explica simplemente si se observa qué clase de fuentes se están analizando.

## 1.1 CONCEPTOS DE FUENTES DEL DERECHO

Las Fuentes del derecho se conciben como aquellas pautas que dan origen a las normas de Derecho, que han formado o forman parte de determinado sistema jurídico.

El Doctor Enrique Coello García en su libro Fuentes del Derecho (1986) señala que: “De acuerdo con las distintas tendencias filosóficas: la fuente inagotable y suprema del Derecho es Dios o la voluntad divina; la naturaleza o el espíritu humano, en tanto manifestación perenne de su propia vocación jurídica, o el determinismo histórico”.<sup>(2)</sup>

El autor añade que en sentido sociológico por fuente del derecho hemos de entender a las instituciones jurídicas comunes a toda la sociedad humana y a las variaciones constantes que en ellas se manejan.

De acuerdo a Giorgio Del Vecchio: “Todo pueblo tiene necesariamente un Derecho positivo propio, que corresponde a la voluntad que es en él preponderante. Los modos de manifestación de esta voluntad social predominante, se llaman fuentes del Derecho.”<sup>(3)</sup>

En la Teoría Pura del Derecho (1982) “La expresión: fuente del Derecho -que en concepto de Kelsen es jurídicamente inaceptable- adquiere un nuevo significado: es el fundamento de validez de las normas jurídicas.”<sup>(4)</sup>

En la citada obra, Kelsen, considera en primer lugar, que fuente del Derecho, es una expresión metafórica y con varios significados, por ello, la costumbre y la legislación no son los únicos métodos de producción del Derecho, por lo que se debe entender como tales, a toda norma superior en relación con la inferior así como al fundamento de validez de las normas. Hace además, una distinción entre las fuentes no jurídicas que son aquellas que influyen en la aplicación y producción del derecho y las fuentes jurídico-positivas que son las jurídicamente obligatorias.

Plantea que, si se considera al derecho como un orden normativo, surgen algunas preguntas, entre las que se encuentran: ¿Por qué vale una norma? y ¿Cuál es su fundamento de validez? Aquí manifiesta, que la validez equivale a obligación y

afirma: “Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga, significa que obliga que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma”.

El Doctor Hernán Coello G., al tratar el concepto de fuente del derecho, expone que, “La expresión gramatical del sustantivo ‘fuente’, como nos lo enseña el diccionario de la Lengua, es la de ‘manantial’, esto es, origen y principio de donde proviene algo, por lo que en sentido jurídico se debe entender esta expresión como el origen de las normas de Derecho.”<sup>(5)</sup>

El jurista Julio Cueto Rúa, dice que, en síntesis, las fuentes del Derecho, son los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos, o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad facilitan el entendimiento colectivo.

Sean tomadas como causa u origen, esto es, la razón de la existencia del derecho; como una simple manifestación del derecho positivo, como mecanismo que sirve simplemente para reconocer el vigor que ya exhiben las normas de derecho, o como elemento que guía el proceso para su elaboración, las fuentes no dejan de ser un tema esencial cuando se trata los mencionados aspectos.

El Derecho no es una figura estática que se contemple desde el exterior de su esfera de eficacia, éste es un sistema que continuamente se lo abstrae y aplica para la satisfacción o resolución de distintas como innumerables necesidades o circunstancias que demandan su intervención, por lo que su conformación y configuración no pueden aceptar injerencia de elementos no idóneos para el efecto, dicho en otras palabras las fuentes del derecho deben gozar del debido reconocimiento por parte del sistema que las invoca para consolidar su validez, evitando así que se puedan plantear como tales, de manera improvisada cualquier clase de métodos, que podrían resultar perniciosos, alegando que tienen la capacidad de crear Derecho.

### **1.1.1 Clasificación de las fuentes del derecho**

Las fuentes del Derecho admiten ser clasificadas y de hecho han sido clasificadas tomando en consideración tanto el punto de vista filosófico jurídico,

como la esfera, sea histórica, de interpretación, de producción, etc., que se desee analizar.

El Doctor Enrique Coello G. quien en su libro Fuentes del Derecho, presenta una síntesis de diversas clasificaciones que se han hecho de las fuentes de Derecho positivo, señala que, de acuerdo a la tendencia jurídica que las analice se observan diferentes clasificaciones. El autor presenta las siguientes:

Tradicionalmente se considera como fuentes de derecho:

- a) La ley o derecho escrito, cuando proviene del estado o de la autoridad;
- b) La costumbre, como producto del devenir histórico, del sentimiento colectivo manifestado en forma reiterada;
- c) La jurisprudencia, que procede de la práctica habitual de los tribunales, de las decisiones de los jueces, de su esfuerzo constante para amoldar leyes y costumbres a casos concretos y a los requerimientos del progreso; y,
- d) La doctrina, cuando describe cierto enfoque axiológico respecto a los fundamentos de cada institución jurídica.

Se incluye también a la equidad natural, como una fuente del Derecho.

Presenta también la clasificación romana de las fuentes del derecho, indicando que, en ésta se partía de la distinción entre el derecho escrito y el no escrito o consuetudinario. Así tenemos:

1.- Dentro del Derecho Escrito las fuentes son:

- a. La ley;
- b. Los Plebiscitos;
- c. Los senadoconsultos;
- d. Las Constituciones Imperiales, (durante la época del Imperio).
- e. Los Edictos de los Magistrados;
- f. Las opiniones de los Jurisconsultos;

2.- Dentro del Derecho no escrito o consuetudinario la única fuente es la Costumbre.

A continuación incluye la clasificación moderna de las fuentes del Derecho, las cuales se clasifican en fuentes formales y fuentes materiales:

Fuentes Formales: Según algunos autores son los procesos de manifestación de las normas jurídicas y según otros no son procesos sino formas.

En esta categoría están generalmente incluidas la ley, la jurisprudencia y la costumbre.

Fuentes Materiales o Reales: Constituidas por los elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas. Se consideran tales las necesidades generales de la sociedad, es decir las necesidades económicas, políticas morales, etc. y las exigencias de justicia, de orden de seguridad, que el juez o el legislador tienden a solucionar a través de sus respectivos modos técnicos de producción normativa.

Fuentes Originarias: La fuente formal se considera originaria cuando se manifiesta en el orden de creación de un nuevo sistema jurídico. Y son:

- a) La conquista u ocupación de un territorio;
- b) Los tratados o convenios internacionales; y,
- c) La revolución, cuando representa un momento formal de ruptura de la lógica de los antecedentes históricos, y simultáneamente la instauración de un nuevo orden jurídico.

Fuentes Derivativas: Es derivativa cuando se realiza de acuerdo a un procedimiento prescrito por el ordenamiento jurídico ya constituido; y son:

- a) La ley o la Legislación;
- b) La jurisprudencia; y,
- c) La doctrina.

La jurisprudencia y la doctrina se consideran como tales siempre y cuando el ordenamiento jurídico las acepte como una manera de crear el derecho.

Para François Gény, las fuentes del Derecho se clasifican así:

1. Fuentes Formales: Este grupo está constituido por las fuentes que principal y necesariamente debe tomar en cuenta el juez para su decisión y que son: la ley, la costumbre, la autoridad, la tradición, es decir, la jurisprudencia, y, la doctrina de los autores que, si bien no tiene el carácter normativo de la ley, disponen al menos de un estimable valor oral.

2. Elementos Objetivos: Estos elementos se manifiestan por la libre investigación científica y están constituidos por valores racionales, revelados por la razón humana.

Para Mazeaud el derecho nace de dos categorías diferentes:

1. Fuentes Directas: En esta categoría se encuentran la ley y la costumbre.

2. Fuentes de Interpretación: Pertenecen a este sector, la jurisprudencia, la doctrina y la práctica.<sup>(6)</sup>

Dentro de la mencionada clasificación se puede señalar que en el caso de nuestro sistema jurídico, la costumbre llega a ser fuente de interpretación, de acuerdo a lo que plantea el autor Miguel Macías Hurtado cuando se refiere a las funciones que cumple la costumbre dentro del Derecho mercantil, (Véase Cap. III, No. 3.1.2).

Se habla por último de la siguiente clasificación:

1. Fuentes de Creación: Las fuentes de creación del derecho positivo son la ley y los tratados.

2. Fuentes de Conocimiento: Las fuentes de conocimiento están constituidas por la doctrina de los jurisconsultos.

En el sistema jurídico ecuatoriano, respecto a las fuentes del derecho, tal como nos enseña el Doctor Hernán Coello García contamos con:

1. Fuentes Históricas del Derecho: Constituidas por normas que ya no se hallan en vigencia y que sirven principalmente para el estudio de la Historia del Derecho, lo que lleva a una mejor comprensión del Derecho vigente pudiéndose citar como ejemplo la influencia del Derecho Romano y el Derecho Griego que han influenciado sobre todo nuestro Derecho Civil.

2. Fuentes Productoras del Derecho: Que constituyen las formas en virtud de las cuales se han llegado a formular las reglas jurídicas que hoy rigen, tenemos así como principal fuente la Ley, seguida por la Costumbre, la Jurisprudencia y finalmente la Doctrina.

Por último, se hace una referencia específica a las fuentes del Derecho Civil Ecuatoriano y explica que al contar nuestro país con un sistema de Derecho escrito “la principal fuente es la Ley seguida por la costumbre, la jurisprudencia, tal vez, con menor importancia la doctrina, y, por último explica que aunque no se halle conceptuada expresamente como fuente del derecho de las normas positivas salvo que así se deba entender la regla final del Art. 18 del Código Civil que establece que, a falta de ley.... se ocurrirá a los principios del derecho universal que se recogen en las tres máximas de Ulpiano: no hacer mal a nadie, dar a cada uno lo que es suyo y vivir honestamente”.<sup>(7)</sup>

## **1.2 BREVE DEFINICIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO**

A continuación se presenta una breve definición de las fuentes del derecho, para lo cual, se ha considerado como referencia la clasificación de las fuentes productoras del Derecho Civil ecuatoriano establecida por el Doctor Hernán Coello.

### **1.2.1 La Ley**

La palabra ley proviene del latín *lex, legis*, y se puede observar que presenta las derivaciones *lege* o *legem*; de acuerdo a la enciclopedia Jurídica OMEBA “deriva del griego *Legō* que significa proposición, ley, derecho escrito entendiéndose como una norma o conjunto de normas obligatorias, naturales o jurídicas”.

De acuerdo a Julio Cueto Rúa, la ley ha sido considerada tradicionalmente como la más importante de las fuentes del derecho, pero lo ha sido sólo respecto de ciertas épocas históricas y en determinados países; su noción de ley comprende lo siguiente: “La ley es la expresión conceptual de un órgano o funcionario de la comunidad mediante la cual se establece una relación general entre ciertos hechos, por un lado, y una conducta, que debe ser cumplida, por el otro”.<sup>(8)</sup>

Para Montesquieu la ley es “la relación necesaria fundada en la naturaleza de las cosas.”<sup>(9)</sup>

Según Santo Tomás de Aquino: “La ley es cierta ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad.”<sup>(10)</sup>

De acuerdo a Giorgio Del Vecchio: “la ley es conjuntamente pensamiento y voluntad, porque comprende una determinación lógica y un acto de imperio.”<sup>(11)</sup>

A través del imperativo categórico, manifestado en el enunciado: “Obra como si la máxima de tu acción pudiera ser erigida, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza”, Kant quiere designar una norma que considera incondicional, necesaria y absoluta, la que debe ser obedecida como un deber moral sacrificando los impulsos individuales, por lo tanto, este imperativo se considera el fundamento de la conducta moral, cuya finalidad es conseguir una sociedad humanitaria.<sup>(12)</sup>

Los citados conceptos llevan a concluir que la ley es la fuente más idónea, segura y eficaz en que el derecho se manifiesta, se aplica, y, por medio de la cual la sociedad tiene un preciso referente de adaptación de su conducta y, además se la acoge como el medio prioritario establecido para la resolución de conflictos, cumpliendo también las funciones de brindar seguridad y certidumbre en el desenvolvimiento cotidiano de la colectividad, y de la cual generalmente y, en principio, se tiene la percepción de su indudable eficiencia.

Históricamente, el Código de Hamurabi es la primera manifestación de derecho escrito de la que se tenga constancia a través de la evolución del Derecho, este código es una compilación de leyes y edictos ordenada por Hamurabi o Yamurabi, Rey de Babilonia quien gobernó aproximadamente entre 1792 y 1750 a.C. Contiene una serie de enmiendas al Derecho común de Babilonia, además

de una guía de procedimientos legales en temas que tratan el falso testimonio, errores judiciales, derecho de propiedad, derechos familiares, derecho pena (que estaba basado en el principio del ojo por ojo), cabe anotar que no contenía normas jurídicas sobre temas religiosos; aunque se puede apreciar la consideración que se otorga a los individuos.<sup>(13)</sup>

Historiadores como Hamilton y Blunt, resaltan la alta idea de justicia que contiene el Código, a pesar del carácter primitivo que existía en esa época, se presume además que influyó en las leyes del pueblo hebreo y que conocemos como legislación de Moisés o Mosaica, y, a más del Código se han encontrado cartas dirigidas por el Rey a sus funcionarios que tratan, entre otros, asuntos como el deber de cobrar impuestos con rapidez y justicia.

Con el transcurso del tiempo, gracias a la evolución en el estudio de las ciencias jurídicas, y sobre todo en un sistema como el Romanista, que es al que pertenece nuestra legislación, en el que la ley es fuente principal, se cuenta con abundante reglamentación, la que se ha desarrollado con la aplicación de técnicas jurídicas para la elaboración de los preceptos y cuerpos normativos, que abarcan las más variadas materias, esta delicada tarea está encomendada a la función legislativa, pero podemos advertir que existe insatisfacción por la labor desempeñada por parte de esta función, pues, en el Ecuador contamos con un abundante número de leyes que conllevan el riesgo de provocar la presencia de un verdadero exceso de normas o antinomia, que, a pesar de ser una cuestión que se puede solucionar, es una situación que entorpece la aplicación de las leyes.

Tenemos también el caso de preceptos e incluso cuerpos legales completos que han perdido su eficacia, pues, ya no se ajustan a las exigencias requeridas por individuos que buscan el amparo legal para solventar determinado problema de índole jurídico, haciéndose necesaria una reforma a la ley o la misma derogación de ésta con la consecuente expedición de nuevos artículos o Códigos respectivamente.

Nuevamente, revisando el punto referente a la definición de la ley, advertimos que en el sistema jurídico ecuatoriano existe una definición, plasmada en el Código Civil que, en su Título Preliminar establece:

“Art.1.- 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”.

El Doctor Hernán Coello realiza un análisis a este artículo y en primer lugar explica que no resultan convenientes las definiciones en textos legales, porque se corre el riesgo precisamente de formular una definición poco adecuada o incompleta. Refiriéndose específicamente al Artículo en cuestión indica que la definición es imperfecta porque habla de manera general de “una declaración de la voluntad soberana” entendiéndose que las declaraciones pueden ser de diversa índole y que éstas no siempre suponen una ley; por último se ha mencionado que el precepto, al hablar de sujeción a la norma, parece indicar que sería suficiente que el legislador se acomode al trámite establecido en la Constitución para que la norma sea calificada como ley pero pueda dar como resultado una ley inconstitucional en su forma o su fondo, en la actualidad la inconstitucionalidad de las leyes se resuelve de acuerdo a lo que dispone la actual Constitución, a través de la Corte Constitucional.

#### Clasificación de las leyes:

Las leyes, para su adecuado estudio y comprensión según el Doctor Hernán Coello, se clasifican de acuerdo a los siguientes criterios:

- a)** Por su forma de aplicación: se clasifican en rígidas y flexibles,
- b)** Atendiendo a la naturaleza de la sanción: existen leyes perfectas y más que perfectas,
- c)** De acuerdo a la forma en que la Ley regula: son imperativas, prohibitivas y permisivas.
- d)** Por su eficacia en el espacio: son territoriales y extraterritoriales.
- e)** Por su eficacia respecto del tiempo y el espacio: encontramos a aquellas que recaen dentro del ámbito de lo que se conoce como orden público y lo relativo a la retroactividad o irretroactividad de las leyes.

### 1.2.2 La Costumbre

La costumbre jurídica, tiene, en nuestro trabajo de investigación, un capítulo especial. A continuación, citamos una de las tantas definiciones que se han brindado de ella por parte de los estudiosos del derecho.

Juan Moneva y Puyol, en su obra “Introducción al Derecho Hispánico” (1931) al referirse a la costumbre dice:

“El Derecho Positivo actúa mediante leyes y mediante costumbres; la costumbre jurídica es una norma de hecho que la Sociedad adopta mediante actos concordantes y repetidos en el espacio y en el tiempo, y cuyo contenido afecta a la virtud de la justicia.

La costumbre jurídica puede consistir en crear esa norma donde otra no existía (fuera de la ley); o en sustituir una norma legal ya existente (contra la ley); o simplemente en obedecer la norma legal (según la ley); pero aún en este caso la costumbre tiene en la elaboración del Derecho la participación de aplicar la Ley a la realidad; entre un precepto legal y el modo de cumplirlo, siempre es intermediaria y, por eso moderadora”.<sup>(14)</sup>

Indica que Costa (otro autor) prefería una clasificación inversa a la clásica en relación con la ley, esto es, (ley según la costumbre, fuera de la costumbre y contra la costumbre) y afirmaba que eran malas las leyes contra las costumbres porque iban contra la ordenación natural que el pueblo da y es ejercicio de soberanía.

A propósito de la anterior clasificación es pertinente hacer referencia a la relación que existe entre la Costumbre y la Ley: aquí se observa nuevamente que, de acuerdo a la tendencia jurídica que las exponga, las defina o las analice, se observa un sesgo de predominio sea en una o en otra dentro de esta relación y, por ejemplo, la Escuela Histórica estableció la conexión que hay entre ellas, pues esta corriente, a través de Savigny indica que el derecho es en su origen, esencialmente consuetudinario, y que además el origen de derecho se ha de ubicar en base a la evolución histórica de un determinado pueblo, cuyo espíritu se manifestaba originariamente en forma de costumbres y tradiciones. Para

Savigny el Derecho es un fenómeno de cultura, condicionado históricamente y producido por el espíritu popular.

Se puede observar que la ley en cambio nace cuando se manifiesta una necesidad de plasmar de manera tangible aquellas normas orales, cuando una tendencia codificadora ve conveniente una aplicación uniforme y sobre todo organizada del derecho y ve en la norma escrita la manera más eficaz para hacerlo.

Así, a través del tiempo vemos que en los inicios de las sociedades la costumbre tuvo superioridad sobre la ley; con el cambio de época y la evolución del Derecho la ley adquiere importancia sobre la costumbre y el llamado Derecho escrito brinda la estabilidad y seguridad jurídica que se requiere para un correcto ejercicio y aplicación de éste.

Pero hay un punto importante, pues cuando se trata de reformar leyes (en sistemas jurídicos como el ecuatoriano) cuyos mandatos expuestos en sus codificaciones han caducado, han perdido vigencia, y, la sociedad, principal beneficiaria y ejecutora de los derechos plasmados en ley escrita, ya no los considera como parte del sistema pues sus necesidades y expectativas han cambiado y se ve la imperiosa necesidad de innovar esas leyes por otras que estén a tono con sus costumbres actuales, podemos ver que la tarea reformadora se torna dificultosa pues mientras las costumbres cambian y evolucionan sin necesidad de un acto formal para modificarlas, las leyes están sujetas a procesos legislativos de reforma en los que en la mayoría de las veces el tiempo se convierte en un obstáculo al momento efectuar dichas reformas.

Luis Recaséns Siches opina que “tanto la costumbre como la ley – en los estados de régimen liberal democrático- son manifestaciones del resultado predominante de las voluntades de los miembros de la nación.”<sup>(15)</sup>

Benigno Mantilla Pineda, en su libro *Filosofía del Derecho* (1961), al tratar el punto de la relación Ley-Costumbre comprueba la tesis de la de la Escuela Histórica, que reconoce que en sus inicios la costumbre predominó, y plasma el pensamiento de Battaglia quien dice que, “El primer derecho escrito no presupone una elaboración refleja por parte de los órganos legislativos, sino que es mas bien obra científica en el sentido lato del vocablo, correspondiente a

aquel derecho oral que por primera vez se ha fijado en la redacción escrita. Fue solamente en un momento ulterior cuando, desenvolviéndose y aclarándose la conciencia jurídica, se pasó desde la elaboración propia de la costumbre, espontánea e irreflexiva por sí misma, a una elaboración que presume órganos especiales de reflexión y de deliberación.”<sup>(16)</sup>

Mantilla Pineda finaliza su análisis indicando que la ley y la costumbre a través del tiempo no han sostenido una relación uniforme, pero que la ley escrita no significa necesariamente la extinción total de la costumbre, pues al ser esta última una forma espontánea de reglamentación jurídica, no puede desaparecer de la vida colectiva, y al ser admitida expresamente o tolerada tácitamente por la ley coexiste con el derecho escrito y que en definitiva no son excluyentes una de la otra.

Así podemos concluir que la ley y la costumbre se complementan, y, a pesar de conformarse y ejecutarse de diferentes modos, las dos constituyen las formas más directas y palpables de regulación de las relaciones individuales y colectivas que reflejan el nivel de evolución en la inteligencia y la capacidad de entendimiento, que se ve reflejado de manera general en las sociedades.

### **1.2.3 La Jurisprudencia**

La Jurisprudencia, es la reiteración uniforme de resoluciones que dictan los jueces, y que se convierten en modelos para otros magistrados al momento de resolver sobre nuevos caso de similar materia.

Para el Doctor Enrique Coello G., en un sentido amplio, la palabra jurisprudencia significa el conjunto de decisiones dictadas por los distintos órganos de la Función Jurisdiccional; y en sentido restringido, la jurisprudencia está formada por la serie de resoluciones con concordancia y continuidad tales, que se crea entre los que están sometidos a su jurisdicción el convencimiento que debe resolverse un caso análogo de la misma manera en que ya fue resuelto un caso precedente.

También señala que para otros autores, está sólo constituida por las resoluciones expedidas en última instancia por la Corte Suprema de Justicia (que en la actualidad se le ha otorgado la denominación de Corte Nacional de Justicia),

además de los Tribunales Fiscales o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Comenta que en México se introdujo el sentido restringido de jurisprudencia a su legislación positiva, esto es el de resoluciones concordantes reiterativas que sirven para resolver casos análogos, pues se trata del concepto al que generalmente se hace referencia cuando se habla de ella como fuente del Derecho; mientras que el derecho anglosajón otorga a la jurisprudencia un verdadero valor normativo pues las sentencias que han sido dictadas se invocan como verdaderas leyes que se aplican a los nuevos casos, tenemos así la figura de los precedentes.

Claude Du Pasquier observa que, “Sin duda, un fallo no tiene fuerza ejecutoria sino respecto de las personas que intervienen en el proceso; la autoridad de la cosa juzgada (*res iudicata*) carece de efecto respecto de cualquiera otra persona que no sean ‘las partes’. A excepción de los fallos de reglamento (*arrêts de règlement*) que bajo el antiguo régimen francés pronunciaba el Parlamento, corte suprema de justicia, para decidir a la vez un proceso y reglamentar los casos idénticos en el futuro, un fallo no liga a la opinión que adopta, ni a otro tribunal, ni a aquel que lo ha pronunciado. Tal es al menos el principio. Pero en el hecho, un tribunal se siente siempre más o menos obligado moralmente por sus decisiones anteriores; sabe muy bien que la continuidad es una condición de la justicia”.<sup>(17)</sup>

Mantilla Pineda, expone que en sentido tradicional, jurisprudencia es equivalente a ciencia del derecho. Con esta afirmación podemos explicar que se utilice la denominación de facultad de jurisprudencia en algunas universidades, pero en un sentido técnico moderno, jurisprudencia es el derecho objetivo que tiene origen en los fallos pronunciados por los tribunales, que este sentido técnico moderno de la palabra jurisprudencia tiende a prevalecer hoy sobre el sentido tradicional y que al hablar de jurisprudencia, generalmente se entiende los antecedentes judiciales sentados por las sentencias de los tribunales. Al menos por ciertas sentencias de significación muy singular, ya que una sentencia corriente resulta judicialmente irrelevante.

Aclara también que la jurisprudencia reposa al mismo tiempo en un fundamento o soporte subjetivo y uno objetivo, el subjetivo es aquel sentimiento moral que exige al juez dictar su fallo de la misma manera, en casos similares, y el soporte objetivo es la razón extralegal por la cual este falla una vez y continúa haciéndolo en igualdad de circunstancias, y, que en definitiva, la jurisprudencia tiene una relación más estrecha con la costumbre que con la ley, pues se la ejerce en el lugar donde la costumbre no ha sido suprimida o minimizada por la ley.

Al hablar de jurisprudencia, autores como Juan Larrea Holguín o Enrique Coello G., se refieren al Artículo 3 de Código Civil que dice:

“Las sentencias judiciales no tiene fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren”.

De acuerdo a lo que expone este Artículo, las sentencias judiciales exclusivamente obligan a las partes sobre quiénes recae determinada sentencia, pero el Doctor Hernán Coello realiza un análisis a este inciso, y presenta excepciones a esta regla las que presentamos a continuación presentaremos una de ellas pero que es muy explicativa:

Esta excepción se encuentra en el Art. 343 cuando dice “El fallo judicial que declara verdadera o falsa la calidad de hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio sino de todos.

La misma regla deberá aplicarse al fallo que declare ser verdadera o falsa la maternidad disputada”.

Nos aclara que, no puede ser de otra manera, pues, una persona, no puede, ser hijo de su padre de acuerdo a lo que declara una sentencia, pero no hermano de sus hermanos.

También afirma, que el inciso segundo del Art. 3 del Código Civil, contiene una regla absoluta pero falsa, y mejor se la debería observar como un principio general que conlleva ciertas excepciones.

Finalmente, Juan Larrea Holguín en su obra Derecho Civil del Ecuador, considera que mientras la ley tiene un valor absoluto o general, la sentencia (tomada individualmente o en conjunto como jurisprudencia) tiene un valor

relativo o particular, pues es ley entre las partes; por lo tanto el referido Artículo actúa como regla general, entendiendo así que la jurisprudencia forma una probada excepción.

Ahora, dentro de la actual Constitución de la República en el Capítulo Cuarto relativo a la Función Judicial y Justicia Indígena, al tratar en la Sección Sexta las funciones de la Justicia Ordinaria establece:

Artículo 184: “serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:.....

2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple interpretación”.

A continuación, el Art. 185, dice: “Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala”.

De los artículos transcritos concluimos que una de las principales funciones de la Corte Nacional de Justicia, hace referencia al perfeccionamiento en el método de aplicación de la jurisprudencia, y, que la misma Constitución brinda claras guías para el proceso de implantación de la misma, estableciendo en primer lugar un plazo para que se consigne el respectivo fallo al pleno de la Corte, y de abstenerse de hacerlo en ese tiempo o ratificar tal criterio, automáticamente se configura como tal. Pero también se presenta la oportunidad -cuando así lo amerite y con la debida sustentación jurídica-, de poder cambiar este antecedente con la condición de que sea aprobado de manera unánime por la sala encargada de resolver.

Por lo tanto, la jurisprudencia como fuente del Derecho en nuestro país, se encuentra establecida principalmente a nivel Constitucional, contemplando la posibilidad que en el supuesto, que determinado criterio ya no sea considerado de óptima aplicación, éste pueda ser objeto de discusión para determinar si amerita o no que se lo continúe empleando, y así no se convierta en un referente obligatorio pero inútil para resolver los conflictos que se han remitido a la Corte Nacional de Justicia.

#### **1.2.4 La Doctrina**

La Doctrina como fuente del derecho comprende el aporte que realizan los estudiosos, tratadistas, analistas y filósofos del Derecho al desarrollo y evolución de las Ciencias Jurídicas, quienes, aparte de explicar e intentar aclarar de acuerdo a su corriente de pensamiento todos los principios jurídicos plasmados en el derecho positivo, muchas veces entregan innovaciones y como resultado crean nuevas formas de concepción del derecho que son de gran importancia tanto en lo referente a la interpretación, aplicación perfeccionamiento e incluso reforma de las normas jurídicas vigentes.

Benigno Mantilla Pineda considera que el proceso de formación del conocimiento jurídico es muy largo y ha sido tarea de generaciones y épocas; y que ese gran esfuerzo de aclaración racional de la práctica jurídica aparece en la vida de todos los sistemas de Derecho: romano, neolatino, anglosajón, musulmán, etc.

El autor Battaglia aporta lo siguiente: “En Roma, se formó muy pronto una clase de ‘prudentes’ que con sus ‘responsa’ contribuyeron a dar sentido al derecho en su época, no ya sólo interpretándolo, empero subrayando también las razones íntimas que le ligaban con las realidades mudables de la vida. Su obra en este terreno llegó a la de crear un ambiente en el que la formación del derecho no pertenecía por entero a los órganos estatales. En tiempos de decadencia, hacia el siglo V, se reconoció a alguno de ellos como autoridades jurídicas, a las que los jueces debían atemperar sus decisiones. El Tribunal de los muertos suplantó a los de los vivos, siendo leyes para los intérpretes Papiniano, Gayo, Ulpiano, Paulo y Modestino. Igualmente en la Edad Media no fue menor el crédito otorgado a las opiniones de los doctores de Bolonia, siempre que concordasen en

la *communis opinio doctorum*. Más decisiva es todavía la importancia de la ciencia del derecho en Inglaterra, donde algunos escritores son autoridades, especialmente los historiadores, a pesar de que lo sostienen en sus libros son principios derivados del derecho subjetivamente considerado. En el derecho musulmán la *idjma* o acuerdo de los juristas sobre una cuestión determinada cobra valor de ley.<sup>»(18)</sup>

El jurista Julio Cueto R. en su libro Fuentes del Derecho (1982), al analizar la doctrina como fuente formal-material del derecho comienza por recalcar el carácter abstracto de las normas generales, ampliando además que las costumbres presentan dificultades al ser aplicadas por parte de los organismos de la sociedad llamados a hacerlo; por lo que en ese difícil proceso de brindar el correcto y concreto significado de aquellas reglas que regulan la conducta a más de la jurisprudencia, es precisamente la doctrina la que colabora con esa tarea a través de los teóricos, o más propiamente dicho, los científicos del Derecho quiénes metódicamente analizan los textos sancionados, las costumbres practicadas, y la jurisprudencia vigente, expresando clara y determinadamente sus posibilidades lógicas, esclareciendo su sentido, anticipando situaciones para añadirlas o descartarlas del contenido legal y adelantando esquemas de integración y coordinación con sus respectivos argumentos.

Cueto Rúa agrega que existen sociedades, en que por factores especialmente históricos, las opiniones doctrinarias han influenciado de manera importante tanto sobre los funcionarios como en los organismos a quiénes les ha correspondido aplicar los preceptos legales, y, de una manera indirecta en la sociedad, quiénes en conjunto se han orientado por medio de la sabiduría de éstos jurisconsultos. Recalca, que en la práctica, existe una dificultad por parte de juristas que se han instruido y ejercen el derecho en sistemas diferentes al romanista, pues al momento de manejar Códigos no es posible que pretendan entenderlos mediante la simple lectura de su articulado y a modo de ejemplo indica que la lectura directa del Código Alemán de 1900 por parte de una persona que no posee las bases teóricas de la ciencia jurídica de ese país en aquella época resulta infructuoso ya que dicho Código está escrito en términos muy abstractos, técnicos y son entendidos solamente por quiénes conocen los antecedentes teóricos de su creación.

Con ello queda claramente establecida la importancia de la doctrina, pues, en un sistema como el nuestro que pertenece a la familia Romano-Germánica, ésta integra y precisa el significado de los preceptos jurídicos y en general de los cuerpos normativos e inclusive tiende a la disquisición de costumbres jurídicas que rigen la sociedad, lo que implica un enorme aporte al desarrollo de las ciencias jurídicas, que deriva en una efectiva aplicación y funcionamiento de determinado sistema jurídico.

### **1.2.5 Los Principios Generales del Derecho**

Presentar una definición homogénea de lo que deba entenderse por Principios Generales del Derecho resulta difícil, debido a la diversidad de criterios doctrinarios que no encuentran consenso; tal como lo explica el autor Pedro Castro Espinoza en su obra *Hermenéutica Legal*, que demuestra que existen varias concepciones sobre el tema y cada una emana de diferentes corrientes jurídicas, de las cuales presenta las siguientes:

- Para unos, son los principios del Derecho Natural o Racional;
- Para otros, los universalmente admitidos por la ciencia jurídica;
- Según otros los del Derecho Romano;
- Hay quiénes también señalan a los del espíritu general de la legislación;
- Incluso, hay quienes expresan que los principios generales del derecho serían los del ordenamiento jurídico positivo.

Los Principios Generales del Derecho se encuentran presentes en nuestra legislación, pues, en el Artículo 18, que trata sobre la Interpretación judicial de la ley, en su numeral 7, expresa:

“Art. 18: Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo las reglas siguientes:.....

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

Como se puede observar, se trata del último inciso del referido artículo, pues, los numerales anteriores contemplan las reglas que se deben aplicar de manera prioritaria, como: el recurrir, en primer lugar, al espíritu de la ley; entender, cuando se presente el caso, el sentido legal de las palabras; aplicar las diferentes partes de una ley, de acuerdo a su contexto general o complementándolas con otras leyes; o aplicar la equidad natural, para por último permitir el empleo de la analogía y los principios del derecho universal.

Juan Larrea Holguín, explica “.....ya no hay propiamente interpretación de la ley, sino un procedimiento que reemplaza la carencia total de legislación directa o indirectamente relacionada con el caso que se presente a la solución de los jueces. Si puede hablarse aquí de interpretación sería sólo en un sentido negativo: el juez interpreta que ninguna ley es aplicable y que por tanto tiene que recurrir a algo superior a la ley: **‘los principios generales del derecho’**.”<sup>(19)</sup>

De esta afirmación, podemos decir, que es acertada en cuanto considera que no se trata de una regla de interpretación, pues efectivamente, el numeral séptimo del Art. 18 dice: “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos, y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”. Lo que resulta inconsecuente es, que Juan Larrea Holguín, plantee que a ésta se la deba interpretar en un sentido negativo, ya que, el numeral en cuestión, hace referencia claramente a un caso específico de ausencia de ley, y el objetivo de la misma es llenar un vacío legal y no precisamente hacer una interpretación.

Para Castro Espinoza, la aplicación de estos principios, es más una norma de integración de la ley que de interpretación de la misma y considera que es exclusiva del Código Civil ecuatoriano, pues, el Código chileno que es su equivalente, no contempla la ausencia de ley.

Reseña además a tres tendencias que ofrecen sus argumentos sobre lo que conciben como Principios Generales del Derecho:

#### **a.- Teorías Iusnaturalistas**

Para Giorgio del Vecchio, “la fuente inagotable del derecho está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser aprehendida por nuestra razón. Precisamente a esta fuente, que una tradición varias veces milenaria ha

llamado Derecho Natural, es la que el legislador tenía intención de referirse, cuando señala los principios generales del derecho como el medio para superar las inevitables diferencias de sus prescripciones positivas.... La escuela del Derecho Natural ha entendido y pretende esencialmente mantener la no arbitrariedad del Derecho, o sea la existencia de una relación necesaria entre la substancia intrínseca de las cosas y las respectivas reglas del Derecho....En muchos casos, y especialmente cuando se trata de reconocer necesidades puramente lógicas o exigencias inmediatas de nuestro ser , los dictados del '*ius naturas*' o de las '*naturalis ratio*' se manifiestan al mismo tiempo como elementos del Derecho Positivo, formando precisamente como el '*substratum*' de éste, que se conserva y transmite a través de sus diversas mutaciones. Que, por ejemplo, nadie pueda transmitir a otro, más derechos que los que él tiene; que a la fuerza sea lícito oponer la fuerza, y que, por tanto, todo hombre tiene la facultad de defenderse contra las agresiones de que sea objeto; que las utilidades de toda cosa deban corresponder a aquél sobre quien pesan las pérdidas; que nadie pueda enriquecerse injustamente en perjuicio de otro; éstas y muchas otra normas procedentes de la razón jurídica natural, y en tal sentido afirmadas ya por los juristas romanos, representan al mismo tiempo principios informadores de la leyes vigentes, bien porque éstas los formulen expresamente o porque los presupongan como máximas implícitas o sobreentendidas sin las cuales muchas disposiciones particulares carecerían de sentido."<sup>(20)</sup>

La teoría iusnaturalista pregonaba la importancia y la gran influencia que ejercen los principios generales sobre el derecho escrito, opinión que es compartida por Luis Legaz y Lacambra quien claramente opta por la explicación según la cual "los principios Generales del Derecho son principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta", pero recalca la necesidad de que se encuentren incorporados en la legislación positiva para alegar efectivamente su condición de fuentes del derecho, situación que no es difícil porque se los puede encontrar precisamente en la intención que motivó al legislador al momento de crear las normas y que de esta manera se puede comprobar la correspondencia entre estos principios y la ley.

## **b.- Teorías Positivistas**

Para Nicolás Coviello, los principios generales del Derecho “... no pueden ser otros que los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción. De hecho pueden ser principios racionales superiores de ética social, y también principios de derecho romano admitidos universalmente por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano o científico, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho, y de este modo han llegado a ser principios de Derecho Positivo vigente.”<sup>(21)</sup>

Del argumento de esta teoría puede resaltarse que, solamente se aseveran aplicados los principios generales del derecho, cuando se los pueda abstraer del contenido de normas de derecho positivo, pero, como se puede apreciar, se trata de una concepción demasiado limitada radicando u otorgándole el respectivo valor a estos principios únicamente cuando han sido incorporados por medio de la normatividad en vigor, lo que lleva a colegir que para esta teoría no existen aquellos principios que no se aplican, radicando el principio y el fin de la esencia del Derecho en el aspecto positivo.

Tomando como referencia este punto de vista, entre los principios generales del derecho que se encuentran formando parte de nuestra legislación, podemos mencionar a las garantías del derecho al debido proceso, recogidas en el Art. 76 de la Constitución de la República, que incluye entre otras:

La presunción de inocencia, que establece que toda persona será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución o sentencia.

El principio de legalidad, (*nullum crimen o nulla poena sine lege*) en virtud del cual no existe delito ni pena sin una ley que previamente lo sancione; principio recogido también en el Art. 4 del Código Penal.

El principio *in dubio pro reo*, a través del cual, en caso de conflicto entre dos leyes de una misma materia, que presenten diferentes sanciones, se aplicará la

menos rigurosa, o en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, debe aplicarse en el sentido más favorable a la persona infractora.

El derecho a la defensa, que incluye garantías como: contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la misma; ser escuchado oportunamente y en igualdad de condiciones; la que establece que nadie puede ser juzgado más de una vez por una misma causa (*non bis in ídem*) debiéndose considerar para este efecto los casos resueltos por la jurisdicción indígena, entre otras.

Dentro del derecho laboral encontramos el principio *in dubio pro operario*, gracias al cual, se protegen los derechos de la parte más vulnerable de la relación laboral: el trabajador.

### c.- Teoría Romanista

Esta teoría sostiene que, en todos los países en los cuales existan ordenamientos jurídicos inspirados en el Derecho Romano, hay una tradición fundada en un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la función del Derecho en la sociedad, la organización y operación apropiadas del sistema jurídico, el modo como el Derecho debe crearse, aplicarse y perfeccionarse, etc., todas las cuales se inspiran en el Derecho Romano y se expresan en reglas, máximas y aforismos jurídicos que son los auténticos principios generales del Derecho.

Nuestro sistema jurídico pertenece a la Familia Romanista del Derecho, y esta teoría hace una clara descripción del papel que desempeñan los principios generales del Derecho como una guía para nuestros magistrados y asambleístas en la tarea de interpretación, creación o aplicación de la ley.

Dentro de esta teoría, el jurista chileno Máximo Pacheco, ha realizado una compilación de aforismos jurídicos de Derecho Romano, que hacen relación a los principios generales del derecho de los cuales plasmaremos los siguientes:

- Ulpiano: “Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo”. (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

- La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo. (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*).
- Quien usa de su derecho a nadie perjudica. (*Nemo daunum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*).
- Hay que respetar los pactos (*Pacta sunt servanda*).
- El confeso se presume juzgado. (*Confessus pro iudicato habetur*).
- La cosa juzgada se tiene por verdad. (*Res iudicata pro veritate habetur*)
- Los contratos son ley para los contratantes. (*Contractus ex conventionem legem accipere dignoscuntur*).
- Nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro. (*Iure natural aequum est nominemcum alterius dotrimento et iniuria fieri locupletiozem*).

Para la teoría romanista los aforismos, constituyen una de las maneras en que se manifiestan los principios generales; los aforismos o axiomas son expresiones concisas, generalmente plasmadas en latín, que engloban en su contenido aquellos principios jurídicos, que al invocarlos aportan con claridad y precisión las nociones básicas y fundamentales que ayudan a la comprensión y aprehensión de la esencia del Derecho.

Se puede afirmar que esta teoría es la que más se adapta a la noción que se debe tener de los principios generales del derecho como fuente del derecho en nuestro sistema jurídico.

Por último, de la misma manera que no hay uniformidad de opiniones para definir a los principios generales del derecho, también existen criterios de juristas como el Doctor Alfredo Pérez Guerrero quien, en su obra Fundamentos del Derecho Civil, declara que hubiese sido preferible que no se citara esta fuente jurídica y, opta por referirse a los principios generales de la legislación; a una aplicación de métodos técnico jurídicos, o por último en entregarle al juez ciertas facultades de índole legislativa aplicables en un caso determinado, como se hace en el modelo de Derecho suizo a través de los “satndarads jurídicos”, pero como reconoce el mismo autor, estos medios estarían incluidos en lo que se

llama 'justicia o derecho universal' dando a estas expresiones el valor relativo y temporal que tienen en la actualidad y con esta afirmación, solamente está ampliando el contenido de los principios generales del derecho y no desconociendo su existencia.

### **1.3 CONCLUSIONES**

Dentro de este capítulo se ha podido efectuar el análisis de la Fuentes del Derecho, comenzando por una breve introducción que presenta la evolución que a través de la historia ha experimentado y se ha obtenido del tema, seguido de la presentación de varios conceptos que del tema ofrecen diversos autores, de acuerdo a su tendencia filosófica, que se demuestra cuando de manera amplia o restringida se expresan respecto del concepto de éstas. Se han recogido en el Capítulo I, diferentes clasificaciones que, a lo largo del tiempo se han elaborado desde preceptos filosóficos o académicos, y desde la histórica clasificación que de ellas se elaboró en el Derecho Romano, y las presentadas por reconocidos estudiosos en el transcurso del tiempo, hasta llegar a la clasificación que particularmente nos incumbe y que se convierten en fuentes productoras del derecho civil ecuatoriano.

Posteriormente, este capítulo ha considerado presentar una definición breve de cada una de las fuentes, empezando por la ley, principal fuente productora de derecho en nuestro país, seguida por la costumbre, recalando que dentro de este trabajo tiene dedicado un espacio determinado para su estudio. A continuación se ha analizado la jurisprudencia, fuente que en nuestra legislación es de aplicación exclusiva por parte de la función judicial; la doctrina como una fuente que ayuda a la completa comprensión y al desarrollo de las ciencias jurídicas, y, por último a los principios generales del Derecho, que a pesar de representar un polémico punto de discusión entre las tendencias iusnaturalistas o positivistas sobre su validez, comprenden principios que resultan por lo menos interesantes y merecen ser analizados.

Citas:

1. Díez Picazo, Luis. Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho. p. 111 a 118.
2. Coello G., Enrique. Fuentes del Derecho. p. 17.
3. Del Vecchio, Giorgio. Filosofía del Derecho. p. 321.
4. Kelsen, Hans. Citado por Coello G., Enrique. Ob. citada. p. 18.
5. Coello G., Hernán. Epítome del Título preliminar del Código Civil. p. 21.
6. Gényn y Mazeaud. Citados por Enrique Coello G., Ob. Citada. p. 22.
7. Coello G., Hernán. Ob. Citada. p. 22.
8. Cueto Rúa, Julio. Fuentes del Derecho. p. 35.
9. Montesquieu. Citado por Mantilla Pineda. Filosofía del Derecho. p.197.
10. Santo Tomás. Citado por Mantilla Pineda. Ob. Citada. p. 197.
11. Del Vecchio, Giorgio. Citado por Mantilla Pineda. Ob. Citada. p. 197.
12. “Immanuel Kant” Microsoft® Student 2008 .Microsoft Corporation.2007.
13. “Hammurabi” Microsoft® Student 2008 [DVD].Microsoft Corporation.2007.
14. Moneva y Puyol, Juan. Introducción al Derecho Hispánico. p. 13.
15. Recaséns Siches, Luis. Tratado general de Filosofía del derecho. p. 291.
16. Battaglia, citado por Mantilla Pineda, Ob. Citada. p. 201.
17. Du Pasquier, citado por Mantilla Pineda, Filosofía del Derecho. p. 201.
18. Battaglia. Citado por Mantilla Pineda. Ob. Citada. p. 203
19. Larrea Holguín, Juan. Derecho Civil del Ecuador. p. 257.
20. Del Vecchio, Giorgio. Citado por Máximo Pacheco. Introducción al Derecho. p. 414, 415.
21. Coviello, Nicolás. Citado por Máximo Pacheco. Ob. Citada. p. 415, 416.

Información detallada de la bibliografía, página 87.

## CAPÍTULO II: LA COSTUMBRE

### Introducción

El ser humano desde las primeras manifestaciones de su existencia en el mundo, en las primeras interrelaciones con sus semejantes, demostró ser un animal social, que, tal vez por necesidad de protección o por ejercer su instinto de conservación, buscó una forma de vida en colectividad, en la que cada integrante, cada miembro, era un aliado y la unión de éstos dio como resultado la creación de formas de comunicación y organización muy eficientes que ayudaban en el desempeño armónico de las labores del grupo. A su vez, esta forma de vida demandaba satisfacer necesidades individuales y colectivas de diferente naturaleza, por lo tanto la vida en colectividad requería un orden.

Dentro de la implantación de ese orden surgen los usos sociales, mismos que se aplican en la solución de conflictos que tienen carácter práctico, van hacia cosas prácticas, como por ejemplo, en la vestimenta, qué materiales usar y cómo usarlos, la higiene, el lavarse las manos o al momento de alimentarse utilizar cubiertos, homogenizando el comportamiento del grupo en estos aspectos prácticos, y obteniéndose como resultado la aceptación o rechazo social de estos usos.

Los usos sociales, con el transcurso del tiempo y al ser vinculados por cada cultura con la noción de lo bueno y de lo malo (variable en cada sociedad) se convierten en normas morales, las que traen consigo deberes morales, por ejemplo, dentro de la concepción de moral de una sociedad encontramos la percepción del pudor, expresado en el recato principalmente en la manera de vestirse y actuar: exhibirse en público con prendas que se consideren impúdicas constituye una violación a esas normas morales, pero dicha violación al igual que en los usos sociales, por regla general, no presentan otra sanción que el rechazo y la censura al acto cometido.

Las normas morales en las diferentes sociedades han sido influenciadas en su mayoría por las normas religiosas, las cuales están sustentadas en doctrinas establecidas por cada religión, y rigen la conducta tanto del individuo como de la sociedad; la transgresión o incumplimiento de las mismas es considerado pecado y contempla penitencias propias de cada creencia para su expiación. Un ejemplo de la influencia que tienen las normas religiosas sobre las morales se observa en los países en los que predominan religiones como el catolicismo o el islamismo, así la Biblia como el Corán, respectivamente, constituyen los parámetros de conducta de los individuos que las profesan.

De los usos sociales y las normas morales surge de manera espontánea la costumbre, que al igual que los anteriormente nombrados es un hecho humano, pero la costumbre es más estructurada que éstos, es aquello que constituye la generalidad dentro de la sociedad, requiere reiteración en su aplicación, pero no es rígida pues está sujeta a la dinámica del cambio debido a que el transcurso del tiempo la puede hacer ineficiente e inaplicable o por cuestionamientos de los sujetos llamados a ejecutarla pues siempre habrá alguien que actúe al margen o contra una costumbre determinada, situación que en un inicio genera controversia, rechazo y resistencia (el cambio no es drástico) y posteriormente se produce la aceptación a una nueva costumbre.

Un claro ejemplo que se puede citar es una costumbre que se refiere al uso de una prenda de vestir cotidiana de la mujer, el pantalón. En la antigüedad hubiera sido difícil pensar que la mujer pudiera usar pantalones ya que era una prenda exclusivamente de uso masculino pero con el pasar del tiempo y con un inicial rechazo se logró finalmente la aceptación de su uso en las mujeres.

La costumbre jurídica tiene elementos y características propias que serán presentados y aclarados para su comprensión dentro de éste capítulo, comenzando por distinguir la forma y contenido cómo se la ha conceptualizado por diferentes autores, tratando de encontrar sus orígenes, enumerando sus elementos y clases y analizando su carácter jurídico, jerarquía y su relación con los diferentes sistemas jurídicos.

## 2.1 CONCEPTOS DE COSTUMBRE

De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua, Costumbre proviene del latín *Cosuetumen*, por *consuetudo* o *consuetudinis*; y significa: “Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto. || Aquello que por carácter o propensión se hace más comúnmente. || Conjunto de cualidades o inclinaciones y usos que forman el carácter distintivo de una nación o persona. || c. contra ley. f. *Der.* La que se opone a ella, y, sin embargo, en algunas épocas y legislaciones se ha considerado eficaz. || ~ fuera de ley. f. *Der.* La que se establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos por las leyes. || ~ holgazana. f. *Der.* Práctica que duró en Córdoba hasta principios del siglo XIX, según la cual la mujer casada no participaba de los bienes gananciales, y que fue derogada por la Novísima Recopilación. || ~ según ley. f. *Der.* La que corrobora y desenvuelve los preceptos de ella”.

El diccionario jurídico de Cabanellas describe a la costumbre como la “repetición de ciertos actos, de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren la fuerza de Ley. Mientras que la costumbre es en realidad un derecho, para algunos el más genuino de todos, pues está ratificado por el consenso unánime del pueblo, el uso no constituye más que un hecho”. En el mismo diccionario se transcribe la definición que Ulpiano da a la Costumbre, para quien es: “el consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo uso.”

Según Abrens, la costumbre “es producto de la voluntad de los individuos, nacida de una serie de actos idénticos y sucesivamente respetados; se forma de manera más espontánea y más instintiva que la ley, bajo la impulsión inmediata de las necesidades. Los que primero establecieron una costumbre por sus actos continuamente repetidos, obraron con la convicción firme de la convivencia jurídica de los hechos ejecutados, considerándolos no solamente como buenos y justos para los casos presentes, sino también, propicios para formar una recta común que sirva de norma para hechos futuros de idéntica analogía. Por esto las costumbres así desarrolladas, engendran una continuidad en la vida social y en el Derecho, y son respetadas por un sentimiento moral de la comunidad.”<sup>(1)</sup>

La enciclopedia Jurídica OMEBA presenta los conceptos de varios autores pudiéndose observar que para algunos “la costumbre es nacida al impulso de individuos que realizan determinados actos, que a fuerza de repetirse por necesidad o tradición se convierten en dirección común. Para otros. Es un uso que existe en el grupo social que expresa el sentir jurídico de los que componen ese grupo.”

En la enciclopedia Encarta encontramos que la costumbre, fue definida en el Código de las Siete Partidas castellano, atribuido al Rey Alfonso el Sabio, como: “derecho o fuero que no es escrito, el cual han usado los hombres luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas y en las razones por qué lo hicieron”.

La misma enciclopedia añade: “Las normas consuetudinarias —normas jurídicas que no hay que confundir con los convencionalismos sociales ni las reglas de cortesía— tienen un origen extraestatal, surgen en los grupos sociales cuando se puede hablar (dentro de los mismos) de una efectiva acomodación, generalizada y prolongada en el tiempo, a tales normas. Para muchos autores, la *opinio iuris* es un requisito ineludible de la norma consuetudinaria; se quiere decir con ello, que aquella regla consuetudinaria, se practica con el convencimiento de que es Derecho, de que es una norma vinculante, pues existe el deber de cumplirla.”<sup>(2)</sup>

Según Alessandri y Somarriva la costumbre debe “entenderse como una conducta general, constantemente realizada y uniformemente vivida en una comunidad determinada.”<sup>(3)</sup>

En el libro *Historia General del Derecho* (1938) el autor Juan Antonio Iribarren afirma que la costumbre es la “asociación de reglas afines formadas a través del tiempo y que han adquirido consistencia más o menos definitiva. Y cómo esta costumbre varía en razón de diversas circunstancias que influyen sobre ella, debemos llegar necesariamente a la conclusión de que no hay costumbre eterna.”<sup>(4)</sup>

Para el autor ecuatoriano, Alfredo Pérez Guerrero la costumbre es un “conjunto de normas espontáneas del querer jurídico de un pueblo.”<sup>(5)</sup>

En los conceptos presentados observamos que, aunque utilizando diferentes términos, en conjunto, todos contienen la esencia de lo que debe entenderse por costumbre, indicándonos que es empleada por sujetos, conjunto de individuos, grupo de personas, colectividad, etc., es decir, solamente el ser humano puede ser capaz de crear, adquirir, modificar, imponer, acatar o suprimir determinada costumbre. Aquel ser humano que es parte de una comunidad en la cual debe desenvolverse y está llamado a seguir cumpliendo con los esquemas establecidos, según el grado de persuasión que le inculcaron y de identificación que posea respecto a esas costumbres pues con el análisis y valoración que en un momento pueda efectuar a esos esquemas, el individuo podría ser artífice de un proceso de evolución, adaptación, extinción o cambio de la o las costumbres a las que estuvo subordinado.

El siguiente punto es el acto o conducta realizada por aquel conglomerado de personas, acto que, para que pueda proyectar un sentido jurídico, debe tener ciertas cualidades que lo aparten de ser una simple conducta del cotidiano vivir, pues, un pensamiento, una idea, si no se plasma en una o más acciones será imposible que cause efecto alguno, sea positivo o negativo, al esquema de costumbres que rigen a determinada sociedad.

El tiempo forma también parte indispensable en el concepto de costumbre, y los autores lo incluyen precisamente, no obstante, sólo uno de ellos habla de la calidad de perecible de ella. Otro punto importante que debemos observar, se refiere a la cantidad de veces que tiene que ejecutarse determinada acción, para que se considere costumbre y le otorgue su respectiva vigencia, pues, existirán acciones que requieran una repetición frecuente por parte de los individuos a través de su ejecución, siendo necesaria la repetición del acto de manera constante (como en el caso de la actividad pesquera por ejemplo); mientras que, al tener presente que se debe considerar la índole de la relación para establecer la frecuencia de las repeticiones existirán actos que requerirán de pocas repeticiones de esta actividad para que se establezca como costumbre, pues, se producen largos intervalos de tiempo.

## 2.2 ORÍGENES DE LA COSTUMBRE

En uno de los conceptos de Costumbre, citados en el punto anterior, se indica precisamente que su origen es extraestatal y que ha surgido en los grupos sociales cuando se da una adaptación segura, general y prolongada en el tiempo a esas normas.

El término extraestatal se refiere a los inicios, a los primeros pasos en el desarrollo de los pueblos primitivos, antes de que lleguen a conformarse como colectividades articuladas, cuando los rasgos instintivos predominan en el comportamiento de los individuos, pero que se ven subordinados por una creación humana que con el transcurso del tiempo define y regula a los diferentes grupos de personas; esa creación humana es la Cultura.

Para llegar a tener una noción clara de lo que debemos entender por Cultura en un sentido antropológico, se presenta a continuación la definición que de ella hace Carmel Camilleri:

“Es el conjunto más o menos ligado de significaciones adquiridas, las más persistentes y las más compartidas, que los miembros de un grupo, por su afiliación a este grupo, deben propagar de manera prevalente sobre los estímulos provenientes de su medio ambiente y de ellos mismos, induciendo con respecto a éstos estímulos actitudes, representaciones y comportamientos comunes valorizados, para poder asegurar su reproducción por medios no genéticos.”<sup>(6)</sup>

De esta definición podemos entender que cultura es esa interrelación de diversos aspectos esenciales, que sobresalen en una colectividad, vinculan a los sujetos y en conjunto los integran y permiten que se absorban sus creencias y valores de una manera determinada para ese conglomerado, básicamente a través de lo simbólico de manera reiterativa aunque con distintos grados de aceptación y práctica por parte de cada uno de sus integrantes, quienes están compelidos a perennizar aquellas creencias y valores fundamentales que los identifican y dan la característica que los diferencia de cualquier otro grupo, y que tienen la convicción de resistir a influencias propias o ajenas que puedan llegar a modificarlos y garantizar así la perpetuación de su práctica en sus futuras generaciones a través de la enseñanza de los mismos.

Podemos notar que la cultura se identifica y manifiesta a través de costumbres, las mismas que varían de un lugar a otro, evolucionan con el tiempo, y se transmiten y acatan entre los individuos de determinado conglomerado social, costumbres que partiendo de ser sociales o religiosas dan lugar, por necesidad, a las jurídicas, aquellas que regulan más allá de un aspecto moral o social, aquellas que el Derecho adopta en su formación, en sus inicios y permite que se cumplan a través de medios coercitivos, les exige a su vez requisitos y su finalidad es precautelar la equidad y el desarrollo armónico y regulado de ese conglomerado.

Tenemos así que las sociedades desde la más primitiva hasta las innumerables que coexisten en la actualidad, constituyeron y definieron su cultura a través de las costumbres, por lo que éstas son un elemento fundamental de la cultura, los individuos las adquirieron en sus inicios gracias a factores geográficos, físicos, a elementos climáticos y debido al conocimiento empírico que tenían de los fenómenos externos del lugar en el que se asentaban aquellas colectividades.

Como se puede observar, al tratar la definición de la ley, el Código de Hamurabi, es efectivamente la primera publicación de derecho escrito evidenciada en Babilonia que, recogió el derecho consuetudinario aplicado hasta su elaboración.

Pero al tratar este capítulo sobre la costumbre como fuente del derecho en nuestro sistema jurídico, se debe considerar que éste, es un sistema que pertenece a la familia Romanista del Derecho, y sabemos naturalmente que su antecedente histórico-jurídico se encuentra en el Derecho Romano, por lo que, podemos indagar sobre el origen de la costumbre dentro de éste, pues la Ley de las Doce Tablas es considerada como el Código mas antiguo dentro de este Derecho.

Así podemos empezar por describir que el Derecho Romano, en sus inicios desde la fundación de Roma en el año 753 a. C., poseía un carácter oral, religioso, consuetudinario y disperso en lo referente a las primeras y escasas leyes escritas.<sup>(7)</sup>

El Derecho Romano, de acuerdo a lo que presentan los historiadores Hamilton y Blunt, era aplicado por sacerdotes pertenecientes a la clase dominante conformada por los patricios, quiénes eran los únicos considerados ciudadanos;

la situación de los plebeyos (clase pobre) era muy difícil, pues al no ser considerados ciudadanos romanos, las pocas leyes existentes, como por ejemplo, la ley de deudas era muy severa, pues, si un pobre contraía una y no podía cumplir con aquella obligación (capital e intereses) en el tiempo establecido, el acreedor podía tomar sus bienes, si éstos no satisfacían la deuda podía incluso apoderarse del deudor y encarcelarlo, y, si a pesar de ello no cancelaba la deuda podía venderlo como esclavo.

Los plebeyos al sentir constantemente ese trato injusto, exigieron al Estado y sus autoridades tomar medidas para remediar esta situación, y gracias a ello, se nombraron dos magistrados llamados tribunos para que los representaran, pero tenían facultades limitadas lo que no ayudaba a resolver el problema; esto sucedió hasta el año 451 a. C. cuando se decide enviar a tres senadores a Atenas para estudiar las leyes de Solón, y al regreso de esta comitiva, se nombró a diez magistrados denominados decenviros quienes elaboraron las diez primeras tablas y las expusieron al público en el Foro Romano. Al año siguiente se añaden dos más, por lo que hasta el año 450 a. C. se termina de elaborar la Ley de las Doce Tablas.

Como conclusión, podemos advertir que desde la fundación de Roma, hasta la aparición de la Ley de las Doce Tablas, esto es en el transcurso de aproximadamente trescientos años, Roma tuvo como origen y principal fuente de su Derecho, a la Costumbre.

## **2.3 ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE**

Los elementos que conforman la costumbre son diversos pero podemos resumirlos en dos grupos: los que conformarían el elemento interno y los que pertenecen al elemento externo.

### 2.3.1 Elemento Interno

Al Elemento Interno también se le considera elemento psicológico o subjetivo, esto es, aquella exigencia u obligación de la ejecución de un acto, la llamada *opinio iuris*, la convicción jurídica para realizarlo, pues la sola repetición de un acto no constituye suficiente mérito para catalogarlo como costumbre. Aquí es

donde radica la importancia del elemento psicológico, por definir el ciclo de creación y de derogación de una determinada costumbre jurídica, ciclo que obedece a las diferentes y constantemente cambiantes necesidades de la sociedad.

El elemento interno está ubicado dentro de lo que se aprecia como sentimiento jurídico de las sociedades, un sentimiento de justicia y equidad, la necesidad de una distribución equilibrada de derechos y deberes, sentimiento del cual se plasma posteriormente en reglas y normas de derecho positivo.

Si este elemento es acatado en uniformidad por la mayoría de los miembros de una sociedad, le garantiza a esa costumbre una duración considerable, le proporciona seguridad en su aplicación y la adecuada vigencia temporal e ideológica, pero, si por ejemplo se presenta una corriente modificadora que impulsa sea o no con justificados argumentos un cambio en esa costumbre, aquellos argumentos ideológicos, la convicción que haga prevalecer esa nueva opinión iuris sobre la actual será determinante para dar paso a la ejecución incluso de reformas legales.

En definitiva, el elemento interno es la diferencia específica de la costumbre jurídica respecto de todos los usos y costumbres no jurídicos.

### 2.3.2 Elemento Externo

Este elemento, también conocido como material u objetivo, consiste en la repetición de determinada conducta de manera duradera. Su ejecución puede ser frecuente o a intervalos: frecuente cuando por ejemplo se tiene que transitar de manera cotidiana por un sendero para consolidar una servidumbre, y a intervalos cuando se trata de la extracción de madera de un bosque, pero en definitiva es requisito esencial que se repita cada vez que se presente la necesidad de hacerlo.

Cabe indicar que la Escuela Histórica efectuó una distinción entre el derecho consuetudinario y la repetición de ciertas conductas, considerando por lo tanto que la repetición es sólo el medio externo para manifestar la opinión iuris, esto es,

el elemento interno, esa obligatoriedad de realizar un acto. Por lo tanto la repetición sola no basta a pesar de ser un elemento específico.

Eduardo Lambert en lo que se ha denominado la “teoría romano-canónica de la costumbre” nos dice que la repetición es el elemento objetivo mientras que la obligatoriedad es el elemento subjetivo de la costumbre.<sup>(8)</sup>

Autores franceses como Gény, Fourcade o Baudry-Lacantinerie consideran que la costumbre trae como consecuencia tres condiciones esenciales:

1ra.) Un elemento material largo y constante, que a su vez, debe contener tres requisitos: a) Formación espontánea; b) Práctica regular y constante y; c) Duración más o menos larga.

2da.) Un elemento psicológico, esto es, la convicción del carácter jurídicamente obligatorio de su uso.

3ra.) La costumbre no debe ser contraria a los principios fundamentales de la organización política o económica del lugar.

Enrique Coello García comparte la idea de clasificar a los elementos de la costumbre en interno y externo, pero también nos habla de una necesaria Generalidad, Constancia y Uniformidad de éstos.

Al referirse a la generalidad, considera que para que determinados actos puedan ser considerados como costumbre, es necesario que sean realizados por la mayoría de los integrantes del grupo o núcleo social. Las disidencias no menoscaban la generalidad, si ellas se toman como valoraciones de una conducta minoritaria o se catalogan como insignificantes excepciones.

Al hablar de la constancia, explica que la repetición del acto se considera constante cuando, concurriendo las mismas circunstancias, produce una serie de actos uniformes. Si la cadena se interrumpe por un período más o menos largo, los actos no pueden dar nacimiento a la costumbre jurídica porque ésta repugna a los intervalos apreciables. En lo que se refiere al número de actos y a la

extensión del tiempo en que la repetición se produzca, éstos son puntos de naturaleza relativa. Si las circunstancias capaces de originar la costumbre se presentan de tarde en tarde, se precisará de prácticas por un mayor espacio de tiempo y de un mayor número de actos para constituir la norma. En cambio, si las circunstancias se presentan con gran frecuencia, se necesitará de un tiempo menor.

Finalmente, para el autor, la uniformidad es la repetición reiterada de actos que traducen el acatamiento a un mismo principio o regla. Los actos pueden o no ser materialmente iguales. Lo que cuenta es la igualdad en su significado.

## **2.4 CLASES DE COSTUMBRE**

La costumbre puede ser clasificada de acuerdo a la relación que tenga con la ley (enumeración clásica). También se la puede clasificar tomando en consideración otros criterios, como lo plantea el Doctor Hernán Coello en su libro Epítome del Título Preliminar del Código Civil, así tenemos:

**a)** De acuerdo a la relación que tenga la costumbre con la ley, tenemos:

Costumbre según la ley, (*secundum legem*) si es la ley la que le reconoce vigencia, realizando la costumbre una constante aplicación de la norma legal sin contradecirla y ajustándose a ella, otorgando por lo tanto superioridad a la ley frente al Derecho consuetudinario.

Por ejemplo, cuando nuestro Código Civil, en el Artículo 2021, que se refiere al mandato indica que la remuneración para el mandatario se determinará por la convención de las partes, por la ley, la costumbre o el juez.

Costumbre fuera de la ley, (*extra legem o praeter legem*) si se refiere a conductas que no se hallan normadas por la ley, y que en determinados casos se recurre de forma expresa a la costumbre para regular una materia específica, y en ocasiones corrige errores o deficiencias de una norma legal; prevé aquello que no es previsto por la ley.

El Código de Comercio nos da un ejemplo en el Art.4, al expresar que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley.

Costumbre contra la ley, (*contra legem*) si llega a introducir una conducta contraria a la norma vigente, al extremo de incidir en su ineficacia, suprimiéndola a veces de hecho e, incluso, cuando el legislador acepte este criterio de derecho.

Como ejemplo de costumbre contra ley se puede citar a la homosexualidad, que, en el pasado fue considerada como delito dentro de nuestro código penal, pero en determinado momento, cuando la sociedad dejó de condenar aquella conducta, y, aunque no la compartía se propuso respetar la misma, por lo que se vio la necesidad de despenalizarla.

**b)** De acuerdo a la rama del Derecho a que corresponda, la costumbre será civil, mercantil, laboral, internacional, etc.

Dentro de cada una de estas ramas la costumbre tiene distinto grado de jerarquía y aplicación, pues la costumbre, en el Derecho Civil, está limitada y subordinada a la norma escrita, mientras que en el Derecho mercantil y en el Derecho Internacional público es la principal fuente aplicada; pero cabe indicar que dentro del Derecho penal la costumbre no tiene cabida debido al principio de legalidad, el cual, al establecer que no existe delito ni pena sin una ley que así lo establezca la hace completamente inaplicable por lo que no se puede hablar de una costumbre penal.

Por su parte García Máynez enumera tres clases de Derecho consuetudinario: el delegante, el delegado y el derogatorio.

“El delegante, se presenta cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a una determinada instancia para crear Derecho; aquí se estaría refiriendo a la costumbre fuera de la ley.

El delegado, es el que se halla subordinado al Derecho escrito, se da cuando la ley se remite a la costumbre para aclarar determinadas controversias, no puede ser contrario a los mandatos de una norma; en este caso estamos frente a lo que sería la costumbre según la ley.

El Derecho consuetudinario derogatorio establece que la costumbre pueda desenvolverse en sentido contrario a la ley; lo que se puede identificar con la costumbre contra la ley.”<sup>(9)</sup>

Iribarren presenta una clasificación que se asimila mucho con las anteriores pero utiliza una peculiar terminología al hablar de:

Costumbre derogatoria, aquella que reacciona contra la nueva norma; se trataría de la costumbre contra ley.

Costumbre introductiva, aquella que se adelanta al legislador supliendo su actividad, y,

Costumbre confirmatoria, aquella que habiéndose formado separadamente, al mismo tiempo que el legislador confecciona la regla, la confirma.

El diccionario Jurídico Cabanellas propone una clasificación de la costumbre por el espacio en que se desarrolla y tenemos así que la costumbre puede ser:

General, cuando es observada en todo el territorio de una nación o Estado,

Se puede mencionar como ejemplo de costumbre general el caso del registro y matrícula de los profesionales del Derecho en los respectivos Colegios de Abogados del país.

Local, denominada también particular, se refiere sólo a un distrito o parte de un territorio, éste ofrece graves inconvenientes, pues la multiplicidad de costumbres, de contar con el carácter de fuente del Derecho y de normas de general observancia, provoca innumerables litigios y graves dudas en su aplicación.

Aquí podemos citar como un claro ejemplo la práctica por parte de ciertas comunidades que emplean como método de sanción a delitos cometidos por sus miembros, castigos que incluyen azote con látigo, ortigamiento, baño en agua fría, llegando en algunas ocasiones a causar la muerte, y que es realizado en presencia de toda la comunidad, obviamente son sanciones no contempladas en

nuestra legislación penal estatal, constituyéndose así en la llamada Justicia Indígena.

Se puede acotar que dentro del Derecho Internacional Público, por propósitos de un correcto estudio de la costumbre como fuente de esta rama, doctrinariamente se ha planteado la existencia de costumbres Universales, Particulares y Bilaterales, esta clasificación se encuentra debidamente explicada en el capítulo tercero. (Véase Cap. III. N. 3.1.7).

## **2.5 CARÁCTER JURÍDICO DE LA COSTUMBRE**

Para esclarecer cuál es la condición que le da la característica de juridicidad a una costumbre determinada, podemos empezar haciendo la distinción de ésta con otros términos muy cercanos a ella que se suelen tomar como sinónimos, aunque ello da lugar a complicaciones para su comprensión. Estos términos son: hábito y uso.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua:

Hábito: “Modo especial de proceder o conducirse, adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas”.

Uso: “Forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que esta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas”.

Juan Antonio Iribarren en su obra Historia General del Derecho, explica que la costumbre constituye la uniformidad de reglas que rigen situaciones análogas, y añade: que algunos creen que la costumbre es el último peldaño de una escala formada de la siguiente manera: Hábito, uso y costumbre.

El Hábito es la repetición de actos individuales; el Uso, la repetición de actos colectivos sin sanción externa, y la Costumbre, la repetición de actos colectivos con sanción externa.

Quienes aplican la teoría de esta escala, sostienen que los hábitos se generalizan por la imitación y forman los usos, de donde el uso no es otra cosa que la generalización del hábito: El uso es repetición de actos colectivos sin sanción externa (pueden tener sanción moral) y de aquí, por medio de la evolución, se llega a la costumbre, cuando estos actos obtienen sanción externa.

El Doctor Hernán Coello, en el libro Epítome del Título Preliminar del Código Civil (1995), indica que la costumbre es diferente de los usos y de los hábitos, pues la costumbre tiene necesariamente un contenido jurídico, y los usos y hábitos pueden referirse a las condiciones mas variadas, pero jamás serán comportamientos con contenido jurídico. El contenido jurídico, característico de la costumbre, es comprobable cuando el incumplimiento de determinado acto que congrege los elementos interno y externo (analizados en este mismo capítulo) recibe una sanción tangible y aplicable, pues lo que distingue a lo Jurídico de lo Moral es precisamente su capacidad de coacción.

El Doctor Enrique Coello García, en su obra Derecho Civil, habla de la obediencia a un imperativo jurídico y que este requisito significa que las personas que realicen los actos han de estar impulsados por la convicción de obedecer a una necesidad jurídica, precisamente por la urgencia de esa norma de Derecho y no por una simple voluntad espontánea. No se trata de repetir por repetir, sino de la creencia de obedecer a un imperativo de justicia, que permita solucionar equitativamente un conflicto de intereses, lo que caracteriza a este requisito.

## **2.6 LA COSTUMBRE Y SU JERARQUÍA DENTRO DE LAS FUENTES DEL DERECHO**

La jerarquía de la costumbre, esto es, el lugar que ocupa dentro de las fuentes del derecho va a variar de acuerdo a la fuente que nos remitamos, porque como se observó en el primer capítulo existen varios criterios al momento de establecer una noción de fuente, y por ello diversos tipos de clasificación.

Para establecer su jerarquía nos vamos a referir sólo a algunas de las clasificaciones de fuentes del Derecho.

**A)** Dentro de las fuentes formales del Derecho, o, dicho de otra manera, los modos en cómo se manifiesta el derecho, de acuerdo con el criterio de clasificación del autor Benigno Mantilla Pineda, la costumbre ocupa el primer lugar, pues es el modo originario en que el Derecho se manifestó en el mundo; gozó de mucha importancia en los pueblos primitivos y persiste, aunque ya no con la misma fuerza, en la actualidad, siendo el único referente de que conserva un enorme alcance, el modelo de Derecho anglosajón.

Giorgio del Vecchio hace la siguiente mención. “En las épocas primitivas, estando el individuo dominado casi enteramente por el ambiente histórico, no concibe la posibilidad de separarse de las prácticas tradicionales de sus mayores. Lo que siempre ha sido hecho, se identifica en su mente, con la idea de lo que debe hacerse. A confirmar el predominio de la costumbre cooperan sobre todo, dos motivos psicológicos: la imitación y el hábito. El primero se explica porque cuesta menos esfuerzo y es más cómodo hacer lo que siempre se ha visto que hacen los demás; el segundo significa que es más fácil hacer lo que ya se ha hecho otra vez. Otro coeficiente de la fuerza obligatoria de la costumbre estriba en la autoridad de los jefes, reforzada por las creencias religiosas y en particular por la fe en la supervivencia de los jefes difuntos. Estos son concebidos en las edades primitivas, como capaces todavía de castigar y de vengarse.”<sup>(10)</sup>

**B)** Dentro de las fuentes materiales del derecho, que, como observamos, son esos factores o elementos determinantes del contenido de las normas, que se manifiestan a través de las necesidades de la sociedad, (sean económicas, sociales, políticas, de justicia, seguridad, etc.), y que deben ser resueltas por los legisladores o por los jueces, podemos expresar que la costumbre es quizá el medio más obvio de manifestación de esas necesidades y el modo en que se refleja de manera evidente el cambio de percepción que la sociedad tenga de ellas.

**C)** La costumbre dentro de las fuentes productoras del Derecho, según la clasificación que presenta el Doctor Hernán Coello G. y para quien son las diversas formas por las que se han formulado las reglas jurídicas que rigen actualmente, se encuentra ocupando el segundo lugar sólo a continuación de la ley, lo cual es lógico, pues, al tratarse de sistemas jurídicos de Derecho escrito,

la ley es la máxima referencia para la producción de las normas jurídicas que se encuentran vigentes. A pesar de ser la ley la fuente principal al momento de producir derecho, es ella misma la que permite al legislador remitirse a la costumbre subsidiariamente, al momento de crear Derecho, y como los sistemas del mencionado Derecho escrito no son del todo completos y presentan vacíos, lagunas y oscuridades, la costumbre desarrolla un papel primordial porque su evolución no se ve interrumpida por esquemas codificados que por la falta de preocupación y dificultad en procesos reformativos, producen ineficacia en estructuras legales escritas.

## **2.7 SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS Y LA COSTUMBRE**

Existen en el mundo diversos sistemas jurídicos, conocidos también como familias del Derecho; dentro de cada uno de ellos, la costumbre juega un distinto papel, y éstos le otorgan un nivel de importancia diferente, dependiendo del tipo de derecho que se trate y, de los cuales, analizaremos los siguientes:

### **2.7.1 Derecho Anglosajón**

El *Common law* o Derecho consuetudinario, es el conjunto de normas y reglas de carácter jurídico no escritas, pero que tienen carácter obligatorio en un inicio por la costumbre pero también por la jurisprudencia, y que son fundamento obligatorio del Derecho de los países anglosajones. Es un sistema legal que está en vigencia en Inglaterra, Canadá y Estados Unidos.<sup>(11)</sup>

El *Common law* se basa en el principio de que los procesos se resuelven considerando sentencias judiciales previas y no solamente obedeciendo al tenor de las leyes escritas, enfocándose además en las circunstancias particulares del caso para dictar sentencia.

El precedente es la agrupación de reglas generales que se obtienen de diferentes sentencias judiciales que han emanado fallos similares y sirven para guiar al juez al momento de resolver casos análogos, pero al tener cada caso características propias, el juez tiene la libertad de discrepar con el principio de

aquel precedente y establecer una nueva regla que podrá convertirse también en precedente si posteriormente es aplicada por otro juez.

Aquí se puede anotar que debido a la aplicación del precedente y como plantea Mantilla Pineda “El derecho anglosajón se reputa obra de los jueces según el postulado *Judge made law* y los códigos dentro de éste sistema brillan por su ausencia y su lugar es ocupado por los *records* o archivos especiales y por los *reports* o libros de sentencias significativas.”<sup>(12)</sup>

Es importante plasmar la diferenciación que realiza el Doctor Galo Galarza, quien indica que junto al *Common Law* (aplicado en Inglaterra) se desarrolla otro conjunto de normas, relacionadas con la actividad del Canciller, con las cuales se forma un nuevo sistema: la *Equity* (equidad), que se rige por un procedimiento distinto al de *Common Law*. Cada uno tiene un procedimiento diferente y a pesar de haber sido unificados en un solo tribunal, aplican medios y técnicas diferentes. Además en el derecho inglés se dictan leyes por parte del Parlamento denominadas *Statutes*; pero el *Statute Law* o derecho contenido en las leyes, es en principio un derecho excepcional, que debe aplicarse restrictivamente y sirve para modificar puntos concretos del derecho tradicional inglés, porque en lo fundamental el derecho inglés hecho por los jueces, no emana del órgano legislativo sino de los tribunales judiciales, y en principio la decisión de un juez vincula a los demás jueces que deben *stare decidis*, esto es, ser fieles a lo que haya decidido otra sentencia.

Puede deducirse, por lo tanto, que la costumbre en este sistema jurídico, tiene una notable participación y gran importancia, pues, al poder el juez tomar en consideración los cambios sociales o tecnológicos a los que estamos sujetos y que en la actualidad demuestran una rápida evolución en éstos y al no tener que remitirse a un precepto establecido, que en la mayoría de los casos no está adaptado a una realidad cambiante, le permite emitir una sentencia más justa y satisfactoria.

En definitiva en el Derecho anglosajón las reglas incluidas en las leyes son consideradas como normas de excepción en aquellos aspectos en los que el legislador ha planteado leyes específicas y la regla general es la aplicación del

*Common law*, por lo que los tribunales deben emplear la interpretación restrictiva de las leyes, esto es que no deben proyectar los principios de las leyes más allá de lo que expresamente abarcan las mismas y es de uso común que la aplicación de las leyes deba estar subordinada a lo que los tribunales entienden como precedente.

### **2.7.2 Derecho Islámico**

El derecho islámico se desarrolla a través de la ley islámica o *Sharia* misma que establece los objetivos morales de la sociedad. En la sociedad islámica el término Derecho abarca aspectos tanto morales como legales, por ello no puede ser manifestado en su totalidad como norma legal ni ser impuesto por los tribunales.<sup>(13)</sup>

El Derecho islámico está fuertemente influenciado por el Corán, manifestándose este influjo a través de procesos judiciales rigurosos, en el que los juristas musulmanes aparte de cumplir con funciones de carácter legal debían sincronizar dichas funciones con los principios de la religión, situación que en muchos casos no permitía una clara y uniforme aplicación de la ley, lo que tornaba a la aplicación de la misma en una aspiración. En los estados musulmanes modernos se observa una apertura y adopción de sistemas legales occidentales tendiendo a codificar y crear preceptos que si bien pueden resultar novedosos en un inicio, resultan factibles en su aplicación pues no se oponen a los principios del Derecho islámico.

La interpretación de la ley islámica tiene por su parte algunas diferencias en cuanto su aplicación por parte de el pueblo chiíta que representa el 10% del mundo islámico y los suníes quiénes representarían en su mayoría el resto de éste. Las diferencias hacen alusión a leyes relacionadas con los derechos de las mujeres y al derecho sucesorio, y, se puede observar por ejemplo que los suníes tienen más apertura y en pueblos como Turquía brindan más libertad al permitir que las mujeres no lleven el tradicional velo; pero se presenta también el caso de los imaníes (chiitas) quiénes aceptan como válido el matrimonio temporal llamado *muta*, situación que es rechazada por los suníes.

Los chiitas a pesar de ser una minoría dentro del pueblo islámico son quienes practican el islam de una manera más rígida pues consideran su manera de ejercerlo como la más pura representación de la religión original de Mahoma, en este caso es notable por ejemplo que en países como Irán está prohibido que las mujeres se quiten el velo y su uso es un imperativo.

A pesar de esta evolución codificadora en la ley islámica se puede observar una fuerte presencia e influencia de la costumbre, pues el aspecto religioso que la reviste está cargado de tradiciones y creencias milenarias que van más allá de lo legal y que el pueblo insiste en perpetuar inculcando y ejerciendo de manera estricta aquellos principios fundamentales del islamismo.

### **2.7.3 Derechos de África y Madagascar**

La autora mexicana Marta Morineau en su artículo el Derecho Comparado, recoge el análisis que René David y Camille Jauffret-Spinozi hacen de los sistemas jurídicos de países del sur de África y de la isla Madagascar mostrando que dichos sistemas tienen una base consuetudinaria, en la que precisamente, la costumbre está vinculada con la concepción mítica del universo.

En el siglo XIX, estos territorios fueron colonizados por europeos principalmente franceses, españoles, portugueses, belgas e ingleses, por lo que las modificaciones que se presentaron en lo relativo al sistema de derecho fueron diferentes de acuerdo precisamente al sistema jurídico al que pertenecía cada país colonizador.

Por una parte franceses, españoles, portugueses y belgas, pertenecientes a la familia romanista del derecho -indican los autores David y Jauffret-Spinozi-, aplicaron una política de asimilación basada en dos postulados contradictorios, el primero consideraba que todos los seres humanos tienen igual valor, pero a continuación el segundo establecía la superioridad de la civilización europea.

Al concluir la etapa colonial los franceses a través de su Constitución promulgada en 1946, concedió la ciudadanía a los nativos, permitiéndoles

conservar sus costumbres propias en cuanto a su régimen personal pero bajo la administración directa de los franceses.

Por su parte los ingleses, pertenecientes al sistema del *Common Law*, establecieron la llamada “*indirect rule*” o administración indirecta, que permitió que el gobierno se ejerza por los propios habitantes de acuerdo a sus costumbres, pero bajo el control de los británicos.<sup>(14)</sup>

Posteriormente los países africanos se independizaron de las colonias europeas, pero, adoptaron el sistema jurídico de los países que los colonizaron, así los países que fueron colonizados por los franceses, españoles, portugueses y belgas, aplican el sistema romanista, mientras que, aquellos que lo fueron por los ingleses aplican el sistema de derecho Anglosajón.

Actualmente, en Madagascar, (que fuera colonia francesa) se aplica el sistema jurídico francés, que se ejerce a través de un Tribunal Supremo, un tribunal de Apelación, tribunales de primera instancia y tribunales especiales de lo económico y penal.

#### **2.7.4 Derecho Asiático**

Dentro de este punto cabe aclarar que nos referiremos exclusivamente a los sistemas jurídicos de China y Japón.

Citaremos nuevamente a Marta Morineau quien expone, que el Derecho en China no recibió ninguna influencia extranjera hasta el siglo XIX y que su base concebía un orden cósmico con interrelación del cielo la tierra y los seres humanos y de acuerdo a la doctrina de Confucio consideraban como célula social básica a la familia que constituía como autoridad al Padre.

El equilibrio para su sistema dependía de la relación armónica de los individuos y de una forma conciliadora de resolver conflictos. Morineau añade que históricamente los chinos desconfiaron del derecho, y que las leyes no fueron la manera normal de regular las relaciones intersubjetivas de los miembros de su sociedad y solamente se las consideraba útiles al momento de promover una

conducta considerada valiosa o también para desalentar la que no fuera considerada así.

Los organismos públicos incluyendo el Estado siguieron este modelo de organización familiar, y los miembros de la colectividad se desenvolvían según las tradiciones y ceremonias que su comunidad establecía de acuerdo a su estrato social, y, la observancia de estos actos determinados por la costumbre, reemplazaba la aplicación de la ley.

En el siglo III a.C., emergió la Escuela de los legistas, que pregonaban la tesis de una sociedad regida por la ley y el establecimiento de leyes permanentes a las que se sometieran los ciudadanos y sean administradas por el Gobernante; esta escuela tuvo un corto influjo, pues en el año 206 a.C. se aplicó nuevamente la doctrina de Confucio gracias a la llegada de la Dinastía Han.

Antes de instaurarse el comunismo en China se cumplió con las aspiraciones de la Escuela de los legistas, pues entre los años 1929 y 1932, se expidió codificación relativa a las áreas de lo civil mercantil y derecho agrario.

El derecho en Japón, indica Morineau, solamente recibió influencia de China; pero desde el año 646 ya contaban con compilaciones jurídicas, y, posteriormente en 1185 se implantó un feudalismo militar en el que sobrevivió la figura del emperador pero sólo por la importancia de sus funciones de preservar las costumbres religiosas que regían el desenvolvimiento de la sociedad japonesa, e influían sobre todos los demás aspectos, incluso el aspecto normativo. En 1861, el Estado feudal fue reemplazado por un régimen democrático, aproximándolo así a los sistemas occidentales de índole romano canónica y entre 1882 y 1899 acogiendo el modelo francés, se promulgaron leyes referentes a lo penal, civil, internacional privado, comercio y dentro de este período en 1889 la Constitución.

A partir de 1945, después de la II Guerra Mundial, debido a la influencia norteamericana se produjeron innovaciones y para 1946 ya contaban con una nueva Constitución que presentaba en su contenido la garantía a los derechos fundamentales de las personas, y establecía la división de poderes reconociendo

la supremacía e independencia del poder judicial conformado por una Corte Suprema que controla la constitucionalidad de las leyes (como en Estados Unidos), tribunales de derecho común y tribunales de distrito.

### **2.7.5 Derecho Hindú**

El estudio del Derecho hindú también se ha contemplado por parte de los autores René David y Camille Jauffret–Spinosi, esto, dentro del grupo de sistemas jurídicos que consideran tienen el carácter de derechos tradicionales.

El derecho hindú rige no solamente en la India, pues otros países asiáticos y algunos países africanos que han adoptado al hinduismo como religión lo aplican, y como lo indica Morineau, el hinduismo más que religión o dogma se puede considerar como una concepción del mundo y el modo en que los hombres deben comportarse, sus preceptos ejercen en su mayoría el papel que en otras sociedades es asumido por normas jurídicas de derecho positivo.

Doctrinarios franceses dividen el estudio del derecho hindú de acuerdo a las etapas históricas por las que éste ha atravesado, así tenemos:

El Derecho Tradicional: Abarca el estudio de los *Sastras* que son libros que recopilan reglas, estos libros se dividen en tres grupos; el primero se refiere a normas morales, el segundo contiene normas políticas que rigen el gobierno (libros aplicados de manera diferenciada de acuerdo al estrato social al que pertenezca el individuo) y el tercero que se aplica a todos por igual recoge reglas para alcanzar una vida larga y placentera.

El derecho tradicional se ejerce con la asistencia de la costumbre, la ley y la jurisprudencia.

El Derecho Moderno: La influencia que ejerció Inglaterra debido a la colonización que estableciera en la India, da como resultado que su sistema jurídico se imponga y el derecho moderno en la India pertenezca a la familia del *Common Law* aunque con ciertas peculiaridades, pues aspectos relativos a la tenencia de tierras difieren del sistema anglosajón.

Cuando la India se independizó elaboró su propia Constitución, la que mantuvo el sistema anterior, esto es, el anglosajón, pero además logró la abolición del sistema de castas; posteriormente, se promulgaron leyes que modernizaron este sistema, introduciendo reformas como la supresión de la poligamia, la aparición de la figura del divorcio. A través del *Hindú Marriage Act*, por fin, se necesitaba la voluntad de la mujer para contraer matrimonio. <sup>(15)</sup>

Actualmente el poder judicial en la India se ejerce por medio de un sistema de tribunales nacionales que son nombrados por el poder ejecutivo que incluye al Tribunal Supremo, altos tribunales y a tribunales dependientes en cada Estado.

Se puede concluir indicando que este derecho autóctono de la India rige en el ámbito del fuero personal, pues, en el derecho público se aplican las normas jurídicas que se establecieron debido a la colonización por parte de los ingleses.

## **2.8 CONCLUSIONES**

Este Capítulo ha enfocado específicamente el análisis de la Costumbre como Fuente del Derecho, iniciando por plasmar los diversos conceptos que de ella se han vertido, empezando por el significado elemental que de ella se obtiene en un diccionario de uso común de nuestro idioma, para avanzar a los brindados por parte de los especialistas. Se ha tratado también el punto relativo a sus orígenes, procurando esclarecer de alguna manera en qué momento y las razones que motivaron su conformación, entendiendo que fue una de las primeras formas en que el hombre pudo manifestar su necesidad de sujetarse a conductas mucho más homogéneas para poder llevar una convivencia y una relación más proporcionada con sus semejantes. Establecer cuáles son sus elementos constitutivos, ha sido un aspecto a tratar dentro de su análisis así como presentar las clasificaciones que de ella se puedan admitir de acuerdo a aspectos básicos como por ejemplo, la que resulta de aquella relación que en sistemas como el nuestro tiene con la ley. La determinación de su carácter jurídico, ayudó a diferenciar a la costumbre jurídica de cualquier otra manifestación de conducta que pretenda revestirse de esta calidad. También se analizó el lugar que ocupa dentro de las fuentes del derecho, esto, dentro de las diferentes clasificaciones de las mismas; y, por último se puso en evidencia su influencia dentro de algunos sistemas jurídicos extranjeros,

empezando por el derecho anglosajón identificado como un derecho consuetudinario, el derecho islámico y su marcada influencia de la religión musulmana, también se mencionó a la costumbre como valioso elemento de su sistema legal. Se mencionó los Derechos de África y Madagascar, seguido del análisis del derecho Asiático, abarcando exclusivamente los derechos de China y Japón, para por último conocer que las ancestrales costumbres de este derecho tienen vigencia a través de las normas que rigen exclusivamente el fuero personal de los individuos.

## Citas

1. Abrens, Citado por Galo Galarza P. Justicia Indígena. p. 75.
2. "Costumbre."Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.
3. Arturo Alessandri y Manuel Somarriva. Curso de Derecho Civil, p.163.
4. Juan Antonio Iribarren. Historia General del Derecho. p. 28.
5. Alfredo Pérez Guerrero. Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano, p.61.
6. Camilieri, Carmel, Citado por Claudio Malo G. Arte y Cultura Popular. p. 48.
7. "Ley de las Doce Tablas" Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.
8. Lambert, Eduardo. Citado Mantilla Pineda. Filosofía del Derecho. p. 193.
9. García Máynez, Citado por Enrique Coello. Fuentes del derecho civil. p.301, 302.
10. Del Vecchio, Giorgio. Citado por Mantilla Pineda. Ob. Citada. p. 194
11. "Common Law" Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.
12. Mantilla Pineda, Benigno. Filosofía del Derecho. p. 202.
13. "Islamismo" Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.
14. David, René y Jauffret-Spinozi Camille. Citados por Marta Morineau. El Derecho Comparado. Artículo de internet. p. xxxv.
15. Morineau, Marta, El Derecho Comparado. Artículo de internet. p. xxxii.

Información detallada de la bibliografía, página 87.

## **CAPÍTULO III: LA COSTUMBRE EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO**

### **Introducción**

Nuestro País, como lo establece la Constitución de la República en su primer artículo, es un Estado constitucional de derechos y justicia; la adopción de esta calidad, se debe a que el Ecuador acogió la exigencia que consta en el tercer considerando de la Declaración de los Derechos Humanos efectuada en 1948, que plantea: “Es esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre, no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.<sup>(1)</sup>

El Estado de Derecho como lo explica el Doctor Hernán Coello G. permite la eficacia del ejercicio de un régimen, en el que tanto gobernantes como gobernados consiguiesen vivir dentro de un sistema jurídico obligatorio para todos, en el que la norma jurídica ofrezca a todos los miembros de la sociedad, una seguridad tanto teórica como práctica para resolver la necesidad decisiva de los hombres, de saber a qué remitirse al momento de relacionarse con sus semejantes.

Las normas jurídicas de derecho escrito, a más de ser lógica consecuencia de la instauración del estado de derecho, y de proporcionar seguridad jurídica a la sociedad, garantizan su cumplimiento a través de la coercitividad que implica la vigencia de sus disposiciones.

El sistema jurídico ecuatoriano, como ya se ha afirmado, pertenece a la familia Romanista-Germánica del Derecho, que se plasma en un derecho necesariamente escrito, y presenta una división de sus ramas, las mismas que pueden integrarse a la división de derecho Público, al derecho Privado o al derecho Social.

Entonces, parecería que al referirnos en los párrafos anteriores acerca de conceptos como Estado de Derecho, o al reconocer que al hablar de la familia romanista del derecho equivale a hablar de un derecho escrito, la costumbre

jurídica tendría un papel intrascendente dentro del ordenamiento vigente. Podemos comprobar que la costumbre se encuentra presente como fuente que guía, nutre e incluso sustituye la ausencia de disposiciones escritas dentro de las diversas ramas del derecho que se aplican cotidianamente, y que a pesar que su grado de aplicación pueda ser secundario, no por ello la importancia de su presencia puede dejar de reconocerse por parte de quienes estudian, necesitan, ejercen o aplican las Ciencias Jurídicas.

Si bien es cierto, la ley es en nuestro sistema, la principal fuente productora del derecho, y con toda la razón, nuestras leyes y códigos son la muestra de la actividad legislativa que se ha ejercido con los aciertos y falencias que dicho ejercicio ha conllevado, se debe reconocer que la costumbre en cualquiera de sus modos de manifestarse, según, fuera o en contra de la ley convive con esta última. Y lo puede hacer a nivel nacional o local dependiendo de su alcance territorial, y es la fuente que más estrechamente se encuentra influyendo tanto a la fuente principal como al sistema jurídico en conjunto, pues su emanación espontánea en la sociedad y su difusión no contemplan barreras legales, tal vez sólo subjetivas para su injerencia en el ordenamiento vigente.

### **3.1 LA COSTUMBRE Y SU APLICACIÓN EN LAS DIFERENTES RAMAS DEL DERECHO**

El grado de aplicación que la costumbre tiene dentro de las diferentes ramas del derecho en nuestro sistema jurídico, es diferente, dependiendo la rama que se analice, pues, en algunas se observa que su aplicación es prioritaria, es una fuente principal; en otras, es utilizada como fuente subsidiaria, con el asentimiento de la propia ley y, por último, en ramas como el derecho penal no se la contempla como tal, aunque en nuestro régimen penal, como se podrá observar, existe una particular forma de administración de justicia que se ha constituido por la aplicación de normas netamente consuetudinarias, se trata de la así denominada Justicia Indígena.

A continuación se analiza la influencia que la costumbre tiene en distintas ramas de nuestro sistema jurídico, dentro de las cuales se encuentran aquellas que pertenecen al derecho público, como el derecho penal, el derecho constitucional,

el administrativo y el derecho internacional público; las que pertenecen al derecho privado como el derecho civil, el derecho mercantil y el derecho internacional privado; y se incluye a al derecho laboral el cual pertenece a la categoría del llamado derecho social o nuevo derecho.

### **3.1.1 En el Derecho Civil**

El derecho civil pertenece a la categoría de derecho Privado, pues, regula las relaciones jurídicas que se producen entre particulares y contempla la normativa que rige lo concerniente a la persona, la familia, los bienes, las sucesiones y los contratos.

El Código Civil ecuatoriano dentro del Título Preliminar a continuación de la definición que brinda de la ley, establece:

“**Art 2.-** “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.”

Del artículo transcrito se deduce automáticamente que la costumbre es una fuente secundaria dentro del Derecho Civil, y por ello, su aplicación se limita a situaciones en las que la ley de manera expresa permita se recurra a la aplicación de esta fuente.

El mismo Código Civil permite observar ejemplos en los que la costumbre se puede aplicar. Podemos, en este caso, hacer referencia al Artículo 1579, que, en su segundo inciso establece que, en los contratos, las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

Si bien es cierto, se encuentra establecido que cuando por disposición expresa, la ley se remite a la costumbre, es procedente su aplicación, e inmediatamente se presenta una cuestión, que es analizada por el Doctor Hernán Coello, quien plantea: “Si la costumbre es derecho, ¿deberá probarse ante los jueces?; ¿o será, como opinan autores como Guillermo Borda, que, como las normas jurídicas no requieren prueba, pues basta que se las alegue ante los jueces, están obligados a aplicarlas de oficio una vez que se han dado, la prueba de la costumbre es innecesaria?”<sup>(2)</sup>

El jurista, para procurar esclarecer este asunto, indica que es correcto recurrir a normas, como la que consta en el Artículo 1715 del Código Civil, la que dice que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquellas o ésta; y la consecuente norma de Procedimiento Civil contenida en el Artículo 117 que exige la prueba de las afirmaciones hechas en el juicio, pero no el derecho que, además se entiende conocido por todos, con arreglo al el Artículo 13 del Código Civil, que dispone que la ley obliga a todos los habitantes de la República. A pesar de la fuerza de estos argumentos, e independientemente del indudable contenido jurídico de la costumbre, si ésta no ha sido promulgada de ninguna manera como de acuerdo con el Artículo 5 del Código Civil, indica que la ley y en este caso la costumbre no obliga sino en virtud de su promulgación, por lo que mientras no se confirme su vigencia no sería atinado exigir al juez la aplicación de oficio.

Analizando específicamente un ejemplo que resulta muy útil para comprobar el interés por brindarle validez, vigencia y hasta cierto punto delimitar a una costumbre que se presentaba y presenta de manera cotidiana, y con mayor frecuencia se la observa en ciudades de la Costa ecuatoriana, esto es, el asunto relativo a las “uniones de hecho”, en 1982, se promulgó una ley que las regula y, en virtud de ella, con el cumplimiento de requisitos como, un tiempo mínimo de convivencia, esta unión da origen a una sociedad de bienes con todos los efectos legales que ello conlleva.

A pesar que existe y existía entonces la institución del matrimonio, esta tendencia de optar por una convivencia sin la intención de firmar un contrato, en efecto se produce, pero en nuestra legislación se consideró que la misma debía estar normada y no mantenerse como una costumbre, debido seguramente, a que se consideró una práctica que así lo ameritaba.

Así entonces, en el derecho Civil, en ciertos aspectos no basta que la ley se remita a la costumbre para que ésta constituya derecho, sino a criterio del legislador éstos deben ser específicamente regulados para que así pueda ser.

### 3.1.2 En el Derecho Mercantil

La costumbre en el derecho mercantil tiene mucha importancia, pues si bien esta rama, que pertenece también a la categoría de derecho Privado, cuenta en nuestro país con la legislación correspondiente a través del Código de Comercio; debido a la naturaleza de las relaciones mercantiles, como lo diría Giorgio Del Vecchio, esa misma legislación le da una esfera de acción muy amplia a la costumbre dentro de estas relaciones.

La legislación mercantil se encarga de encauzar dentro del campo legal a las relaciones de carácter comercial, inmediatamente se observa que dentro de sus primeros artículos el Código de Comercio determina quiénes son comerciantes; enumera a los actos de comercio y no demora en establecer el rol que la costumbre ejerce en el Derecho Mercantil.

El Código de Comercio ecuatoriano establece lo siguiente:

**Art 4.-** “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años”.

Efectivamente, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley. Pero tomando como referencia el análisis que del tema realiza Miguel Macías Hurtado, se puede advertir que la misma ley le impone requisitos para que se establezca como tal, pues los hechos que se deben efectuar, para que se consideren idóneos deben ser:

Uniformes: La uniformidad, es uno de los elementos básicos de la costumbre y según Macías Hurtado, su requerimiento expreso era innecesario; ésta hace referencia a que los actos en cuestión deben realizarse de la misma manera, por todos o la mayoría de los sujetos llamados a ejecutarlas, una y otra vez, su ejecución debe ser invariable en la manera y en el efecto que otorga su ejercicio. Este requisito es fácil de cumplir en el ámbito mercantil.

Públicos: Por regularmente ejecutados que sean los actos llamados a ejecutarse, no tendrán ninguna relevancia si no trascienden de la mera esfera privada, pues su accionar debe realizarse en el ámbito público, donde su constatación es

efectivamente perceptible por los individuos, las autoridades y los medios que le otorgan esa necesaria vigencia en el tiempo y el espacio.

El autor explica que los hechos deben ser conocidos por todos los hombres en el caso de una costumbre universal; por todo un país si se trata de una costumbre nacional y por los individuos que ejercen una rama particular del comercio cuando la costumbre es especial.

Generalmente ejecutados: La generalidad implica el conocimiento y además la consumación frecuente de determinado hecho por parte de la mayoría de sujetos que conforman un conglomerado, lo que proporciona validez a ese hecho.

Reiterados por más de diez años: En este punto la ley le impone un tiempo mínimo en el cual la costumbre debe practicarse para que se configure como tal y pueda suplir el silencio de la ley.

Estos elementos son copulativos y precisamente de esta interrelación se deja su apreciación al criterio del Tribunal que, también juzgará la concurrencia de los demás requisitos.

En el Derecho Mercantil, de acuerdo al citado autor, la costumbre cumple algunas funciones y, recogiendo el estudio que sobre el tema realiza Gabino Pinzón, establece que: En primer lugar, la costumbre realiza una función interpretativa, así por ejemplo el Código de Comercio colombiano indica que la costumbre está llamada a “determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, e interpretar los actos y convenciones mercantiles”. Para Macías Hurtado, es completamente aplicable el reconocerle esta función a la costumbre en nuestro país; la siguiente función es la de completar determinadas disposiciones de la ley que en la mayoría de ocasiones invocan a la costumbre de los comerciantes; otra de las funciones tal vez la más importante es la de llenar las lagunas de la ley como verdadera ley comercial.

En su obra, *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil* (1977), el mencionado jurista, examina también el tema relativo a la prueba de la costumbre mercantil y plantea que cuando ésta complementa o suple a la ley se debe considerar que, al momento de presentarse un problema práctico, debería resolverse atendiéndose

la tesis expuesta por el Doctor Juan Larrea Holguín quien indica que “consiste en un punto discutible el saber si en materias civiles la costumbre deberá probarse por quien la alega, o si por el contrario debe presumirse que es conocida por todos, puesto que se trata de un fenómeno social o público”<sup>(3)</sup>

La opinión transcrita considera, en definitiva, que si la costumbre es un fenómeno social, público y notorio, no requiere de prueba. Pero si está limitada su aplicación a un pequeño grupo de personas debe probarse. Los medios de prueba idóneos son directamente, la confesión y la declaración de testigos, e indirectamente, las presunciones; se señala también que en el caso que se presente la necesidad de probar una costumbre extranjera, la mayoría de autores, coinciden en la idea de que las normas extranjeras pueden ser objeto de prueba, pero, que en algunos países el juez tiene la atribución de investigarlas oficialmente, esto sin perjuicio de que el interesado pueda aportar con la respectiva prueba para poder asegurar la confirmación o establecimiento de su existencia.

### **3.1.3 En el Derecho Laboral**

El Derecho Laboral se encuentra dentro de los denominados derechos de carácter social, pues dentro de sus principios fundamentales se encuentra el principio de protección del trabajador. Regula, tanto la figura del contrato individual de trabajo, que sistematiza la relación laboral trabajador-empleador; como la del contrato colectivo de trabajo, que lo hace respecto de las relaciones entre un grupo organizado de trabajadores con su empleador.

El Doctor Julio César Trujillo, en su libro Derecho del Trabajo (1973), analiza a la costumbre como fuente del derecho del trabajo, dentro de las fuentes que denomina supletorias, y presenta la siguiente explicación al respecto: Considera que, el Derecho del Trabajo tiene una conformación público-privada, pues frecuentemente se remite al Código Civil y al de Procedimiento Civil, para llenar vacíos legales y completar sus disposiciones, y, como se sabe éstas son leyes que regulan, relaciones de derecho privado la primera, y, la segunda, establece el respectivo procedimiento para ejecutar los derechos derivados de aquellas relaciones; y, como se puede comprobar el mismo Código del Trabajo

así lo dispone en el Artículo 7 cuando dice que, en todo lo que no estuviera expresamente prescrito en él, se aplicarán las normas del Código Civil y de Procedimiento Civil.

De lo anterior se deriva que los mencionados Códigos, tanto Civil como de Procedimiento Civil, son las fuentes supletorias más importantes del Derecho Laboral Ecuatoriano.

En el derecho del trabajo, como se advirtió, la siguiente fuente supletoria más importante y que es materia de este análisis, es definitivamente la costumbre, pues, el derecho laboral tal como lo explica el Doctor Trujillo, es un derecho que se encuentra en constante formación y transformación, y de la influencia y aplicación de la costumbre, provienen normas e instituciones jurídico-laborales, como por ejemplo las conquistas laborales, por lo que la costumbre llega a ser generadora de normas laborales, pues aquella reiteración de determinados actos con carácter jurídico, da como resultado el nacimiento de un derecho o principio de derechos, que suplen, en muchos casos la ausencia o el silencio de la ley o actúa cuando determinado asunto no ha sido previsto en un contrato de trabajo.

A continuación se plasman algunos ejemplos en los que la propia ley laboral exhorta a la aplicación de la costumbre.

El Art. 8 del Código del Trabajo claramente expresa que la remuneración puede determinarse, a falta de convenio, de ley o de pacto colectivo, por la costumbre.

El Artículo 39 del Código, dispone que para los casos de divergencia respecto de la cuantía de la remuneración entre empleador y trabajador, se deberán remitir a lo que establece la costumbre del lugar.

Otro ejemplo lo encontramos en el Artículo 22 del mismo código que indica que en los contratos tácitamente celebrados se tendrán por condiciones las determinadas en las leyes, pactos colectivos y, los usos y costumbres del lugar.

El Art. 331 del mismo código establece que el jornal puede ser fijado por la ley o la costumbre.

Así, citando un ejemplo práctico, si un empleador, por costumbre, además de cumplir con el pago de las respectivas remuneraciones determinadas por la ley y las bonificaciones adicionales a sus empleados, realiza el pago de una gratificación extra cada tres meses y lo ha venido haciendo por al rededor de veinte años, no se le permitirá la eliminación de ese pago, pues esa costumbre generó un derecho adquirido para los trabajadores y se ha constituido una conquista laboral.

Por último, el Doctor Trujillo, pone énfasis en indicar que la costumbre en materia laboral debe ser probada por quien la alega a su favor, pues, independientemente de la cuestión de considerarla un hecho o un derecho, el juez no está obligado a conocerla; ni conociéndola, a saber si el uso la ha derogado.

### **3.1.4 En el Derecho Penal**

El Derecho Penal, es considerado derecho público por antonomasia. Para Luis Jiménez de Asúa, la ley penal, “es hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y las sanciones. Mas la ley penal no es tan sólo la garantía para los que no delinquen; de ella dimanar pretensiones para el Estado y para los propios delincuentes. De la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar. En consecuencia: el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no esté en ella establecida para el correspondiente delito. Al mismo tiempo emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción”.<sup>(4)</sup>

Los aforismos *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* que se traducen en el principio de legalidad, recogido en el Artículo 2 del Código Penal, claramente expresa: “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida” lo que hace deducir imposible la aplicación de la

costumbre dentro de esta rama del derecho, pues el mencionado principio establece que no existe delito ni pena sin una ley previa que lo sancione.”

Aquí es válido recordar algunos conceptos que ayudarán al entendimiento de los principios aplicables al derecho penal que excluyen por completo a la costumbre como fuente de esta rama. Empezaremos por referirnos a los conceptos de Tipicidad y Antijuricidad; la primera de acuerdo a Francisco Muñoz Conde “es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” y el tipo “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”; la antijuricidad en cambio es “toda acción u omisión que infringe el ordenamiento jurídico”.<sup>(5)</sup>

De lo anterior, Muñoz Conde sintetiza que ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

Si bien es cierto, al tipificarse un delito, no se requiere una enumeración taxativa de todas las posibles conductas criminales para procurar la efectiva tutela de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Existen casos como los que se han presentado en el Ecuador, que son ejemplo de que conductas criminales con novedosas modalidades como las de *secuestro express*, o el caso de delitos informáticos en los que los denominados *hackers* o piratas electrónicos han sido capaces de vulnerar los procedimientos de seguridad de instituciones del sistema financiero a nivel mundial.

A través del internet con los adecuados conocimientos informáticos es posible conseguir la adulteración de documentos de entidades públicas o privadas que llevan al colapso a sus sistemas de registro, o algo no menos común como las estafas a través del internet, las que se perpetran y reproducen de manera alarmantemente rápida, dejan a las autoridades incapaces de reaccionar con efectividad al momento en que se cometen; pues, a pesar de que nuestra legislación cuenta con una Ley de Comercio Electrónico que se aplica en coordinación con el Código Penal, esa negativa a la influencia de la costumbre, debido a la aplicación del principio de legalidad, lleva a situaciones en las que la perpetración de esos delitos quedan en la impunidad, más aún en países como

en el Ecuador en los que los procesos de reforma a las leyes existentes son lentos.

Al afirmar en párrafos anteriores que, principios como el de legalidad, excluyen la aplicación de la costumbre, se debe mencionar que, dentro de nuestro sistema jurídico existe una figura *sui géneris* de aplicación de un derecho penal local que actúa simultáneamente con el sistema penal estatal, cuyo ejercicio se observa dentro de ciertas comunidades indígenas de los Andes ecuatorianos; se trata de lo que comúnmente se conoce como Justicia Indígena, que se observa no es de uniforme aplicación por parte de las comunidades; la misma que emplea como métodos de castigo, (como se indicó al citarla como ejemplo) el baño en agua fría, el ortigamiento, el azote con látigo, pero también se ha indicado que ante todo se aconseja y reprende verbalmente al sancionado, se lo puede obligar a pagar multa o restituir un bien en caso de robo, o compensarlo con otro que satisfaga el perjuicio causado, estas entre otras sanciones que se consideran ejemplarizadoras para la comunidad, y purificadoras para el individuo.

Esta figura, también se hace presente en países como Colombia o Bolivia, por lo que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en su Art. 9 establece:

“1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

La Constitución de la República, desde la Carta Magna que estuvo vigente entre 1998 y 2008 contempló y reguló la Justicia Indígena dentro del título referente a la Función Judicial en el capítulo que trataba los Principios Generales, pues, en el Art. 191 en el último párrafo estableció:

“Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos

internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la constitución y a las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

En el Ecuador, la actual Constitución que entró en vigencia a finales del año 2008, sistematizó lo referente a este aspecto de la justicia y le brinda un contenido más amplio, dentro del Título Cuarto que trata acerca de la Participación y Organización del Poder. En su Capítulo Cuarto que se titula Función Judicial y Justicia Indígena, ésta última queda establecida en la Sección Segunda así:

“Art 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”

La Justicia Indígena, al estar recogida en la ley fundamental de nuestro país, reconoce la acción de sus autoridades en el campo jurisdiccional, así como la aplicación de sus tradiciones ancestrales y derecho propio, en reconocimiento de la interculturalidad y plurinacionalidad lo que lleva a deducir la existencia de un verdadero pluralismo jurídico en el Ecuador, pero, dentro de este reconocimiento, expresamente se impone que el ejercicio de sus tradiciones ancestrales no contraríen principios constitucionales y además no quebranten los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Dentro de este punto, Fernando García, en el libro Formas Indígenas de Administrar Justicia (2002), indica que la anterior condición constituye una limitación al ejercicio del derecho indígena

por parte del sistema estatal y recalca que la pena de muerte, no está contemplada como sanción dentro de este derecho; por lo tanto podemos entender que de producirse tal circunstancia se debe considerar como excepción y además, no se la debe confundir con los casos de linchamientos que se los presenta como tal.

Como constancia de la práctica, producto del reconocimiento al ejercicio de la Justicia Indígena, proponemos como ejemplo el caso sucedido en el año 2005, en la comunidad Gallo Rumi perteneciente a la provincia del Cañar, cuando el ciudadano David Lema Mayancela fue ajusticiado por los miembros de dicha comunidad, pues, se le acusaba de robo de ganado en catorce comunidades. Lema Mayancela fue entonces capturado por una gran cantidad de comuneros, encabezados por Manuel Ganzhi Tenelema, dirigente indígena de la mencionada comuna. Inicialmente, el acusado fue flagelado y recibió baños de agua helada que tradicionalmente comprenden los castigos característicos de esta justicia, pero, en determinado momento el empleo de los métodos de castigo fue excesivo y terminaron causando su muerte. Tras este suceso su familia presentó una denuncia en la Fiscalía del Cañar y se siguió el debido curso de la misma, hasta que en segunda instancia el Tribunal Penal de Cañar sentenció a Ganzhi Tenelema a 16 años de reclusión; pero, al ser apelada la decisión ante la entonces Corte Suprema de Justicia por detención ilegal, la Tercera Sala de lo Penal, el 7 de agosto de 2008, dictó el sobreseimiento definitivo a favor del líder comunitario, dejando sin efecto la anterior sentencia, quedando así en libertad. El criterio que se invocó fue que la muerte de David Lema aconteció dentro del contexto de las sanciones contempladas por la justicia indígena. (Véase Anexo, pág. 90).

En la actualidad se ha promovido la creación de Fiscalías Indígenas que se establecen como garantes de una aplicación adecuada de esta justicia, pero, se puede percibir claramente la necesidad de aplicar una ley especial y específica, como la “Propuesta de Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador”, cuyos autores, Julio César Trujillo, Agustín Grijalva y Ximena Endara, la elaboraron con el afán de brindar la garantía de una correcta aplicación de esta Justicia.

Nuevamente refiriéndonos al tema de la aplicación de la costumbre dentro del derecho penal, nos encontramos con un tema importante que, debe incluirse en este análisis, pues como lo precisa y plantea Luis Recaséns Siches, dentro del Derecho Penal Internacional, considerado un derecho relativamente inicial, no se aplica el principio de legalidad, lo que inmediatamente nos lleva a alegar que la costumbre se convierte en una oportuna fuente de este derecho, Recaséns presenta como ejemplo que los Tribunales de Nüremberg y Tokio, al resolver casos referentes a crímenes de guerra, aplicó a más de leyes previamente escritas, principios de Derecho que forman parte del ordenamiento jurídico internacional y considerados como tales a pesar de no estar declarados explícitamente, pues han sido convalidados por la conciencia jurídica de las naciones civilizadas.

### **3.1.5 En el Derecho Constitucional**

El Derecho Constitucional contempla las normas que organizan el Estado y que regulan los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, pertenece a la división de derecho Público, y abarca el estudio de la Constitución de la República, conocida también como Carta Magna y considerada como la ley fundamental de un Estado.

“No hay Estado sin Constitución”, así lo afirma Benigno Mantilla Pineda y añade; “Las constituciones escritas se han vuelto medios normales y ordinarios de fijar la estructura y funcionamiento del Estado a partir del siglo XVIII”.<sup>(6)</sup>

El autor comenta que, por ejemplo, el derecho constitucional inglés no posee una constitución escrita y, a excepción de ciertos textos, ésta descansa casi exclusivamente en la costumbre y la tradición, en este caso como podemos observar se está refiriendo a lo que se denomina como constitución dispersa; comenta además que incluso en países que cuentan con una, se admiten ciertas prácticas que operan al margen de la ley fundamental y cita como ejemplo la delegación de competencias por el poder legislativo al poder ejecutivo en Francia o de plenos poderes en Suiza.

Ahora, para referirnos al papel que desempeña la costumbre dentro del Derecho Constitucional Ecuatoriano, presentamos, el Convenio 169 de la O. I. T., que en su Art. 8 establece:

“1. Al aplicar la legislación Nacional a los pueblos interesados deberá tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos Pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.”

Este instrumento internacional exhorta a los Estados a respetar y permitir la utilización de las costumbres e instituciones ancestrales de los pueblos indígenas pero, con la debida sujeción a los Derechos Humanos al momento de aplicarlas.

En el caso de la Constitución ecuatoriana, al reconocer la Justicia Indígena en su Art. 171, lo que objetivamente hace, es un reconocimiento del Derecho Indígena, que va más allá del ámbito penal y faculta el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro del territorio de la comunidad, lo que abarca y hace referencia a temas relativos a la propiedad, la posesión o tenencia de bienes inmuebles o los conflictos que se producen en torno a estos asuntos dentro de la comunidad; garantizando el respeto por parte de las instituciones públicas a sus decisiones.

Pero estas decisiones, según establece el segundo inciso del Art. 171, estarán sujetas al control de constitucionalidad, en este caso, el ente encargado de efectuar ese control, es la Corte Constitucional, así, si se plantea la inconstitucionalidad de una decisión tomada por las autoridades indígenas, y por ejemplo se denuncia el irrespeto a los Derechos Humanos en determinada actuación, este organismo es el llamado a resolver y, con la debida sustentación legal, declarar inconstitucional aquella actuación en caso que así lo amerite.

En el libro Ontogénesis y Hermenéutica de la Constitución en la Era de la Globalización, el Doctor Xavier Garaicoa advierte que no podemos caer en el error de asimilar a la costumbre con una idea de instituciones viejas e

inexistentes, y que esas instituciones precolombinas son de gran utilidad al momento de analizar y querer lograr una comprensión del complejo mundo de las comunidades indígenas, resaltando así la importancia del reconocimiento de la costumbre en el derecho constitucional. Para corroborar esta afirmación transcribe la opinión de Carlos Mariátegui quien afirma: “...De la civilización incaica más que lo que ha muerto nos preocupa lo que ha quedado.....El pasado nos interesa en la medida en que puede servirnos para explicar el presente. Las generaciones constructivistas sienten el pasado como una raíz, como una causa. Jamás lo sienten como un programa”.<sup>(7)</sup>

En definitiva se puede afirmar que, al reconocerse en la Carta Magna la Justicia Indígena, entendida integralmente, se está reconociendo a la Costumbre.

### **3.1.6 En el Derecho Administrativo**

El Derecho Administrativo, para el autor Rafael Bielsa, es “El conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración pública”.<sup>(8)</sup>

Establece además, en su obra Principios de Derecho Administrativo, que la actividad de la Administración Pública crea relaciones, en primer lugar, entre ella y los administrados; y luego entre sus órganos o agentes, y, el conjunto de normas jurídicas que rigen estas relaciones constituye el contenido del Derecho Administrativo; esto es importante recalcar porque precisamente del ejercicio y regulación de estas relaciones, se puede determinar en qué momento la costumbre administrativa entra en acción y se puede comprobar su influencia.

Para referirnos concretamente a la costumbre y su influencia dentro del Derecho administrativo tomaremos como referencia el análisis que al respecto realiza el tratadista ecuatoriano Nicolás Granja Galindo, quien dedica un capítulo especial en su obra Fundamentos de Derecho Administrativo (1992), al estudio de las fuentes de esta rama. Para el autor las fuentes del Derecho administrativo, se cimientan en los principios primordiales y activos, filosóficos y doctrinarios, donde emergen las normas jurídicas administrativas.

Las fuentes positivas o principales del derecho administrativo son aquellas que están determinadas por disposiciones escritas, orientadas a crear modificar o extinguir situaciones jurídicas de orden administrativo y están conformadas por: la Constitución política, la ley, el reglamento, el decreto, el decreto ley, el decreto con fuerza de ley, la ordenanza y las instrucciones.

Las fuentes racionales o secundarias, dentro de las cuales se encuentra la costumbre, son aquellas que sirven para completar el conocimiento y práctica de las primeras, dentro de éstas se encuentran también la jurisprudencia y la doctrina científica.

Para Granja Galindo, la costumbre, fuente racional del derecho administrativo, emana de la necesidad social, porque ella constituye un imperativo para una mejor atención de los servicios públicos que brinda el Estado a favor de la colectividad, y su importancia va desde el derecho en general hasta el derecho administrativo, particularmente.

Sobre la importancia de la costumbre dentro del Derecho Administrativo, el autor, afirma que, si bien en los primeros tiempos todo el derecho que se podría considerar, fue consuetudinario, no es menos cierto que hoy en día a pesar del predominio que tiene la legislación escrita, la costumbre tiene marcada importancia, principalmente en el derecho administrativo, por el funcionamiento de su dinamicidad frente a la vida de los servicios públicos, cuyas necesidades inducen frecuentemente a la práctica de las costumbres administrativas.

Añade que el valor jurídico de la costumbre en el derecho administrativo es diferente al de otros planos del derecho como por ejemplo en el derecho civil, mercantil, etc., esto, debido a las diferencias naturales que existen entre el derecho administrativo y las demás ramas; pues, por ejemplo en el derecho civil la costumbre más aplicada es la denominada según la ley, pues ella misma le otorga la calidad de derecho a la costumbre solamente cuando expresamente así lo disponga.

Concretándose en el valor jurídico de la costumbre en el derecho administrativo, considera que dentro de éste es mucho más elástica, más dinámica y más amplia, precisamente porque los actos de la Administración pública suponen una

actividad reflexiva frente a los actos administrativos y frente a cada uno de los servicios públicos que los rigen; por lo que se puede considerar que dentro de esta rama del derecho se aplica cotidianamente la costumbre, sea según la ley, fuera de la ley o contraria a la ley, ya que las persistentes necesidades públicas exigen constante e imperativamente que, a falta de disposiciones escritas, se recurra a lo que comúnmente se denominan “las prácticas administrativas”, es decir, a la costumbre fuera de la ley, e igualmente debido a la inoportunidad y caducidad de ciertas disposiciones legales se puede en ocasiones aplicar la costumbre contraria a la ley, denominada también derogatoria.

Granja Galindo, hace una precisión al respecto pues indica que si la aplicación de esta clase de costumbre, es decir, la contraria a la ley es extralimitada y se aparta dolosamente de la ley contrariándola a propósito, se incurriría en lo que se denominan “corruptelas administrativas”.

Concluye que de todo lo expuesto se puede decir que “En el derecho administrativo se presenta un campo abierto a la costumbre, bajo sus diferentes formas, allá donde falta una regulación legislativa, y allí donde se sienta la necesidad de un mejor ordenamiento jurídico”.<sup>(9)</sup>

### **3.1.7 En el Derecho Internacional**

Dentro del análisis de la aplicación de la costumbre en el derecho internacional, observaremos su influencia dentro del derecho internacional público, y del derecho internacional privado. Cada uno de ellos, pertenece a una categoría diferente del derecho y sistematizan aspectos igualmente diferentes.

**El Derecho Internacional Público:** Se afirma que el Derecho Internacional Público es un derecho netamente consuetudinario, este se encuentra dentro de la división de derecho público, pues regula las relaciones entre los Estados, los organismos internacionales y los demás sujetos de derecho internacional.

Una definición más amplia explica que el Derecho Internacional Público es “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los sujetos de la comunidad Internacional”.<sup>(10)</sup>

En la obra Derecho Internacional Público (1987), sus autores, Guillermo Moncayo, Raúl Vinuesa y Hortensia Gutiérrez Posse, afirman que: “desde sus orígenes el contenido del Derecho Internacional se ha nutrido principalmente, de la costumbre entre los Estados, y hasta mediados del siglo pasado el ordenamiento jurídico internacional reconocía casi exclusivamente normas jurídicas consuetudinarias pero en la actualidad la evolución del derecho hacia una *lex scripta* no sólo se manifiesta en la proliferación de los tratados, sino especialmente en la actividad codificadora emprendida por la organización de las Naciones Unidas”.<sup>(11)</sup>

Los autores señalan que las fuentes del derecho internacional se encuentran enumeradas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, organismo creado por la Carta de las Naciones Unidas, y, como se establece en el mismo estatuto, es su órgano judicial principal y el encargado de resolver los conflictos que se susciten entre los Estados que conforman la organización de las Naciones Unidas

Las normas contenidas en el artículo que se presenta a continuación, son también obligatorias para todos los Estados de la comunidad internacional y esta obligatoriedad nace de la práctica reiterada y común de los Estados al aceptar a las fuentes enunciadas en esta norma como expresión del derecho internacional consuetudinario.

Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

*a.* las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes;

*b.* la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

*c.* los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

*d.* las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.”

Explican los autores que este artículo no establece ninguna escala que realice una diferenciación entre las fuentes principales; que su orden de exposición no determina una jerarquización entre ellas y que se trata de un artículo meramente descriptivo, pues lo contrario implicaría incidir en una contradicción ya que: “la costumbre no es una prueba de la práctica generalmente aceptada, sino que la práctica generalmente aceptada como derecho es una prueba de la existencia de la costumbre”.<sup>(12)</sup>

No se encuentra establecido el tiempo que debe transcurrir para que determinado acto se constituya en costumbre en el derecho internacional público, pero el Estado que la alegue lo manifiesta a través de la repetición de esa acción, demostrando así que ésta es fuente de derechos y obligaciones

Le Fur distingue la existencia de costumbres internacionales Particulares (o regionales) de las Universales (o generales), las universales son aquellas que han tomado mucho tiempo en consolidarse, el reconocimiento del derecho de realizar esos actos es mutuo, y no han encontrado oposición alguna, como por ejemplo la libre navegación en alta mar; las costumbres regionales o particulares propias de determinados continentes o grupos de Estados, toman menos tiempo para configurarse, pero se ha considerado que la parte que alega su existencia, en principio, deberá probarla. Así por ejemplo, en el caso del Derecho Asilo (que nació en América por costumbre) la Corte Internacional de Justicia afirma que: “...la parte que invoca una costumbre de este tipo deberá probar que esa costumbre ha sido establecida de tal manera que ha llegado a ser obligatoria por la otra parte.”.

Loretta Ortiz, manifiesta que, a más de las costumbres generales y las regionales, existen las costumbres bilaterales, señaladas por la doctrina y la jurisprudencia,

esta clase de costumbre se forma entre dos Estados y se torna obligatoria para ambos; cita el caso del Derecho de paso sobre el territorio indio entre la India y Portugal, en el que la Corte Internacional de Justicia sostuvo que “una práctica particular entre dos Estados, aceptada por ella como derecho, da nacimiento a una norma consuetudinaria”.

También se puede hablar de ciertas prácticas o costumbres que no constituyen fuente de derechos y obligaciones, por ejemplo la intervención de los Estados Unidos en la mas variada clase de conflictos internacionales, constituye una intervención ilícita ya que se presenta el rechazo de los Estados afectados ante dicha intervención, se puede corroborar la ausencia de elemento material pues el acto no es concluyente ya que no ha emanado de un órgano o agente dotado de competencia internacional.

Por último se observa que una costumbre se encontrará presente y vigente hasta que se la modifique a través de un tratado internacional.

**El Derecho Internacional Privado:** El Derecho Internacional Privado pertenece, obviamente, a la categoría de derecho privado, pues, regula relaciones entre particulares, pero específicamente, su campo de acción está enfocado en resolver los conflictos de las leyes en el espacio.

De las varias definiciones que existen del derecho internacional privado presentamos la de Federico Duncker quien sostiene que es “Aquella rama de las ciencias jurídicas que, en los casos en que concurren varias legislaciones, determina cuál debe ser aplicada”.<sup>(13)</sup>

El Doctor Hernán Coello G., en el texto Derecho Internacional Privado (1993), explica que el derecho internacional privado sigue siendo una de los más difíciles asuntos que plantea el Derecho, pues el problema se presenta cada vez que en una relación jurídica sometida a estudio se presenta un elemento extranjero, ya sea porque uno de los sujetos de la relación lo sea, o debido a que las cosas sobre las que trata el problema se encuentren ubicadas en un país extraño, o porque la forma externa de los actos deba sujetarse a los cánones de una ley extranjera.

Eduardo García Máynez, en su *Introducción al Estudio del Derecho* (1986), al analizar Derecho Internacional Privado y específicamente, esta dificultad, que es objeto de su estudio, con claridad manifiesta: “A estos problemas se les ha dado el nombre de problemas de aplicación de las leyes en el espacio, para distinguirlos de los relativos a la aplicación de las leyes en el tiempo”. Y considera, que el ámbito espacial de vigencia de los distintos ordenamientos jurídicos, se encuentran limitados al territorio al cual pertenecen; por lo tanto, en virtud de esta limitación se hace posible la coexistencia de los diversos Estados, pero, las actividades de sus habitantes no necesariamente se desarrollan de manera exclusiva dentro del territorio al cual pertenecen, pues pueden realizarlas en el extranjero o con nacionales de otros países, lo que da como resultado el surgimiento de problemas respecto de la ley que se deba aplicar a los actos jurídicos producto de esas actividades.

Para Benigno Mantilla Pineda, tal como lo expresa en su libro *Filosofía del Derecho*, en el Derecho Internacional Privado la posición de la costumbre es conflictiva, pues en lugar de ser fuente común de derecho, puede ocasionar dificultades y conflictos, ya que, expresamente, no tiene lugar entre las fuentes de este derecho.

René Savatier al hablar de la dualidad de fuentes de esta rama del derecho dice: “Porque el derecho internacional privado es un derecho positivo, impuesto y sancionado por las autoridades de un país determinado, tiene, en este país, fuentes internas: la ley y la jurisprudencia. Porque el derecho internacional privado depende de la soberanía respectiva de diversos Estados que se dividen el mundo, tiene también fuentes internacionales; dichos Estados están inducidos a reglamentar entre sí, por medio de tratados diplomáticos, los problemas que les interesan y les oponen, aún en lo que concierne a la suerte de los particulares”.<sup>(14)</sup>

La costumbre sin embargo, surge como consecuencia del carácter interno de las fuentes de derecho internacional privado y produce interferencias en las costumbres nacionales.

El Doctor Hernán Coello, al tratar el asunto de las fuentes del derecho internacional privado expone que se las puede clasificar en fuentes que pueden considerarse como nacionales, que abarcan la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina; y las que pueden considerarse internacionales, que comprenden: los tratados internacionales, la costumbre internacional, la jurisprudencia internacional y la doctrina. Explica que la costumbre como fuente interna del derecho internacional privado, no tiene el mismo valor ni siquiera dentro de las reglas del propio derecho material ya que si se observa el Art. 2 del Código Civil declara que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella; mientras que en el derecho mercantil se la considera fuente del Derecho cuando se declara en Código de Comercio en el Art. 4 que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley; que, dentro de nuestro derecho público de acuerdo con la norma que en la actual Constitución está consagrada en el Art. 226 y según la cual: “las instituciones, organismos, dependencias, servidores públicos.....ejercerán solamente competencias y facultades que les sean atribuidas por la constitución y la ley”, la fuerza de la costumbre es de escaso valor, pero podemos advertir que no queda excluida, y que en los sistemas en que la costumbre se considera todavía como fuente inmediata del Derecho, la situación cambia, aunque generalmente los principios del Derecho Internacional Privado, incluso en estos sistemas, devienen más bien del precedente que de la costumbre.

Expone también sobre la posibilidad que tal vez se puede citarla como un aspecto normado por la costumbre, aunque con muchas limitaciones. El principio que se conoce como la fórmula “*locus regit actum*”, respecto del cual aún el sistema ecuatoriano hace una referencia a los usos, aunque aplicables, más bien a la costumbre internacional.

El mismo autor al tratar a la costumbre como fuente internacional indica que algunos estudiosos, alejan la posibilidad de que la costumbre internacional pueda ser considerada como fuente del Derecho Internacional Privado, pues, alegan primordialmente la dificultad del proceso consuetudinario en esta materia, la ausencia de una verdadera práctica internacional, y, las dudas que se presentan al establecer un camino adecuado a través del cual se canalicen las convicciones

internacionales. Indica que Bustamante se une a este criterio al expresar que, “los usos y costumbres internacionales no tienen en realidad todavía el carácter de fuentes del Derecho Internacional Privado, que se ocupa de determinar los límites en el espacio de la competencia legislativa de cada nación. Cuando varios códigos o varias costumbres nacionales regulan de igual modo los límites de un precepto jurídico, no se puede sostener que eso constituya una costumbre internacional. Es a lo sumo una costumbre uniforme sin que pierda el derecho consuetudinario el carácter puramente nacional por la identidad de su contenido”.<sup>(15)</sup>

Añade que el criterio anterior no es unánimemente compartido, porque a pesar de las limitaciones, que, debido a la naturaleza de esta materia se aplican, parece ser que sí se puede hablar de una costumbre internacional, aunque no sea una fuente nutrida de normas de Derecho Internacional Privado.

La costumbre internacional se puede observar plasmada, citando un ejemplo del autor, en las reglas de mutua ayuda jurídica que se prestan las autoridades judiciales para la comunicación de determinados actos procesales; o las que, sin norma expresa que la imponga, no obstante reconocen el principio “*locus regit actum*”, que hace referencia a la forma externa de los actos y que establece que éstos deben sujetarse a ley del lugar donde se los ejecuta; o la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en materia de convenciones, etc.

Aclara que en nuestro sistema, en el que aparentemente no podría encontrarse una regla de derecho positivo concerniente a este problema, se puede, citar la norma contenida en el inciso final del Art. 194 del Código de Procedimiento Civil que dice: “Las diligencias judiciales ejecutadas fuera de la República, en conformidad a las leyes o PRÁCTICAS del país respectivo, VALDRÁN en el Ecuador”.<sup>(16)</sup>

Finaliza diciendo que no se puede dejar de reconocer la labor constante de la costumbre en cuanto a forjar, o, por lo menos a preparar los fundamentos de muchas reglas de Derecho Internacional Privado, contribuyendo decisivamente a la eliminación de diferencias profundas respecto de reglas de aplicación práctica

y constante, y que la costumbre mercantil puede destacarse como claro ejemplo de ese rol de la costumbre.

El Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, que por virtud de la Convención de Derecho Internacional Privado, ratificada por nuestro país, es ley de la República, es precisamente la ley a la que se debe remitir nuestro sistema jurídico al momento en que se presente la necesidad de resolver estos conflictos espaciales de las leyes.

### **3.2 LA COSTUMBRE, SU IMPORTANCIA ACTUAL Y SU PROYECCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO**

Después de analizar el comportamiento y la aceptación que la costumbre tiene dentro de las diferentes ramas del Derecho, corresponde tratar por último, el asunto referente a la importancia que la costumbre tiene en la actualidad y, cómo se advierte que se proyectará a futuro; para ello es necesario tomar en consideración algunos aspectos.

Para poder de alguna manera anticipar la forma como la costumbre va a seguir influyendo en nuestro sistema jurídico, debemos tener presente, en primer lugar la rápida evolución que está experimentando el mundo y que naturalmente involucra a nuestro país; se puede notar un cambio social cada vez más acelerado, producto del fenómeno de la globalización, debido al cual desaparecen las barreras que separan tanto los sistemas económicos como sociales, políticos, ideológicos o culturales o las continuas innovaciones dentro del campo tecnológico y, por ello, se presentan nuevas formas de relacionarse.

Por ello, es válido recalcar que, si bien es cierto, mientras Códigos como el Civil o el Mercantil, por ejemplo, se remitan a la costumbre como una fuente subsidiaria en las mencionadas ramas, su reconocimiento estará asegurado y positivamente tiene presencia en nuestra legislación, pero, debemos tener en cuenta que mientras se presenten, como es evidente que lo hacen, esas nuevas situaciones sociales o de los aspectos que hemos mencionado, y que demanden una específica atención y requieran ser reguladas por el derecho, para que se enmarquen en el debido cauce legal, la Costumbre seguirá siendo la llamada a aplicarse como medio de ordenación, mientras se produzca un proceso

codificador que establezca los parámetros que delimiten el alcance y los efectos de esas relaciones, esto en atención al mérito que demande determinada situación.

Como se trató en el primer capítulo al referirnos a la ley como fuente del derecho, el tema de la existencia de un exceso de leyes en nuestra legislación, trae como resultado que contemos en la actualidad cuerpos legales o particularmente con preceptos que se basan o regulan costumbres superadas ya hace mucho tiempo, y que por ejemplo en el caso de la presunción de derecho respecto de los cómputos para la determinación de la época de la fecundación y que repercuten en el establecimiento de la paternidad, que impone el Art. 62 del Código Civil, que, naturalmente reguló este aspecto cuando no existían los avances en la ciencia como la que brinda la prueba de ADN, que determina de manera científica y segura el parentesco entre individuos, esa disposición debería ser derogada y no encontrarse formando parte de la ley, sólo para ser contemplada como un fragmento histórico.

Así podemos anticiparnos a expresar que la costumbre es la fuente que en primera instancia acudirá a uniformar las posibles nuevas circunstancias que se presenten en lo posterior, además de ayudarnos a constatar la efectiva vigencia de las normas existentes en nuestro sistema jurídico, pues si tomamos las palabras de Montesquieu, cuando dijo que “las leyes inútiles debilitan a las leyes necesarias”, podemos comprender que no se puede tolerar la presencia de leyes que regulan costumbres ya superadas y se tornan en un obstáculo para la instauración de leyes que pretenden legítimamente sistematizar la vigencia de nuevas costumbres.

### **3.3 CONCLUSIONES**

En el tercer capítulo se ha efectuado un análisis de la Costumbre y el papel que ésta cumple dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través de la observación de su desempeño dentro del ámbito que concierne tanto al Derecho Público, como al Privado, que se manifiestan en las diferentes ramas seleccionadas para esta finalidad, entre ellas, las leyes Civil, Mercantil, Laboral, Penal, Constitucional. En el transcurso de la elaboración de este trabajo, se consideró importante incluir un análisis de la influencia de la costumbre dentro

del ámbito del Derecho Administrativo. Como estaba contemplado analizamos, por último, las fuentes del derecho internacional, tanto público como privado y para concluir que en mayor o menor grado, la costumbre tiene cabida dentro de cada una de ellas, a excepción del derecho penal ejercido por el sistema estatal, pues, el punto en el que se analizó el tema de la Justicia Indígena, que implica el ejercicio de un derecho penal en jurisdicciones locales, es definitivamente costumbrista.

El capítulo procura apelar el reconocimiento por parte de quienes analizan o aplican el derecho sobre la verdadera importancia de la Costumbre en nuestros días, y cómo se proyecta su aplicación en el futuro, porque, a medida que surjan nuevas circunstancias que requieran ser reguladas, inicialmente será la Costumbre la encargada de darles la debida difusión y soporte para la implantación dentro de la estructura jurídica, y en el momento que considere oportuno propondrá la respectiva vigencia en el ordenamiento positivo, si así lo amerita.

## Citas

1. Coello García, Hernán. Epítome del título preliminar del C. Civil. p. 9.
2. Coello García, Hernán. Ob. Citada. p. 33.
3. Larrea Holguín, Juan. Citado por Miguel Macías Hurtado. Iniciación al estudio del Derecho Mercantil. p. 63.
4. Jiménez de Asúa, Luis. Citado por Benigno Mantilla P. Filosofía del Derecho. p. 198.
5. Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. p. 46.
6. Mantilla Pineda, Benigno. Filosofía del Derecho. p.104. a 106.
7. Mariátegui, Carlos. Citado por Xavier Garaicoa. Ontogénesis y Hermenéutica de la Constitución en la era de la Globalización. p. 114.
8. Bielsa, Rafael. Principios Derecho Administrativo. p. 2.
9. Granja Galindo, Nicolás. Derecho Administrativo. p. 81.
10. Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez. Derecho Internacional Público. p. 82.
11. Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez. Ob. citada. p. 78.
12. Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez. Ob. Citada. p. 84.
13. Duncker, Federico. Citado por Hernán Coello. Derecho Internacional Privado. p. 18.
14. Bustamante. Citado por Hernán Coello. Ob. Citada. p
15. Savatier. Citado por Mantilla Pineda. Ob. Citada. p. 196.
16. Coello García, Hernán. Ob. Citada. p. 43

Información detallada de la bibliografía, página 87.

## CONCLUSIONES

Este trabajo de investigación ha sido dedicado al análisis de las Fuentes del Derecho, abarcando su estudio aspectos esenciales del tema propuesto. El capítulo inicial presenta una concreta exposición de cómo a través de la historia se ha empleado este término, además de los conceptos que diversos autores de diferentes tendencias filosóficas han expuesto, procurando presentar las variadas clasificaciones de estas fuentes, lo que ayudó a ubicarlas y jerarquizarlas sea por razones históricas, para comprender su evolución, o ya propiamente académicas, para establecer su real vigencia en el ordenamiento jurídico.

También se consideró necesario, brindar una breve definición de cada una de las Fuentes, aclarando que se tratan propiamente de las fuentes productoras del Derecho de nuestro sistema jurídico, abordándolas principalmente por la ley de una manera mucho más general a la costumbre, pues como se puede desprender de la estructura del proyecto, ésta tiene un espacio especial para su análisis dentro de éste; la siguiente fuente a tratarse ha sido la jurisprudencia, la misma que emana de la función judicial a través de la Corte Nacional de Justicia, la doctrina como fuente del derecho también ha recibido una debida atención, pues se ha convertido en un importante elemento de apoyo para el desarrollo y correcto entendimiento de todos aquellos componentes de las ciencias jurídicas. En último término, dentro del Capítulo I, considerando su importancia, se presenta a los principios generales del derecho, asunto controversial, pues ni siquiera para otorgarle una definición existe consenso entre los estudiosos que se han referido a ellos, lo que se ha podido observar a través de las tendencias que se proponen explicarlos.

Después de los aspectos referidos, esta tesis se concentra en el estudio de una fuente en particular, se trata de la Costumbre, de la que extraemos los conceptos que de ella se han vertido, encontrando que en mayor o menor grado todos ellos coinciden en abarcar los cabales componentes que comprende su naturaleza. Seguidamente se procuró determinar los orígenes de esta fuente y así prestar la

debida atención al momento en que se conformó, y como se ha podido ver, ha estado presente desde los primeros momentos en que los individuos sintieron la necesidad de relacionarse de una manera más ordenada y uniforme. También se ha incluido en esta parte la presentación de sus elementos constitutivos, conformados por uno denominado material y un elemento psicológico, destacando que los dos tienen igual grado de importancia y no se considera que se pueda prescindir de uno u otro; la costumbre también es susceptible de ser clasificada, naturalmente desde criterios, como por ejemplo, aquel que lo hace respecto de su relación con la costumbre, entre otras. Igualmente se ha procurado establecer cuándo una costumbre adquiere condición de jurídica; así como su jerarquía dentro de las fuentes del derecho. Como último aspecto, tenemos la influencia de la costumbre en los sistemas jurídicos extranjeros, entre los que se contemplaron, al sistema anglosajón, al derecho islámico, al hindú, al derecho asiático y africano.

Se ha reservado de manera exclusiva un capítulo para examinar la influencia de la costumbre, particularmente en el sistema jurídico ecuatoriano, lo que se puede comprobar al observar su comportamiento dentro de algunas de las ramas del derecho, presentes en nuestro ordenamiento, para lo cual se ha escogido, al derecho civil, dentro del cual la costumbre no constituye derecho excepto cuando la ley se remita a ella; el derecho mercantil, en el que la costumbre suplente el silencio de la ley; el derecho laboral donde la costumbre es efectivamente remitida por la ley; el derecho penal, en el que la costumbre no consta como fuente de este derecho. Dentro de este tema se hace un breve análisis de la denominada Justicia Indígena, que consiste en el ejercicio de funciones jurisdiccionales a través de prácticas ancestrales por parte de comunidades indígenas del Ecuador, situación reconocida en, el Convenio 169 de la O.I.T. (instrumento internacional) y particularmente en la Constitución de la República; materia que ha incentivado tanto la creación de Fiscalías Indígenas así como la necesidad que se promulgue una ley especial que regule aspectos orientados a la coordinación entre la jurisdicción estatal y la indígena hablando de esta última también se ha visto la influencia que tiene la Costumbre dentro del Derecho Constitucional, en el cual contemplando a la cuestión Indígena desde un punto de vista más amplio no solamente como la aplicación de sanciones penales, se

concluye que se hace un efectivo reconocimiento de la misma. Durante la elaboración de estos temas, se consideró importante incluir la influencia de la Costumbre dentro del Derecho Administrativo; la última rama del derecho en la que se ha querido determinar la influencia que tiene la costumbre en el Derecho Internacional, entendiéndose que nos referimos tanto al derecho internacional público como al privado.

El capítulo III, con el que se concluye esta investigación aborda la importancia de la cual goza la costumbre en la actualidad, y las perspectivas que se tienen de su futura aplicación. Por lo tanto podemos decir que cada vez que se presenten nuevas maneras de relacionarse, debido a los cambios sociales o económicos que se experimenten debido a la dinamicidad y evolución que en estos elementos se producen y que los identificamos como el fenómeno de la globalización, los individuos recurrirán a la costumbre como primera opción para regir esas relaciones, hasta que la legislación presente el respectivo sistema de normas que las regularizará; también se ha observado que la costumbre es la fuente por la cual, la sociedad otorga o no legitimidad y vigencia a las normas existentes, pues si bien los procesos normativos garantizan certeza y brindan seguridad, deben encontrarse sintonizados con las necesidades reales de la sociedad destinada a aplicarlos y beneficiarse de ellos, porque caso contrario, al no obtenerse un resultado satisfactorio dejan de tener esa necesaria eficacia.

Se ha incluido en este trabajo la presentación de un caso práctico dentro del aspecto que analizó lo relativo a la Justicia Indígena, esto, para dejar constancia del verdadero reconocimiento, en sentido amplio, de la aplicación de la costumbre. La sentencia del caso referido, representa una muestra concreta y válida, además de que con ella se verifica efectivamente el cumplimiento de ese reconocimiento Constitucional a costumbres ancestrales, ejercidas en determinadas comunidades del Ecuador, pues, a pesar de la discusión que surge en torno al quebrantamiento de los Derechos Humanos con estas prácticas, es importante considerar la trayectoria a través del tiempo, de ejercicio de tales prácticas, su profunda significación, y su efectividad desde la perspectiva de la cosmovisión de la comunidad indígena que es, en definitiva, a la que concierne y está llamada a aplicarla.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BIELSA, Rafael. Principios de Derecho Administrativo. Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral-Santa-Fe. Buenos Aires. 1942.

CASTRO ESPINOZA, Pedro. Hermenéutica Legal. Fondo de Cultura ecuatoriana. Cuenca. 1995.

COELLO GARCÍA, Enrique. Derecho Civil: Fuentes del Derecho Tomo II. Universidad Central del Ecuador. Departamento de publicaciones de la facultad de Jurisprudencia. Quito Ecuador. 1986.

COELLO GARCÍA, Hernán. Derecho Internacional Privado. Textos Universitarios. Talleres Gráficos de la Universidad del Azuay. Cuenca. 1993.

COELLO GARCÍA, Hernán. Epítome del Título Preliminar del Código Civil y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana. Textos Universitarios. Universidad del Azuay. Cuenca, 1995.

CUETO RÚA, Julio. Fuentes del Derecho. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina. 1982.

DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho. Revisada por Luis Legaz y Lacambra. Tercera Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1942.

DÍEZ PICAZO, Luis. Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1993.

GARAICOA ORTIZ, Xavier. Ontogénesis y Hermenéutica de la Constitución en la Era de la Globalización. sl. sa. se.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Trigésimo Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. Argentina. 1986.

GARCÍA SERRANO, Fernando. Formas Indígenas de Administrar Justicia. FLACSO. Sede Ecuador. Rispegraf. Quito Ecuador. 2002.

GRANJA GALINDO, Nicolás. Fundamentos de Derecho Administrativo. Nueva Edición. Editorial Universitaria. Universidad Central. Quito. 1992.

IRIBARREN, Juan Antonio. Historia General del Derecho. Editorial Nascimento. Chile. 1938.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo I (Parte General y Personas). Tercera Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador. 1978.

MACÍAS HURTADO, Miguel. Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1977.

MALO GONZÁLEZ, Claudio. Arte y Cultura Popular. Segunda edición, revisada y aumentada. Cidap. Universidad del Azuay. Cuenca. 2006.

MANTILLA PINEDA, Benigno. Filosofía del Derecho. Universidad de Antioquia. Medellín. 1961.

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl; GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. Derecho Internacional Público. Editorial Zavalía. Buenos Aires, Argentina. 1987.

MONEVA Y PUYOL, Juan. Introducción al Derecho Hispánico. Editorial Labor S.A., Barcelona. 1931.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1990.

ORTIZ AHLF, Loretta. Derecho Internacional Público. Segunda Edición. Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Oxford. México. 2002.

PACHECO, Máximo. Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago Chile. 1976.

PACHECO G., Máximo. Teoría del Derecho. Cuarta Edición. Editorial Temis. Chile. 1990.

PÉREZ GUERRERO, Alfredo. Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano. Editorial Casa de la Cultura. Quito Ecuador. 1973.

PINZÓN, Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1985.

RECASÉNS SICHES, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. México. 1999.

SALGADO, Judith. Compiladora, (varios autores). Justicia Indígena. Aportes para un Debate. Primera edición. Ediciones Abya-Yala. Quito Ecuador. 2002.

TRUJILLO, Julio César. Derecho del Trabajo. Tomo I. Serie Jurídica. Editorial "Don Bosco". Quito 1973.

Internet:

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Segunda edición. (En línea), México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 1982. [www.bibliojurídica.org](http://www.bibliojurídica.org)

MORINEAU, Marta. El Derecho Comparado. Evolución de la Familia Romano –Canónica. [www.bibliojurídica.org](http://www.bibliojurídica.org)

Leyes:

Constitución de la República del Ecuador.

Código Civil.

Código de Comercio.

Código del Trabajo.

Código Penal.

Convenio 169 OIT

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Otros:

Enciclopedia jurídica OMEBA.

Diccionario Jurídico Cabanellas.

Enciclopedia ENCARTA. Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft ®  
Encarta ® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los  
derechos.

## **ANEXO**

100-  
T. 2008

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - TERCERA SALA PENAL.-**

Quito, 7 de agosto de 2008, las 10H00.-

**VISTOS:** El Tribunal Segundo de lo Penal de Cañar, mediante sentencia de fecha 31 de octubre de 2006, declara que el ciudadano Manuel María Ganzhi Tenelema es autor del delito tipificado en el Art. 183 del Código Penal y le condena a la pena de DIECISEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, de conformidad al Art. 187, inciso tercero del mismo cuerpo de leyes. De esta sentencia ha recurrido el sentenciado, mediante recurso de casación, de cuya fundamentación se corrió traslado al señor Ministro Fiscal General del Estado, quien contestó de conformidad al Art. 355 del Código de Procedimiento Penal; por lo que, siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo que establece la Primera Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 25 del jueves 26 de mayo del 2005, así como en virtud de las designaciones efectuadas por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006 y 23 de abril de 2008 y la designación realizada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia mediante Oficio No. 2471-SP-CSJ.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el procedimiento de la presente acción, no

se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal declara la validez de esta causa.- **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** El recurrente expresa que la sentencia recurrida ha infringido los Art. 79, 80, 85, 86, 87, 88, 94, 95, 98, 99, 100, 123, 124, 125, 232, 241, 242, 243, 250, 252, 312, 315, 320 del Código de Procedimiento Penal; 84 numeral 7, 18, 163, 272 y 273 de la Constitución Política; y, 169, 8, 9 y 10 de la OIT y por tanto solicita se case la sentencia. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** Por su parte, el Señor Ministro Fiscal General Interviniente, puntualiza en lo principal que el Tribunal Juzgador no ha violado el Art. 84 numeral 7 de la Constitución Política, en razón de que no se ha atentado contra las costumbres o tradiciones de los pueblos indígenas, porque la Constitución ampara a todos quienes han sido vulnerados sus derechos y en el presente caso más bien son los indígenas quienes han vulnerado los derechos humanos, cuando al plagiar al hoy occiso se ha violado no solamente el derecho a la libertad de la persona, sino el derecho a la vida y que en tal virtud considera que el recurso de casación interpuesto por el procesado debe declararse improcedente. **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE ALZADA.- 1)** En la sentencia recurrida no se pone en tela de duda la legalidad de la prueba la que debe ser pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio en los términos del Art. 83 del Código de Procedimiento Penal; tampoco se advierte en los

juzgadores intención de desviar el objeto de la prueba que, como lo señala el Art. 84 ibidem, es "probar todas las circunstancias de interés para la correcta investigación del caso" según los medios probatorios señalados en el Código Procesal Penal. Así mismo, nadie discute que la finalidad de la prueba es establecer "tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado" para lo cual deben apreciarse esos elementos probatorios conforme a las reglas de la sana crítica. Por lo demás, es incontrovertible que las presunciones que el Tribunal obtiene en el proceso deben basarse en indicios probados, graves, precisos y concordantes; mas, para que de esos indicios se pueda presumir el nexo causal entre delito y responsabilidad, deben encontrarse plena y absolutamente cumplidos los requisitos que de manera taxativa establece el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal.- 2) En el fallo del Segundo Tribunal Penal de Cañar impugnado en el presente recurso, se analiza la prueba sobre la existencia de la infracción y el comportamiento del responsable de sustracción de semovientes en comunidades indígenas de Cañar, DAVID LEMA MAYANCELA, que se ha judicializado en la etapa del juicio bajo la consideración indiscutible, tanto en el fallo impugnado y que motiva este recurso, como en el dictamen del Ministerio Público. Se trata de la intervención colectiva en el hecho, de grupos humanos indígenas que en numero aproximado de UN MIL QUINIENTOS SUJETOS son quienes ejercieron actitud colectiva, luego de una inicial investigación contra los adquirentes del ganado a los abigeos, en

perjuicio de familias pertenecientes a diversas comunas, ganado sustraído, de singular valor para estos sectores aborígenes; tanto que de las piezas procesales se desprenden, luego de la identificación del imputado del robo de ganado David Lema Mayancea. La manifestación colectiva tendiente a castigar al abigeo en el lugar donde habita la comunidad de Gallo Rumi, como consecuencia de la aprehensión para el procesamiento, iniciado en la ciudad de Cañar con la investigación realizada a Manuel Antonio Paredes y Manuel Mesías Chimbay, quienes establecieron que fue David Antonio Lema el sujeto, quien comercializaba los semovientes sustraídos. Es así como, trasladado que fue David Antonio Lema, desde su casa de habitación de la parroquia Nazón del Cantón Biblián hasta la mencionada comunidad de Gallo Rumi, se realiza el castigo.- 3) La sentencia impugnada relata los hechos así: *"...Manuel Antonio Paredes manifiesta que fue el señor, refiriéndose al acusado, quien dijo al padre -se refiere al Cura-, usted no es invitado, tenga la bondad de salir, nosotros somos autónomos, vamos a hacer justicia por nuestras propias manos, (el subrayado es de la redacción de la sentencia) que así mismo manifestó: esto no se queda así; y con el chicote comenzó a flagelar a Lema: se cansaba con la mano derecha y cambiaba a la otra; al final, señala que el acusado Ganzhi era el que dirigía la situación, él era el protagonista, aunque al declarante no le torturó..."*- 4) Se destaca de las versiones recogidas en el fallo, que la policía conoció del hecho durante todo el lapso de realización

del mismo, empero de lo cual no intervino para evitarlo; particular que se desprende de las versiones que a continuación se transcriben: *"...El Teniente de policía Cristian Meléndez, persona desligada a la causa; quien aparece haber intervenido en cumplimiento de su deber, al trasladarse el día 13 de abril a la casa comunal encontró a Lema inerte, sin que dieran nombres de los causantes del fallecimiento, es categórico es manifestar, que todos los diálogos, las negociaciones, y quien dirigía a toda la comunidad era el señor Ganzhi -que lo tengo a mi derecha- era la persona con quien dialogaba, por medio de él se hacía cualquier cosa, es decir todos aquellos le obedecían, después de largas negociaciones con Ganzhi y otro, rescataron a los detenidos con la condición de que firmaran una acta indicando que ellos no debían hacer ningún trámite de ley en contra de Ganzhi y otros dirigentes...".* A tal punto llega la actitud de la Policía, que incluso se destaca en el testimonio transcrito la circunstancia del condicionamiento de los infractores de que se suscribiera una acta en la que se obligaba a que se no proceda a trámite de ley alguna contra el sentenciado Ganzhi. Particular, que es confirmado por el testimonio de otro miembro de la fuerza pública en la parte que a continuación se transcribe: *"...El policía Luis Alfonso Chisaguano, por su parte hace conocer: ...se encontraba de guardia en el destacamento policial, a las diez de la mañana vio que acudían un número determinado de comuneros que en ese instante estaban al mando de Manuel Ganzhi Tenelema, quien mantuvo una conversación con el Tnte. Meléndez,*

aspecto éste que es confirmado por el oficial de policía al momento de declarar, en tanto indica que primeramente hubo un altercado en los patios de la Subjefatura de Tránsito, allí tomó contacto por primera vez con el señor Ganzhi, pero no sabía ni quien es ni como se llamaba, únicamente era el que dirigía a toda la muchedumbre porque querían llevarse un vehículo que estaba detenido en el destacamento...". Es decir que, de parte de las comunidades indígenas, se produce un estado de poder, que en un momento determinado supera al de la fuerza pública, que materialmente es anulada por la manifestación indígena.- 3) Según el fallo impugnado, la tesis alegada por Fiscalía en la audiencia de juzgamiento, pretende demostrar lo contrario del criterio planteado a favor del sentenciado; orienta su posición en el siguiente sentido: 1) testimonio de Manuel Antonio Paredes quien en la audiencia manifiesta que fue el señor -refiriéndose al acusado-, que dijo al sacerdote que estuvo presente en el lugar de los hechos: usted no es invitado, tenga la bondad de salir; nosotros somos autónomos, vamos a hacer justicia por nuestras propias manos (el subrayado corresponde al fallo); también manifestó: esto no se queda así; luego con el chicote comenzó a flagelar a Lema -se cansaba con la mano derecha y cambiaba a la otra-; al final señala que el acusado Ganzhi era el que dirigía la situación, él era el protagonista, aunque al declarante no le torturó; 2) Sergio Rolando Lema Calle, acusa a Ganzhi de haber detenido y castigado físicamente a su padre; 3) Luis Rolando Montaleza Orellana

*Tratamiento*

y Luis Nazario Cevallos, encargados por orden superior de realizar las investigaciones, concuerdan entre sí, y refieren también este último dato obtenido al entrevistarse con tres mujeres del lugar, "éstas supieron indicar" que los comuneros actuaron bajo esas amenazas;

4) El Teniente de policía Cristian Meléndez, aparece haber intervenido en cumplimiento de su deber, al trasladarse el día 13 de abril a la casa comunal; encontró a Lema inerte, sin que dieran nombres de los causantes del fallecimiento (acude al lugar luego de producidos los hechos); es categórico en manifestar, que todos los diálogos, las negociaciones, y quien dirigía a toda la comunidad era el señor Ganzhi; era la persona con quien dialogaba, por medio de él se hacía cualquier cosa, es decir, todos aquellos le obedecían, después de largas negociaciones con Ganzhi; este oficial y otro, rescataron a los detenidos con la condición de que firmaran una acta indicando que ellos no debían hacer ningún trámite de ley en contra de Ganzhi y otros dirigentes; 5) El policía Luis Alfonso Chisaguano, por su parte, declara así en la audiencia de juzgamiento: el señor que tengo a la derecha, el señor Ganzhi desde el inicio estaba liderando, la comuna que hacía todo lo que decía; el 12 de abril del 2005 se encontraba de guardia en el destacamento policial, a las diez de la mañana vio que acudían un número determinado de comuneros que en ese instante estaban a mando de Manuel Ganzhi Tenelema, quien mantuvo una conversación con el Tnte. Meléndez, aspecto éste que es confirmado por el oficial de policía al momento de declarar; indica que

7

primeramente hubo un altercado en los patios de la Subjefatura de Tránsito, allí tomó contacto por primera vez con el señor Ganzhi, pero no sabía ni quien es ni como se llamaba, únicamente era el quien dirigía a toda la muchedumbre, porque querían llevarse un vehículo que estaba detenido en el destacamento. Ganzhi concurre hasta Nazón para procurar el apresamiento de Lema, poniendo en evidencia la inconsistencia de sus afirmaciones contenidas en el extenso testimonio que rinde en juicio.- 4) El acusado Manuel Ganzhi Tenelema en testimonio rendido en la audiencia de juicio señala: que el 12 de abril se encontraba en su casa de habitación, a eso de las siete y media llegó Tránsito Fajardo indicándole que el día 11 había sido capturado un carro sospechoso de haber vendido ganado en Cuenca, le detalló todo: entre los afectados estaba su madre que es una indigente, a las nueve bajó en búsqueda de ella sin encontrarle, le supieron manifestar que todas las comunidades estaban concentradas en los patios de la policía, se dirigió allá y vio compañeros de La Tranca, San Pedro, Quinoapata, Gallo Rumi, Huayrapungo, se acercó con el derecho de defender a su madre y escuchó las preguntas que hacían los comuneros del porqué al detener el vehículo la policía no detuvo al chofer; hablaron en conjunto no en forma individualizada. Se pidió la cooperación policial para que manden el carro a Gallo Rumi a objeto de asegurar que cualquier persona que venga a retirarlo responda por el ganado, en eso escuchó que los dueños habían sido detenidos en una de las

Chimbay

calles de la ciudad, poco a poco desaparecieron, se dirigió hasta el almacén del señor Carlos Taxi, pero se regresó porque decían que ya se habían ido, tomó su camioneta y se dirigió a Gallo Rummi, la gente ya había llegado con Paredes y Chimbay, por otras versiones sabe que habían tenido conflictos con la policía, al ingresar había bastante gente, llegaron otras comunidades, pudiendo apreciar las preguntas que hacían sobre el robo, al principio negaron todo, que no se conocían, no eran familias, que eran unos angelitos, negaron que sean culpables, unos señores tenían unas matriculas de carro, algunas comisiones se trasladaron a diferentes partes del Cañar y Azogues para traer a los comerciantes o negociantes que venden ganado en Cuenca y Azogues, cuando vinieron ninguno de ellos fue enfático en decir tu eres el ladrón, una señora de Ingapirca mencionó a Chimbay, diciendo: este es el ladrón me vendiste una vaca en Cuenca, la gente estaba tranquila, luego una avalancha de mujeres les dieron unos 8 a 10 cuerazos a cada uno, dijeron vamos a declarar, fue suficiente, la gente se preguntaba quien era el cómplice que entregaba el ganado, Chimbay dijo que era David Lema, relató todo y dio con detalles el lugar de residencia, entonces Fernando Tacuri dijo: yo sí conozco. A las ocho de la noche se autoconvocaron, no hubo dirigentes, en cada comunidad hay una directiva, luego se juntaron en Aguarongo unos 40 a 50 carros, el deponente estaba en la mitad de ellos con Abefardo López, Luis León, William Tacuri, Pedro Espinoza, optaron por bajar a Nazón, quienes conocían habían

9

tomado la delantera, al bajar por Mobiloil encontraron a Cirilo Fernández quien indicó que estaban equivocados de ruta, señalándoles por donde debían ir, luego de transitar llegaron atrasados al lugar, se bajaron del carro y escucharon el silbido de la gente, cuando estaban cerca decían ya tenemos al señor, regresaron a Gallo Rumi, pudiendo apreciar el salón lleno de gente, existían unos mil indígenas. El sacerdote preguntó que quienes habían esto a Paredes y Chimbay, respondieron que estaban cansados de los robos por lo que hacían averiguaciones, pidieron al padre que colabore, la multitud solicitó que se retire que no puede observar lo que va a pasar, un 20% a 30% en cambio se quede, Chimbay pidió le confiese al igual que Lema. Yo me retiro manifestó el padre, les dejo para que ustedes investiguen. Se procedió a entrevistar a estos dos señores con Lema en términos pacíficos que colabore, lejos de admitir su culpabilidad a pesar de dar los dos datos específicos, dijo no soy, amenazando a los otros detenidos, diciendo de aquí he de salir y les mato, Paredes por micrófono señaló: ya tienen una experiencia con nosotros, solicitó a toda la comunidad le den látigo, le agredieron mi prima Mercedes Ganzhi, Laura Bermeo, Juana Narváez, Rafael Padilla, pero no lo hicieron ordenados ni amenazados. Antes que el sacerdote abandonara el salón y agrediera a Lema la comunidad pidió que le sacaran al hijo de Lema para que no sufra traumas. Lema había indicado que ya va a declarar vino una ronda de preguntas y refirió el nombre de Jerónimo o Segundo Tamay y de su esposa Margarita

Alvarez, la gente decía que hacemos, algunos de la comunidad de Cungapite, como Luis Calle, señaló como es posible que nuestro compañero se refiera, entonces fueron a traerle, el deponente llegó hasta los límites de Charón Ventanas, conversó con Aurelio Bermejo, Isaura Bermeo para indicarle que estaban convocados por Luis Calle para que presencien que Lema había mencionado a uno de sus compañeros, como el señor Tamay tal vez ya conocía se había dirigido a Gallo Rumi, esperó por algún tiempo a los demás en Inganilla optando por regresar, entró al salón todo estaba pacífico siendo la una o dos de la mañana, se sentó a unos cinco o seis metros del escenario a un lado de una tía, estaba con frío, sueño, no había comido, luego de una hora vino el acaloramiento de las comunidades, había negado que Tamay y su esposa sean cómplices, un tumulto le llevó al agua y regresó alevoso, no vio que le pusieron las inyecciones, ingresó una colchoneta, una cobija, se acostó y quedó a dormir, al ser las cuatro de la mañana, se acercó José Luis Camas pidiendo que llevara una comunicación a San Pedro, lo hizo en compañía del Ing. José Manuel Zaruma, regresaron a Gallo Rumi era claro, cuando ingresó al local se sentó a pocos metros del fallecido, decían las mujeres parece que se ha muerto, Victoria Bermejo señaló ya se ha muerto, pasó la mañana hasta que llegaron las autoridades, los padres Jacinto Romero y Fausto Jiménez, cuando estaba afuera hicieron el levantamiento del cadáver, le llamaron por los parlantes para que redacte una acta que tenía por objeto sacar a Paredes y

---

Chimbay porque decían que podían morir, redactó la misma, pero tenía que poner a consideración del pueblo, en ese momento la mal llamada periodista saca una foto diciendo que yo he estado incitando a la gente, yo leía en ese momento el acta, que el teniente Meléndez dijo caballerosamente señores pongo a vuestra consideración que vayan a manos de la policía o queden en manos de ustedes, respondiendo llévense, el señor fiscal dijo yo les felicito lo que han hecho, desconoce la vivienda del señor Lema, que es totalmente falso que hayan conversado con el Teniente Meléndez, la conversación la tuvo el doce de abril.- 5) Las versiones testimoniales constantes en la sentencia que motiva el presente recurso, se establecen elementos cuantitativos y cualitativos sobre las comunidades que intervinieron en el hecho materia del presente procesamiento. De ellas, por responden a la confesión del sentenciado en la Audiencia de Juzgamiento, merece el señalarlas: A) **Víctor Hernán Tacuri Quito**, encontró una multitud que no pudo reconocer a las personas, había como 14 organizaciones y unos 40 a 50 carros; se botó al carro en el que traían a Lema, estaba agresivo, amenazaba a las personas incluso de muerte... responde preguntas formuladas en la audiencia de juzgamiento, señala: Que estaba presente el día que se suscitaron las cosas, en el momento que le trasladaron al finado, encontró a una multitud que no pudo reconocer a las personas, había como 14 organizaciones y unos 40 o 50 carros, se botó al carro en el que le traían a Lema...; B) **Manuel Antonio Paredes**.- Ese día su carro

quedó detenido en Zsud, necesitaba de un abogado, cuando consultaba asomaron gente de varias comunidades, al entrar le dijeron -dirigiéndose a la víctima- Este es el ladrón, le cogieron del pantalón y le arrastraron, trasladándole junto con Chimbay a la comunidad de Gallo Rumi; entonces empezó a llegar una cantidad de gente agitados por los dirigentes, siendo encerrados en la casa comunal; a eso de las ocho y media de la noche empezaron a flagelarles, primero a Chimbay por orden de los agitadores..., por disposición de los señores que están prácticamente involucrados... una vez castigado Chimbay indicó que él había comprado las dos o tres cabezas de ganado adquiridas a la víctima; salieron a traer al fallecido; cuando llegó le colocaron una soga al cuello y en la cintura. Arribó el párroco de Honorato Vásquez. C) **María Trinidad Tránsito Puli Collaguazo.**- Cuando llegó a Gallo Rumi a las ocho y media, había estado gente de todas las comunidades, de la zona de Pimo Gun, Charcay, Junca!, quienes, conversaban que estos señores han sabido robar y vender; ya habían ido a traer a Lema; escuchó por la ventana a Paredes y Chimbay decir que él mismo sabe robar; cuando llegó les dijo; tú me mandaste a traer; Lema les amenazaba. Manuel Ganzhi estuvo fuera conversando con la gente de la zona baja, quienes dijeron: ni puesto candela vale, tenemos que saber quien es el que entrega; no quiso declarar, por eso te castigaron...; D) Como consecuencia de la aprehensión en la ciudad de Cañar de Manuel Antonio Paredes y Manuel Mesías Chimbay quienes fueran

trasladados a la comunidad de Gallo Rumi, y obteniendo de parte del segundo de los nombrados la confesión de que David Antonio Lema era quien entregaba los semovientes, éste es detenido y trasladado desde su casa de habitación situada en la parroquia Nazón del cantón Biblián hasta la mencionada comunidad, hecho que se encuentra por demás acreditado con los testimonios de Sergio Rolando Lema Calle, hijo del fallecido, Luis Roberto Pomadilla, Víctor Hernán Tacurí, Segundo Pedro Espinoza Fernández, Segundo Aurelio Camas, y otros. Apresamiento que se lo hace bajo la motivación de llegar al esclarecimiento de diversas sustracciones que habían tenido lugar en la zona, empero tal procedimiento tiene lugar al margen del derecho.

**SEXTO.- LA RESPONSABILIDAD PUNIBLE.- 1)** Dada la naturaleza del hecho, deben ser motivo de particular análisis, las participaciones punibles en juego y las responsabilidades respectivas, en circunstancias en que la denominada "justicia por propia mano", es de trascendencia del pensamiento jurídico penal actual; de tal naturaleza, que ha sido motivo de preocupación del pensamiento sustantivo y procesal penal en diversos campos del derecho, por las circunstancias peculiares que se dan: desde esferas históricas, hasta políticas y sociológicas, que especialmente se centralizan en comunidades aborígenes del Ecuador y Latinoamérica, y que han despertado singular importancia en organismos internacionales; a tal punto que nuestra Constitución Política cubre un singular espacio normativo, que en el presente caso ha sido motivo de análisis de

135  
F. J. J. J. J.

parte del ministerio público en el dictamen correspondiente. Merecen que en base de la sentencia impugnada se hagan, las siguientes consideraciones: Se establece a través del reconocimiento médico, que describe las lesiones que ocasionaron la muerte de David Lema Mayancela, así: hematomas y equimosis en el NOVENTA POR CIENTO DEL CUERPO - destacado en letras mayúsculas en el presente fallo-, por flagelamiento, con sangrado en región de la espalda, múltiples excoriaciones en cara y dorso nasal, laceraciones en pabellones auriculares, equimosis, hematomas y excoriaciones en la totalidad del tórax; en abdomen equimosis y excoriaciones múltiples con presencia de surco equimótico que deja huella en la unión de su parte superior con el tórax; dorso excoriaciones múltiples por donde sangra con facilidad, equimosis y hematomas; extremidades excoriaciones múltiples, equimosis y hematomas, edema de manos; presencia de equimosis en el pene. Edema hemorrágico congestivo en el cerebro; hemisferios cerebrales y circunvoluciones hemorrágicas congestivas, cerebelo hemorrágico congestivo. Músculo torácicos hemorrágicos, cavidad torácica presencia de sangre en el lado derecho 50 cc aproximadamente, pulmones antracosis, hematoma en fóbulo inferior. Miembros superiores edema de manos, equimosis y hematomas en toda su extensión, miembros inferiores excoriaciones múltiples, equimosis y hematomas en toda su extensión.- **DIAGNÓSTICO:** Politraumatismo, hipotermia.- Prueba a la que se adicionan los testimonios de Sergio

Rolando Carnas Lema, Manuel Antonio Paredes, Luis Roberto Pomadilla, Víctor Hernán Tacuri, Segundo Pedro Espinoza, entre otros, con lo que se justifica la circunstancia que el fallecido Lema fue detenido y privado de su libertad en sector Nazón del cantón Biblián y trasladado hasta la comunidad de Gallo Rumi, en el cantón Cañar.- En la sentencia del Segundo Tribunal Penal de Cañar, no existe referencia alguna sobre si el Fiscal incorporó como prueba en el proceso **el reconocimiento del lugar**; de manera que existe un lamentable vacío porque no se ha probado sobre el lugar que fue ocupado por cuatro comunidades indígenas de Cañar de la comunidad de Gallo Rumi, de fundamental importancia para establecer la presencia de miembros de cuatro comunidades indígenas, determinante para considerar un cálculo aproximado de los individuos que ocuparon aparentemente tanto el salón principal como las afueras, que fueron quienes agredieron a la víctima hasta ocasionarle la muerte; en circunstancias en que existe evidencia testimonial de que fueron aproximadamente cuarenta buses los que se trasladaron a la comunidad de Gallo Rumi; **2)** Para resolver el recurso de casación, corresponde el establecer si en la sentencia impugnada, opera la subsunción entre el hecho procesado penalmente con la norma típica prevista y reprimida en el Art. 183, en relación con el tercer inciso del Art. 187 del Código Penal, de manera que los hechos motivo del procesamiento, a través de la prueba ingresada al proceso en la audiencia de juzgamiento, a partir

de la existencia material, en circunstancia de que desafortunadamente existen vacíos en la instrucción fiscal que omitieron el recoger datos objetivos sobre el lugar de los hechos, pues lo que existe probado es que se trató de aproximadamente cuarenta mil sujetos provenientes de comunas de la provincia de Cañar, quienes asumen la actitud de "justicia por mano propia". En relación con la sustracción de ganado vacuno que por un lapso considerable familias indígenas fueron víctimas, en circunstancias en las cuales se veían privadas de una fuente de subsistencia; empero la abundante prueba testimonial con el informe especializado que contiene el reconocimiento médico legal, entregan al proceso la convicción de que en efecto la existencia jurídica del delito responde a la infracción incriminada en virtud de la cual "sin orden de las autoridades constituidas" se privo de la libertad a la víctima David Lema Mayancela, y se produjo agresión física proveniente de un grupo humano no individualizado ni identificado, que le causó la muerte; a tal punto de que las lesiones llegaron a cubrir un espacio equivalente al noventa por ciento de su cuerpo, en horas continuas luego de haber capturado a Lema Mayancela como posible autor del hecho, y de que sujetos que adquirieron el ganado sustraído manifestaron el haber comprado al sujeto ilegalmente juzgado; 3) Es evidente entonces que la existencia jurídica del delito incriminado, con los antecedentes expuestos, está justificada en sentencia: indudablemente el tipo penal es reproducido en el proceso; 4)

Entonces es preciso el considerar si en efecto, se dan los elementos procesales para poder establecer si en realidad se ha incurrido en error de derecho en la sentencia, en los términos del recurso de casación interpuesto; se precisa cubrir el entorno jurídico correspondiente, en los siguientes puntos: **A)** Para considerar el planteamiento con el que fundamenta la impugnación el sentenciado se precisa de consideraciones previas a fin de advertir tales alegaciones, en disposiciones constitucionales y de la Organización Internacional del Trabajo, que se relacionan con el asunto que preocupa a varios países latinoamericanos en relación con el ejercicio de la justicia ancestral de grupos indígenas de nuestro continente.- Al respecto, merece el considerarse lo anotado, a través del criterio que al respecto mantiene el tratadista español de la Universidad de Valencia, Emiliano Borja Jiménez, como resultado de la investigación realizada en nuestro continente. Al respecto sostiene la existencia de un "auténtico Derecho Penal indígena...", en comunidades de la sierra y oriente ecuatoriano. Al respecto manifiesta: "...El nativo deja de considerarse a sí mismo como sujeto marginado que vive en unas determinadas condiciones sociales, económicas y políticas de "modo natural" y adquiere conciencia de su propia dignidad, de su valoración como persona, de la estimación de su cultura, lengua, tradiciones, costumbres y derecho autóctono..."- "...En los últimos años se han producido muchos casos de auto justicia en los que una población, un barrio, una parroquia o una entidad local menor ha enjuiciado,

101-  
Tercera Saia de lo Penal

condenado y ajusticiado a alguno de sus miembros o a otras personas foráneas sin que el Estado haya podido aplicar sus reglas de procedimiento penal o su propio texto punitivo. Y la mayoría de los medios de comunicación han señalado que en estos supuestos se encontraba la esencia del Derecho Penal indígena. De ahí que, en primer lugar, se tenga que analizar cada uno de ese conjunto de hechos para determinar finalmente, bien la existencia de unas reglas específicas de enjuiciamiento y su aplicación, o bien, por el contrario, para constatar que en estas ocasiones el castigo obedecía a una situación de crispación, de desesperación y de rabia de un sector de la población ante la situación de inseguridad, de ineficacia o de corrupción de los órganos de persecución penal de ciertas zonas del país, con ausencia de toda norma o procedimiento..." ("Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena"). En virtud de lo expuesto, nos explicamos que dentro de lo rudimentario de la actuación de los grupos indígenas en el procesamiento elemental que se dio, cuando antes de proceder al castigo del sujeto de la infracción -víctima del hecho incriminado-, precedió la versión pública de quienes fueron adquirentes de los semovientes sustraídos; **B)** Esta Tercera Saia de lo Penal, sin pretender sustentar criterio alguno en la tesis de la justicia indígena antes enunciada para establecer un criterio previo explicativo, advierte que la actitud de los grupos indígenas tuvo razón de ser en motivaciones que no tienen relación con el hecho sino con una realización de justicia existente que se

practica en situaciones similares; C) El Art. 183 del Código Penal reprime a quienes arbitrariamente -sin orden de autoridad constituida- e ilegítimamente detuvieren a particulares. Disposición que se complementa con el Art. 187 *ibidem*, de la siguiente forma: el segundo inciso que se remite a la alternativa punible de que si el sujeto hubiere sufrido tormentos corporales, el culpable será reprimido...; empero el tercero y último inciso de esta disposición, establece la hipótesis que recoge la sentencia impugnada, que incrimina al sentenciado, con respecto a que, si los tormentos, lo hubieren causado la muerte, el culpado será reprimido con reclusión mayor especial...; D) En el caso que nos ocupa, fue la muchedumbre, los grupos indígenas trasladados al lugar de los hechos, en aproximadamente cuarenta camiones, quienes fueron bajo la dirección de MANUEL GANZI TENELEMA, dieron muerte a DAVID LENA MAYANCELA, como se desprende de las lesiones sufridas, que cubren el noventa por ciento de su cuerpo; y corroborados prácticamente por todos los testimonios que se relacionan con el hecho; E) El rol del sentenciado de dirigir a la muchedumbre que victimó al imputado de sustraerse ganado, no cubre el grado de responsabilidad de actor en el delito que se incrimina cuya subsunción con los hechos responde a los tipos penales establecidos en el fallo del Tribunal Segundo de lo Penal de Cañar. La doctrina contemporánea de la autoría que define al rol en el que incurrió el sentenciado como interviniente no

40  
Casación

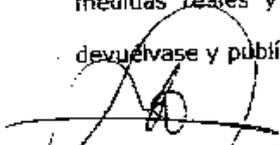
cualificado, que lo ubican tanto el código penal Colombiano como la ordenanza procesal Alemana; se lo conceptúa como "...El interviniente es el copartícipe que careciendo de las calidades especiales exigidas en el tipo realiza con el intraneus la conducta del delito especial o le determina o le ayuda a tal realización. - Caben destacar que según el mismo autor que anota que "La figura del interviniente no cualificado sólo se da en los delitos especiales, en los cuales sólo es autor quien además de realizar la conducta típica tenga en las calidades especiales exigidas en el tipo de la parte especial (AUTORÍA. - Alberto Suárez Sánchez Pág. 523.- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA).- ...".- El INTRANEUS, es quien reproduce el tipo penal de un delito especial, que en el presente caso tiene tal naturaleza, no sólo por los elementos constitutivos del hecho, en que se trata de una muchedumbre quien lo ejecuta, dentro de la cual el sentenciado en el procesamiento que motiva el presente recurso de casación - responsabilizado por la justicia ordinaria-, es uno mas entre quienes provocaron la muerte, cuyo resultado, por las lesiones ocasionadas, escapan a cualquier hecho que corrientemente se desarrolla dentro del delito contra la vida; resultado que es la expresión de la actitud que, dentro del entorno de la "justicia por mano propia", constituye manifestación ancestral de sectores indígenas que cubren espacios de cultura, cuyos aspectos constitutivos se desarrollan en la producción del hecho; es menester destacar detalles, tales como por ejemplo el impedir la presencia del sacerdote, de significado religioso en la

---

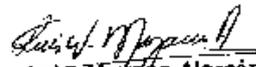
comunidad, que impidieron que continúe en el lugar donde el hecho ocurrió, para con la sola presencia de los sectores indígenas agraviados, dar rienda suelta a lo que ellos consideran ejercicio de la justicia, ante un comportamiento de singular gravedad, de significado no común, el de la sustracción de ganado, que no sólo lesiona la economía de sectores que soportaron la actitud abigea mencionada, sino de valores de mayor y diferente significación de la sociedad indígena, cuya actitud no es extraña en los diversos sectores aborígenes del país y del continente.- Es evidente que la muerte de un ser humano provocada ilegítimamente, constituye uno de los hechos más significativos, que incide en la seguridad jurídica del Estado; sin embargo, nada se ha hecho por establecer la alternativa procesal para incorporar al orden penal la adecuación a la justicia la potestad que se conduce con sentido cuya explicación es histórica, adoptado por importantes sectores de la sociedad ecuatoriana, empero de que en el Proyecto inicial del Código de Procedimiento Penal sugerido por la Corte Suprema de Justicia en 1992, se estableció una propuesta concreta que fue desestimada por el legislador, que hubiera señalado un camino para dentro de la estructura señalar un auténtico sistema de incorporación de la Justicia Indígena.- Por lo expuesto se pone en vigencia el principio de ausencia de consentimiento voluntario que prevé el derecho romano cuando expresa: *"nullus videtur dolo facere. Qui suo iure utitur"*, porque efectivamente al utilizar lo que se considera como "su

- 23 -  
Secretaría

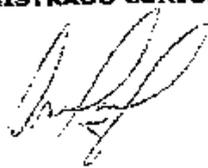
*derecho*" intención de realizar lo prohibido.- Con tales antecedentes, la sentencia del Tribunal Segundo de lo Penal de Cañar, ha incriminado al hecho a través de una interpretación indebida de la Ley, que según manifiesta Prieto Castro, ésta opera "en todos los casos en que, no obstante, haberse aplicado la norma adecuada, no se le da su verdadero sentido haciéndole derivar de ella consecuencias que no resulten de su contenido. Por las consideraciones anotadas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa la sentencia impugnada y dicta sentencia absolutoria a favor de **MANUEL GANZHI TENELAMA**, disponiéndose se cancelen todas las medidas reales y personales dictadas en su contra.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

  
Dr. Hernán Ulloa Parada  
**MAGISTRADO**

  
Dr. Rodrigo Bucheli Mera  
**MAGISTRADO**

  
Dr. Luis Moreno Alarcón  
**MAGISTRADO CONJUEZ**

Certifico.-

  
Dr. Hermes Sarango Aguirre  
**SECRETARIO RELATOR**

Quince y dos

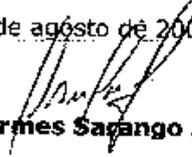
**RAZON:** En Quito, hoy siete de agosto de dos mil ocho, a las dieciséis horas, notifico con la nota en relación y sentencia que antecede a MANUEL GANZHI TENELEMA, en el casillero judicial No 657 y 763 y al MINISTERIO PÚBLICO en el casillero judicial No. 1207.- Certifico.-

  
Dr. Hermes Sarango Aguirre

**SECRETARIO RELATOR**

-43-  
Ejecutoria y fin

**RAZON:** Devuelvo al Secretario de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Cañar el juicio penal No 599-2006, seguido por **DAVID LEMA MAYANCELA** en contra de **MANUEL GANZHI TENELEMA Y OTROS**, venido en grado por recurso de casación, compuesto de setecientas cuarenta y ocho fojas (748), ocho (8) cuerpos y Ejecutoria Suprema en diez (10) fojas útiles.- Quito, 11 de agosto de 2008.

  
**Dr. Hermes Sarango Aguirre**

**SECRETARIO RELATOR**