

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

El error judicial y su reparación en el sistema jurídico ecuatoriano

Marcelo Iván Farfán Intriago

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2019



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Marcelo Iván Farfán Intriago, autor de la tesis intitulada “El error judicial y su reparación en el sistema jurídico ecuatoriano”, mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir uno de los requisitos para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtuales, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autoría de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respecto y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 5 de septiembre de 2019

Marcelo Iván Farfán Intriago

CC: 1302518046

Resumen

El análisis teórico jurídico del error judicial y su reparación en el sistema jurídico ecuatoriano es el objetivo general de esta investigación. El estudio se justifica porque el error judicial se encuentra incorporado desde la reforma constitucional de 1996, sin que este título de imputación se materialice en la praxis.

En esta investigación se analiza el servicio público desde sus orígenes y definiciones, por medio de la experiencia desarrollada en otras latitudes, precisando que la administración de justicia en Ecuador se convierte en un servicio público, a partir de su consagración constitucional y legal. Se analizaron las medidas necesarias para otorgar de manera eficiente y eficaz este servicio, estudiando el papel del juez, su formación en la escuela judicial, y el proceso de selección de los mismos para el desempeño de sus funciones. Finalmente, se definieron los presupuestos para configurar la responsabilidad extracontractual de Ecuador por error judicial, desde el punto de vista de su normatividad y de su aplicación.

Los métodos empíricos de investigación y el análisis documental se complementan y brindan una visión más integral del estado actual del tema, aportando elementos fácticos no considerados previamente en otros estudios. Los resultados revelan que no existe una sola sentencia ejecutoriada en la que se haya ordenado la reparación por error judicial, y consecuentemente, no existe ningún monto que el Estado haya reparado.

Concluimos que, al no existir un desarrollo teórico y jurisprudencial, que contemple los presupuestos para configurar el error judicial y distinguirlo de los demás títulos de imputación, respecto de la deficiencia de la prestación del servicio público de la justicia, el ciudadano se encuentra en total incertidumbre, por lo que recomendamos que, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia determine tales aspectos de conformidad al mandato constitucional y legal en esta materia.

Palabras clave: Administración de justicia, servicio público, error judicial, juez, responsabilidad extracontractual, reparación.

Dedicatoria

A mis padres, ejemplo de vida.
A mi familia, por su aporte fundamental en
el logro de esta meta.

Agradecimiento

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, de manera especial a la directora del Doctorado de Derecho y del Área de Derecho, Claudia Storini.

Tabla de Contenido

| | |
|--|-----------|
| Abreviaturas | 15 |
| Introducción..... | 17 |
| Capítulo primero | 21 |
| La administración de justicia como servicio público: | 21 |
| Su deficiente prestación como causa del error judicial..... | 21 |
| 1. El servicio público..... | 21 |
| 1.1. Origen..... | 21 |
| 1.2. Definiciones de servicio público..... | 23 |
| 1.3. Principios generales del servicio público | 26 |
| 1.4. El servicio público en el derecho comparado | 33 |
| 2. La administración de justicia | 38 |
| 2.1. El Estado y la justicia | 38 |
| 2.2. Conceptualización de la administración de justicia | 41 |
| 2.3. La administración de justicia como servicio público | 42 |
| 3. La necesidad de modernizar la justicia como servicio público en la República del Ecuador..... | 63 |
| 3.1. Fundamento constitucional..... | 63 |
| 3.2. Principios del servicio público de justicia | 67 |
| Capítulo segundo | 91 |
| Medidas preventivas del Estado para evitar que los jueces incurran en el error judicial | 91 |
| 1. El juez..... | 92 |
| 2. Formación del juez..... | 103 |
| 3. El juez en el Estado constitucional de derechos y justicia | 107 |
| 4. Selección de jueces en Ecuador | 109 |
| 4.1. Modelos de selección de jueces | 109 |
| 4.2. Sistema de selección de jueces ordinarios | 111 |

| | | |
|------|---|------------|
| 4.3. | Sistema de selección de jueces nacionales | 113 |
| 5. | Potestad de administrar justicia | 115 |
| 5.1. | Autoridad del juez..... | 115 |
| 5.2. | Independencia e imparcialidad del juez | 121 |
| 5.3. | Vinculación del juez a la Constitución..... | 124 |
| 5.4. | Vinculación del juez a la ley..... | 134 |
| 6. | Instancias y recursos como forma de corregir el error judicial..... | 143 |
| 6.1. | Instancia ordinaria: Tribunales, juzgados y cortes provinciales de justicia ... | 145 |
| 6.2. | Instancia extraordinaria: CNJ recurso de casación y revisión | 147 |
| | Capítulo tercero | 153 |
| | Responsabilidad extracontractual del Estado como fundamento para reparar el | |
| | daño por Error Judicial | 153 |
| 1. | Origen de la responsabilidad..... | 153 |
| 2. | Seguridad jurídica como elemento de la responsabilidad estatal..... | 160 |
| 3. | Concepto de responsabilidad | 163 |
| 4. | Tipos de responsabilidad: Contractual; extracontractual: objetiva y subjetiva . | 166 |
| 5. | Elementos de la responsabilidad extracontractual | 171 |
| 5.1. | El daño..... | 171 |
| 5.2. | Imputación del daño | 178 |
| 5.3. | Nexo causal | 179 |
| 6. | Teorías que sustentan el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado..... | 180 |
| 6.1. | Teoría de la falta de servicio..... | 180 |
| 6.2. | Teoría del riesgo excepcional | 184 |
| 6.3. | Teoría de la ruptura del principio de igualdad o proporcionalidad frente a las cargas públicas..... | 188 |
| 7. | Responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano..... | 190 |
| | Capítulo cuarto | 199 |
| | El error judicial y su reparación..... | 199 |

| | |
|---|------------|
| 1. Error judicial | 199 |
| 1.1. Generalidades..... | 199 |
| 1.2. Conceptualización..... | 201 |
| 1.3. Elementos | 207 |
| 1.4. Caracteres para imputar responsabilidad por error judicial..... | 211 |
| 1.5. Mal funcionamiento de la administración de justicia: Error judicial y funcionamiento anormal..... | 218 |
| 1.6. ¿Similitud o desigualdad entre retardo injustificado o inadecuada administración de justicia?..... | 225 |
| 2. El error judicial en Ecuador | 229 |
| 2.1. Origen del error judicial en Ecuador | 229 |
| 2.2. Presupuestos para configurar la responsabilidad extracontractual por error judicial en Ecuador | 236 |
| 2.3. El error judicial en el derecho comparado..... | 238 |
| 3. Responsabilidad del Estado por error judicial | 246 |
| 4. La reparación | 247 |
| 4.1. Desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos | 247 |
| 4.2. Tipos de reparación | 251 |
| 4.3. Mecanismos de reparación integral en el derecho internacional | 258 |
| 5. La Reparación Integral en el Ecuador | 262 |
| 5.1. Constitucionalización del derecho a la reparación..... | 262 |
| 5.2. Fundamentos de la reparación integral..... | 264 |
| 5.3. La reparación integral en el procedimiento de acciones jurisdiccionales | 266 |
| 5.4. La reparación integral y el error judicial | 267 |
| 5.5. Presupuestos de la reparación por error judicial | 269 |
| Capítulo quinto | 275 |
| El error judicial y su reparación en el Sistema Jurídico ecuatoriano: Análisis de casos | 275 |

| | | |
|---|--|------------|
| 1. | Casos en contra del Estado por error judicial | 275 |
| 1.1. | Demanda por error judicial | 275 |
| 1.2. | Demanda por inadecuada administración de justicia | 278 |
| 1.3. | Demanda por error judicial: Caso de competencia | 284 |
| 2. | Casos de correcciones de errores en sentencias, resoluciones o autos | 289 |
| 2.1. | Acción Extraordinaria de Protección | 289 |
| 3. | Privación de libertad (daño moral)..... | 294 |
| Capítulo sexto..... | | 301 |
| El error judicial y su reparación en la realidad jurídica ecuatoriana..... | | 301 |
| 1. | La encuesta a los profesionales del derecho | 301 |
| 1.1. | Cuestionario acerca del error judicial y su reparación | 301 |
| Conclusiones..... | | 319 |
| Bibliografía..... | | 323 |

Abreviaturas

| | |
|-----------|--|
| Art. | Artículo / Artículos |
| BID | Banco Interamericano de Desarrollo |
| CADH | Convención Americana de Derechos Humanos |
| CC | Corte Constitucional |
| CCPT | Corte Constitucional para el Período de Transición |
| CEDEC | Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional |
| CEJA | Centro de Estudios de Justicia de las Américas |
| CEN | Corporación Editora Nacional |
| CEP | Centro de Estudios y Publicaciones |
| CEPC | Centro de Estudios Políticos y Constitucionales |
| CIDH | Comisión Interamericana de Derechos Humanos |
| CNJ | Corte Nacional de Justicia |
| COFJ | Código Orgánico de la Función Judicial |
| COGEP | Código Orgánico General de Procesos |
| COIP | Código Orgánico Integral Penal |
| Corte IDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CPE | Constitución Política del Ecuador |
| CPP | Código de Procedimiento Penal, |
| Corte IDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CRE | Constitución de la República del Ecuador |
| CSJ | Corte Suprema de Justicia |
| EE. UU. | Estados Unidos de América |
| FCE | Fondo de Cultura Económica |
| IDL | Instituto de Defensa Legal |
| IJ | Instituto de Investigaciones Jurídicas |

| | |
|--------|---|
| LOFJ | Ley Orgánica de la Función Judicial |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| LOGJCC | Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional |
| MJDH | Ministerio de Justicia y Derechos Humanos |
| OCMA | Oficina de Control de la Magistratura |
| PUCE | Pontificia Universidad Católica del Ecuador |
| PUCP | Pontificia Universidad Católica del Perú |
| SIDH: | Sistema Interamericano de Derechos Humanos |
| UASB-E | Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador |
| UEC | Universidad Externado de Colombia |
| UNAM | Universidad Nacional Autónoma de México |
| UNED | Universidad Nacional de Estudios a Distancia |

Introducción

La responsabilidad del Estado ecuatoriano derivada del error judicial y su reparación en el ordenamiento jurídico contemporáneo se constituye como una figura jurídica inaplicable, considerando que los integrantes del órgano jurisdiccional de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, CNJ) únicamente han sostenido que la mera revocatoria o anulación de una sentencia no constituye fundamento suficiente para la configuración del error judicial, sin que se haya establecido los presupuestos para demandar la responsabilidad del Estado por este título de imputación.

Esta realidad puede ser comprobada al revisar una de las fuentes del derecho: la jurisprudencia, en la que se constata que la CNJ,¹ antes Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ), en relación con las características del error judicial, sostiene que este debe ser inexcusable y no el simple error de aplicación, de interpretación o de criterio. Siendo así, que la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación ilegítima de la libertad de una persona derivada del error judicial ha sido reconocida por la CSJ.²

En esta investigación se presentan sentencias, que luego de resolver un recurso de revisión, la CSJ se ha pronunciado así: “frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante un mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión”,³ así como afirmaciones tendientes a señalar que el recurso de revisión: “tiene por objeto corregir el error judicial en que hubiere incurrido el juzgador en los casos determinados taxativamente en el art.

¹ Ecuador, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º 158-2002: Registro Oficial 700, 8 de noviembre de 2002: “Si el juez consideró que había delito y el Tribunal Penal estimó que se trataba de un asunto civil, no sería sino el caso frecuente, diario, si se quiere, de diversidad de opiniones [...] El recurrente considera que porque el Tribunal de lo Penal revocó el auto del juez, ello implica que lo ordenado por aquel fue ilegal, arbitrario e inconstitucional, tesis que no comparte esta Sala. [...] El error judicial de que trata el artículo 22 de la Constitución, tiene que ser inexcusable, no puede ser el simple error de aplicación, de interpretación, de criterio, porque sería exigir la perfección que en el orden humano es inalcanzable y contraria aquel principio de *humanun errarum*. [...] [El aceptar como cierta la segunda consideración llevaría al] “absurdo de que cada vez que se revoca una providencia dictada por un juez inferior, este ha violado la Constitución y la ley y por ello debe responder el Estado Ecuatoriano”.

² Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 228-08: “Se reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación ilegítima de la libertad de una persona, hecho que forma parte de los supuestos de error judicial. [...] Toda privación de la libertad efectuada de manera ilegítima, irroga un daño injusto a quien debe soportarla.

³ Ecuador, Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 157-2006, Registro Oficial 98, 5 de junio de 2007.

360 del Código de Procedimiento Penal”.⁴ Sobre la configuración del daño indemnizable, la CSJ impuso un estándar en sus fallos,⁵ determinando que: “este debe ser cierto, actual o futuro, material o moral para que el perjudicado le exija al Estado su reparación”,⁶ añadiendo que el daño como tal debe suponer una afectación injusta o ilícita para el perjudicado, o sus bienes.

De acuerdo con lo expuesto, la CNJ ha fundamentado la responsabilidad extracontractual del Estado con las teorías de falla en el servicio, riesgo excepcional y ruptura del principio de igualdad o proporcionalidad frente a las cargas públicas, estableciendo que el administrado no está jurídicamente obligado a soportar los daños ocasionados por el Estado y con ello se genera la obligación de repararlos.

En este marco de análisis, se precisa que las interrogantes y objetivos específicos concurrentes al objetivo general que sustentan el ejercicio metodológico realizado, permitieran estructurar el estudio en seis capítulos:

En el primer capítulo, se analiza el servicio público desde sus orígenes y definiciones en algunos países, con el fin de brindar una visión del derecho comparado en esta área del conocimiento, destacando que la administración de justicia en Ecuador se convierte en un servicio público, a partir de la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ), junto con los principios constitucionales y legales que brindan una visión integral de la administración de justicia.

En mérito a que el Estado tiene a su cargo la prestación del servicio público de la administración de justicia, esta tiene que adoptar medidas necesarias para otorgarlo de manera eficiente, lo cual se analiza en el segundo capítulo, estudiando el papel del juez, su formación en la escuela judicial, la selección de los mismos para el desempeño de sus funciones, tomando en consideración, principalmente, los criterios para la designación de jueces de Corte Nacional, Tribunales y Cortes Provinciales; así como de primer nivel, bajo la pretendida necesidad de generar la independencia e imparcialidad de los operadores de justicia.

En el tercero y cuarto capítulo se definen los presupuestos para configurar la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano por error judicial, aludiendo a

⁴ Ecuador. Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Expediente n.º 4500-98.

⁵ Corte Nacional de Justicia. Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo: Expediente de Casación 93, Registro Oficial edición jurídica 101, 20 de mayo de 2016.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo: “En el principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material, o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad”. Expediente de Casación 84: Registro Oficial 220, Suplemento 23 de junio de 2010.

la reparación desde los aportes doctrinarios, así como el fundamento jurídico desarrollado en Ecuador.

Abierto el camino respecto del error judicial y su reparación desde los aportes doctrinarios, los capítulos quinto y sexto permiten realizar el análisis de casos y de la realidad de Ecuador, respecto de las demandas incoadas por los ciudadanos que han sufrido el daño, advirtiendo la ineficacia en la práctica de esta figura jurídica, proponiendo los presupuestos que deben configurar la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano por ese título de imputación.

Como consecuencia de este análisis teórico-crítico de la jurisprudencia, se muestra el resultado de la investigación, mediante encuestas a jueces y abogados en libre ejercicio, confrontando lo previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la práctica jurídica real y concreta, considerando que la justicia es un servicio público de responsabilidad exclusiva del Estado.

La búsqueda de las raíces y el devenir del objeto de estudio seleccionado, así como su visualización contextual en el caso particular de Ecuador, posibilitan una visión mucho más detallada, sistemática y fundamentada acerca de la problemática respecto de demandar al Estado la reparación por error judicial, cuyo concepto y elementos no se encuentran disponibles, ni jurídica ni jurisprudencialmente para cualquier interesado en accionar.

La tesis doctoral abarca el estudio de la administración de justicia como servicio público, así lo contempla su normativa, destacando que la deficiente prestación genera el error judicial; por lo que el Estado debe adoptar todas las medidas preventivas para que no se configure el mismo, y de generarse, deberá sumir la responsabilidad extracontractual. La investigación presenta potencialidades para su utilización dentro del ámbito académico en el tratamiento de su andamiaje conceptual y ejecución práctica.

Por último, este estudio incluye métodos empíricos de investigación, el análisis documental de casos y la encuesta, que complementan y ofrecen una visión integral del tema, con aportes de elementos fácticos no considerados previamente en otros estudios, lo que da cuenta de la relevancia contemporánea y científica del trabajo, subrayando, desde el punto de vista de su normatividad y de su aplicación, la evidente contradicción entre lo normado y la práctica jurídica concreta.

Capítulo primero

La administración de justicia como servicio público: Su deficiente prestación como causa del error judicial

Las actividades que ejecutan las entidades, instituciones, poderes o funciones del Estado pueden generar daños a los particulares; entre ellas se encuentra la función judicial como la institución encargada de administrar justicia, la misma que el Estado ecuatoriano la considera como un servicio público. Si bien, el error judicial puede generar varios tipos de responsabilidades, la investigación se centra en la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, generada a causa de una deficiente prestación del servicio de justicia; sin embargo, esta no solo se produce por el error judicial, sino también por una serie de actividades no jurisdiccionales que pueden generar otros títulos de imputación de responsabilidad estatal, los cuales no son el objeto principal de estudio del presente trabajo.

En este capítulo, se define a la administración de justicia como un servicio público, su modernización dentro del Estado ecuatoriano al instituirlo como tal y los principios que la rodean. Para ello, se analizará, en primer lugar, el origen y las principales definiciones del servicio público, y posteriormente, el desarrollo que ha tenido en otras legislaciones.

1. El servicio público

1.1. Origen

El servicio público tuvo su origen en Francia,⁷ “como una actividad realizada por la administración pública en forma directa o indirecta mediante concesionarios”. Además fue el precepto que sirvió de base para la construcción del derecho administrativo.⁸ La noción de servicio público abarca actividades estrictamente públicas

⁷ Juan C. Cassagne, *Servicio público y policía* (Buenos Aires: Ed. El Derecho, 2006), 141: “[...] con la finalidad de afirmar la competencia del juez administrativo francés (dotado de una competencia jurisdiccional plena por una ley de 1872), se utilizó precisamente el concepto de servicio público con un carácter absoluto para la determinación de la competencia de la jurisdicción administrativa”.

⁸ Arrêt Blanco (8 de febrero de 1873. Tribunal de Conflictos). El fallo Blanco, más que una providencia sobre el fondo del conflicto suscitado a propósito de una actividad de la administración

regidas por el régimen jurídico público; si se trata de actividades privadas estarán regidas por el régimen jurídico privado. Es importante diferenciar el caso del monopolio, que surge de la libre competencia, es decir, de la libre oferta y demanda del mercado sin que exista regulación alguna; y el otro monopolio,⁹ el de los servicios públicos, compuesto por el Estado en mérito a lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) de 2008, monopolio basado en la realización de una actividad que satisface la necesidad de justicia.¹⁰

La idea del servicio público se inició con los tratadistas franceses a partir del cambio ideológico con respecto a la libertad y derechos del hombre que se produce con la Revolución francesa en el siglo XVIII. El término servicio público fue acuñado por Rousseau y, al mismo tiempo, por León Duguit, siendo ellos los autores de los primeros escritos que tenían base sólida respecto del servicio público.¹¹

Se considera que hasta fines del siglo XIX, la doctrina del derecho administrativo ignoró la teoría del servicio público, no porque los servicios públicos

pública francesa, es una resolución de clara stirpe procedimental por medio de la cual se resolvió un conflicto de competencias entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria. El carácter del asunto puesto a consideración del tribunal y la profundidad de sus razonamientos le dan a esta providencia un carácter sustancial y definitorio en torno a la autonomía del derecho administrativo; la universalidad del fallo le permitió servir de fundamento a gran cantidad de los planteamientos típicos del derecho público administrativo, incluso a la justificación del criterio de los servicios públicos como determinante de la administración, su derecho, la jurisdicción contenciosa y los servicios públicos como elementos clave de cualquier análisis administrativo.

⁹ Ecuador. CNJ, Recurso de Casación n.º 58-2014. Expediente de Casación 127: “El reconocimiento de la garantía a la tutela judicial efectiva, esto es, aquella por la cual toda persona tiene derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión, ‘es una exigencia de todo ordenamiento jurídico, desde el momento en que el Estado, en procura de la paz y la correcta convivencia social, asume el monopolio de la composición de los litigios y proscribela autodefensa’; razón por la cual ‘el Estado no puede desentenderse de su función de hacer justicia —sin la cual no existe orden ni derecho— y constituye un deber inexcusable que puede ser exigido por los ciudadanos’”.

¹⁰ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. II (Buenos Aires: FDA, 2006), 489: [...] es un caso que justifica la monopolización, ya que la libre competencia atenta contra la obligatoriedad del servicio. Si el servicio consiste en una prestación que se impone a los habitantes, obligándoles a recibirla: alumbrado público, barrido y limpieza, internación en caso de enfermedades contagiosas, etc., esta obligatoriedad se vería amenazada si hubiere libre competencia en el servicio, y por ello justifica también que no se conceda la libertad de elección acerca de quien habrá de prestarlas. Por lo mismo que es un servicio obligatorio, se impone coactivamente por una misma organización. Aquí el monopolio tiene por finalidad asegurar el efectivo cumplimiento de la obligatoriedad dispuesta.

¹¹ *Ibíd.*, 512: “La noción de servicio público nació y floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración directa o indirectamente a través de concesionarios, y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo: la relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia de los tribunales llamados contencioso administrativos, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, etc. Posteriormente la noción fue perdiendo importancia hasta quedar restringida a mostrar un régimen jurídico especial en determinado tipo de actividad; pero como este régimen jurídico es contingente a políticas económicas que han sido cambiantes en el siglo XX, la noción también debe mutar, debe mutar, desaparecer o reaparecer según ese régimen jurídico se presente en cada contexto económico temporal”.

hubiesen aparecido hasta entonces, como lo sostiene Duguit, sino porque la ciencia jurídica no percibió su existencia para sus lucubraciones abstractas.

Sin embargo, no se piense que la teoría del servicio público ha sido acogida como doctrina universal. Algunos autores alemanes e italianos emplean de manera ocasional la expresión *servicio público*, dejando de definir conceptos, menos aún estructurar sus trabajos jurídicos respecto de la administración pública. Pero, sucede que la gran mayoría de autores de otros países dedican buena parte de sus reflexiones al estudio y desarrollo de la teoría, llegando inclusive a considerar la noción de servicio público como el alma de toda la actividad administrativa en un Estado moderno.¹²

En los Estados totalitarios se puede apreciar la ausencia de la teoría del servicio público, cuyo hecho es observable, mientras que en los Estados constitucionales de sentido estricto, la teoría constituye el corazón de la explicación de su actividad administrativa, una doctrina democrática, que asegura la libertad necesaria para mantener la integridad y la dignidad humana por medio de una distribución más o menos adecuada de las funciones públicas, desconcentrando el poder acumulado que resulta del intervencionismo progresivo de la administración descentralizada; así como la implantación de un sistema eficaz de responsabilidades para los funcionarios que rebasan o violan en cualquier forma las normas jurídicas positivas.

Esta doctrina produjo la teoría del Estado de derecho, y plasmó los verdaderos Estados constitucionales en los que predomina la libertad individual sobre la autoridad del funcionario, constatándose que ha sido en los Estados democráticos en donde, sobre el poder de mandar se ha impuesto la capacidad de servir al público; de manera que en ellos, la teoría del servicio público, constituye un paso adelante en la evolución natural de su plataforma inicial de principios.

1.2 Definiciones de servicio público

El servicio público en Ecuador¹³ es definido como toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado

¹² Ramón Parada, *Derecho administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2002), 423-4, señala: “Sintetizando la evolución de los servicios públicos desde su nacimiento con la Monarquía absoluta hasta nuestros días, puede afirmarse que se está cerrando el ciclo vital de este poderoso instrumento de gobierno y administración. Construido el servicio público en la Europa continental en los tres últimos siglos sobre las ideas de gestión directa por funcionarios, monopolio y carácter nacional, está desapareciendo en nuestros días por las contrarias ideas de privatización, libre competencia y globalización económica que socavan los fundamentos del Estado de bienestar. Una señal más de la crisis de los Estados nacionales y del derecho público”.

¹³ Ecuador. Asamblea Nacional del Ecuador, *Exposición de motivos del Código Orgánico General de Procesos* (Quito: Lexis, 2014), 3: “e). La calidad del servicio público que se ofrezca a la ciudadanía

y controlado por el propio Estado, a través de un procedimiento de derecho público, esto es, un régimen mediante el cual se satisfacen las necesidades colectivas, que se canalizan por subordinación de los intereses privados al interés general.

El servicio público —según Dromi—¹⁴ “es una organización de medios para una actividad o función estatal”, y el término “público” es indicativo de la condición del sujeto titular (personas públicas); del fin del servicio (público); del régimen jurídico al que se somete (derecho público); y de los destinatarios o usuarios (público). Es decir, lo que posee el Estado está destinado para satisfacer a las personas bajo el ordenamiento del derecho público.

Montaña Plata¹⁵ sostiene que: “sabemos que con la expedición de la Constitución colombiana de 1991 cambió la concepción de servicio público en dicho país, porque no se continuó expresando que el Estado tenía el deber de entregar, de proveer o de prestar, como menciona la Constitución ecuatoriana, sino de asegurar la prestación del servicio”. Es evidente que jurídicamente no significa lo mismo entregar que asegurar, pues mientras lo primero es una aseveración que se puede cristalizar o no, sin que conlleve explícita una firmeza en el cumplimiento de la misma; lo segundo contiene, convincentemente, la obligación de cumplir, y refleja el compromiso o la obligatoriedad de entregar, proveer o prestar.

Borja,¹⁶ con la intención de introducir precisiones conceptuales, sostiene que por servicios públicos deben entenderse a las prestaciones de la administración central o descentralizada del Estado para satisfacer las necesidades fundamentales de la población en forma continuada, uniforme e igualitaria. Estas prestaciones buscan la satisfacción concreta de necesidades colectivas, tales como la provisión de agua potable, electricidad, telefonía, correos, canalización, aseo de calles, alumbrado público, atención hospitalaria, servicio de salubridad, carreteras, policía, que entregan las entidades públicas estatales o seccionales a cambio de las cuales exigen al usuario el pago de una tasa por ella.

No obstante, no siempre, el Estado puede, por sí solo, satisfacer adecuadamente esas necesidades colectivas y entonces delega a la iniciativa privada el ejercicio y

empata directamente con la propuesta normativa. Todo el artículo provoca una acción articulada y eficiente que se sitúe en la dimensión de las expectativas ciudadanas que requieren justicia proba para resolver las controversias y vivir en un ambiente de paz social”.

¹⁴ Roberto Dromi, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Gaceta Jurídica, 2004), 57.

¹⁵ Alberto Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo* (Bogotá: UEC, 2002), 94.

¹⁶ Rodrigo Borja, *Enciclopedia Jurídica HZ*, 3.^a ed. (Ciudad de México: FCE, 2003), 1264.

realización de estas actividades en aquellos casos que establezca la ley,¹⁷ con lo cual se evidencia que el sector privado también puede satisfacer necesidades colectivas.

La Constitución de la República del Ecuador no conceptualiza al servicio público como tal, lo cual crea dudas al ciudadano o administrado que acogiendo el servicio que brindan ciertas entidades o empresas privadas por concesión o delegación del Estado, sin embargo si determina la responsabilidad frente al administrado,¹⁸ cuando son deficientes y han causado un perjuicio a aquel ciudadano o usuario, este no conoce con exactitud cuál es el juez competente que pueda dictaminar una controversia.

De existir una definición del servicio público, deduciríamos que la competencia para el reclamo de cualquier controversia sería el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con lo cual evitaríamos tanto caos en la administración de justicia por los servicios que realizan las empresas privadas. Y todo ello a pesar del nacimiento de la Ley de Modernización del Estado y Privatización del Sector Público creada en 1993,¹⁹ cuyo objetivo fundamental era hacer eficiente el servicio público.

No puede considerarse que el debate académico, en cuanto al servicio público y la administración de justicia, como un componente esencial del mismo, sea un tema agotado. Por el contrario, constituye un campo de investigación tanto en el plano de la teoría jurídica como en el de su aplicación práctica, sobre el cual se trabaja de continuo desde el punto de vista puramente doctrinario y de su aplicación práctica. No se puede afirmar que la teoría del servicio público haya sido acogida con carácter universal desde el punto de vista doctrinario en los diferentes ordenamientos jurídicos, siendo evidente en cambio, que en los países de carácter totalitario, se patentice la ausencia de una teoría del servicio público, en el sentido que se la viene considerando, a partir de sus orígenes franceses y de su posterior evolución.

¹⁷ Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008 (Montecristi, 2008): “Artículo 316.- El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.

¹⁸ *Ibíd.* “Artículo 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación. Artículo 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

¹⁹ Ley de Modernización del Estado y privatización del sector público, Registro Oficial 349 (derogada).

En algunos países de la región persisten todavía lagunas jurídicas en relación con el derecho administrativo y sus vínculos con el servicio público. Como ha afirmado Álvarez,²⁰ la regla que preside la justicia administrativa en el debate jurídico contemporáneo es la de someter a revisión judicial una cantidad mayor de la función administrativa, pero resulta que el acceso a la jurisdicción en determinadas realidades nacionales confronta importantes limitaciones dadas por un riguroso y estrecho cuadro de acceso al ámbito de los jueces de lo contencioso administrativo y a la exclusión legal de determinadas materias; consecuencia de ello, es la existencia de zonas amplias de la acción pública que quedan inmunes al control de la legalidad. “Hay que pensar en un proceso administrativo que constituya un verdadero sistema de garantías jurisdiccionales, porque el proceso es el más eficaz instrumento del Estado de derecho para realizar la justicia”.²¹

1.3. Principios generales del servicio público

La CRE²² determina que el Estado será responsable por la provisión de todos los servicios públicos, bajo los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, que para los doctrinarios administrativistas son características que reflejan un servicio público.

Con respecto a la característica de obligatoriedad como elemento constitutivo de servicio público, Roberto Dromi²³ sostiene que es inherente al servicio, por su propia naturaleza, por la obligatoriedad de la prestación que se corresponde con el derecho subjetivo del usuario de exigirla; de manera que el Estado tiene, como prestador del servicio público de la justicia, la obligatoriedad de brindarlo cuando aquel lo requiera.

Hutchinson, quien cita a Marienhoff,²⁴ sostiene que este carácter de obligatoriedad resulta trascendental por el carácter continuo o regular del servicio, si quien debe prestarlo no se encuentra constreñido a hacerlo. Tal carácter obligatorio, si bien se refiere a todos los servicios, se relaciona en mayor medida con los servicios *uti*

²⁰ Tabío F. Álvarez, *Procedimiento contencioso-administrativo* (La Habana: Edit. Librería Martí, 1958), 263.

²¹ *Ibíd.*

²² Artículo 314.- El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

²³ Dromi, *Derecho administrativo*, 71.

²⁴ Tomas Hutchinson, *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 2010), 24-5.

singuli,²⁵ de manera tal que todos los que están alcanzados por las prescripciones del servicio, esto es, dentro de las condiciones regulatorias, tienen derecho a exigir que el servicio se cumpla.

Para Durán²⁶ es necesario que la obligatoriedad se la mire desde una doble perspectiva, siendo la primera la del Estado que acepta la obligación desde el momento que surge la necesidad de prestar el servicio; y la segunda, la del Estado que asume la prestación del servicio de justicia a los ciudadanos por mandato expreso de la Constitución. No ha existido el caso de que dicho servicio haya sido delegado por iniciativa al sector privado. En Ecuador, casi todos los ciudadanos han utilizado el servicio de la justicia, brindado por el Estado en toda la existencia de la república. Este principio de la obligatoriedad encaja perfectamente en la primera característica que constituye el servicio público por sí misma.

El principio de generalidad en el servicio público, nos conduce a coincidir y aceptar el criterio de Dromi,²⁷ respecto de que puede y debe ser utilizado por todos los ciudadanos, y en el caso específico de la justicia por quienes tengan capacidad legal para hacerlo y los que no la tienen, incluso, mediante sus representantes legales. No puede existir el servicio público de la justicia con carácter excluyente ni privativo, tampoco limitarse a brindarlo a unos, y negárselos a otros, porque la generalidad radica en que el beneficio del servicio sea a todos los integrantes del Estado.

Durán²⁸ sostiene que la generalidad radica en que los servicios deben ser *erga omnes* cuyo significado es precisamente servicio para todos o —como diría Hutchinson—²⁹ se trata de un carácter por el cual los servicios públicos deben ser prestados a todos los habitantes, quienes poseen el derecho a usarlo. Sin embargo, para Gordillo³⁰ la generalidad va más allá del derecho que tienen todos los habitantes a gozar del servicio, este comprende —según él— una característica que a veces se menciona aisladamente: la igualdad o uniformidad, no es otra cosa que el derecho de todos a gozar

²⁵ *Ibíd.*, 33; En tanto, en los servicios públicos *uti singuli* puede ser que encontremos servicios públicos obligatorios, en los que el particular está obligado a recibirlo, como ser los servicios públicos de “agua potable”, o de “alumbrado, barrido y limpieza”, y aquellos en que para el particular le será facultativo usarlos o no, como es el servicio público de transporte de colectivo, por ejemplo.

²⁶ Fernando Durán, *La responsabilidad del Estado* (Cuenca: Centro de Impresión JPI, 2010), 150-1.

²⁷ Dromi, *Derecho administrativo*, 71.

²⁸ Durán, *La responsabilidad del Estado*, 150.

²⁹ Hutchinson, *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho administrativo*, 25.

³⁰ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, VI-35.

del servicio, pero en igualdad de condiciones, relacionándolo desde el ámbito de los derechos humanos, sin que existan discriminaciones de ninguna especie.

Otro de los principios del servicio público es el de uniformidad —según Dromi—³¹ es la igualdad en la pretensión de los servicios públicos; es el derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones sin discriminación ni privilegios. En igual sentido se pronuncia Gordillo,³² cuando sostiene que, aunque aisladamente se los distinga, la igualdad o uniformidad son un imperio en el que todos tienen derecho a exigir el servicio en condiciones iguales.

Hutchinson por su parte,³³ refiriéndose a la uniformidad como principio del servicio público, sostiene que este se refiere a la igualdad de trato que se debe dar a todos los habitantes que usan el servicio público. Sostiene que esta igualdad se presenta con agudeza cuando se trata de los servicios públicos propios, esto es, los brindados de manera directa por parte del Estado y no así en los servicios públicos denominados impropios refiriéndose a aquellos que son brindados por los particulares mediante la concesión o delegación.

Para Durán³⁴ esta característica significa también igualdad y resalta la prohibición a la discriminación injustificada o la disminución o deterioro de la calidad del servicio. Sostiene que esta igualdad de los ciudadanos ante la ley, es un mandato constitucional, siempre y cuando este tratamiento en igualdad de condiciones no implique una situación injusta.

Los citados autores coinciden en expresar que, al hablar de la característica de uniformidad, paralelamente se está hablando de igualdad, es decir, se están refiriendo al trato igualitario en la prestación del servicio.

La CRE contempla el principio de igualdad en el art. 66, num. 4, que reconoce y garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación. Se refiere específicamente a que todos los ciudadanos son iguales ante la ley sin establecer distinciones, nacionalidad, origen, sexo, cultura, es decir la inexistencia de privilegio, aunque leyes secundarias no materialicen esa igualdad, como es el caso específico de que las instituciones del Estado no rinden caución³⁵ cuando presentan recurso de casación en detrimento de los particulares.

³¹ Dromi, *Derecho administrativo*, 70.

³² Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, VI-35.

³³ Hutchinson, *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, 25.

³⁴ Durán, *La responsabilidad del Estado*, 149-0.

³⁵ Ecuador. *Ley de Casación*, Registro Oficial 192, 18 de mayo de 1993, art. 11.

Un principio más, denominado eficiencia, sinónimo de calidad, se convierte en un modo de excelencia de prestación del servicio público al particular. Esta característica resalta el sentido de que el ciudadano tenga una mejor calidad de vida y aquella se pueda lograr gozando de un servicio público que sea realmente eficiente, que no tenga interrupciones, que sea óptimo, que no genere malestar al hacer uso del mismo.

Por su parte, Dromi³⁶ señala que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho a la calidad y a la eficiencia de los servicios públicos y que en el caso de la Constitución argentina, esta se compadece con la previsión que ordena proveer lo conducente al desarrollo humano.

De otro lado, Durán³⁷ sostiene que cuando se refiere a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, estos son los más sensibles, ya que promesas u ofertas dejan de ser tales y solo son un simple baratillo de ofrecimientos, al momento de contrastarse con la crudeza de la realidad de los servicios públicos, subrayando que no hay servicio público con calidad.

La CRE³⁸ ha consagrado dentro de los derechos de libertad de las personas la garantía para acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características. Esa autonomía e independencia que tiene el ciudadano para escoger libremente un servicio público lo refleja en una característica fundamental como es la calidad, de manera que no hay un servicio público que genere desarrollo humano, si no tiene calidad.

Para el ciudadano, la calidad se refleja en el servicio óptimo que no genera ningún cuestionamiento. Ocurre lo contrario, si existe un buen servicio público, el ciudadano evidencia una sensación de felicidad poco común, lo cual lo pregona, lo manifiesta, lo cita como ejemplo, y los receptores de aquellos comentarios aceptan como verdad ineludible dichas aseveraciones por ser algo *sui generis*. En definitiva, la calidad colma la satisfacción de una persona constituyéndose en algo no tradicional, en un servicio que genera el beneplácito ciudadano por lo destacado de la institución que lo brinda.

La CRE estipula el principio de responsabilidad para todos los agentes del servicio público en el quehacer diario, por lo que hagan o dejen de hacer, es decir por

³⁶ Dromi, *Derecho administrativo*, 72.

³⁷ Durán, *La responsabilidad del Estado*, 151.

³⁸ CRE, art. 66, num. 25.

sus actos u omisiones, y establece tres tipos de responsabilidad: administrativa,³⁹ civil⁴⁰ y penal.⁴¹ Además, señala responsabilidad para aquellas servidoras y servidores comprendidos en el sector público.⁴² El principio de responsabilidad viene a llenar un gran vacío que la ciudadanía ha requerido para poder solicitar reparaciones frente a la deficiencia del servicio público.

La responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones exige una clara revisión, pues hoy no se pide a la Administración Pública solamente que respete la legalidad o el sometimiento al ordenamiento jurídico, se le pide eficiencia, eficacia, actuaciones adecuadas, logros en función de objetivos,⁴³ de modo que cumplan con las expectativas sociales. Los jueces y magistrados, que son independientes, inamovibles, responsables y están sometidos únicamente al imperio de la ley, tienen la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Es una evidencia que son la última barrera frente a la arbitrariedad y se erigen en instrumento esencial para el mantenimiento de la paz social.

El principio constitucional de accesibilidad guarda una similitud con el principio de generalidad, donde el servicio público debe ser accesible al ciudadano mientras este tenga derecho a recibirlo,⁴⁴ y ese derecho tiene que ser en igualdad de condiciones sin que existan diferencias entre unos y otros. La accesibilidad pone de manifiesto esa

³⁹ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Ecuador, Registro Oficial 595, Suplemento 12 de junio de 2002), “artículo 46.- Sanción por faltas administrativas.- Sin perjuicio de las responsabilidades civil culposa o penal a que hubiere lugar, los dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, así como personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal que incurrieren en una o más de las causales de responsabilidad administrativa culposa previstas en el artículo anterior, originadas en los resultados de las auditorías, serán sancionados, con multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la ley”.

⁴⁰ LOCGE, “artículo 52.- inciso segundo.- La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que este se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil”.

⁴¹ COIP, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, “artículo 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años”.

⁴² CRE, art. 225.

⁴³ *Ibid.*, art. 277.

⁴⁴ *Ibid.*, “artículo 314.- El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad”.

forma típica de que no debe haber diferencias ni exclusividades para quienes acceden a ellos, sin embargo, existen ciertos servicios públicos que no son accesibles a todos en razón de los requisitos o condiciones que no constan en las normas expresas.

La regularidad del servicio, como principio constitucional, es parte de la actuación de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, es decir, dentro de sus deberes para con el Estado. El campo en el que deben desenvolverse los servidores, está basado en los art. 226 y 426 de la CRE que señalan que “solamente pueden actuar en virtud de una potestad estatal, dentro del marco de sus facultades y competencias, y aplicando directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en el texto fundamental”.

Al depender este principio de la actitud del servidor público en su cargo, condiciona que su incumplimiento puede generar sanciones de carácter administrativo, por lo tanto, las instituciones públicas tienen que reglamentar el procedimiento para ejecutar las sanciones que deben estar en leyes secundarias.

El principio de continuidad conlleva la no paralización del servicio público, este debe ser continuo, sin interrupciones, previniendo siempre el reemplazo del servidor para cuando aquel no pueda prestarlo o para cubrir el puesto durante los fines de semana, en los casos en que el tipo de servicio sea ininterrumpido de lunes a domingo, como lo es el de la salud en los hospitales públicos, la acción de los bomberos, de luz o agua potable, entre otros.

Durán⁴⁵ afirma que el principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos no debe interrumpirse, sino que debe prestarse automáticamente cuando sea requerido por el ciudadano, argumento que, en nuestro criterio, no es completo por cuanto el servicio debe estar presente aunque no sea requerido por el ciudadano, razón por la cual consideramos que el servicio debe ser permanente.

Para Hutchinson⁴⁶ este principio de continuidad se lo puede examinar como un carácter específico de la denominada permanencia de la actividad administrativa, lo que compartimos porque no puede hablarse de continuidad si sufre interrupciones, a menos que sean las típicamente conocidas como de fuerza mayor o caso fortuito. En la continuidad del servicio se refleja el esfuerzo del Estado en procurar las condiciones

⁴⁵ Durán, *La responsabilidad del Estado*, 148.

⁴⁶ Hutchinson, dir., *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho administrativo*, 30.

sociales de vida con las cuales los ciudadanos podamos alcanzar con plenitud y facilidad el bienestar general.

Los principios constitucionales descritos para la provisión de los servicios públicos tienen una relación o similitud en el servicio público de la justicia, puesto que tanto los unos, como este último, buscan servir a la ciudadanía para una convivencia pacífica y de realizaciones en el convivir diario.

La paralización de los servicios públicos era común antes de la CRE de 2008, las permanentes paralizaciones y huelgas en algunas instituciones del Estado, incluida la Función Judicial, cuyos actos se suscitaban no solo en Ecuador sino en otros países de América Latina. Sin embargo, en contraste con lo mencionado, en el ordenamiento jurídico colombiano⁴⁷ se expidió la Ley 270 de 1996 que calificó la administración de justicia como un servicio público esencial y además por la sentencia n.º 42.273 del 15 de octubre de 2009, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se precisó que los servidores de la rama judicial están expresamente excluidos del derecho a la huelga.⁴⁸ En Ecuador, el art. 326 de la CRE, prohibió también

⁴⁷ En relación con el derecho de huelga por parte de servidores del sistema judicial es ilustrativa la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Bogotá, Colombia que en su acta 29 y teniendo como juez ponente al magistrado Rafael Méndez Arango dictaminó en un recurso de apelación interpuesto por la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional conforme a lo siguiente: Es claro que el art. 56 de la Constitución Política es la norma que sirve de fundamento al derecho de huelga; pero es igualmente claro que la propia norma constitucional excluye de esta garantía a todas las actividades que se realizan en —servicios públicos esenciales definidos por el legislador—. De igual manera, es claro que el precepto constitucional difiere a la ley la reglamentación de este derecho. En Colombia las únicas modalidades de huelga legalmente reglamentadas corresponden a la definida en el art. 429 del Código Sustantivo del Trabajo como: la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa, con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos y previos los trámites establecidos... y la huelga imputable al empleador, por incumplimiento de las obligaciones con sus trabajadores... a la que se refiere el art. 7º de la Ley 584 de 2000, conforme quedó el precepto legal luego de ser declarada inexecutable la expresión: salariales[...], mediante la sentencia C-201 de 2002. Esta norma modificó parcialmente el art. 379 del Código Sustantivo del Trabajo respecto de las prohibiciones que tienen los sindicatos de cualquier orden. Y más adelante: Como el art. 230 de la Constitución Política establece que: los jueces, en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley [...], al haber sido calificada la administración de justicia como un servicio público esencial por el art. 125 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, ningún juez puede aceptar como válido un argumento que pretenda desconocer esta realidad normativa, como tampoco está facultado para desatender dicha calificación legal. Y no solo porque el art. 230 de la Constitución Política le ordena a los jueces someterse en sus providencias a la ley, vedándoles desconocer su imperio porque, en su opinión, la ley no consulte la equidad, los principios generales de derecho o la doctrina —que son simplemente criterios auxiliares de la actividad judicial—, sino porque en Colombia, a diferencia de lo que pueda ocurrir en otros países, la ley fija reglas de interpretación para que los jueces y los funcionarios públicos, al igual que los particulares, se valgan de esas reglas para interpretarlas y así esclarecer su recto sentido a fin de acomodar sus hechos e intereses particulares y las decisiones que adoptan en sus providencias a las determinaciones generales de la ley.

⁴⁸ Germán Manga. “Los paros de la justicia contra los colombianos”. Semana, 02 de febrero de 2016. <<http://www.semana.com/opinion/articulo/paros-en-el-sistema-judicial-son-ilegales-y-daninos-opinion-de-german-manga/459037>>.

la paralización de los servicios públicos, incluyendo el servicio de la justicia, lo que ratifica el modelo de gestión de ambos países.

1.4. El servicio público en el derecho comparado

Precisemos cuál es la teoría del servicio público en la legislación comparada con el objeto de contextualizar, de modo general, una precisión sobre su definición. Mencionemos a continuación la que cada país ha adoptado en sus legislaciones:

México. Es un país con una organización democrática. Su Constitución⁴⁹ define en su art. 39 que “todo poder público dimana del pueblo y que se instituye para su beneficio”. En su art. 40 dispone que “es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática y federal”; y, en su art. 41 contempla “que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión en los casos de la competencia de estos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores”.

Por lógica, el sistema constitucional con la doctrina democrática que adoptó debió acoger la teoría del servicio público, que es su consecuencia natural. Se observa que, en diversos preceptos de la Constitución, se emplea la expresión de servicio público, porque además la misma expresión se ha utilizado constantemente en la legislación secundaria mexicana. Se resaltan dos acepciones de la expresión servicio público, la primera equivale a servicios personales que los ciudadanos prestan al Estado, y la segunda, empleada para designar la actividad constante que el Estado desarrolla al satisfacer una necesidad pública.

En efecto, la Suprema Corte, en numerosas ejecutorias dictadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución mexicana, ha definido el servicio público como “un servicio técnico prestado al público, de una manera regular y continua, para la satisfacción del orden público y por una organización pública”.⁵⁰

Bolivia. Una visión diferente se plantea en el caso boliviano, según se colige de lo expuesto por Susana Saavedra, la administración de justicia puede visualizarse como un ejercicio de poder más que un servicio público.⁵¹

⁴⁹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, arts. 39, 40 y 41.

⁵⁰ Corte Suprema de México, *Semanario Judicial de la Federación Mexicana* (Ciudad de México: Segunda Sala, 1985), 1251.

⁵¹ Susana Saavedra. Cuarto conversatorio rumbo a la Cumbre de la Justicia. <<http://magistratura.organojudicial.gob.bo/index.php/2013-05-07-15-28-56/noticias/887-invitation-a-cuarto-conversatorio-rumbo-a-la-cumbre-de-justicia>>, edición electrónica.

Se considera necesario que los funcionarios pasen de su actual papel, como autoridades, a la concepción de servidores públicos en función de la sociedad, sin descuidar el rol de los ciudadanos en su capacidad para recurrir a la administración de justicia como a cualquier otro servicio público, lo cual no sería un acto de petición o ruego de atención, sino un derecho derivado de su aporte para la misma función.

Para los jueces, fiscales y abogados tal transformación implicaría dejar de considerar que la administración de justicia se limita a aplicar la ley de una manera formal y legalista, y no a la tarea de hacer justicia resolviendo los conflictos de las personas y restableciendo la armonía de la sociedad mediante este proceso. Esta visión crítica marca diferencias notables en relación con el caso colombiano y el ecuatoriano.

Costa Rica. Son precisamente los cambios de paradigmas, por cuanto ellos significan, los que más obstaculizan los procesos que se llevan a cabo —o pretenden llevarse a cabo— en diferentes países en relación con la modernización de la administración de justicia.

Dentro del ámbito latinoamericano, Costa Rica mantiene la intención de llevar a cabo un proceso de modernización, como bien ha señalado Navarro en su condición de directora del Programa de Modernización de la Administración de Justicia en Costa Rica:⁵² “todo proceso de cambio por mínimo que parezca presenta dificultades, ya que no se debe luchar solamente contra la inercia de las costumbres de los paradigmas tradicionales, sino que también están implícitos intereses, roles y elementos culturales que de alguna manera permean todo tipo de actividad humana”. Señala que, aun aquellos cambios que no son estrictamente jurídicos, pero que inciden de alguna manera en la tramitación de los procesos judiciales, suelen enfrentarse con el primer obstáculo dado por la aseveración de que de alguna manera son contrarios a determinada norma jurídica o requerimiento procesal impuesto por la costumbre.⁵³

⁵² Sonia Navarro Solano, *Programa de Mejoramiento de la Administración de Justicia en Costa Rica* (San José: Org. Sistemas Judiciales, 2009), 1.

⁵³ Enrique Rojas, *Derecho administrativo de Costa Rica* (Ciudad de México: Rojas Francos y Asociados, 2005), 189: Actualmente el régimen de servicio público puede darse en gestión directa por parte del Estado, en gestión privada de servicios públicos y los llamados servicios públicos calificados como industriales o comerciales y sociales, pero la clasificación no es taxativa y pueden darse formas intermedias o mixtas de las mencionadas. en este apartado se hará referencia a la gestión directa. Esta forma es la principal que ejecuta la administración pública, en el ámbito social. En la práctica implica todos los actos jurídicos materiales y formales que realizan las funciones encomendados al Estado, así por ejemplo, existe el servicio público de justicia generado por los tribunales dependientes del poder judicial. El servicio público salud, realizado por el Ministerio de Salud, en forma preventiva, y la Caja Costarricense del Seguro Social, en forma curativa.

Panamá. Tampoco la satisfacción es completa en lo relativo a la administración de justicia considerada como servicio público. En el caso panameño se han señalado un conjunto de factores que bien pudieran estar presentes, en alguna medida, en nuestro ámbito y en otros de la región latinoamericana, que lastran sensiblemente el servicio que los ciudadanos deben recibir bajo la forma de administración de justicia.⁵⁴

Entre tales factores se enumeran algunos como el excesivo y perjudicial formalismo en la actuación judicial; un presupuesto limitado e insuficiente para el órgano judicial; el inadecuado sistema vigente para la designación de magistrados de la CSJ y de suplentes en el órgano judicial; el excesivo tiempo que toman los procesos y la perenne mora judicial; la existencia de un alto índice de litigiosidad frente a un insuficiente número de juzgadores y auxiliares capacitados; y las gestiones dilatorias de algunos abogados litigantes. Resulta evidente, a partir de la consideración de estos factores, que lo que se está persiguiendo no es otra cosa que conseguir que la administración de justicia cumpla con los principios que deben regir su condición de servicio público.

Perú. Cuando nos referimos a la posibilidad de coincidencia en cuanto a aquellos factores que limitan el adecuado funcionamiento de la administración de justicia como servicio público en países latinoamericanos, en la contemporaneidad, tenemos en cuenta que tales factores han sido reiteradamente invocados y denunciados en el empeño de que sean superados y así beneficiar a los ciudadanos que recurren a sus servicios. Similares observaciones se han realizado en relación con la justicia en el Perú.⁵⁵ En este caso se ha puesto el énfasis en una carga procesal que supera los tres millones de expedientes, la excesiva demora en la resolución de casos y un presupuesto aún exiguo. Alarma que en relación con la duración de los procesos, se relata que un juicio civil dura, en promedio, cinco años; aunque no pocos casos se han extendido una década y uno llegó a los 40 años.

Víctor Ticona sigue refiriéndose a otros factores alarmantes, como que el 42 % de los magistrados son provisionales o supernumerarios (reemplazan a jueces suplentes), que solo el 3 % del presupuesto del poder Judicial es asignado a infraestructura o capacitación de magistrados, y que casi la mitad de sanciones

⁵⁴ Pedro A. Barsallo, *El servicio público de administración de justicia* (Panamá: Universidad de Panamá, 2002), 6.

⁵⁵ Víctor Ticona, *La justicia en el Perú*, CEJA (2006), <<https://sistemasjudiciales.org/revista/revista-n-5-gestion-judicial-y-administracion-de-tribunales/dossier/>>.

impuestas en los últimos cinco años por la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) fueron dirigidas a jueces. Cita el autor a Gutiérrez quien asevera que: “Aunque parezca increíble, siendo la administración de justicia un servicio público básico que compromete la economía y los derechos, no cuenta con ninguna política pública, como sí la hay en otros países”, destaca y sostiene que es indispensable contar con esas políticas para que el sistema judicial sea eficiente.

Colombia. En el caso colombiano, de la definición de servicio público se pueden extraer las siguientes características, dadas en su Código Sustantivo del Trabajo y en la Constitución nacional:

1. Es una actividad organizada.
2. Su fin es satisfacer necesidades de interés general.
3. Debe ser prestado en forma regular y continua.
4. Puede ser prestado por el Estado directamente, o por particulares.
5. Debe hacerse bajo la regulación, vigilancia y control del Estado.
6. Debe estar sometido a un régimen especial.⁵⁶

La Corte Constitucional de Colombia, en su trascendental decisión en cuanto a la consideración de un servicio público como esencial (aspecto de singular importancia en relación con el principio de continuidad que se considerará más adelante) señala que: “El carácter esencial de un servicio público se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto, a la protección de bienes, a la satisfacción de intereses o a la realización de valores ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”.⁵⁷

España. Desde luego que cuando se trata de enfoques comparativos entre los países iberoamericanos se deben considerar, además, la inclusión de España, donde tales aspectos doctrinales han sido ampliamente tratados.

De obligada referencia sobre el tema del servicio público que venimos analizando, en el contexto ibérico, resulta el trabajo de José Canales⁵⁸ en el cual realiza un análisis histórico de la contemporaneidad y del desarrollo prospectivo con relación al servicio público de la justicia. Sostiene el tratadista que su enfoque es tal que en lugar de referirse —como nos viene por tradición— a conceptos tales como poder judicial,

⁵⁶ Tomás Maldonado Gómez, “La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado social de derecho”, *Actualidad Jurídica* (2009): 54-62.

⁵⁷ Corte Constitucional, *Sentencia C-663 de 2000*. Magistrado ponente, Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁸ José M. Canales Aliende, *El servicio público de la justicia: Actualidad y perspectivas* (Madrid: Universidad Complutense, 1995), 63-70.

justicia o jueces, él prefiere centrarse en la consideración del servicio público de la justicia.

No resulta muy halagüeño el panorama representado por este autor pues, luego de su análisis histórico-lógico resume la situación actual, señalando que el servicio público de la justicia en ese país se encuentra en crisis (situación que hace extensiva a otros países de su entorno), aunque reconoce que se ha trabajado intensamente para su mejora y modernización, pero que el mismo tiene ciertas peculiaridades que hacen que el servicio público deba adecuarse continuamente al papel que debe desempeñar en el caso particular de su sistema político y social.

Desde su punto de vista, los problemas que deben ser atendidos en este proceso de mejora y modernización continua, incluyen la determinación de la responsabilidad institucional y personal del Consejo General del Poder Judicial y de sus miembros, puesto que al igual que el resto de las instituciones no se concibe que el mismo pueda ser una zona exenta de responsabilidad en un sistema democrático.

Señala con gran tino que debe asumirse la concreción y ampliación a los supuestos necesarios de la responsabilidad de los jueces, considerando que una cosa es la independencia judicial y otra la inmunidad y la irresponsabilidad absoluta, impropias de un Estado de derecho.

Todos estos aspectos serán analizados, en particular, para el caso ecuatoriano a lo largo de este trabajo; entre estos, la transformación del sistema actual de elección de los miembros del Consejo del Poder Judicial, proponiendo apartarse del sistema de cuotas por elección parlamentaria con afectaciones a la imparcialidad dados los vínculos partidarios; la incardinación del servicio público de la justicia y de sus recursos humanos en el contexto particular de las autonomías (situación muy peculiar del caso español) dado que el servicio público de la justicia se ve afectado por la diversidad de territorios en los cuales existen diferencias de lenguas y de cultura (este aspecto cultural pudiera tener su contraparte en nuestros países con relación a las poblaciones originarias); replanteamiento del control judicial de todos los poderes públicos; deslinde y clarificación de la responsabilidad política y penal y la necesidad de nuevas categorías jurídicas.

Respecto al sistema español y las limitaciones que el mismo confronta en la actualidad, termina expresando Canales Aliende⁵⁹ que: “la crisis actual del modelo de

⁵⁹ *Ibíd.*, 66.

justicia y la necesidad de un cambio con nuevas alternativas para su funcionamiento eficaz y eficiente, para así dar respuestas a las demandas y a las insatisfacciones de los ciudadanos, es sobre todo y ante todo, un problema de legitimidad política y funcional, así como de imagen, dentro de un adecuado diseño global y estratégico. El cambio del servicio público de la justicia es necesario, urgente y demandado por todos, pero requiere reflexión y acción en el momento adecuado, y ello sin perder de vista su conexión y su lugar en el conjunto del sistema político español”.

2. La administración de justicia

2.1. El Estado y la justicia

La definición del Estado ha sido un tema de estudio de la filosofía y la política durante toda la historia del pensamiento occidental. Para el filósofo griego Platón (428-328 dC) constituyó objeto privilegiado de reflexión en sus múltiples diálogos relacionados con el Estado y con sus atributos. Pero es Aristóteles, quien, a finales del siglo IV aC, desarrolló novedosas y profundas ideas acerca de la sociedad política, con lo cual sentó las bases que dieron origen a la conformación del Estado-nación. Sus ideas fundacionales abogaron por una estructura política de ciudad-Estado, que luego llegaría a definirse como el Estado-nación que conocemos en la actualidad, poseedor de un sistema de gobierno democrático por excelencia.

La propuesta de ciudad-Estado que concibió el autor antes citado, es considerada como un sistema de gobierno y organización política, por excelencia poseedora de un componente especial y estrictamente necesario, la propia especie humana, integrante imprescindible, puesto que tal ciudad-Estado no puede ser de otra naturaleza, ya que toda *polis* existe por naturaleza y todo hombre de igual manera es, por naturaleza, un ser cívico y social, un ser político. Reforzando tales ideas afirma que “la ciudad es por naturaleza [...] porque si cada individuo, por separado, no es autosuficiente, se encontrará, como las demás partes, en función a su conjunto. Y el que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino como una bestia o un Dios.”⁶⁰

Como consecuencia necesaria de este impulso natural del hombre a desarrollar su existencia dentro de determinada comunidad política, Aristóteles propone que las leyes y la justicia constituyen una necesidad implícita en la propia concepción de las

⁶⁰ Pedro S. Abril, *Aristóteles ética nicomaquea* (Ciudad de México: Porrúa, 1981), 50.

polis; hasta llegar a caracterizarla “como algo social, como que la justicia es el orden de la sociedad cívica, y la virtud de la justicia consiste en la apreciación de lo justo”.⁶¹

Mirado desde esta perspectiva, la justicia es concebida como un bien público, como justicia política, propia de cada ciudadano en su convivencia política al interior del Estado. Por ello puede apreciarse que el pensamiento aristotélico conlleva en sí mismo esta visión de la justicia política, la cual ha de pertenecer al Estado, aspecto que debe ser considerado el requisito principal para que dicho Estado sea tal y alcance los intereses y fines que justifican su existencia.

Esta teoría de la justicia política que plantea Aristóteles, se refiere esencialmente a la justicia general, la cual resulta más abarcadora y encierra dentro de sí a cada justicia particular. La concepción que nos brinda Aristóteles, respecto de la justicia política como bien público necesario para la constitución del Estado, responde de forma ineludible a la propia naturaleza humana, lleva implícito que la justicia política debe ser entendida como un derecho fundamental propio e inalienable del ciudadano, dado por su propia condición, por su naturaleza humana. Por ello, desde el pensamiento aristotélico, la justicia política es vista como un derecho natural, esto es, como un derecho implícito en la naturaleza humana y como consecuencia de ello en la naturaleza del propio Estado.

Rousseau⁶² coincide con el pensamiento del filósofo Aristóteles, cuando define a la justicia como un derecho natural independiente de las convicciones humanas, coincidiendo también en que es la justicia la que posibilita al Estado su conservación; pero aclara que la justicia solo se hace posible mediante la aplicación de la ley. Ilustra este autor, que la justicia, aunque sea considerada un derecho natural, se vuelve accesible al ciudadano mediante la aplicación del orden normativo, es decir, de las leyes que garanticen de manera plena su cumplimiento, así lo señala:

Lo que es bueno y está conforme con el orden lo está por la naturaleza de las cosas, independiente de la voluntad humana [...] Sin duda existe una justicia universal que emana solo de la razón; pero esta justicia, para ser admitida entre nosotros, debe ser recíproca [...] Son necesarias, pues, las convenciones y leyes para unir los derechos a los deberes, y para que la justicia cumpla su objetivo.⁶³

⁶¹ Alberto Letieri, *Política y sociedad: Pensamiento clásico* (Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2002), 66.

⁶² Jean Jacques Rousseau, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* (París: Frimin-Didot, 1758), 25.

⁶³ *Ibíd.*, 28.

Lo planteado nos permite afirmar que la justicia considerada como derecho natural, constituye un modelo de comportamiento que conduce la convivencia humana, es decir, una justicia ideal; no obstante, esta se consolida como realidad jurídica tan solo como derecho positivo “[...] cuando se haya dicho lo que es una ley de la naturaleza no por eso se sabrá menor que es una ley del Estado”.⁶⁴

Según lo sostiene Hoffner,⁶⁵ “la justicia como derecho positivo concretiza los grandes principios de convivencia en circunstancias históricas y políticas, llegando solo de ese modo a ser accesible al hombre”:

Lo que se opone al Estado de naturaleza primario no es el hecho de que en el domine la injusticia, sino la ausencia de leyes y, con ello, la ausencia de derecho [...]. Ese Estado (de naturaleza primario) queda superado por el Estado de naturaleza secundario o el Estado de justicia natural. Pero la justicia natural no logra lo que promete [...] (El Estado de justicia natural) no es un Estado jurídico real, es decir, un Estado en el que el derecho (justo) alcance plena realidad.⁶⁶

Así lo define Goldschmidt:⁶⁷ “el derecho natural, como conjunto de principios es incompleto porque requiere un derecho fabricado derivado y determinado de él, a fin de captar los géneros de casos concretos”. Esta conceptualización de la justicia se lleva a cabo de acuerdo con Hoffner⁶⁸ mediante una positivización que sigue a un poder que no es individual, particular ni privado, sino a un poder público y general, instituida y legitimada para el Estado como una necesidad para su propia conservación. En efecto, Rousseau expone lo siguiente:

Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuanto cuerpos, y a las acciones como abstractas, nunca a los hombres como individuos, ni a las acciones como particulares [...] en una palabra, toda función que se relacione con algo individual no pertenece al poder legislativo, [...] Llamo, pues República a todo Estado regido por leyes, bajo cualquier tipo de administración que pueda hallarse, porque entonces solo gobierna el interés público y la cosa pública representa algo.⁶⁹

Se concluye de este modo que la justicia como derecho positivo, ya no es considerada tan solo como una virtud (teoría aristotélica), sino que surge del Estado y posibilita su estabilidad, garantizando la supervivencia de los ciudadanos. Por ello se resalta como acertada la teoría aristotélica de que la justicia es necesaria y fundamental

⁶⁴ *Ibíd.*, 32.

⁶⁵ Josef Hoffner, *Doctrinal social cristiana*, 2ª. ed., trad. Monserat Herrero (Colonia: Ordo Social, 1943), 47.

⁶⁶ *Ibíd.*, 47.

⁶⁷ Werner Goldschmidt, *Justicia y verdad* (Buenos Aires: La Ley, 1978), 357.

⁶⁸ Höffner, *Doctrinal social cristiana*, 51.

⁶⁹ Jean Jacques Rousseau, *Euvres complètes* (París: Gallimard, 1995), 40.

para la constitución del Estado. Así lo considera Rousseau en la cita anterior, cuando sintetiza dicha concepción aseverando que el Estado mismo, es tal, solo en cuanto se encuentra regido por leyes, dado que es el carácter universal que poseen las leyes, lo que posibilita que la cosa pública represente adecuadamente dicha universalidad.

2.2. Conceptualización de la administración de justicia

Gómez delimita el concepto de administración de justicia y su sentido funcional, como:

El conjunto de órganos que aplican el derecho a los supuestos concretos deducidos por las personas, físicas o jurídicas, sea en pretensión procesal, sea en una actuación informal, pero jurídicamente reconocida, no parece muy forzado afirmar que, desde esta perspectiva, la administración de justicia se presenta socialmente como un servicio público que tiende a satisfacer las necesidades sociales de la seguridad jurídica, y de la solución de los conflictos por reglas objetivamente establecidas.⁷⁰

En la administración de justicia, concurren las siguientes características propias de todo servicio público. En primer lugar, una actuación administrativa estructurada sistemáticamente para ofrecer al ciudadano unas prestaciones que tienen un interés público; en segundo lugar, que tales prestaciones tienen las características de continuidad en el servicio, de uniformidad, en cuanto a la forma, en el sentido de igualdad en el tratamiento a los ciudadanos, así como la tendencia hacia la gratuidad y universalidad del destinatario; y, en tercer lugar, el sometimiento a un régimen jurídico especial y autónomo incardinado en el sector público, contemplado en el COFJ.

Por ello, es necesario observar la función que cumple la administración de justicia ante el ciudadano. Desde esta perspectiva se percibe como un servicio público hasta el punto que sus prestaciones son objeto de las exigencias sociales: la gente, que cada día demanda más una sentencia o resolución justa, una actuación de la justicia. Consultando nuevamente a Gómez transcribimos:

Se pueden distinguir dos aspectos dentro de la administración de justicia; el primero referido al contenido y naturaleza de ciertas resoluciones judiciales, generalmente llamadas de fondo y fundamentalmente, las sentencias, que por sus características operativas tienen una indudable esencia política, en el sentido de manifestación del poder del Estado; el segundo, se concreta en la propia actividad de los órganos jurisdiccionales, encaminada a obtener una respuesta adecuada a la demanda social, de solución pacífica de los conflictos, en la cual aquel carácter político de fondo, es inexistente y aparecen más nítidamente resaltados los principios y la actividad propia al servicio público. Teóricamente, es posible diferenciar entre

⁷⁰ Manuel D. Gómez, *El servicio de la Administración de Justicia: Perspectiva de futuro* (Valencia: Sociedad Económica, 1987), 3.

ambos aspectos, en el sentido de que nada impediría la separación, casi absoluta, de aquello que es puro servicio, de lo que propiamente es juicio y sentencia; nada impediría, que por un órgano administrativo, separado del juez, se presentará a este un conflicto al solo efecto de dictar sentencia. De hecho, un sistema con muchas de estas connotaciones se practica en el derecho anglosajón.⁷¹

Una vez diferenciados estos dos aspectos del poder judicial: el jurisdiccional y el de la actividad administrativa encaminada a aquella finalidad, es evidente que, al menos desde un punto de vista funcional, esta actividad pueda y deba ser analizada, como si de un servicio público se tratara, cuyo servicio estará condicionado al fin jurisdiccional que la justifica, así como a ciertos principios políticos y jurídicos derivados de la propia especialidad y naturaleza constitucional de la actividad judicial propiamente dicha.

2.3. La administración de justicia como servicio público

La configuración de la administración de justicia como servicio público es tratada de forma sistemática por diversos autores, como es el caso de Javier Tajadura,⁷² quien parte del principio doctrinal de que la consideración de la justicia como servicio público es condición ineludible para su modernización. En la medida en que la tutela judicial se configura como una prestación estatal resulta que la administración de justicia, como garante de dicha prestación y de su calidad, deviene en una administración prestadora de un servicio público. Los poderes públicos vienen pues obligados a promover un servicio público de la justicia, capaz de enfrentarse satisfactoriamente a la creciente demanda social que en este sentido se expresa.

Como es lógico, esta consideración lleva aparejada la necesidad de evaluar su funcionamiento y arribar a criterios en cuanto a su idoneidad, aspecto este que para los defensores de la justicia como poder absolutamente independiente, constituye una amenaza a dicha independencia. Tales contraposiciones están vinculadas, sin duda, a las dificultades que señalamos anteriormente, en relación con la modernización de la administración de justicia.

Desde el punto de vista de Tajadura, muy pocos países (Estados Unidos, Australia, Italia) han alcanzado esta evaluación como realidad consolidada, y esta se mantiene como aspiración de futuro o con intentos prácticamente experimentales en la mayoría.

⁷¹ *Ibíd.*, 3.

⁷² Javier Tajadura Tejada, *Teoría y realidad constitucional* (Madrid: UNED, 2001) 177.

Finalmente, citando a Tomás y Valiente,⁷³ quien señala que: “La configuración de la ‘justicia’ como un ‘poder’ o ‘contra-poder’ fomenta por parte de quienes la desempeñan una actitud de hostilidad al poder y, en particular, al poder ejecutivo por sistema y como principio de actuación. Como si el juez fuese el único puro y todos los demás, en especial quienes desempeñan otros poderes del Estado, tuviesen siempre las manos sucias”.

Por ello, consideramos que el principal obstáculo al establecimiento de evaluaciones regulares del funcionamiento de la justicia es de orden ideológico. El establecimiento y aceptación de tal posibilidad de evaluación tiene que partir de la propia concepción de la justicia y esa es precisamente la concepción de la justicia como servicio público. Caso contrario, si la justicia es solo considerada como un poder, se corre el riesgo del alejamiento del ciudadano respecto a la administración de justicia, porque para él resulta claro que su inquietud no deriva de si la justicia constituye un poder o no, sino si es capaz de resolver satisfactoriamente los asuntos que le son sometidos de una manera pronta y eficaz. Para el primer panel, en la reunión de expertos en acceso a la justicia, su criterio es el siguiente:

El acceso a la justicia es un derecho a las personas y correlativamente un deber ineludible del Estado como representante de los intereses públicos, que debe estar consagrado en sus constituciones políticas. Este servicio debe ser de calidad y debe ser gozado en igualdad de condiciones por todas las personas, especialmente los más vulnerables y discriminados.⁷⁴

Pero coincidimos en que la administración de justicia no solo debe ser concebida como un servicio público, sino que reviste peculiaridades muy especiales y cae de lleno dentro de aquellos que deben ser considerados servicios públicos esenciales. Esto se evidencia al comprobar el cumplimiento de los requisitos cuando se trata de actividades que contribuyen eficazmente al desarrollo de postulados fundamentales, especialmente relacionados con la vigencia de los derechos y libertades, y que como consecuencia de su interrupción se podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.⁷⁵

⁷³ Francisco Tomás y Valiente, *A orillas del Estado* (Madrid: Taurus, 1996), 143.

⁷⁴ Acceso a Fernando Serrano, *La interpretación conforme a la Constitución* (Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2008), 20; Acceso a la Justicia en Iberoamérica. *Lineamientos para una guía de buenas prácticas*, 2008. 20

⁷⁵ Johanna Giraldo Gómez, “Análisis jurídico: Sobre la naturaleza jurídica de la administración de justicia y el derecho a la huelga”. <<http://www.lavozdelderecho.com/index.php/opinion/analisis-juridico/item/2882-analisis-juridico-sobre-la-naturaleza-juridica-de-la-administracion-de-justicia-y-el-derecho-a-la-huelga-johanna-giraldo-gomez>>, edición electrónica.

Diferentes asociaciones jurídicas, como es el caso de Jueces para la Democracia, han suscrito “la concepción de la justicia como servicio público”, aportando así un apoyo adicional desde el punto de vista doctrinario a esta concepción. Así lo plantean en una publicación de esta organización, donde se declara tradicionalmente a la administración de justicia como un servicio público, hasta el punto de decir, que acercarse al tema constituye una de las señas de identidad de la asociación.

Según Carlos Gómez,⁷⁶ apoyaron este planteamiento, en un lema enarbolado en el Congreso celebrado en 1998, en Girona: “La justicia al servicio del ciudadano”, siendo su tercera conclusión:

La administración de justicia está al servicio de los ciudadanos y, el hecho de que funcione bien, no es una demanda social coyuntural o esporádica, sino una necesidad constante y permanente, en un Estado social y democrático de derecho, en el que la “Justicia” se identifica como unos de los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico, junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político. Tradicionalmente, el tema del control y la responsabilidad de los poderes públicos aparecen tratados como algo derivado del proceso de institucionalización y consolidación constitucional del Estado de derecho y de la consiguiente división entre los tres poderes clásicos de todo Estado moderno. Todo ello desde una perspectiva científica predominantemente jurídica.

Tal vez, el aspecto medular de la nueva concepción esté configurado por la necesidad de superar la noción de la justicia como poder, por la más moderna y necesaria de una justicia como servicio público.

La vertiente económica en la conceptualización de la justicia como servicio público no ha escapado al análisis de tan importante tema. Está claro que los aspectos económicos se reflejan en toda actividad social. Domínguez⁷⁷ lo trata desde diferentes aristas; una de ellas se refiere a la visión que actualmente prevalece dentro de las Naciones Unidas, donde se considera que: “la justicia, los derechos humanos, y el imperio de la ley son armas tan poderosas como la educación, la atención sanitaria y la vivienda en la lucha contra la pobreza”.⁷⁸ Puede observarse en esta aseveración cómo un adecuado servicio público de justicia puede hacer una contribución al objetivo, aún tan lejano en muchos países, de eliminación de la pobreza. Tal vez resultará conveniente considerar la contrapartida, es decir, si existiría la imposibilidad de eliminar la pobreza

⁷⁶ Carlos Gómez, *Jueces para la democracia y administración de justicia* (Madrid: Jueces para la Democracia, 2017), 1.

⁷⁷ José M. Domínguez Martínez, “La justicia como servicio público: La importancia de la perspectiva económica”, *UNIRIOJA* (2013): 3-5.

⁷⁸ George Soros y Tucker Carlsson, “Justice is the New Front in War on Global Poverty”, *Financial Times* (2013): 5.

en tanto no se cuente con un adecuado y eficiente sistema de administración de justicia como servicio público.

Con su enfoque economicista, Domínguez en la obra citada en el párrafo anterior, expresa que el sistema judicial es un determinante básico y fundamental de la actuación económica de un país. Basa esta rotunda afirmación en el hecho de que un buen servicio de justicia promueve la producción y la distribución eficiente de los bienes y servicios, al asegurar dos requisitos esenciales de una economía de mercado, uno de ellos dado por la seguridad de los derechos de propiedad; y, el otro por el cumplimiento de los contratos.

Con este reforzamiento de los vínculos entre administración de justicia y economía, el autor arguye que, en el primer caso se ofrecen incentivos para ahorrar e invertir ya que se protegen judicialmente los rendimientos de tales actividades, y mediante el segundo, se estimula a los agentes a realizar transacciones, disuadiendo de este modo los comportamientos oportunistas y reduciendo los costes de transacción. Afirma que ambos factores tienen un impacto positivo sobre el crecimiento económico, promueven la competencia y la realización de inversiones basadas en las relaciones entre empresas.

En relación con las dimensiones económicas propias de la administración de justicia se señalan elementos tales como: la duración de los procesos, la predictibilidad de los resultados (seguridad jurídica que equivale a certeza, a saber qué derecho se va a aplicar en cada momento) y, por supuesto, conocimiento de ese derecho. Equivale a conocer los costes, indicando que estos últimos no deben ser tan elevados que determinen exclusión del servicio por esta razón, pero tampoco tan bajos que induzcan litigios injustificados.⁷⁹

La teoría del análisis económico del derecho, nos enseña que debe haber una razonable proporción entre el coste de un procedimiento y la valoración económica de la solución que se pretende alcanzar. En cualquier caso, resulta evidente que la demanda creciente de servicios en el ámbito de la justicia ha ido condicionando un aumento considerable y progresivo de sus partidas presupuestarias; un incremento notable de los medios humanos o personas, trabajando en este servicio público y un crecimiento notable de los medios materiales y, en particular, la construcción de nuevas

⁷⁹ Gabriel García Cantero, *Seguridad jurídica* (Madrid: Reus, 1960), 37.

instalaciones para su funcionamiento; todo lo cual demuestra la importancia de los aspectos económicos ligados al servicio público de la justicia.

La calidad del servicio público, básico y tradicional,⁸⁰ no se diferencia en nada de la calidad que debe ofrecer el servicio público de justicia, por cuanto en ello está inmerso el anhelo y el mejoramiento constante y permanente en los procesos judiciales. Así como se solicita, de parte del usuario del servicio de agua potable, un líquido que contenga pureza y que no cause estragos en la salud del ciudadano; asimismo, el ciudadano requiere del Estado que, la Función Judicial, órgano por mandato constitucional responsable de entregar el servicio de justicia, brinde una atención rápida y eficiente en la tramitación de un juicio o proceso, que le haga conocer si su derecho ha sido o no vulnerado, o si tiene o no derecho a sus pretensiones reclamadas en dichas causas.

Tener en cuenta la opinión pública, en relación con la administración de justicia tiene como justificación que las opiniones en cuanto a su efectividad, entendida como capacidad para contribuir a la resolución de los conflictos que implican real o potencialmente a los opinantes, se encuentra estrechamente vinculada al grado de confianza social que la ciudadanía deposita en el aparato de la administración de justicia. Ejemplo de ello pudiera ser la dimensión social que alcance la imparcialidad objetiva de los jueces en cuanto a que pudieran existir vínculos de sus intereses y convicciones con los de alguna de las partes. No puede desligarse una verdadera efectividad de la tutela judicial prescrita constitucionalmente, de la percepción que la sociedad tenga en relación con dicha tutela.

Respecto de esta percepción social, apunta Luis López⁸¹ que, en forma consistente, las encuestas muestran que los ciudadanos sitúan las prestaciones en materia de justicia en un nivel de apreciación muy bajo; en algunos casos, la estima popular por lo que la justicia se coloca prácticamente en el último lugar de una escala en que se integran los servicios e instituciones públicas más importantes.

Sostiene el autor citado, que los resultados de estas encuestas no son privativos de un país (España), sino que se reproducen en prácticamente todos los países del

⁸⁰ Pontificia Universidad Javeriana, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI* (Bogotá: Temis, 2010), 491: La falla de servicio: La falla de servicio correspondía al principio a la noción de culpa aplicada directamente al mal funcionamiento de un servicio del Estado, entendido como actividad de interés general según la vieja idea de TEISSIER, y no al comportamiento de los funcionarios que están detrás de él.

⁸¹ Luis López Guerra, “La modernización de la justicia como servicio público”, *Revista Derecho Política*, n.º (2000): 11-26.

ámbito europeo. Claro que estos resultados, como muy bien se señala en el trabajo, no es consuelo alguno en relación con el criterio que tienen formado los ciudadanos, respecto del servicio público de la justicia, más bien resultan una evidencia de que se trata de males generalizados en alguna medida.

Finalmente, López⁸² precisa que en las encuestas realizadas suele aparecer en primer lugar, y en forma reiterada y casi instintiva, lo que podría perfectamente considerarse como la mayor crítica, por parte de la opinión pública, al funcionamiento de la justicia: las prolongadas dilaciones en los procedimientos. En forma continua, en las encuestas de opinión, resulta abrumadora la mayoría de los que estiman que tales dilaciones vienen a convertir en inoperante la acción de los Tribunales. Sea cierto o no (según el viejo aforismo el cual expresa que la justicia diferida es justicia denegada), lo cierto e irrefutable es que la dilación en el procedimiento aparece como incompatible con la efectividad de la justicia, y derechamente contraria al proceso público sin dilaciones.

Sobre este aspecto de la percepción ciudadana, comenta Ramírez de Arellano,⁸³ que la administración de justicia es un servicio público básico esencial para el normal funcionamiento de la sociedad y que el ciudadano la considera como un servicio público perfectamente equiparable al de educación o sanidad, pero la percepción que se tiene sobre ella no es precisamente muy positiva, lo que le provoca una conciencia de insatisfacción. El ciudadano ya no entiende ni acepta que cuando acuda a un edificio judicial tenga que ir recabando información de puerta en puerta, que su expediente se lo tengan que buscar entre una montaña de papeles, necesita tener un punto en el que pueda recabar la información requerida, se le dé razón de su solicitud, se le comunique la fecha del juicio entre otros.

Para el autor, el concepto de la justicia como servicio público es incuestionable, aun cuando tiene elementos diferenciales, en relación con otros servicios públicos, dados por el ejercicio del poder judicial. El Estado se fundamenta en la separación de poderes legislativo, ejecutivo y judicial, correspondiendo este último a su ejercicio en exclusividad e independencia a los jueces y tribunales que garantizan que el ciudadano vea satisfecho su derecho fundamental de obtener la tutela judicial efectiva.

⁸² *Ibíd.*, 26.

⁸³ Pilar C. Ramírez de Arellano, *La administración de Justicia como servicio público* (Coru) Tribuna Jurídica. A Coruña, <<http://www.laopinioncoruna.es/coruna/2010/03/28/administracion-justicia-servicio-publico/370487.html>>.

En España⁸⁴ hay una percepción específica sobre el servicio público. Se señala que los ciudadanos españoles hoy son menos iguales ante la ley y en el acceso a la justicia, sienten alarma por una excesiva exposición mediática, por el protagonismo y politización de algunos jueces o por la duración de las “macro causas”. Dicen estar alarmados por la lentitud excesiva de los procedimientos y perciben inseguridad jurídica y vital ante resoluciones judiciales, en muchas ocasiones, contradictorias e imprevisibles. Lo cierto es que hoy los ciudadanos tienen dificultades para acceder a la justicia, sufren una dilación y retrasos excesivos, un encarecimiento inasumible y una desigualdad en las condiciones. Actualmente, los ciudadanos son menos iguales ante la ley y la justicia y se sienten menos seguros. Existe una gran falta de previsibilidad en las sentencias, contradicción en los criterios y falta de mecanismos judiciales de armonización de criterios.

Ampliando la concepción de la administración de justicia, más allá de la aplicación de normas, se entiende que la justicia, en cuanto a servicio público, es un órgano administrativo del interés público, de la cosa pública, el cual tiene como principal objetivo el satisfacer las necesidades de la comunidad y que, solo cumpliéndolo se legitima como tal. Por ello está contemplado que la justicia es un derecho, y a la vez es un servicio público.

Pero ¿cuál es el servicio de justicia que se brinda a los ciudadanos? Sabemos que aquel se materializa cuando el ciudadano puede acceder a su derecho, a ser igual ante la ley frente a la sociedad y el Estado, y este derecho se concretiza en el proceso de la prestación de justicia, desde la entrada al sistema en condiciones de equidad, agilidad y oportunidad; la puesta en marcha del proceso judicial,⁸⁵ siguiendo los pasos establecidos para cada causa; y el alcance de un resultado o decisión (sentencia o resolución) que independientemente de si es favorable a una u otra parte del litigio, esta cumple con los principios de la justicia y el derecho, es decir, es neutral, objetiva, motivada y justa.

Comprendemos entonces que es una obligación del Estado permitir que sus ciudadanos tengan acceso a la justicia mediante procedimientos más expeditos que logren que los derechos sean más efectivos. Se ha evidenciado que algunas organizaciones internacionales en América Latina como es el caso del Banco

⁸⁴ Sistema Digital. “La justicia como servicio público”, *Temas para el debate*, n.º 247 (2015). <<http://www.fundacionsistema.com/la-justicia-como-servicio-publico/>>.

⁸⁵ Parte considerativa del COGEP: “Que, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal”.

Interamericano de Desarrollo (BID), en asociación con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos⁸⁶, han realizado investigaciones en siete países sobre el fortalecimiento del acceso a la justicia, buscando con ello incentivar a que otros países que no lo hayan hecho, establezcan políticas públicas que conlleven a reformar la justicia y que los sectores o grupos desprotegidos tengan ese acceso real y efectivo.

Se ha sostenido que, el acceso a la justicia no solo consiste en la presentación de la demanda, sino que el Estado brinde garantías en la tramitación del proceso y que permita obtener una sentencia justa para cualquier de las partes. Según señala la CRE de 2008 en el art. 168.6, el sistema procesal se llevará a cabo mediante el sistema oral con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Por oralidad debemos entender lo que define Eduardo Couture:⁸⁷ “Por oposición a escritura dicese del método procesal en el cual la palabra hablada constituye el modo de expresión”. Basado estrictamente en este concepto, tenemos que preguntarnos porqué siendo la oralidad parte esencial del proceso, se realizan también actos por escrito dentro del proceso, lo cual equivale a tener un proceso mixto, la respuesta a esta interrogante, nos ubica en la posición de entender que, ambas formas no son otra cosa que medios o formas de comunicación que desarrollaremos a continuación.

La oralidad no es más que un principio que se aplica al derecho procesal, pero principalmente un nuevo modo de entender el proceso. Sostienen Álvaro Pérez Ragone y José María Salgado,⁸⁸ que la aplicación de la oralidad en el proceso civil fue trazada por Chiovenda como una forma eficaz de optimizar al máximo la realización de la voluntad concreta de la ley, dejando de lado los formalismo típicos inherentes a los praxistas y legislaciones procesales que insistían en dar más importancia a la forma en sí, que al contenido de la concreción de la ley.

La teoría de Chiovenda dio paso a que un jurista como Tomás Jofré en Argentina expanda su importancia, y que para 1926, ya señalaba en el Seminario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que: “hay que introducir la oralidad del juicio, que debe completarse con la flexibilidad de los trámites, las concordancias entre las leyes de forma y de fondo, el sincronismo en los

⁸⁶ José Trompson, coord. *Acceso a la justicia y equidad: Estudio en siete países en América Latina* (San José de Costa Rica: Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000).

⁸⁷ Eduardo, Couture, *Vocabulario jurídico con referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. (Buenos Aires: Depalma, 1991), 7.

⁸⁸ Álvaro Pérez Ragone y José María Salgado, “Giuseppe Chiovenda”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* 7, n.º 2 (2017): 127.

procedimientos, la limitación de los recursos, la disminución de los gastos y la aproximación del juez al litigante”.⁸⁹

Ecuador ha ido desarrollando paulatinamente el sistema oral que, de manera tibia se lo hizo con los procesos laborales en la reforma al Código del Trabajo expedido por la Asamblea Nacional;⁹⁰ sin embargo, para las demás materias, excepto la penal, la oralidad nace con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP) en mayo de 2016,⁹¹ período que se puede evidenciar con la expedición de la CRE en octubre de 2008. Han debido transcurrir ocho años para que se ponga en vigencia el principio de la oralidad, sin contar que el Congreso Nacional del Ecuador, al expedir la Constitución Política del Ecuador (CPE) de 1998, específicamente en el art. 194, estableció también la oralidad. Según el informe de *Rendición de Cuentas del Consejo de la Judicatura del período enero 2015-2016*,⁹² se señala:

Una de las principales razones que motivó la adopción del proceso oral es la disminución en los tiempos de resolución de causas no penales, así como también la calidad y transparencia en la administración de justicia. El proceso escrito es burocrático, lento, delegable (muchas actividades procesales no las realiza el juez, sino otros servidores judiciales), incidentalista (la interposición de un incidente en el proceso puede demorar tiempos indefinidos), pero sobre todo, se evidencia la carencia de inmediación (el juez no está cercano al proceso, está cercano a un expediente, el juez se limita a la tramitología y los abogados al trámite de un juicio). Por otro lado, el proceso oral garantiza la inmediación ya que el juez resuelve en audiencia oral todas las controversias que se puedan presentar, permitiendo a las partes presentar los alegatos y la prueba. Basándose en esa contradicción y a la garantía del debido proceso, el juez deberá tomar su decisión y los incidentes que se puedan generar en el proceso son atendidos también en esa audiencia.

Sin perjuicio al modelo de gestión que tuvo el Consejo de la Judicatura durante el gobierno del presidente Rafael Correa, coincidimos en que, efectivamente, la justicia ecuatoriana se desplazaba en el marco de sus actividades por todas estas desavenencias en la forma y en el fondo, como lo ha señalado el informe referido.

⁸⁹ Pérez Ragone y Salgado, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*: 114.

⁹⁰ Ecuador. Congreso Nacional del Ecuador, *Ley n.º 2003-13*, Promulgada en el RO 146 del 13 de agosto de 2003.

⁹¹ Ecuador. Asamblea Nacional, *Código Orgánico General de Procesos*, ROS 506 22 Mayo 2015. Quito-Ecuador.

⁹² Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura, enero 2015-enero 2016* (Quito: Consejo de la judicatura, 2016), <www.funciónjudicial.gob.ec>, 29.

Octavio Tejeiro⁹³ sostiene que: “la oralidad no es novedosa porque fue el primer sistema comunicacional de los actos de juzgamiento con que contó la humanidad”. Respecto al tema, sostiene el mismo autor que:

La oralidad implica la necesaria comunicación verbal de los actos del proceso en la medida en que las partes, los terceros y el juzgador declaran de esa manera sus intenciones, es decir, constituye una forma de expresión de las voluntades, más no es ella, en sí misma y únicamente considerada, la que ofrece los beneficios que se le reconocen, pues no se gana mucho exponiendo vocalmente lo que puede expresarse también de otro modo.

Para Chiovenda⁹⁴ la oralidad atenuada por escritos que preparan el debate garantiza por el contrario, una justicia intrínsecamente mejor; la misma hace al juez partícipe de la causa y le permite manejar mejor los equívocos tan frecuentes en el proceso escrito, en donde el juez conoce por lo general la existencia de un proceso en el momento que es llamado a decidirlo; fortalece el espíritu del magistrado y del abogado, lo hace más sagaz, más rápido, más penetrante.

Señalar que el sistema oral —como define Chiovenda— es encontrar una justicia intrínsecamente mejor, aquello no pudiera ser la panacea, porque la oralidad por sí sola no logra esa justicia deseada y se coincide con Octavio Tejeiro,⁹⁵ cuando expresa que son los elementos con que viene acompañada esa oralidad los que marcan la diferencia con el sistema escrito, elementos estos como: la legitimidad, celeridad y justicia material los que otorgan las bondades para mejoramiento de la justicia.

Sin perjuicio de los elementos a que nos hemos referido, respecto del sistema de la oralidad, reconocemos la importancia de la oralidad por la serie de ventajas que tiene para las partes procesales, sin embargo, el sistema escrito que también forma parte de la estructura del proceso no se lo puede perder de vista, en razón de la necesidad de conexión entre ellos. Precisamente Carnelutti⁹⁶ sostiene que: “iniciar y escribir no son medios equivalentes, sino más bien medios complementarios del diálogo”.

Reconociendo a Chiovenda, como uno de los destacados mentalizadores de la oralidad, entendemos que bajo ese sistema procesal, lo que se busca es que la mayor cantidad de actos procesales se los haga oralmente en el juicio y como dice Gómez

⁹³ Octavio A. Tejeiro, “Oralidad y escritura: Contrariedad o complementariedad”, en *Puesta en práctica del Código General de Procesos*, editado por María del Socorro Rueda. (Bogotá: Legis / Universidad de los Andes, 2018), 328.

⁹⁴ Giuseppe Chiovenda, *Ensayos de derecho procesal civil*, vol. II (Buenos Aires: Edic. Jurídicas Europa, 1949), 45.

⁹⁵ *Ibíd.*, 328.

⁹⁶ Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: UTEHA. 1994), 67.

Orbaneja, recogiendo la opinión de Hippel, “El juicio oral representa la coronación del todo y es donde los principios rectores del proceso y el sistema de la prueba alcanzan su plena y definitiva realización”.⁹⁷

Si la oralidad como principio del derecho es la generalidad, hay otros principios específicos que son connaturales a este, como son el dispositivo, inmediación y concentración.

El principio dispositivo⁹⁸ junto con el de inmediación y el de concentración se encuentran establecidos dentro del COFJ,⁹⁹ y se sabe que el primero de los nombrados conlleva la necesaria exigencia de que cualquier persona o parte procesal que pretenda buscar justicia, deba necesariamente presentar su demanda cumpliendo con los requisitos que el procedimiento señala, entre los que se destaca fundamentalmente sus pretensiones o aspiraciones dentro de la causa inicial y siguiendo las mismas normas procesales. Al respecto, Iván Hunter Ampuero¹⁰⁰ sostiene que:

Hoy en día el proceso (civil, laboral, familia o penal) no debe ser mirado como el puro resultado de la excitación del particular por medio de la acción, sino también como el cauce normal del desarrollo de la actividad jurisdiccional. Esto implica que dentro del proceso conviven y se encuentran el interés del justiciable que pide tutela por medio de la acción y el del Estado, por medio de la jurisdicción que está en el imperativo de otorgar la tutela pedida (sea favorable o desfavorable, pero en todo caso correcta) el Estado tiene un interés en la pronta resolución de los litigios desde el momento en que compromete sus recursos materiales y humanos, e insta por su utilización racional y razonable. La conjunción de ambos intereses proyecta su contenido en toda la actividad procesal, especialmente en la actividad de impulso que perfectamente puede recaer, ya sea en forma general, ya sea en forma específica, en el órgano que ejerce la jurisdicción.

Esta definición se ajusta indudablemente al objetivo básico del Estado, el cual busca mediante los órganos jurisdiccionales independientes que estos puedan brindar tutela a todo ciudadano que la solicite, evitando en lo posible trabas o requisitos que impidan el acceso a la misma.

El principio de inmediación es considerado el más importante al momento de administrar justicia. Se argumenta que existe una “relación intrínseca entre la correcta

⁹⁷ Gissela Cevallos, Zoila Alvarado y Washington Astudillo. “La inmediación y la concentración como principios constitucionales en la legislación ecuatoriana”. *Revista Polo del Conocimiento*, II, n.º 6 (2017): 329-40.

⁹⁸ Guillermo Cabanellas. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. VI (Buenos Aires: Heliasta, 1994), 416. “Principio dispositivo: En el proceso civil es el que reconoce a las partes el dominio del litigio y entrega a la instancia de parte, la iniciativa en el impulso procesal”.

⁹⁹ COFJ, art. 19.

¹⁰⁰ Iván Hunter Ampuero, “El principio dispositivo y los poderes del juez”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXXV (2010), 149-88.

impartición de justicia y la intermediación judicial”¹⁰¹. La finalidad de este principio es que el procedimiento a seguir en un proceso, se encuentre estructurado, para que las partes intervinientes presenten sus argumentos y pruebas, manteniendo un contacto directo con el juez, con el objeto de que éste, sin ningún tipo de interferencias, pueda obtener todas las percepciones que le permitan formar su certeza para juzgar y resolver de manera efectiva el caso.

Álvaro R. Mejía Salazar¹⁰² sostiene que “la intermediación adopta el carácter de principio de procedimiento solo si se la entiende en su sentido estricto y no en sentido amplio o lato”. El criterio expuesto conduce a reflexionar respecto de la existencia de estos dos sentidos en que se entiende a la intermediación; permite diferenciar los alcances en su aplicación, aclarando que cuando nos referimos en sentido estricto, se refiere a que el juez que ha presenciado las pruebas y escuchado los argumentos de las partes, sea quien resuelva el caso que está puesto a su conocimiento; y que en cambio, cuando se habla en sentido amplio o lato, este principio que conlleva que todos los actos procesales deban realizarse con la presencia de un juzgador, como garantía procesal de la tutela judicial de los derechos en las etapas o fases, pero con la exigibilidad de que dicho juzgador sea el mismo que resuelva el caso sometido a su competencia.¹⁰³

Cuando se habla “en sentido amplio o lato la intermediación persigue una finalidad pública en calidad de garantía procesal¹⁰⁴, mientras que el sentido estricto persigue fines directamente relacionados con la calidad de la administración de justicia”.

La teoría del autor antes citado, se amplía, cuando menciona tres postulados rectores en los que fundamenta su criterio, respecto de cómo el principio de intermediación se estructura y aplica, con el único propósito de constituirse en una eficaz herramienta para el servicio de justicia:¹⁰⁵

“1. El procedimiento debe contar con fases o etapas en las cuales las partes, los terceros convocados al proceso y el juez puedan establecer un diálogo personal. De esta forma, las partes podrán exponer directamente al juzgado sus argumentos y pruebas, entre ellas las testimoniales y periciales, y éste a su vez,

¹⁰¹ Rosario Herrera Abián, La intermediación como garantía procesal, pág. 1.

¹⁰² Alvaro Mejía Salazar, “La Oralidad y los principios del procedimiento”. Primera edición, Ediciones et Historiae. Ecuador.2018. Pág. 50.

¹⁰³ Rosario Herrera Abián, La intermediación como garantía procesal. Cit., pág. 4.

¹⁰⁴ Alvaro Mejía Salazar, “La Oralidad y los principios del procedimiento”. Primera edición, Ediciones et Historiae. Ecuador.2018. Pág. 50

¹⁰⁵ Alvaro Mejía Salazar, “La Oralidad y los principios del procedimiento”. Primera edición, Ediciones et Historiae. Ecuador.2018. Pág. 50-51.

podrá conocerlos y valorarlos de una forma cabal, sin elemento interpuesto alguno.

2.La imprescindible presencia del juez en aquellas fases o etapas de contacto directo con las personas que intervienen en el proceso, dirigiendo el acto de tal manera que se propicie una producción correcta de las alegaciones y pruebas, a fin de conseguir una adecuada apreciación de las mismas.¹⁰⁶

3.La necesidad de que el juez que ha mantenido el contacto directo con las partes, sea el que resuelva el caso.”

Los tres postulados antes señalados, han sido plasmados tanto en la jurisprudencia ecuatoriana,¹⁰⁷ como por la española.¹⁰⁸ A continuación citaré los siguientes fallos expedidos tanto por el Tribunal Español como por la Corte Constitucional de Ecuador, en los cuales se puede evidenciar que ambas legislaciones siguen la misma línea de pensamiento:

TC (Esp): “La inmediación no puede quedar únicamente reducida a la presencia judicial, con ser importante, pues la práctica de la prueba no puede desligarse de la percepción directa y de la eventual intervención del juez en su desarrollo, a fin de adquirir un cabal conocimiento de los elementos de hecho necesarios para dictar sentencia”¹⁰⁹; y, en igualdad de criterio, la CC (Ecu) ha sostenido que: “La sujeción al principio de inmediación y celeridad no es otra cosa que la presencia del juzgador en las diligencias procesales, esto es, está encaminado a la relación didrecta con los litigantes, a la apreciación inmediata de las pruebas llevadas al procesos, está ligado con la oralidad del procedimiento, y para el caso que se practiquen las confesiones, declaraciones testimoniales, alegatos, peritajes entre otras sin la presencia del juzgador carezcan de eficacia jurídica”.¹¹⁰

¹⁰⁶ Criterio seguido por la CC (Ecu), la que en la Sentencia 209-14-SEP-CC, dentro del caso Nro. 0180-12-EP del 20 de noviembre de 2014, sostuvo que: “el principio de inmediación se traduce en la inmediata comunicación que debe existir entre el juez y las personas que obran en el proceso; los hechos que en eél deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen (...); se colige entonces que el principio de inmediación conlleva la comunicación directa y estrecha entre el juez y las partes procesales, lo que sería imposible si no concurrieran al acto todas las partes, y más aún sin la presencia del juez, quien a partir de los hechos puestos a su conocimiento desarrolla una clara percepción de los hechos que se traducen en su decisión”.

¹⁰⁷ Cfr. CNJ (Ecu), Resolución Nro. 407-2013, del 15 de abril del 2013.

¹⁰⁸ Cifr.SS:SAP Sevilla (Esp), Secc. 6, 28/2016, del 19 de enero, rec. 649/2013, FFJJ1,2; SAN (Esp), Secc 1, 405/2016, del 21 de julio, rec. 529/2015, FJ4; SAP Madrid (Esp), Secc. 27, 426/2016, del 30 de junio, rec. 1044/2016, FJ5.

¹⁰⁹ STC (Esp), 177/2014, de 3 de noviembre, FJ2.

¹¹⁰ CC (Ecu), en la sentencia Nro. 103-12-SEP-CC, dentro del caso 0986-11-EP, del 03 de abril de 2012.

Respecto del primer postulado, Álvaro Mejía expone su criterio afirmando que “En la generalidad de los casos se ha considerado que la inmediación, si bien podría informar a absolutamente todas las fases del procedimiento, resulta imprescindible que sea observada en la fase probatoria, cuando la naturaleza de las fuentes de prueba utilizadas –una parte, un testigo, un perito- demanda que el juez sentenciador mantenga un contacto directo –“inmediato”- con ellas, a fin de valorar adecuadamente los resultados de la práctica probatoria correspondiente”.¹¹¹

Herrera Abián sostiene que: “La prueba sigue siendo el aspecto donde la inmediación cumple su misión esencial, la de servir a la correcta valoración de los elementos probatorios. El valor de la presencia judicial en las declaraciones de los sujetos que intervienen en la prueba, como vehículo de comunicación de hechos, es evidente, como lo es respecto a objetos que por si portan una información necesaria para la emisión de un juicio justo¹¹².”

Por su parte, sostiene Álvaro Mejía¹¹³ que un procedimiento puede estar estructurado por etapas con inmediación entre las partes procesales, o también puede estar estructurado por fases donde la comunicación entre las partes sea mediata y por fases donde sea inmediata. Prosigue afirmando que se aplicarán los mandatos del principio en este último caso, siempre que las etapas de contacto inmediato sean aquellas que permitan al juzgador el conocimiento profundo de los sustentos que posean las partes para demostrar la procedencia de sus pretensiones y excepciones, es decir las fases probatorias¹¹⁴.¹¹⁵

¹¹¹ Álvaro Mejía Salazar, “La Oralidad y los principios del procedimiento”. Primera edición, Ediciones et Historiae. Ecuador.2018. Pág. 52: “En esta línea, sigo a lo manifestado por el TC (Esp), en la STC (Esp) 144/2012, de 2 de julio, Fj4, donde expresa que: “Así, hemos afirmado que la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración...”

¹¹² Rosario Herrera Abián, “La inmediación como garantía procesal”. Cit., pág. 26.

¹¹³ Álvaro Mejía Salazar, “La Oralidad y los principios del procedimiento”. Primera edición, Ediciones et Historiae. Ecuador.2018. Pág. 53.

¹¹⁴ Santos De la Oliva, “Curso de Derecho Procesal Civil I”. Parte General, cit., pág. 237 sostiene que: “La inmediación es compatible, sin embargo, con un proceso que, en su conjunto, no sea predominantemente oral. Porque la inmediación se ha acabado entendiendo con referencia a la práctica de las pruebas, como el contacto e intervención directos e inmediatos respecto a la actividad probatoria

¹¹⁵ Corte Nacional de Justicia (Ecu) Resolución Nro. 407-2013 del 15 de abril de 2013: ha sostenido: El principio de inmediación es básico dentro del derecho procesal, porque asegura que los juzgadores puedan conocer de primera mano, tanto las alegaciones que las partes realizan, con el fin de tener totalmente delimitada la traba de la Litis, como las pruebas que presentan para sustentar sus posiciones, para que recaiga sobre ellos la potestad de analizarlas”.

El autor antes citado¹¹⁶, expone su criterio afirmando que el principio de inmediación pertenece al procedimiento y no a una forma de comunicación específica – oralidad o escritura-, ya que éste también puede informar al procedimiento escrito, teniendo en consideración que la etapa probatoria del procedimiento se realice en presencia del juez, mediante actos de comunicación directa entre juzgador y las fuentes de la prueba.

Con respecto al análisis del segundo postulado expuesto por Álvaro Mejía, este considera la imprescindible presencia del juez en las fases o etapas de contacto directo con las personas que intervienen en el proceso, propiciando una correcta alegación y pruebas para apreciarlas de forma correcta. Este principio procura un acercamiento directo con los actores del proceso, disponiendo la obligatoriedad que tiene el juzgador de comparecer a todas las diligencias para que mantenga un diálogo permanente tanto con el actor, demandado, peritos, testigos, etc., demostrando una posición activa durante la fase de los debates para que las partes aporten sus argumentos y pruebas.

Recalca el autor, la imperiosa y necesaria conveniencia de la presencia del juez en todas las diligencias, pero fundamentalmente sostiene que es en la fase probatoria donde la presencia del juez sentenciador se hace imprescindible, ya que su presencia garantiza una correcta valoración de las pruebas contrastándolas con los argumentos de las partes.

Con respecto al tercer postulado rector del principio de inmediación, en el cual únicamente el juzgador que mantuvo el diálogo directo con las partes del proceso, deba ser el que resuelva el litigio, Álvaro Mejía¹¹⁷ concuerda con CHIOVENDA, quien expone que “el principio de inmediación exige que el juez que va a pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de las que extrae su convencimiento y haya entrado, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que se pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc., fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias lejanas” .¹¹⁸

¹¹⁶ Alvaro Mejía Salazar, “La Oralidad y los principios del procedimiento”. Primera edición, Ediciones et Historiae. Ecuador.2018. Pág. 53

¹¹⁷ Alvaro Mejía Salazar, “La Oralidad y los principios del procedimiento”. Primera edición, Ediciones et Historiae. Ecuador.2018. Pág. 54: “Sigo en esta línea argumentativa, a lo expuesto por el STC (Esp), 177/2014, de 3 de noviembre 2014, FJ6, donde manifestó que: “el principio de inmediación judicial exige que el Juez ante el que se haya practicado la prueba sea también el que dicta la Sentencia...”

¹¹⁸ Giuseppe CHIOVENDA, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Volumen 3. Florida-Provincia de Buenos Aires. Valletta Ediciones. 2005, pág. 130.

Analizando el criterio de Chiovenda, el cual es compartido por Álvaro Mejía, se concluye que solo el juez que conoció de manera directa las posiciones de las partes y las pruebas aportadas, es quien está facultado para resolver el caso llegado a su conocimiento. Esta uniformidad de criterios, puede tener sus excepciones en casos muy particulares. Podría presentarse circunstancias que impidan resolver el caso al juzgador que dirigió y participo de manera activa en el debate procesal, frente a ello surgirían algunos casos, entre ellos vale la pena analizar el siguiente:

En caso de ausencia por parte del juzgador ante quien se hizo efectiva la inmediación judicial, y en el supuesto de que solo se hayan aportado pruebas personales, cabe preguntarse ¿se repetirá la diligencia de prueba ante el juez sentenciador? La respuesta inmediata es que aquello conlleva la inevitable pérdida de tiempo y recursos.

Al respecto el tratadista Álvaro Mejía mantiene la postura de “se debe ponderar los beneficios de la inmediación sobre los principios de celeridad y economía, considerando que existen casos en que el juzgador no es unipersonal sino un Tribunal”; y, siguiendo esta misma línea concuerda que, si bien puede existir un juez ponente que sea quien redacte el proyecto de sentencia (mismo que pudo haber presenciado las fases del procedimiento) la naturaleza del juzgador pluripersonal ordena que el caso sea conocido y resuelto con el criterio de todos los miembros del Tribunal y no sólo del ponente.

Prosigue Mejía con el análisis y señala que, de “nada aporta que uno de los jueces haya presenciado el debate procesal si alguno o algunos de sus compañeros no lo hicieron –salvo el caso que los jueces que sí hubieren presenciado el debate conformaran la mayoría requerida y tuvieran idéntico criterio respectivo al sentido del fallo- Corresponderá entonces a todos los miembros del Tribunal el comparecer a todos los actos de contacto directo con las fuentes de prueba que se establezcan en el procedimiento, para la correcta conformación del juicio a emitirse”.¹¹⁹

Lo que quiere decir el autor, es que de manera obligatoria se deberá convocar a una nueva audiencia en la que los jueces que no hayan estado presente, conozcan los hechos de manera directa, así como las pruebas que aportan las partes al proceso y poder decidir en aquella causa.

¹¹⁹ Cfr. Giuseppe CHIOVENDA, “Instituciones de Derecho Procesal Civil, Cit. Pág. 131.

Lo expuesto por los tratadistas, respecto de los postulados del principio de inmediación conlleva a que el procedimiento y la labor del juzgador se encuentren organizados, de tal forma que puedan constituir los medios adecuados para impartir justicia. La línea que sigue Álvaro Mejía,¹²⁰ es que uno de los principales intereses de la sociedad y de los litigantes, se fundamenta en que la justicia sea impartida con altos niveles de calidad y fiabilidad, que los fallos posean tal contundencia en su corrección que consigan restablecer el equilibrio y la porción de paz social. Concluye que poco importa la forma procedimental por la que se opte, sea la oral o la escrita, lo que importa es garantizar que los postulados más rigurosos del principio de inmediación se observen en el procedimiento, pues de ello dependerá, la mejor o peor calidad de las resoluciones judiciales.

Se afirma que si bien los postulados del principio de inmediación contemplan la obligatoriedad de que se cumplan con el contacto directo con las partes en todas las etapas, pero si tales etapas se ejecutan distantes en el tiempo de unas de las otras, este principio no cumple su cometido o finalidad, es decir adolece de lentitud; tampoco reviste importancia que todo el procedimiento haya sido dirigido exitosamente por el juez, si este tarda en emitir su sentencia, frente a ello se afirma que este principio depende de otros como el de celeridad y concentración.

Analizando otros criterios de tratadistas, encontramos lo sostenido por Rubén Morán Sarmiento,¹²¹ respecto del principio de inmediación, que le permite al juez la toma de decisiones directamente. En el mismo sentido se pronuncia Mauricio Decap Fernández cuando señala:

El principio de inmediación significa en concreto, trabajar en el juicio directamente con la fuente de la información, de modo tal que la información que surja de dicha fuente, lo sea en un contexto contradictorio, sometido al control de la

¹²⁰ Alvaro Mejía Salazar, "La Oralidad y los principios del procedimiento". Primera edición, Ediciones et Historiae. Ecuador.2018. Pág.56: "Coincido, por lo tanto, con DE LA OLIVA SANTOS, en que la inmediación constituye un recurso básico e imprescindible para garantizar la buena calidad de la administración de la justicia y la mayor medida de acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes".

¹²¹ Rubén Morán Sarmiento, *El Código Orgánico de la Función Judicial y su incidencia en el Procesalismo Civil* (Guayaquil: Edilex, 2012), 68-9. Inmediación.- La principal respuesta del procedimiento oral; las normas que permitan al juzgador aplicarlas directamente frente a los litigantes, luego de escuchar sus posiciones dentro del conflicto; es decir normas que se prestan para la intervención directa del juzgador frente a los sujetos procesales; es la posibilidad abierta de que las partes intercambien una relación más fluida y objetiva con su juez en las distintas actuaciones y diligencias que el conflicto genere; es la forma con el juez va a conocer, escuchar, directamente a los contendientes en sus aspiraciones, posiciones y propuestas; relación directa entre el administrador del servicio de la justicia y el juzgador; intermediación que le permite al juzgador la toma de decisiones directamente ante los contendientes, respecto de la sentencias y de los autos interlocutorios por ejemplo.

contraparte, quien vigilará que la calidad de la información que fluye de la misma sea lo mejor posible, de modo que el juez que presencia el flujo de la información tenga a su alcance todos los antecedentes de credibilidad del testigo y de su testimonio que le permitan asignarle un valor probatorio coherente con la apreciación directa que es capaz de efectuar en ese contexto contradictorio.¹²²

En definitiva para ambos autores citados, el principio de inmediación le permite al juez situarse en medio de la prueba, de manera que tiene una certeza absoluta de los elementos que constituyen la fuente de la información fidedigna y dictar sentencia con un mínimo porcentaje de error.

Sin embargo, existen otros criterios como por ejemplo el de Perfecto Ibañez, conjuntamente con Taruffo, quienes sostienen que: “no es verdad que el juez tenga la percepción directa del hecho a probar escuchando una declaración testimonial”,¹²³ será menester realizar un juicio sobre la credibilidad del testigo y sobre la calidad informativa de los datos transmitidos, para formarse un criterio que le permita arribar a una decisión sobre el valor de esta prueba.

Este aspecto debe ser tomado en cuenta para identificar algunos alcances del principio de inmediación, sus implicaciones y efectos en el ámbito de las decisiones judiciales, las cuales se verán ciertamente fortalecidas con los aportes de diversas disciplinas del conocimiento como la filosofía, la psicología, entre otras.

En lo referente al principio de concentración,¹²⁴ debemos entender que al juez que por sorteo o prevención conozca la causa, va a tener la oportunidad de advertir que las pruebas de las partes procesales se practiquen todas de una vez, en un solo acto, es decir, varias diligencias en una sola audiencia, lo que le va a permitir tener agilidad procesal.

Este principio se caracteriza por su no fraccionamiento, que sin embargo es típico de los procesos escritos, ya que la ley lo regula en varias etapas con plazos o términos distintos, cuyo resultado ha sido la dilación o la rémora. Por ello, confrontado el sistema escrito y oral, no cabe duda del resultado beneficioso o triunfalista del principio de concentración, ya que este permite que todas las pruebas se practiquen por las partes procesales, como ya lo dijimos en única audiencia, como por ejemplo la

¹²² Mauricio Decap Fernández, “El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal de México* (2002): 57.

¹²³ Perfecto Ibañez, “Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)”, n.º 46 (2003), <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409555>>.

¹²⁴ Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 412: Principio de Concentración.- Al servicio de la economía procesal la actitud legal, que ha de procurar el juez y recomendable a las partes, de tramitar en un solo juicio las diversas cuestiones litigiosas que tengan conexión.

contestación a la demanda, presentación y debate de las pruebas, conciliación entre las partes, saneamiento del proceso ante posibles nulidades, planteamiento y resolución de excepciones previas, etc.

El principio de concentración, no solo tiene rango de carácter legal, sino también constitucional, así lo concibe el art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC):

Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

numeral 11.- Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas:

a) Concentración: Reunir la mayor cantidad posible, de cuestiones debatidas en el menor número posible de actuaciones y providencias. La jueza o juez deberá atender simultáneamente la mayor cantidad de etapas procesales.

Devis Echandia,¹²⁵ refiriéndose al principio de concentración, señala que contribuye a la consolidación del principio de economía procesal, ya que: “tiende a que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mayor unidad todas las cuestiones planteadas, los incidentes, excepciones y peticiones para ser resueltas simultáneamente en la sentencia, concentrando así el debate judicial”.

A contrario sensu del sistema de justicia escrito, donde las pruebas o diligencias se las solicita durante un término legalmente establecido y tradicionalmente en el último día para que la contraparte no pudiera contradecirlas, el principio de concentración logra que las pruebas se presenten en el mismo día y hora señalada en la audiencia respectiva, que la contraparte las conozca y pueda contradecirlas, todo lo cual en definitiva contribuye a una transparencia del proceso y que el juez pueda hacer un juicio de valor de las actuaciones procesales.

Conceptualmente, lo descrito podría asimilarse con el pensamiento de Enrique Vescovi,¹²⁶ cuando define al principio de concentración como: “la forma o mecanismo de reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y evitar la dispersión, lo cual por otra parte contribuye a la aceleración del proceso”.

Podemos reafirmar que, el principio de concentración permite que el proceso tenga una mayor importancia y relieve en contraposición al modelo escrito, ya que las partes procesales en esa audiencia pueden tener una certeza de que sus pretensiones les resulten favorable o desfavorable, ya que se logra medir de alguna manera las fortalezas

¹²⁵Devis Echandia, *Compendio de derecho procesal*, t. I. (Madrid: Aguilar, 1966), 148.

¹²⁶ Enrique Vescovi, *Teoría general del proceso*, 2ª. ed. (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999), 52.

o debilidades del contrincante o adversario, resultando como ganador de la aplicación de este principio, materialmente el proceso judicial.

El 11 de enero de 2017, la Agencia Pública de Noticias de Ecuador y Sudamérica publicó que:

El presidente del Consejo de la Judicatura de Ecuador, Gustavo Jalkh, informó este miércoles sobre los avances en la justicia durante los últimos cuatro años, hasta diciembre de 2016. Dijo que hay más servicio público, en beneficio de más ciudadanos, con menos recursos y con el reconocimiento nacional e internacional.

Jalkh precisó que con la reforma judicial se han construido casi 250.000 metros cuadrados de nuevas unidades judiciales, de las cuales serán inauguradas dos en la capital hasta marzo próximo. Esto demuestra, dijo, el abandono en el que se encontraba la función judicial.

“Se ha construido mucho, pero eso ha significado sobre todo un medio para servir mejor, tenemos mejores instalaciones, pero sobre todo tenemos jueces de carrera, y no como antes cuando el 60 % eran de contrato”, añadió.

Contrastó que, en la actualidad, los jueces alcanzan el puesto por un concurso e ingresan a una carrera, lo que garantiza aún más su independencia judicial, complementada por un sistema de autodepuración judicial, con la evaluación de desempeño y el sistema disciplinario. A ello se suma la coordinación de audiencias y la realización de video-conferencias.

“Esto permite llegar con más servicio público, a más gente, usando menos recursos” sostuvo Jalkh quien se refirió al desempeño de la función judicial, tras la entrada en vigencia del nuevo COIP, en 2014, y el COGEP, en 2016.

Los niveles de productividad —dijo Jalkh— se mantienen muy altos con una tasa de resolución de 1.28 casos, lo cual significa que se despacharon un número de causa mayor que las que ingresan, ya que se atendieron las que datan de años anteriores. No obstante, dijo que en 2016 hubo una reducción de unos 50 000 procesos probablemente por mayores exigencias para presentar demandas.¹²⁷

Objetivamente se reconoce el cambio normativo que ha tenido el sistema de administración de justicia en el Estado ecuatoriano, pero solamente en su estructura (técnica), lo que a criterio de Morales¹²⁸ no es suficiente, al exponer que:

Se ve hoy en día en Ecuador —enhorabuena— seriamente cuestionado, atenuado y afinado, pues en lugar de la norma escrita o ley como esencia de la juridicidad, encontramos a los principios y valores como objetivos fundamentales a alcanzar a través de la aplicación del derecho. A nivel constitucional hemos superado el principio de legalidad que apunta a la seguridad jurídica, para llegar al criterio de protección de los derechos de las personas concebidos esencialmente para la realización de la justicia y construcción del bien común. Hemos evolucionado de lo utilitario a lo vital, existiendo una convivencia adecuada entre certeza jurídica y sostenibilidad social desde la búsqueda y práctica de valores. La seguridad y certeza jurídicas son sin duda fundamentales, pero estas sin justicia, pueden significar sistemas jurídicos técnicamente impecables, pero moralmente inaceptables.

¹²⁷ Agencia Pública de Noticias de Ecuador y Sudamérica. “Justicia ecuatoriana experimenta avances importantes hasta el 2016”, 12 de enero de 2017, edición electrónica.

¹²⁸ Juan Morales, Juez de la Corte Nacional de Justicia, expresa esta idea en el discurso de presentación del acto de rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura. 2010.

Argumento que es acertado desde nuestra perspectiva, ya que no es posible analizar la modernización de la justicia como servicio público en el Ecuador, mirando solo la parte técnica o la estructura, sin analizar si la justicia como derecho fundamental realmente es efectivizado por los órganos jurisdiccionales.

Otro de los principios de la administración de justicia que hay que destacar y que se encuentra constitucionalizado,¹²⁹ es el principio de gratuidad,¹³⁰ que se refiere al acceso a la justicia, que este debe de ser gratuito para todos los ciudadanos sin distinción alguna, es el derecho al libre acceso en igualdad de condiciones, de manera que cualquier persona pueda acceder sin condicionamiento alguno a buscar tutela judicial.¹³¹

En la línea de la gratuidad de la justicia como principio constitucional, tenemos que establecer una diferencia entre el acceso a la justicia, esto es presentar demandas o solicitudes, las que se diferencian con los trámites procesales, para cuyo caso el ciudadano requiere de un abogado que pueda patrocinar la defensa de sus derechos y en ese ámbito surge la prerrogativa o potestad de la defensoría pública que la CRE lo señala.¹³² Este principio de gratuidad guarda concordancia con el principio de igualdad para todas las personas que también lo reconoce la CRE, es decir, igualdad en cuanto al hecho de que las partes procesales puedan tener un patrocinio en la que los ciudadanos con menos recursos económicos no puedan tener desventajas frente al ciudadano que si los posee.

En esa misma línea, el COFJ¹³³ determina que las universidades que tengan carreras de derecho también están en la obligación de contar con consultorios jurídicos gratuitos, donde los ciudadanos puedan acudir a buscar el apoyo de abogados que los patrocinen de manera gratuita.

¹²⁹ CRE, art. 168, num. 4.

¹³⁰ COFJ, art. 12.

¹³¹ CRE, art. 75.

¹³² CRE, artículo 214.- “La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial, cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos [...]”.

¹³³ COFJ, artículo 293.- “Las Facultades de Jurisprudencia, Derecho o Ciencias Jurídicas de las Universidades legalmente establecidas, los organismos seccionales, las organizaciones comunitarias y de base y las asociaciones y fundaciones sin finalidad de lucro legalmente constituidas, para alcanzar la autorización del funcionamiento de los Consultorios jurídicos gratuitos a su cargo, comunicarán a la Defensoría Pública, el listado de los profesionales del derecho que lo integran, su organización y funcionamiento que establezca para brindar patrocinio en causas y asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos, y grupos de atención prioritaria”.

A pesar de que la gratuidad está contemplada constitucionalmente, el COFJ¹³⁴ ha concedido a los Notarios como órganos auxiliares competencias de la propia función judicial, como es el caso de los juicios de divorcio por mutuo consentimiento sin la existencia de hijos¹³⁵, donde el Estado se desliga de esa competencia que debería ser gratuita, pero que en manos de los Notarios tiene un costo que muchos ciudadanos no puedan pagar.^{136 137}

Concluimos entonces que persiste la desigualdad entre el Estado y los particulares, puesto que los particulares deben consignar cauciones para evitar la ejecución de las sentencias,¹³⁸ mientras que el Estado no tiene esa obligación; y, por último los contratos de arrendamientos deben inscribirse obligatoriamente ante un Notario pagando una tasa por dicho servicio que varía según la cuantía del monto del contrato,¹³⁹ todo lo cual permite, desde nuestra perspectiva considerar que la gratuidad de la justicia no es una realidad absoluta.

3. La necesidad de modernizar la justicia como servicio público en la República del Ecuador

3.1. Fundamento constitucional

La administración de justicia como servicio público está reconocida dentro del Estado ecuatoriano a partir de la vigencia del COFJ,¹⁴⁰ por lo que es relevante a efectos

¹³⁴ COFJ, artículo 296.- “Notariado.- El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de la fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe en la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancela y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente autorizados en el COGEP, la Ley Notarial y otros cuerpos legales”.

¹³⁵ Ley Reformativa de la Ley Notarial, Ley s/n, sexto suplemento del Registro Oficial 913 de 30 de diciembre de 2016, artículo 18.22.- “La Ley Notarial dispone que las y los Notarios deben tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia [...]”.

¹³⁶ COFJ, ibíd, artículo 303.- “Tasas por Servicios Notariales.- Es atribución del Consejo de la Judicatura establecer, modificar o suprimir mediante resolución las tasas por servicio notarial, fijar sus tarifas y regular sus cobros [...]”.

¹³⁷ Consejo de la Judicatura, *Resolución 143-2015* 25 de mayo de 2015.

¹³⁸ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Congreso Nacional de la República del Ecuador. Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004, artículo.- 6 penúltimo inciso: “El ejercicio de acciones legales y la interposición de recursos administrativos por parte del Procurador General del Estado o sus Delegados y los Representantes Legales de las instituciones del sector público estarán exentos del pago de tasas judiciales y de toda clase de tributos”.

¹³⁹ Consejo de la Judicatura, *Resolución 143-2015*, 25 de mayo de 2015.

¹⁴⁰ COFJ, art. 17.

de la investigación, analizar la evolución que ha tenido la justicia en el marco constitucional y legal. Sobre ello Pazmiño¹⁴¹ narra que

La reforma de 1992 estuvo sustancialmente dirigida hacia la estructura y funciones de la Corte Suprema (Nacional). Las reformas de 1995 que ampliaron las atribuciones del Tribunal Constitucional y modificaron su composición, proponen el principio de independencia del Ministerio Público (Fiscalía) y la unidad jurisdiccional, la Defensoría del Pueblo, la descentralización de los servicios judiciales, el reconocimiento de los medios alternativos para la solución de conflictos y la facultad del Consejo Nacional de la Judicatura para establecer tasas por los servicios judiciales. En la reforma de mayo de 1997, luego de consulta popular, la cual propuso reformas constitucionales referidas a la independencia de los órganos del poder político, se priva al Congreso de la facultad de designar magistrados de la Corte Suprema y de la capacidad de fiscalizar su desempeño por medio del juicio político. Las reformas introducidas en 1998 por la Asamblea Nacional Constituyente se orientaron a la modificación de los procedimientos judiciales: definieron reglas explícitas para el debido proceso; impusieron los principios de contradicción, inmediatez, publicidad, oralidad y agilidad para que sean aplicados a todo procedimiento judicial; reconocieron el derecho de los pueblos indígenas a resolver sus conflictos internos aplicando sus propias normas consuetudinarias; establecieron disposiciones para hacer efectivo el principio de la unidad jurisdiccional; crearon el concepto de justicia de paz y se plantearon la necesidad de tribunales para el juzgamiento de los casos de la familia.

Consideramos que las reformas no lograron ser instauradas de forma efectiva dentro de las instituciones involucradas. Pese a ello, a partir de estas y de la experiencia, se produjeron cambios más adelante que son parte del proceso de transformación de la justicia en el Estado ecuatoriano. Así, Pazmiño¹⁴² agrega que: “la preocupación por la reforma judicial se sintetizó en las reformas constitucionales de 1992 y en las posteriores enmiendas de 1996, 1997 y 1998”; las enmiendas consistieron en reformular toda la estructura jurisdiccional y en la eficacia del principio de autonomía en la función judicial. Sin embargo, no se logró reformar sustancialmente la normativa procesal orgánica y adjetiva que regulaba el sistema.

Recordemos que el Ecuador ha transitado desde 1992 por un proceso de reestructuración de la administración de justicia, que se extendió por casi dos décadas. Posteriormente, se han presentado agudas crisis en los años 2004 y 2005, para pasar luego, en el 2008, por la convocatoria y realización de una Asamblea Constituyente, cuyo resultado fue sometido mediante referéndum a la aprobación del pueblo

¹⁴¹ Katty Pazmiño, *Análisis del sistema de justicia en el Ecuador como un servicio público en el territorio* (Quito: FLACSO Ecuador, 2012), 35.

¹⁴² *Ibíd.*, 36.

ecuatoriano,¹⁴³ aspiración lograda que condujo a la superación de una década de sucesivas crisis políticas y de conflictos entre el poder ejecutivo y el legislativo que tuvieron su expresión más álgida en el derrocamiento, en medio de fuertes reacciones de sectores sociales, de tres gobiernos democráticamente electos.

Andrade Ubidia, Grijalva y Storini¹⁴⁴ manifiestan que: “en la renovación institucional derivada de la CPE de 1998 se mantuvo vigente un Código Orgánico de la Función Judicial elaborado 24 años atrás”. Pero fue la Constitución de 2008 la que realmente rompe ese sistema de justicia anterior y propone la aplicación de principios,¹⁴⁵ entre estos, la constitucionalización de la administración de justicia sobre la aplicación estricta de la ley, garantizando su acceso a todos los ciudadanos como un servicio público. Es así que la CRE, en su art. 1 dispone que el: “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social [...] La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.”

Mientras que, en el art. 167 la norma suprema dispone que: “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. En concordancia con ello, el art. 17 del COFJ reconoce normativamente este principio esencial y lo define de la siguiente manera:

Principio de servicio a la comunidad.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales vigentes y las leyes.

La constitucionalización y con ello la normativización de una nueva administración de justicia, no solo implicaba su transformación en un régimen jurídico positivo, sino que además requería su aplicación, para lo cual era necesario que los

¹⁴³ Regsitro Oficial Suplemento 449: “En cumplimiento del art. 23 del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, aprobado por el pueblo ecuatoriano a través del voto, el domingo 15 de abril de 2007, y en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, el Pleno del Tribunal Supremo Electoral, convocó a las ciudadanas y ciudadanos ecuatorianos, a Referéndum Aprobatorio, que se llevó a cabo el domingo 28 de septiembre de 2008 para que se pronuncien sobre la siguiente pregunta: ¿aprueba usted el texto de la nueva Constitución Política de la República?” (lunes 20 de octubre de 2008).

¹⁴⁴ Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini, *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador – UASB-E–/ Corporación Editora Nacional –CEN–, 2009).

¹⁴⁵ CRE, art. 168.

actores involucrados fueran partícipes del cambio de esa justicia tradicional a la propuesta en el 2008 con la vigencia de la nueva CRE.

Pero aceptemos que no se trata solamente de construir edificaciones y equipamientos para los operadores de justicia como único objetivo del fortalecimiento del acceso a la justicia, como ha sido en el caso de Ecuador, que mediante el Consejo de la Judicatura construyó 540 unidades judiciales o elevar la tasa de 12.80 jueces por cada cien mil habitantes o mejorar el sistema informático; sino de encontrar jueces debidamente formados, pero sobre todo con independencia y autonomía para el ejercicio de su función jurisdiccional,¹⁴⁶ lo cual no se cumplió conforme lo señala el Consejo Transitorio de Participación Ciudadana y Control.¹⁴⁷

En el informe referido del Consejo de la Judicatura, ya cesado, se menciona que la confianza en el sistema de justicia en el Ecuador, según el Barómetro de las Américas “La Cultura Política de las Democracia en las Américas”, tiene un nivel de confianza del 48,2 % y que el nivel de certeza de que la justicia ecuatoriana va a castigar al culpable de un delito tiene un 47,9 %.¹⁴⁸ Empero, el informe del Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú y la Fundación Debido Proceso Legal (DPL)¹⁴⁹ que presenta ante el Comité Jurídico Interamericano señala que la confianza que se tiene de la Función Judicial de Ecuador, poco o nada es del 84, y mucha o algo es apenas el 12,3 %.

Corroborando lo antes enunciado, Luis Pásara¹⁵⁰ sostiene que, en cuanto al porvenir de la Corte Nacional y la Función Judicial, es claro que en buena medida, el futuro, especialmente en lo tocante a la independencia judicial, depende de lo que ocurra políticamente en el país. “Desde el punto de vista institucional esa continuidad ha sido asegurada mediante la participación decisiva del Consejo de la Judicatura, entidad que desde el 2010 ha estado a cargo de “meter manos” en la justicia durante el gobierno de la revolución ciudadana”.

Estos datos estadísticos y argumentos de Pásara, nos demuestran evidentemente que la justicia ecuatoriana no goza de la confianza que asevera el Consejo de la

¹⁴⁶ Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura, enero 2015-enero 2016*.

¹⁴⁷ Consejo Transitorio de Participación Ciudadana y Control Social, Informe, julio 2018, Quito-Ecuador.

¹⁴⁸ Consejo de la Judicatura, *Rendición de Cuentas del Consejo de la Judicatura, enero de 2015-enero de 2016*.

¹⁴⁹ Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú y la Fundación Debido Proceso Legal (DPLf, por su sigla en inglés): <www.dplf.org/es/resources>, consulta: 22 de agosto de 2018.

¹⁵⁰ Luis Pásara, *La justicia ecuatoriana en tiempos de cambio: La designación de Jueces de la Corte Nacional 2017* (Washington: Fundación para el Debido Proceso. 2018), 18.

Judicatura y que antes por el contrario la percepción de la ciudadanía sobre la imparcialidad de la justicia es muy alta.

Varios principios de la administración de justicia y del servicio público de la justicia señalados en la CRE y en el COFJ respectivamente, como el de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal se han mutado a dos códigos que regulan el sistema procesal en el Ecuador, verbigracia, el Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP),¹⁵¹ que entró en vigencia el 10 de agosto de 2014, y el COGEP,¹⁵² que entró en vigencia el 23 de mayo de 2016.

3.2. Principios del servicio público de justicia

Si bien la CRE señala principios amplios y generales respecto del servicio público; es fundamental y necesario que aquellos se contrasten con los principios que establecidos en el COFJ se refieran al servicio público de la justicia.

La Función Legislativa en el primer período del gobierno del presidente Rafael Correa Delgado, aprobó la LOGJCC¹⁵³ y el COFJ,¹⁵⁴ en las que se señalan principios donde se sustentan dichos cuerpos normativos, lo cual en la historia legislativa ecuatoriana no ha existido, por lo que siendo una innovación amerita analizarlos.

En el art. 4 del COFJ¹⁵⁵ se encuentra señalado el denominado principio de supremacía constitucional, que dispone a las autoridades administrativas en el ejercicio de la tutela que corresponde frente a los derechos de los particulares, y en el caso de las juezas y jueces en el ejercicio de la tutela judicial, la obligación de actuar sujetos a la

¹⁵¹ El COIP fue publicado en el ROS 180 de 10 de febrero de 2014, presentando su última modificación el 25 de enero de 2017.

¹⁵² COGEP fue publicado en el ROS 506 de 22 de mayo de 2015, presentando una última modificación el 31 de mayo de 2017.

¹⁵³ LOGJCC, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

¹⁵⁴ COFJ, Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009.

¹⁵⁵ *Ibid.*, artículo 4.- “Principio de Supremacía Constitucional.- Las Juezas y Jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o petición de parte, solo tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la CC, la que en un plazo no mayor a 45 días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la CC, no se suspenderá la tramitación de la causa si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia. El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción o de la acción del proceso.

Constitución;¹⁵⁶ es decir, aplicar prioritariamente las normas constitucionales para luego, en un segundo orden, aplicar los instrumentos internacionales, y solo posteriormente darle paso a la aplicación de la ley.

En ningún caso autoridades administrativas o judiciales pueden actuar aplicando una norma legal que esté en contradicción con la disposición constitucional o los instrumentos internacionales, y para ratificar este criterio la Constitución en su art. 424¹⁵⁷ señala que aquella es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

La característica de la supremacía reconoce que los instrumentos internacionales también tienen un alto nivel de aplicación, incluso sobre la Constitución cuando existen obviamente derechos más favorables en aquellos antes que en la Carta Magna.¹⁵⁸

La CRE describe el orden jerárquico de aplicación de las normas,¹⁵⁹ lo que hace imperativo que las juezas y jueces lo apliquen, en concordancia con los principios de la justicia constitucional señalados en el art. 2 de la LOGJCC.¹⁶⁰ Al respecto, Andrade Ubidia, Ávila Lizán y Troya sostienen que

El constituyente ha querido otorgar una visión integral al servicio de la administración de justicia; en el fondo, se busca, mediante este nuevo esquema, hacer realmente efectivos los derechos de los justiciables y dar vida a los principios constitucionales que rigen la actividad de la Función Judicial y los que informan la sustanciación de los procesos”.¹⁶¹

Los autores antes citados¹⁶² sostienen que, para asegurar que se cumplan los principios señalados innovadoramente en el COFJ y con ello se cumplan los presupuestos de la transformación de la justicia, se los incorporó en el COFJ. Que todo

¹⁵⁶ CRE, artículo 172.- “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”.

¹⁵⁷ *Ibid.*, artículo 424.- inciso primero: La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

¹⁵⁸ *Ibid.*, artículo 424.- inciso segundo: La Constitución y los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

¹⁵⁹ *Ibid.*, artículo 425.- “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los acuerdos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

¹⁶⁰ LOGJCC, art. 2: “transcribir[...]”.

¹⁶¹ Santiago Andrade Ubidia, Luis Fernando Ávila Linzán y José Vicente Troya, eds. *La transformación de la justicia* (Quito: MJDH, 2009), 5.

¹⁶² *Ibid.*, 8. De otra parte, se tuvo en cuenta la posición exagerada legalista de nuestros operadores jurídicos, para quienes lo único que cuenta y que sienten les obliga es lo que aparece en el texto de la ley, que se resisten en aceptar la constitucionalización del derecho y que niegan toda validez a la doctrina y a los principios elaborados por ella.

proceso de transición o transformación, requiere de tiempo y espacio para su aplicación; así, los operadores de justicia cumplirán con la aplicación de la norma constitucional, pues el propio principio señala que no se puede alegar falta de ley o desconocimiento de normas que justifiquen la vulneración de los derechos y garantías establecidas en la Constitución, cerrando así el espacio a cualquier desviación en este sentido.

El principio de supremacía constitucional constaba en la CPE de 1998,¹⁶³ sin haberse desarrollado una ley que cambie los esquemas clásicos de administración de justicia. Sin embargo, en la búsqueda del derecho de obtener un eficiente servicio público de justicia, es que este principio de supremacía constitucional se cumpla en sentido integral para beneficio de los ciudadanos.

Dunia Martínez¹⁶⁴ señala respecto a la eficacia del principio de supremacía, que en la Constitución la aplicación de los principios está directamente relacionada con la labor de interpretación que cumplan los jueces. En efecto, la superioridad de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no depende exclusivamente del texto fundamental, sino de los jueces que en concordancia con otro principio, como es el de la independencia de la Función Judicial, apliquen las normas constitucionales como elementos catalizadores de todas las leyes vigentes.

Otro de los principios que contiene el COFJ es el de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional señalada en su art. 5,¹⁶⁵ que dispone que los servidores judiciales apliquen de manera directa las normas constitucionales y las consideradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, elemento adicional para resaltar en la práctica la supremacía constitucional. Al respecto, la Corte Constitucional, sentencia n.º 016-10-SCN-CC, publicada en el Registro Oficial 272, 06 de septiembre de 2010, ha señalado que

¹⁶³ *Constitución Política de la República del Ecuador* (Ecuador: Registro Oficial 1, de 11 de agosto de 1998), artículo 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y leyes ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

¹⁶⁴ Dunia Martínez Molina, ed. *Genealogía de la justicia Constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional (Quito: CCPT / CEDEC, 2011), 194.

¹⁶⁵ COFJ, artículo 5.- “Principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

QUINTO.- No obstante, la Corte Constitucional reitera que las normas de la Constitución de la República son de aplicación directa e inmediata. No puede alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para desechar una acción interpuesta, ni para negar el reconocimiento de tales derechos. En este sentido, el texto legal del art. 142 de la LOGJCC establece: “Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En estas decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo SI tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, lo que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma”.¹⁶⁶

El criterio de la Corte Constitucional, en referencia al principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, no debe confundirse con el principio *iura novit curia*, con las omisiones legislativas ni con las posibilidades judiciales de pronunciamientos de inconstitucionalidad.

Para precisar estos puntos, debemos entender que el principio *iura novit curia* trata sobre la aplicación por parte del juez de una norma no enunciada o invocada por las partes, pero evidentemente esa norma debe existir, sea en la esfera constitucional, legal o reglamentaria; es decir, mientras la aplicación directa de la norma constitucional se refiere a la no necesidad de desarrollo legislativo para promover el derecho o la norma constitucional consagrada, el principio *iura novit curia* es una facultad del juez de aplicar una norma existente no invocada.

En relación con las omisiones legislativas, el constituyente estableció una obligación de aplicar la norma constitucional, no una obligación de expedir norma secundaria, lo que obviamente es potestad exclusiva de la función legislativa. Por último, otro punto para ser desvanecido es la confusión relacionada con el pronunciamiento de inconstitucionalidad de los jueces, tema que se recurrió en los albores de la vigencia constitucional actual, indudablemente al existir la variedad de controles de constitucionalidad para el modelo de estado constitucional de derechos. El profesor y jurista Oyarte¹⁶⁷ —con extrema sencillez y claridad— explica: “Dicho de otro modo, el principio de aplicación directa de la Constitución se emplea a falta de norma secundaria, y no cuando esta existe y es inconstitucional.”

¹⁶⁶ CC, Sentencia n.º 016-10-SCN-CC, publicada en el Registro Oficial 272 del 06 de septiembre de 2010.

¹⁶⁷ Rafael Oyarte, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado* (Quito: CEP, 2014), 888.

Otro principio a ser aplicado, es el de interpretación integral de la norma constitucional,¹⁶⁸ el cual se refiere a que los operadores de justicia deben aplicar la norma por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. Esa interpretación constituye el proceso mediante el cual se debe de investigar o averiguar la razón o el sentido de una norma constitucional con el fin de aplicarla en un caso determinado. Tarea nada fácil para las juezas y los jueces que acostumbrados a aplicar el sentido estricto de la ley,¹⁶⁹ tienen ahora que direccionar su trabajo, primero a la Constitución y luego dirigirla a la ley.

La Constitución de la República es un solo universo jurídico. No puede, ni debe entenderse a la Constitución como un conjunto de normas aisladas entre sí pero agrupadas en un cuerpo normativo. Si bien es cierto, el texto fundamental tiene definidas sus partes orgánica y dogmática, aún este hecho no implica el desprendimiento singular o individual de la norma constitucional.

La integralidad constitucional nace de una misma concepción: el Estado constitucional de derechos y justicia, un precepto que transforma la comprensión de la resolución de los problemas jurídicos que se le plantean al juez. Desde una perspectiva histórica, Fioravanti indica que

Hoy resulta evidente para todos que el mundo actual ya no es del triunfante período del positivismo jurídico, de la relevancia central de la ley solo eventualmente limitada hacia arriba por la Constitución y aplicada hacia abajo por la jurisprudencia de manera cierta, rápida y uniforme. Hoy una parte de la construcción del orden político pasa por otras vías, y en particular a través de la interpretación de la ley en el ejercicio de impartir justicia, de la jurisdicción, presuponiendo en esta labor la presencia decisiva de la Constitución como norma jurídica.¹⁷⁰

Incluso desde una perspectiva histórica, la Constitución es una sola norma, devenida en derechos y preceptos, por lo que evidentemente, los jueces no podrían

¹⁶⁸ COFJ, art. 6.

¹⁶⁹ Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de insconstitucionalidad* (Guayaquil: s. e., 2009), 15: Hasta la CPE de 1998 Ecuador se regía bajo una concepción ideológica de un Estado liberal de derechos, vale decir, en el que el poder público actúa conforme a la ley, donde desaparece la voluntad del gobernante como manifestación y sede de la soberanía y, en su lugar se entroniza un gobierno de la ley, que es la expresión de la voluntad del pueblo, el soberano y, desde esa fecha, nace el Estado constitucional con fuertes elementos del Estado garantista: La vinculación a los derechos fundamentales de todo el Estado, su eficacia directa e inmediata, un sistema de garantías normativas y judiciales idóneo, aunque incompleto, pero por su carencia de independencia de la interpretación constitucional del poder legislativo, se mantiene con un fuerte rezago de la concepción legal del Estado.

¹⁷⁰ Maurizio Fioravanti. *Constitucionalismo experiencias históricas y tendencias actuales* (Madrid: Trotta, 2014), 102.

sostener al mismo tiempo sus decisiones en la aceptación de ciertas normas constitucionales y en la negación de otras.

El principio de legalidad, jurisdicción y competencia, esgrimido en el art. 7 del COFJ,¹⁷¹ es otro de los principios rectores de la justicia, cuya aplicación se establece como condición fundamental, a la que debe estar sujeta la validez de las limitaciones que permiten las libertades constitucionales de todo ciudadano que concurre ante la administración de justicia a solicitar un servicio.¹⁷² Una de las funciones del Estado es procurar que, mediante los órganos de administración de justicia, se materialice la garantía de que toda persona pueda ejercitar su derecho de acción con respeto a las normas jurídicas y de la administración de quienes ejercen sus funciones como jueces. La jurisdicción¹⁷³ es una potestad o prerrogativa otorgada por el Estado a la Función Judicial la misma que mediante los órganos que la componen, como son juzgados y tribunales, puedan aplicar la Constitución y la ley.

De su parte, la competencia¹⁷⁴ otorgada a los jueces también nace de la ley, para que bajo las normas procesales tengan el conocimiento de materias especiales, es decir,

¹⁷¹ COFJ, art. 7.

¹⁷² *Corte Constitucional* [Sentencia n.º 001-SDC-CC-2011 de 16 de noviembre de 2011], en Registro Oficial Suplemento 601 de 21 de diciembre de 2011. 6: En el marco del Estado Constitucional democrático de derechos y justicia, todos los órganos del poder público están sometidos invariablemente a la CRE de 2008; aquello significa que la ley está subordinada doblemente a la Carta Constitucional, esto es, tanto al ámbito formal como en el sustancial. Uno de los parámetros esenciales del Estado constitucional se asienta en el establecimiento de tribunales y órganos dotados de facultades para controlar la constitucionalidad de actos y resoluciones y de las normas jurídicas de carácter general provenientes del órgano legislativo. De allí que el control jurisdiccional del poder es consustancial al constitucionalismo moderno y del antiguo también, con el objeto de garantizar la regularidad constitucional y legal electoral; es decir para materializar aquello que sostiene Manuel Argón: “no hay derecho sin jurisdicción, ni Estado de derecho sin dependencia judicial, ni derechos sin jueces”.

¹⁷³ Rubén Morán Sarmiento, *Derecho procesal civil práctico, principios fundamentales del derecho procesal*, t. I, 2.ª ed. (Guayaquil: Edilex, 2011), 59: La jurisdicción es el marco general en que se desenvuelve la administración de justicia; la competencia es el marco reducido, específico y concreto donde actúa cada Juez en el ejercicio de su potestad que le confiere el Estado, para aplicar la Ley, ámbito que se determina por la concurrencia de uno o más de los elementos que limitan ese accionar, y que son: EL TERRITORIO, LAS PERSONAS, LAS MATERIAS Y LOS GRADOS. Todo Juez desde que es designado adquiere jurisdicción, y formará parte de la clase de jurisdicción para la que haya sido designado la (jurisdicción establecida por la Constitución o Leyes especiales); pero deberá actuar dentro de su jurisdicción con competencia, esto es con capacidad plena para conocer y sancionar los casos puntuales que se presenten; competencia que será determinada por la presencia de los elementos señalados: materia, personas, grados y territorio.

¹⁷⁴ *Corte Nacional de Justicia*. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. [Sentencia n.º 290-2000 de 6 de julio de 2000]. Gaceta Judicial Serie XVII, n.º 3, 613-15: Es preciso determinar el juez competente para conocer y resolver de este proceso de “nacionalización”, “homologación” o *exequátur*. La regla general es que, si no se ha atribuido expresamente a una judicatura especial el conocimiento de un asunto, corresponde a la judicatura común (art. 5 del Código de Procedimiento Civil), esto es, a los jueces de lo Civil (num. primero del art. 71 de la LOFJ) competentes en el domicilio del demandado (art. 25 y 27 del Código de Procedimiento Civil). En nuestro país no se ha atribuido privativamente a un juez o tribunal el conocimiento del proceso de “homologación”, “nacionalización” o “exequátur” de las sentencias extranjeras, por lo que deberán aplicarse los principios y las disposiciones generales, por ello el juez

un juez por razones de competencia está vinculado exclusivamente al conocimiento de causas que versen respecto de esa materia referida, no siendo competente por obvias razones para que conozca de otras que no le han sido otorgadas por mandato legal.

Un rol fundamental de las juezas y jueces respecto de su actuación en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es la aplicación del principio de independencia,¹⁷⁵ señalado en el COFJ, el cual determina la obligatoriedad, tanto en lo subjetivo como en lo objetivo de la conducta del juez, respecto a que éste en sus decisiones, actúe de conformidad con la Constitución, instrumentos internacionales y en la ley. No puede ni debe haber ningún otro referente en el que el juez se fundamente o se base, expresa o tácitamente en sus decisiones, que no sean las normas de los cuerpos legales referidos.¹⁷⁶

Otro principio que consta en el COFJ es el de imparcialidad,¹⁷⁷ relacionado con la actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial, y la falta de designio anticipado sobre un hecho, persona o cosa. Andrade Ubidia, Ávila Lizán y Troya aseveran que existe una estrecha vinculación entre la independencia judicial y la imparcialidad de las y los servidores judiciales, y añaden que tanto la imparcialidad como la independencia forman parte de un todo que es la legitimidad.¹⁷⁸

La incorporación¹⁷⁹ del principio de unidad jurisdiccional y gradualidad¹⁸⁰ en el COFJ ha sido posiblemente una de las transformaciones que se han cristalizado de

competente para conocer y resolver sobre la “homologación”, “nacionalización” o “exequatur” de una sentencia y su consiguiente ejecución es el juez de primera instancia del domicilio del demandado, de conformidad con lo que dispone el art. 9 del COGEP.

¹⁷⁵ COFJ, art. 8.

¹⁷⁶ Leonardo Sempértegui V., *El derecho de acceso a la justicia* (Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2013), 49: Para cumplir el objetivo principal de la justicia desde la perspectiva de este cuaderno, esto es la plenitud de la vida democrática social, los jueces deben tener las características necesarias para poder enfrentar y detener al poder público. Ello implica no recibir influencias de cualquier motivo de organismos internos de la misma función judicial, así como no sentir amenazas por el ejercicio de su función provenientes de sus superiores jerárquicos.

¹⁷⁷ COFJ, art. 9.

¹⁷⁸ Es importante destacar que existe una relación estrecha entre la independencia judicial y la imparcialidad de las servidoras y servidores judiciales. La imparcialidad tiene que ver con la actuación concreta en el proceso respecto de las partes. En realidad, si vemos a la independencia judicial de manera estratificada e, incluso, si vemos a la independencia de una manera piramidal, la imparcialidad está en la base y la independencia externa en la cúspide. Ambas cuestiones deben generar confianza en la sociedad, en otras palabras, legitimidad; Andrade Ubidia, Ávila Lizán y Troya, *La transformación de la justicia*, 46.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 5: Como se ha señalado antes, La Carta Fundamental introduce cambios profundos en la estructura de la función judicial: Se integran a ella la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública, el Consejo de la Judicatura se convierte en el órgano de gobierno de toda la función, y se modifican las competencias de los órganos jurisdiccionales.

¹⁸⁰ COFJ, artículo 10.- Principios de Unidad Jurisdiccional y Gradualidad.- De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades

manera contundente en la Función Judicial. La Constitución señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos establecidos en la Constitución,¹⁸¹ por lo tanto, no pueden existir órganos distintos o diferentes, administrando justicia de forma dispersa, con connotaciones privativas o excluyentes.

Dentro del análisis del COFJ, encontramos el principio de la especialidad,¹⁸² que se invoca en el sentido de que las juezas y jueces que gozan de la potestad jurisdiccional puedan administrar justicia, respecto de una determinada materia y no de varias o muchas al mismo tiempo. La especialidad se ha venido ejerciendo antes de la expedición del COFJ, tanto en la CSJ como la CNJ, así como también en las Cortes Provinciales, donde la denominadas Salas Especializadas han tramitado y resuelto las causas.

No obstante, este principio se ha visto afectado por el modelo de gestión de la función judicial aplicado en el Ecuador. Las unidades multicompetentes de justicia son una clara muestra de las limitaciones de este principio, limitaciones derivadas del modelo de gestión, que si bien optó por ampliar el espectro de la atención al usuario, descuidó la calidad del servicio de justicia, evidenciándose en sus fallos emitidos carentes de motivación. Desde nuestra óptica, la especialidad de las instancias superiores corrige en algo esta deficiencia en la aplicación de este principio, pero no alcanza a estabilizarlo en un punto medio.

El principio de publicidad desarrollado también en el COFJ¹⁸³ es fundamental dentro del procedimiento moderno,¹⁸⁴ que garantiza a los litigantes, partes procesales o terceros de que puedan conocer de manera pública las incidencias de las diligencias que se realizan en las Unidades Judiciales. Es lógico pensar que, aunque se pretenda obtener

jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

¹⁸¹ CRE, art. 167.

¹⁸² COFJ, art. 11.

¹⁸³ COFJ, artículo 13.- Principio de Publicidad.- Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente. No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales. Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.

¹⁸⁴ Manuel Osorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 31ª. ed. (Buenos Aires: Heliasta, 2008), 791: Publicidad de los Juicios.- Principio fundamental del procedimiento moderno, opuesto al secreto inquisitorial, que establece como suprema garantía de los litigantes, de la averiguación de la verdad y de los fallos justos, que la instrucción de las causas, con ciertas reservas en lo penal, la práctica de la prueba, los alegatos y los fundamentos de las resoluciones, sean conocidos no solamente de las partes y de los que intervinieron en los procesos, sino de todos en general.

el mayor grado de publicidad en los procesos, también es cierto que tienen que existir limitaciones o reservas en función del cuidado y protección que puedan tener alguna de las partes en ciertas materias como son: penal o de la mujer, familia, niñez y adolescencia.

La posibilidad de la fiscalización social de los procesos es la que obliga a que estos sean públicos. Este principio tiene muchas aristas, no solo imbricadas como norte de la acción puramente jurisdiccional, sino también como parte del debido proceso. Para Picó,¹⁸⁵ este principio tiene dos finalidades, y así lo expresa: “El principio de publicidad tiene una doble finalidad: a) Proteger a las partes de una justicia sustraída al control público; y b) Mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio uno de los pilares del Estado de Derecho.”

Como se observa, el texto legal es imperativo: las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas. En armonía con lo expuesto por el tratadista catalán, el primer punto es el de la fiscalización social (debido proceso), esto es, que la sociedad ejerza un control de las actuaciones judiciales, control que conlleva a generar confianza en el sistema de justicia. Así se cierra el círculo virtuoso que propone la publicidad a la administración de justicia.

El principio de autonomía económica, financiera y administrativa, está contemplado en el art. 14 del COFJ, pero definido para ser aplicado en el ámbito administrativo más que jurisdiccional. La autonomía económica, financiera y administrativa es claramente una disposición que busca que la institución —Función Judicial— no dependa de las órdenes presupuestarias de cualquier otro poder del Estado. El mismo art. 14 así lo estipula: “El Estado tendrá la obligación de entregar los recursos suficientes para satisfacer las necesidades del servicio judicial[...]”, con lo que se asegura que esta disposición escude desde la órbita institucional a la Función Judicial. Las tres aristas de autonomía, esto es, la económica, la financiera y la administrativa, lo confirman.

La autonomía económica está relacionada con la obligación de entregar los recursos por parte del Estado Central, obligación que se configura con la amenaza de sanción, ya que el mismo artículo señala que si no se entregan los recursos económicos se configuraría la “obstrucción a la administración de justicia”. Esta autonomía económica le permite a la Función Judicial, como institución, establecer modos de

¹⁸⁵ Joan Pico I Junoy. *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: Bosch, 2002), 116.

financiamiento que le permitan cumplir sus actividades administrativas dirigidas por el Consejo de la Judicatura, como órgano “autónomo” de administración.

Por ello, la Función Judicial en goce de su autonomía administrativa tiene la obligación de incorporar a servidores probos para que cumplan sus actuaciones en el marco de la Constitución y la ley, de lo contrario se podrá demandar tanto al Estado por la responsabilidad objetiva y a los funcionarios judiciales por la responsabilidad subjetiva, aspirando que a los jueces que les corresponda conocer de estas demandas, en ambos casos, actúen también con sentido responsable, dando lugar a que las demandas sean aceptadas y no solo se conviertan en lirismo, cuya omisión afecta a los ciudadanos; y, como consecuencia de ello el Estado no cumple con su obligación indemnizatoria.

La dedicación exclusiva¹⁸⁶ de los servidores judiciales al cumplimiento de sus funciones es otro de los principios que se encuentra señalado en el COFJ. El modelo de justicia que está aplicando el Consejo de la Judicatura hoy exige al servidor judicial cumplir con sus obligaciones de manera prolija, cuidar su asistencia y permanencia en el puesto de trabajo durante ocho horas, en razón de lo cual se ejerce un control riguroso, pretendiendo con ello que el juez esté dedicado fundamentalmente a revisar los procesos y dictar las resoluciones que correspondan de la manera más ágil, e incluso con la obligación de presentar reportes mensuales de causas resueltas.

Esta dedicación exclusiva busca abstraer al funcionario judicial de cualquier injerencia externa. Esta acepción es derivada del mismo texto legal, el cual le prohíbe al funcionario judicial ejercer la profesión de abogado, participar de forma activa —solo se deja la opción de elegir— en la vida política o religiosa. La única excepción al impedimento a las actividades ya mencionadas es la docencia universitaria, pero incluso esa debe ser realizada fuera del horario de trabajo. Entonces, es innegable el deseo del legislador por mantener a los jueces, sobre todo, lejos de injerencias extrañas a sus funciones, obligando su dedicación exclusiva a su actividad jurisdiccional; no obstante, este intento del legislador tendrá siempre como límite el fuero interno, así nos recuerda

¹⁸⁶ COFJ, artículo 16.- Principio de Dedicación Exclusiva. - El ejercicio de cualquier servicio permanente o de período en la Función Judicial, remunerado presupuestariamente o por derechos fijados por las leyes, es incompatible con el desempeño libre de la profesión de abogado o de otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria, que la podrán ejercer únicamente fuera de horario de trabajo. Las labores de dirección o administración en las universidades y otros centros de docencia superior está prohibida por no constituir ejercicio de la docencia universitaria. Tampoco se podrá desempeñar varios cargos titulares en la Función Judicial. Todo encargo será temporal, salvo los casos determinados por la Constitución y la ley. Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, salvo que hayan renunciado a sus funciones seis meses antes de la fecha señalada para la elección; ni realizar actividades de proselitismo político o religioso.

Kennedy: “[...]es una premisa de la teoría democrática liberal de la separación de poderes que la ideología *no es para el poder judicial (ni para el jurista)*, sino para el poder legislativo democráticamente electo.¹⁸⁷

En cuanto al Sistema y medio de administración de justicia, este principio inserto en el COFJ nace del art. 169 de la CRE, que dispone: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia [...]”. Se colige que este artículo es la transcripción textual de la normativa constitucional. Normas legales como estas —textos copiados en forma íntegra de la Constitución— no desarrollan los conceptos que deberían constar en la normativa legal. Al margen de esta crítica de proceder legislativo, es claro que esta norma es de actividad netamente legislativa, no jurisdiccional propiamente dicho.

Hemos venido sosteniendo que los servicios públicos están dirigidos a la comunidad,¹⁸⁸ por lo que el COFJ recoge este principio para ser aplicado en la administración de justicia,¹⁸⁹ el cual consiste en que los servidores judiciales deben de procurar que la justicia sea accesible a todos, sin distinciones, sin restricciones con fundamento en el principio de igualdad e imparcialidad. Los jueces deben de atender los requerimientos del ciudadano, aplicando en sus resoluciones la normativa que corresponda y siguiendo el orden jerárquico que la misma Constitución consagra.¹⁹⁰

El principio de celeridad¹⁹¹ es un clamor de todos los usuarios de este servicio, porque una de las razones por la que más se cuestiona a la Función Judicial es

¹⁸⁷ Duncan Kennedy. *Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2010), 95.

¹⁸⁸ Francisco Javier de la Torre Díaz, *Ética y deontología jurídica* (Madrid: Dykinson, 2000), 390: Esbozando una serie de temas que vamos a tratar, habría que preguntarse desde el nivel moral qué grado de identificación tienen los funcionarios con los intereses públicos en el país donde el acceso a la función pública es visto primordialmente como la consecución de un “puesto para toda la vida que da seguridad” y dónde las motivaciones del servicio a la comunidad y a los ciudadanos y a los ciudadanos son más que minoristas. También habría que reflexionar sobre la dificultad que supone encontrar sinceras motivaciones de servicio a lo público en una sociedad profundamente competitiva e individualista. Otra cuestión a pensar sería como la notable falta de motivación de los funcionarios puede estar relacionada con un cierto desconocimiento de los fines que persigue la organización en que cada uno presta sus servicios.

¹⁸⁹ COFJ, art. 17.

¹⁹⁰ COFJ, art. 425.

¹⁹¹ COFJ, artículo 20.- Principio de Celeridad.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares dela justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

precisamente por el número de causas represadas,¹⁹² es decir que no tienen resolución por parte de los jueces.

Se precisa subrayar lo que sostiene Alvaro Mejía Salazar: “El principio de celeridad no busca una aceleración artificial del procedimiento, sino, más bien, propugna la previsión y aplicación de plazos razonables, tanto con las aspiraciones de los litigantes, cuanto con la realidad de los órganos jurisdiccionales”.¹⁹³ Es necesario atender de manera urgente el clamor del usuario, este debe ser colmado ajustando su necesidad de respuestas al litigio con la realidad de la operación de justicia. Al respecto, la Corte IDH¹⁹⁴ ha concretado estándares para establecer cuando existen demoras vulneradoras de este principio. Así lo ha establecido:

72. Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.

Estos parámetros determinan la celeridad de un proceso, y estos estándares establecidos son los que permiten identificar vulneraciones o no al principio de celeridad.

El principio de probidad¹⁹⁵ busca que los administradores de justicia en su proceder actúen con responsabilidad, rectitud, integridad moral, honradez, que demuestren ser hombres de bien, para que administren justicia fortalecidos de valores y principios y convencidos de que todo su accionar tiene que ser transparente apegado a la Constitución y las leyes.

¹⁹² El Universo “Causas laborales, las más represadas, *El Universo* (Guayaquil). Sección Política, 26 de marzo de 2012. <<http://eluniverso.com/2012/03/27/1/1355/causas-laborales-mas-represadas-ll.html>>: Las últimas estadísticas hechas por la nueva Corte Nacional de Justicia (CNJ) revelan que las causas represadas en esa instancia ascienden a 10 446, de las cuales 3.526 —es decir el 33.75%— corresponden al área de lo laboral. Esas cifras fueron presentadas al Consejo de la Judicatura Transitorio (CJT) la semana anterior, para que aplique un plan agresivo de descongestión de esos procesos. Y para ello, no se descarta que la Corte Nacional labore los sábados, por los próximos cinco meses. Un informe elaborado por Petronio Ruales, gerente del proyecto Eje Estratégico, Modelo de Gestión y Programa de Reestructuración de la Función Judicial, es el que indica ese número de causas (10.446) y que la mayoría son juicios laborales (3.526). Contrariamente a lo que se creía, el mayor número de juicios represados se concentran en esa área; mientras que el ámbito penal, que es la segunda con mayor congestión, tiene 1.958 procesos.

¹⁹³ Alvaro Mejía Salazar. *La oralidad y los principios del procedimiento*. Quito: Ius et Historiae, 2018, 67.

¹⁹⁴ Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997. Párrafo 72

¹⁹⁵ COFJ, art. 21.

El principio de acceso a la justicia¹⁹⁶ constituye un derecho irrenunciable del ciudadano para obtener del Estado la tutela judicial efectiva. El acceso de las personas a los medios de información, la educación implementada en los lugares más recónditos del territorio ecuatoriano, la gratuidad de la justicia, entre otras causas, ha despertado el interés ciudadano por demandar el reconocimiento de sus derechos en la Función Judicial.

La tutela judicial efectiva significa el derecho constitucional por parte de los jueces a los ciudadanos de que se le reconozcan los derechos declarados en la Constitución y la ley,¹⁹⁷ principio que también lo recoge el COFJ.¹⁹⁸ Cuando se rompe el ordenamiento jurídico por parte de cualquier persona, el afectado, ofendido o víctima tiene derecho a que el Estado le brinde protección y mediante los órganos judiciales se le resarza el daño causado.¹⁹⁹ En un Estado constitucional de derechos y justicia, es inobjetable la existencia del derecho del ciudadano, a buscar mediante los órganos de justicia la tutela judicial. Robert Alexy,²⁰⁰ en su conocida conceptualización de los principios, los determinó así:

¹⁹⁶ *Ibíd.*, art. 22: Principio de acceso a La Justicia. Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso.

¹⁹⁷ Juan C. Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), 95: Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derechos a ser oído), a ofrecer y reproducir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a concurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables.

¹⁹⁸ COFJ, artículo.- 23 “Principio de Tutela Judicial Efectiva de los Derechos.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocada indefensión en el proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles”.

¹⁹⁹ Aldo Zela Villegas. *La tutela preventiva de los derechos* (Lima: Palestra, 2008), 48: La tutela específica o *in natura*: a través de la cual se obtendrían el mismo bien debido. En otras palabras, esta tutela trata de brindar al titular del derecho exactamente la misma utilidad garantizada por la ley y no otra utilidad equivalente.

²⁰⁰ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEPC, 2014), 68.

Los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.

Pero aclaremos que la tutela judicial efectiva como tal, no es un principio; es un derecho. Este derecho a su vez se conforma de otros como el acceso a la justicia, debido proceso, resolución motivada, ejecución de lo resuelto. Este es todo el espectro de la tutela judicial efectiva, y visto así, correctamente, no puede ser considerado como un principio.

Respecto al contenido del art. 23 del COFJ, este incurre en un error, no solo de apreciación, sino también de fondo. El error de apreciación es no valorar que cada uno de los componentes de la tutela judicial efectiva es, en sí, un derecho como tal; lo correcto desde la técnica legislativa era desarrollar cada uno de estos componentes de forma singularizada, garantizando así el mejor contenido de cada uno de ellos.

El error de fondo es, como ya se lo mencionó, tratar a la tutela judicial efectiva como un principio. Como lo explica Alexy, los principios pueden cumplirse en menor o mayor grado, dependiendo de los límites fácticos y jurídicos. Si se toma a la tutela judicial efectiva como principio, ¿se puede restringir el debido proceso? ¿Puede haber litigio sin resolución? ¿Se permitirá que no se ejecute la sentencia? Estas posibilidades, con la indeterminación intrínseca de los principios, se potencian si no se toma a la tutela judicial efectiva como un derecho.

La justicia es un servicio público, por lo tanto, podría expandirse en condiciones o requisitos para proveerlo, pero debe diferenciarse claramente el sustento dogmático y funcional de la tutela judicial efectiva. Los derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva, deben cumplirse, no graduarse. Hay que considerar este error en el texto legal, no solo para apuntarlo, sino para corregirlo en su aplicación.

El principio de interculturalidad,²⁰¹ determina la obligación que tienen los servidores de la Función Judicial²⁰² de considerar las costumbres y las prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas; aplicar la igualdad considerando medidas necesarias para que las personas y colectividades indígenas comprendan las

²⁰¹ CRE, art. 1.

²⁰² COFJ, art. 24: Principio de Interculturalidad.- En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.

normas, procedimientos y consecuencias jurídicas de un proceso judicial, previniéndole a dichos operadores de justicia que no podrán juzgar ni revisar lo juzgado por la justicia indígena²⁰³, otorgando el derecho preferente a que en caso de controversia entre la jurisdicción ordinaria y la justicia indígena, deba aplicarse la primera, así como también interpretando interculturalmente²⁰⁴ los derechos controvertidos en el litigio, es decir, considerar las características socio culturales ya sean individuales o colectivas de los indígenas.

La CRE, en este paradigma constitucional, da a la interculturalidad un impulso. Este fortalecimiento requiere de la inserción cultural como práctica recurrente. El texto legal —art. 24 del COFJ— dispone que los operadores de la justicia deberán buscar el sentido de la norma conforme a la cultura de quien accede a la justicia. Es comprensible este principio, no solo desde el enfoque de la plurinacionalidad e interculturalidad, sino desde el campo de aplicación, porque debe atenderse ahora también a la justicia indígena —art. 171 de la CRE—, y es correspondiente con la Carta Magna.

Puede también observarse que este principio tiene características de regla, toda vez que se le dispone a los servidores de la Función Judicial que: “deberán” considerar los elementos de la diversidad cultural, es decir, no es posible para un operador judicial graduar los elementos de diversidad cultural en su prestación del servicio, sino que debe considerarlos”.

La CRE²⁰⁵ señala a la seguridad jurídica así: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, principio que a su vez es reconocido en el COFJ,²⁰⁶ lo que demuestra una concatenación entre la

²⁰³ Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en el Ecuador* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2011), 106: “El problema más complejo que plantea la nueva Constitución en materia de Justicia Indígena, como se anotó, es el de vinculación entre jurisdicción y territorio indígena. En el caso de las nacionalidades y pueblos amazónicos y ciertas poblaciones de la Costa, estas normas constitucionales pueden ser operativas. Sin embargo, la exigencia de un territorio definido para ejercer jurisdicción en el caso de la región interandina, puede generar graves dificultades. Esta región se caracteriza por la convivencia de indígenas y mestizos como en zonas rurales y las ciudades. En otras palabras, no hay, sino por excepción la continuidad y delimitación territorial a que hace referencia la norma constitucional”.

²⁰⁴ *Ibid.*, 99: Mientras que la propuesta de plurinacionalidad se relaciona más fuertemente con el autogobierno, la participación de los pueblos indígenas en la explotación de recursos naturales, y su representación y participación política en las instituciones estatales, la noción de interculturalidad hace énfasis en las relaciones socio culturales individuales y colectivas entre pueblos indígenas, y especialmente de estos, con la sociedad mestiza.

²⁰⁵ CRE, art. 82.

²⁰⁶ COFJ, art. 25.- Principio de Seguridad Jurídica.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de

Constitución y la ley, de tal manera que se reafirma la seguridad que deben tener los particulares en el ordenamiento jurídico interno.

El texto legal le reconoce la calidad de principio y no de derecho a la seguridad jurídica, reiterando el error acontecido con la tutela judicial efectiva. La disposición legal es imperante: los jueces tienen la obligación de aplicar la norma. Sin embargo, parece oportuno referir la conceptualización que la Corte Constitucional le da a la seguridad jurídica. En la sentencia n.º 045-15-SEP-CC, señaló:

La seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley, como salvaguarda para evitar que las personas, pueblos y colectivos sean víctimas del cometimiento de arbitrariedades. Esta salvaguarda explica la estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues cuando se respete lo establecido en la Constitución y la ley, se podrá garantizar el acceso a una justicia efectiva imparcial y expedita.

De igual forma en la sentencia 037-16-SEP-CC, la Corte Constitucional argumentó que el derecho a la seguridad jurídica:

obliga a los administradores de justicia a observar las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico, las mismas que deben haber sido expedidas de manera clara, previa y pública. El cumplimiento de este derecho permite generar confianza a las personas respecto de la existencia de un operador jurídico competente que tutelaré sus derechos con base en la observancia de las normas existentes. [...]

Esta última sentencia en especial, es aplicable en la tarea jurisdiccional, y como puede inferirse se le confiere la calidad de derecho a la seguridad jurídica, más no de principio. Este criterio es clave para entender la relevancia que nuestro orden constitucional le otorga a la seguridad jurídica, tanto que su vulneración está directa e indirectamente relacionada con otros derechos. Así lo sostiene la Corte Constitucional en la sentencia 397-16-SEP-CC.

Es importante también considerar que esta Corte, a través de sus precedentes, ha determinado que estos tres derechos -tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, debido proceso y seguridad jurídica- en razón de su contenido y alcance, se encuentran íntimamente ligados o conexos, de manera que, es suficiente que se declare la vulneración de uno de ellos, para que los otros también se consideren vulnerados. [...]

El COFJ incorpora el principio de buena fe y lealtad procesal,²⁰⁷ que dispone que tanto las partes procesales como los jueces deben de guardar respeto entre sí, sin ofensa, y que las pruebas no deben ser deformadas, ni utilizar artimañas, evitando en lo posible el modo de abuso del derecho.

La Buena fe procesal, concede una prerrogativa a los jueces para que exijan fundamentalmente a los abogados litigantes, que demuestren una conducta enarbolada por la ética, en todos los procesos que les corresponda tramitar, lo que permitiría según el fin, que los letrados junto con sus clientes, presenten pruebas no deformadas, sino ajustadas a la realidad, de manera que el juzgador al momento de dictar sentencia no vaya a incurrir en errores judiciales no deseados.

En la práctica profesional, las estrategias que utilizan los jurisconsultos están íntimamente ligadas con la falta de lealtad procesal o buena fe procesal, toda vez que sin perjuicio de los recursos legales y constitucionales a las que tienen derecho con relación al principio de acceso a la justicia, las dilaciones al proceso son un ejemplo de aquello, puesto que lo que buscan es evitar que se concrete una verdad como objetivo fin de la justicia.

Otra característica de esta falta de lealtad procesal es el litigio malicioso o temerario en que incurren los ciudadanos, asesorados por sus abogados con el ánimo de intimidar o amedrentar al demandado, presentando demandas impertinentes, con el objetivo de transigir a corto o mediano largo dentro del proceso y con ello obtener réditos económicos.

La Buena fe procesal es el reflejo de la ética con que debe actuar, no sólo el abogado, sino también el patrocinado, de manera que la ética va íntimamente relacionada con la formación personal del individuo, los que son llamados por su conciencia a actuar bien frente a la sociedad con probidad en cada uno de sus actos.

Suele decirse que existen normas que no se cumple, que son letra muerta, pero en el presente caso de la lealtad procesal, los jueces que están debidamente capacitados, pero sobre todo con personalidad, con conciencia y predisposición pueden hacer de esta norma una transformación o cambio en el modelo de práctica profesional del derecho,

²⁰⁷ COFJ, art. 26: Principio de Buena fe y Lealtad Procesal.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

haciendo que los abogados no se aparten de este principio y con ello contribuyan a que el Estado pueda cumplir el rol de brindar un eficiente servicio público de justicia.

Es preciso citar lo que la doctrina sostiene respecto de la buena fe procesal, “los deberes de integridad o plenitud y de veracidad, constituyen los vértices sobre los cuales se asientan los principios de la buena fe procesal en un sistema procesal sano”.²⁰⁸

Esta opinión refleja que la ética profesional está incorporada en el accionar de las partes procesales, entendiendo como tal, a los patrocinadores y patrocinados para que actúen lícitamente dentro del litigio con actuaciones procesales honestas, con pretensiones válidas y con respeto al cumplimiento de lo dispuesto por el juez en sentencia.

Para otro tratadista como Jorge Larroucau Torres,²⁰⁹ la buena fe es una pieza clave en la justicia y bosqueja tres modos conceptualmente diversos de comprender la buena fe procesal en la litigación moderna. La primera pieza considerada tesis fuerte porque contribuye a la justicia en el caso específico; la segunda tesis considerada tesis mínima que es el hecho de lograr litigar sin dolo; y, la tercera tesis llamada más que mínima que tiene como objetivo cumplir con ciertos deberes de colaboración y con las cargas procesales.

Estas lecturas a las que se refiere Larroucau, de actuar las partes procesales con buena fe procesal, persigue que el Estado pueda acercarse a brindar un servicio público de justicia eficiente; respecto de su segunda tesis, efectivamente actuar con ética como principio rector de la personalidad humana permite que no haya dolo en el litigio, lo cual refleja honestidad y transparencia en la tramitación de todo el proceso; y, en la tercera tesis, a la que se refiere el autor antes citado y con la que más se identifica el propio autor, es el reparto equilibrado entre los intereses privados y públicos en los que permanentemente están en disputa.

Nuestra postura es que las tres lecturas que el autor plantea indistintamente están intrínsecamente vinculadas entre ellas, que no hay que deslindarse de ninguna, ya que si el objetivo es buscar la aproximación a la justicia, esta se debe hacer con ética, sin la existencia de dolo, procurando que mediante la sentencia se entregue el derecho que a cada uno le corresponde.

²⁰⁸ Joan Pico I. Junoy, *El principio de la buena fe procesal* (Buenos Aires: Abedo-Perrot, 2001), 51.

²⁰⁹ Jorge Larroucau Torres, “Tres lecturas de la buena fe procesal”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21 (2013), edición electrónica.

Podríamos señalar entonces que el Estado es responsable de brindarnos el servicio público de la justicia, sus servidores tienen la obligación ineludible de administrar dicho servicio, por ello el COFJ establece el principio de obligatoriedad de administrar justicia.²¹⁰ La CRE dispone que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y que la misma se ejerce por los órganos de la Función Judicial²¹¹, órganos estos dentro de los cuales existen las denominadas salas de la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales, Tribunales Penales, de lo Contencioso Administrativo y Fiscal y los jueces multicompetentes de primer nivel,²¹² bajo el principio de actuar con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.²¹³

Los jueces, en mérito y atención a estas disposiciones constitucionales y legales, están en el deber de interpretar y aplicar las normas jurídicas y subsumirlas en cada caso que les corresponda conocer. Un juez no puede evadir la responsabilidad de administrar justicia²¹⁴ por complejo o conflictivo que sea el caso; está dentro de sus deberes considerar que en cualquier estado de la causa, debe declararse incompetente si así las causas lo justifican.²¹⁵ No toda persona está facultada para poder ejercer jurisdicción y en ello radica la importancia de quienes puedan ejercer esta actividad, asegurando hacer justicia, por ello se requiere que el órgano administrativo del Consejo de la Judicatura, capacite y reitere la independencia de los jueces respecto del poder público, para que de esa manera administren justicia en mérito a la Constitución, a los tratados internacionales y a la ley.

²¹⁰ *Ibíd.*, art. 28: Principio de la Obligatoriedad de Administrar Justicia.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República. No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia”.

²¹¹ CRE, art. 167.

²¹² COFJ, art. 155.

²¹³ CRE, art. 172.

²¹⁴ Ossorio, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 62: Administración de justicia.-Conjunto de los tribunales de todas las jurisdicciones, cuya misión consiste en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Potestad que tienen los jueces de aplicar las normas jurídicas a los casos particulares. La primera de dichas acepciones ofrece en Derecho Político, la importancia de que, en alguno países se aplica en el sentido de que la justicia no constituye un auténtico poder, sino una función dependiente administrativamente del ejecutivo, aun cuando sin afectar la independencia de los tribunales. Por eso en otros países, donde tal cosa no sucede, se habla corrientemente de Poder Judicial y se reserva la expresión comentada para señalar la segunda de las acepciones mencionadas.

²¹⁵ COFJ, art. 129, num. 9.

Le corresponde al juez interpretar el sentido de las leyes, y con mayor razón aplicar las normas de carácter procesal que se encuentran recogidas en el COFJ con el carácter de principios, ²¹⁶de manera que el problema en particular que tiene en sus manos debe de resolverlo priorizando los derechos de los ciudadanos reconocidos en la Constitución, luego mirar la existencia de derechos también consagrados en los convenios internacionales de derechos humanos a los que el Ecuador se ha adherido, y finalmente a la ley, es decir, las leyes procesales no pueden dejar de tener importancia en la búsqueda de la verdad; el procedimiento es significativo en el objetivo final que es la justicia.²¹⁷

La Función Judicial como poder independiente del Estado, está destinada a recibir la colaboración y el apoyo de las otras funciones del Estado, siempre partiendo de la vieja teoría de la división de los poderes del Estado²¹⁸; para que esto se cumpla de una manera adecuada se ha incorporado en el COFJ el principio de colaboración con la Función Judicial²¹⁹, en el cual se agrega o reúne, a las otra cuatro funciones o poderes del Estado.

²¹⁶ *Ibid.*, art. 29: Interpretación de Normas Procesales.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.

²¹⁷ Ángel Martín del Burgos, *La justicia como problema: El juez como administrador del derecho* (Barcelona: Bosch, 2001), 35: El juez tendrá que interpretar el sentido de la Ley, llenar lagunas, resolver contradicciones de los textos legales, como las hay entre las sentencias, en las que no faltarán, empleando una locución de ENGISCH, sentencias incómodas, pero el juez no debe aprovecharse de estas situaciones para suplantar al legislador”.

²¹⁸ Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 413: Principio de la separación de poderes: Fundamento del derecho político y más aún del constitucional, que establece la necesidad de diversificar los poderes del Estado (v.) en sus órbitas respectivas y asegurar el ejercicio de las funciones correspondientes por personas distintas, a fin de evitar la tiranía y el abuso.

²¹⁹ COFJ, art. 30. Principio de Colaboración con la Función Judicial.- Las funciones Legislativa, Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, con sus organismos y dependencias, los gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, y más instituciones del Estado, así como las funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados y más servidoras y servidores que los integran, están obligados a colaborar con la Función Judicial y cumplir sus providencias. La Policía Nacional tiene como deber inmediato, auxiliar y ayudar a las juezas y jueces, y ejecutar pronto y eficazmente sus decisiones o resoluciones cuando así se lo requiera. Las juezas y jueces también tienen el deber de cooperar con los otros órganos de la Función Judicial, cuando están ejerciendo la facultad jurisdiccional, a fin de que se cumplan los principios que orientan la administración de justicia. Las instituciones del sector privado y toda persona tienen el deber legal de prestar auxilio a las juezas y jueces y cumplir sus mandatos dictados en la tramitación y resolución de los procesos. Las personas que, estando obligadas a dar su colaboración, auxilio y ayuda a los órganos de la Función Judicial, no lo hicieran sin justa causa, incurrirán en delito de desacato.

Todos los servidores públicos de estas funciones están obligados por su cargo a colaborar, atender y apoyar las disposiciones y órdenes que en el desarrollo de un proceso judicial se les requiera por parte de un juez actuante, dentro de un término prudencial para que de esta manera a su vez se pueda cumplir con la celeridad de las causas. Se busca que todas las instituciones públicas aúnen esfuerzos para un eficiente servicio público,²²⁰ y en el caso específico de la justicia, este no puede ser distinto, en el sentido del cumplimiento de todos los principios rectores de la administración pública. Si los ciudadanos estamos obligados a colaborar con la administración de justicia, todos los órganos de la administración pública están obligados a colaborar con la Función Judicial, porque son parte del sector público que busca un mismo fin, que es el de servir a la colectividad.

Todas las manifestaciones de la administración pública deben de ser impugnadas en sede administrativa en primer orden, y en sede judicial en segundo, sin descartar algunas legislaciones como la nuestra donde no se requiere ni es preciso agotar la vía administrativa²²¹ para acudir a sede judicial. En el COFJ se encuentra el principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos²²² que es precisamente el reconocimiento de la disposición constitucional,²²³ de que todo acto de la administración pública pueda ser impugnado tanto en sede administrativa como en sede judicial.

La administración pública no puede estar exenta del control, los jueces deben estar prestos para atender los requerimientos de los ciudadanos, a los que se les ha vulnerado sus derechos cuando las resoluciones han afectado sus intereses. El abuso o exceso de poder no está permitido en un Estado en el que se garantiza el respeto y la dignidad de las personas; las autoridades públicas no pueden menoscabar o restringir los derechos del ciudadano, surgiendo entonces la necesidad de que los jueces tengan la obligación de reparar los daños ocasionados derivados de actos emitidos por las autoridades de la administración pública.

²²⁰ CRE, art. 227: La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

²²¹ Ecuador, *Ley de Modernización del Estado* (Ecuador: RO 349 de 31 de diciembre de 1993), art. 38.

²²² COFJ, art. 31.

²²³ CRE, art. 173: Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial.

Respecto del control judicial, surgen criterios doctrinarios de que existen conceptos limitados²²⁴, mientras que otros tratadistas tienen tesis opuestas, es decir, la plenitud del control judicial de la discrecionalidad administrativa,²²⁵ argumento este que compartimos plenamente, por considerar que donde se viola un derecho por parte de la administración pública, debe estar el juez para que exista justicia administrativa.

La CRE determina en el art. 314, cuales son las prestaciones que deben ser consideradas como servicios públicos y puntualiza: “los demás que determine la ley”, norma constitucional que nos conduce a revisar el COFJ, que en sus arts. 15 y 17, claramente se señala que la justicia es un servicio público, ante lo cual el Estado está en la obligación de asegurar su prestación, sin ninguna excusa que pueda incumplirla o ignorarla.

Contrastados los principios constitucionales (CRE) y y los señalados en el COFJ, arribamos a la conclusión de que ambos se complementan para llegar a considerar que la justicia es un servicio público.

En síntesis, la responsabilidad del Estado para con los ciudadanos,²²⁶ por la deficiente prestación del servicio público de justicia, está garantizada²²⁷ y se reafirma la

²²⁴ Alfonso Parejo Alfonso. *Administrar y juzgar: Dos funciones constitucionales distintas y complementarias* (Madrid: Tecnos, 1993), 47-51. Según Parejo, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3, CE) y el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) solo habilitan a un control de legalidad, sosteniendo que se trata de un control jurídico que, cuando es ejercido, no autoriza al juez a generar reglas jurídicas (ni siquiera en el caso concreto), pues el juez no desempeña función alguna en la creación de norma jurídica. En resumen, Parejo rechaza el control de razonabilidad por considerar que carece de entidad objetiva, particularmente cuando se postula su conversión en fuente positiva, concluyendo que no puede aceptarse que la distinción entre legitimidad y oportunidad planté un falso dilema que conduzca a la necesidad de que el juez sustituya la decisión administrativa.

²²⁵ Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial*, 188: La referida tesis afirma la plenitud del control judicial sobre los aspectos discrecionales de la actividad administrativa, reconociendo la posibilidad, incluso, que el juez la sustituya en caso de ser necesario para la protección de los derechos e intereses de las personas lesionadas. Encuentra fundamento dogmático constitucional en tres principios básicos de la Constitución española: a) el sometimiento de la administración a la Ley y al derecho (art. 103.1); b) la interdicción de la arbitrariedad para todos los poderes públicos (art. 9.3) y c) el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24.1).

²²⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I (Lima: Ara, 2003), X-25: *Alterum non laedere* dice el autor: También es aplicable a la administración el principio *alterum non laedere*, no perjudicar a nadie a menos que exista algún fundamento legal suficiente y razonable, con adecuado sustento fáctico, que lleve a admitir una excepción al principio jurídico general. Si el hecho dañoso ha acaecido, corresponderá la indemnización. Es el que Ulpiano calificó de principio más fundamental del orden jurídico, en la trilogía *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

²²⁷ Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9a. ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 48: Queda así expresado en la más autorizada doctrina que precedió e inspiró el Código Civil francés, el principio general según el cual quien ha causado un daño por violar el deber general de conducirse diligentemente para no dañar a otros, es responsable del perjuicio ocasionado. Es decir que por haber violado la norma genérica que impone ese deber de conducta o sea por haber actuado culposamente se ha cometido un acto ilícito que da nacimiento al deber de reparar el daño. La culpa es, en materia de responsabilidad extracontractual a partir de ese momento, un elemento indispensable de la responsabilidad por atribuir al acto la nota de ilicitud que da nacimiento al deber de

garantía de los ecuatorianos a no sufrir daños que no estén obligados a soportar,²²⁸ todo ello en concordancia con lo señalado en el art. 32 del COFJ, que determina la responsabilidad del Estado por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia.

Sin embargo, la intervención del Estado al brindar el servicio público de la justicia, como un medio para la obtención de las finalidades públicas, dará lugar a la responsabilidad del Estado, porque se trata de un hecho material,²²⁹ que será tratado más adelante en el desarrollo de esta tesis ya que se relaciona con el error judicial y su reparación.

resarcir. Adviértase que si la culpa fue también en la época clásica del derecho romano, un requisito para la responsabilidad aquiliana, esa culpa no incidía la ilicitud sino que, por el contrario, la noción de injuria (acto contrario al derecho) implicaba la culpa de su autor (supra, nro.16).

²²⁸ Loreta Monzón Valencia de Echevarría, *La pretensión indemnizatoria en el proceso contencioso administrativo* (Lima: Ediciones Legales E.I.R.L., 2009), 5: Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública a fin de garantizar a los administrados, tanto la igualdad ante las cargas públicas así como la garantía de la propiedad.

²²⁹ Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 82: La intervención es un hecho material, de ningún modo un propósito. No se la puede concebir como una finalidad pública o como una misión, por el contrario, se trata y se manifiesta a través de actos materiales, como el hacer una ley que crea un monopolio, o la creación de una entidad de capital público para que participe en un determinado sector económico, o la sentencia judicial que determina una expropiación.

Capítulo segundo

Medidas preventivas del Estado para evitar que los jueces incurran en el error judicial

El Estado ecuatoriano tiene a su cargo la prestación del servicio público de la administración de justicia, en virtud de ello, debe adoptar medidas necesarias para otorgarlo de manera eficiente, bajo los principios constitucionales y legales antes descritos. Es así, que el Estado ecuatoriano debe evitar que los jueces incurran en el error judicial, cuyo título de imputación genera su responsabilidad extracontractual y la obligación de reparar al ciudadano afectado del yerro, bajo el precepto contenido en el art. 11, num. 9 de la CRE.

En consecuencia, el Estado debe crear de manera estructural un sistema de selección que permita designar a jueces capaces de administrar justicia de manera imparcial e independiente, con apego a la Constitución y la ley, estableciendo las formas de aplicación e interpretación de las normas, y con ello evitar que incurran en error en sus decisiones judiciales. Además, para garantizar el derecho a recurrir de las partes procesales, el Estado debe establecer recursos ordinarios, que permitan la corrección de errores judiciales no generadores de responsabilidad extracontractual.

Resulta relevante analizar el rol que tiene el juez dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, definir la forma de selección de cada uno de los órganos jurisdiccionales, diferenciar a los jueces de primer nivel y provinciales designados por el Consejo de la Judicatura, a los jueces nacionales seleccionados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. También será necesario analizar la independencia e imparcialidad con la que deben actuar en la instancia ordinaria y extraordinaria; la primera, como forma de corregir los errores judiciales sin configurar la responsabilidad del Estado; y, la segunda, como garantía de los ciudadanos al recurrir ante la ineficaz prestación del servicio de la administración de justicia de los órganos jurisdiccionales ordinarios.

1. El juez

Para acercarnos al concepto moderno de lo que es la figura del “juez” es conveniente comenzar por las definiciones léxicas que aparecen en las fuentes de consulta terminológica. Así, en el diccionario jurídico *Omeba* define al juez, en su primera acepción, de la siguiente forma: “En términos amplios y muy generales, el vocablo alude a quien se confiere autoridad para emitir un juicio fundado, resolver alguna duda o decidir una cuestión”.²³⁰

De la definición señalada, debemos entender que, juez es aquella persona natural que recibe una investidura para cumplir con una responsabilidad social. La misma obra *Omeba* nos proporciona una segunda acepción del vocablo: “En sentido estrictamente jurídico, juez es el órgano instituido por una comunidad jurídica con potestad para juzgar y sentenciar un litigio, un conflicto de intereses sometido a su decisión”.²³¹

En el mismo texto, citando a Escriche, se tiene esta variante de definición: “Se entiende por juez el que está revestido de la potestad de administrar justicia a los particulares, o sea de aplicar las leyes en los juicios civiles o en los criminales o así en unos como en otros”. Más adelante Couture, lo define como: “Magistrado integrante del poder judicial, investido de la autoridad oficial requerida para desempeñar la función jurisdiccional y obligado al cumplimiento de los deberes propios de la misma bajo la responsabilidad que establecen la Constitución y las leyes”.²³²

Estas definiciones, aunque variadas, contienen elementos comunes que nos permiten determinar que, un juez es la persona que cumple la tarea de juzgar, ya sea para resolver los conflictos entre el Estado y los particulares o de particulares entre sí, o bien a los fines de sancionar a personas que violan el orden público y social que debe primar para una adecuada convivencia en las colectividades humanas.

Por su parte, Larrea sostiene que: “Juez es el magistrado o funcionario que ejerce justicia, conoce del derecho, decide sobre las controversias y ordena que se cumplan sus decretos o sentencias. El juez tiene atribuciones para los juicios de jurisdicción voluntaria y los de jurisdicción contenciosa”.²³³

El rol del juzgador resulta vital para los ciudadanos en común, en el sentido de contar con una persona imparcial, que posibilite la confianza en él y en la justicia,

²³⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, <www.omeba.info/version-electronica/>, edición electrónica.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*

²³³ Juan Larrea Holguín, *Enciclopedia jurídica ecuatoriana*, t. V (Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello, 2005), 306.

porque el juez al resolver un conflicto lo hará basándose jurídicamente en la ley y no en otras consideraciones ajenas. Respecto del significado de “Juez”, el diccionario de Cabanellas lo define como:

Aquel que posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un pleito o causa [...] Juez es el vindicador del derecho, el que lo declara o restablece. De ahí que se define como el magistrado, investido de imperio y jurisdicción, que según su competencia pronuncia decisiones en juicio. Es el que decide, interpretando la ley o ejerciendo en arbitrio, la contienda suscitada o el proceso promovido.²³⁴

Esta definición nos conduce a pensar que los jueces tienen en sus manos lo que consideran una justa y verdadera aplicación de la norma de derecho, y lo que ellos dicen en su sentencia encierra el concepto que tienen de esa norma de derecho, por lo que, a pesar de que un fallo o una sentencia de un juez pueda ser apelada, mientras eso no ocurra, se entenderá que ese fallo está significando la expresión de la ley. Por lo tanto, la confianza que tiene la ciudadanía en un juez es fundamental para la credibilidad del sistema judicial en un Estado constitucional de derechos y justicia. Tal como afirma Jesús Los Arcos Vidaurreta: “Si con razón provoca desasosiego la falta de confianza en personas que cumplen alguna tarea que nos afecta, admitir la presencia en un Estado de derecho de jueces cuyo desprestigio es manifiesto, cualesquiera sean los motivos a que esto obedezca, resulta imposible de asumir y muy difícil de explicar”.²³⁵

La figura del juez, como toda creación social, ha tenido una evolución histórica vinculada a las diferentes etapas del desarrollo de la humanidad. En la antigua Roma, los jueces no eran expertos en derecho, su poder era limitado, resolvían los casos que se sometían a su consideración apoyándose en el conocimiento de jurisconsultos. Tal investidura, se destinaba a personalidades que por sus altas capacidades filosóficas y humanas inspiraban el respeto debido a lo justo de sus decisiones.

A la llegada del período imperial, su función se concentraba en la aplicación de la voluntad del Emperador: “Este halo sacro en torno a la realeza se reflejaba también en el ritual judicial, transmitiendo al juez y a la sentencia una autoridad desnuda de razones”.²³⁶

²³⁴ Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 17.

²³⁵ Jesús Los Arcos Vidaurreta, *Responsabilidad de los jueces* (Buenos Aires: Zavalia, 2011) 59.

²³⁶ Daniela Accatino Scagliotti. “La fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, *Valdivia: Revista de Derecho* 15, n.º 2 (2003): 6.

En la Edad Media, el poder del juez estuvo menos limitado, y sus funciones y actividades eran similares a las que posee en la actualidad los jueces ingleses.²³⁷ Con el advenimiento de la Revolución francesa, y las que le dieron continuidad, surgieron los Estados nacionales soberanos, instaurándose la doctrina de la separación de poderes con lo que se restringió radicalmente la función judicial, en particular los mismos perdieron la potestad de hacer el derecho, actividad que se asignó al denominado poder legislativo. En aquella época, el juez del derecho continental era una especie de empleado experto (mero empleado público), cuya función consistía en encontrar la disposición correcta y aplicable a un caso determinado dentro del ordenamiento jurídico vigente.²³⁸

En nuestros tiempos, la figura del juez no ha detenido su evolución. Como plantea Morales:

La función del juez en una sociedad democrática ha evolucionado a la par que el sistema político democrático, generando nuevos contenidos. En el modelo clásico, ideado por Locke y Montesquieu, el juez no era más que la “boca de la ley”. En este modelo el legislador tenía un papel relevante y preponderante, porque encarnaba la racionalidad del sistema y, de esta forma, concentraba el poder. Se configura el Estado de derecho, que fue adquiriendo un mero aspecto formal, ya que los legisladores atendían los intereses socio-económicos coyunturales sin que ello responda necesariamente a los valores y principios de la Constitución Política del Estado. El Estado de derecho moderno es el Estado constitucional, donde el juzgador cobra un papel relevante, porque interviene en el proceso de producción de la norma al resolver el caso concreto, interpretándola con discrecionalidad e independencia, validándola constitucionalmente, para brindar soluciones razonables y justas.²³⁹

Ese papel relevante del juez actual, a nuestro criterio, es reflejar la verdad en la sentencia, lograr que se cumpla la obligación del derecho. En este sentido, Michele Taruffo,²⁴⁰ explica que la búsqueda de la verdad en el proceso se estipula como un ideal, y es precisamente la *praxis*, la que se encarga de asentar la sensación ciudadana, de que no existe una justicia verdadera por los problemas que genera su búsqueda y determinación.

Todo lo mencionado nos lleva al campo de la teoría de la verifobia, que ha sido defendida por autores contemporáneos, entre estos Vattimo,²⁴¹ quien argumenta sobre la

²³⁷ Enciclopedia en línea ECURED. Entrada léxica: Juez. Apartado: Origen: <<http://www.ecured.cu/index.php?title=Juez&oldid=1671042>>.

²³⁸ Biblioteca Virtual de la Fiscalía General de la República. Cuba. *El Juez*. <<http://www.fgr.cu/BibliotecaJuridica/>>.

²³⁹ Juan Morales Godo. “La función del juez en una sociedad democrática”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Escuela de Postgrado* 4, n.º 1 (2010): 1.

²⁴⁰ Michele Taruffo, “La verdad en el proceso”. *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 40 (2013).

²⁴¹ *Ibid.*, 240.

imposibilidad real de que se cumpla con estos fines del proceso, verbigracia, la búsqueda de la verdad, asumiendo, desde un plano filosófico que la realidad no existe, solo existe la interpretación que hace de ella.

Bien señala Michele Taruffo²⁴² haciendo alusión a Alvin Goldman que: “la verifobia son todas aquellas actitudes que, de modo más o menos abiertas y conscientes son contrarias a cualquier discurso que reconozca significado y valor a la verdad y, por tanto, niegan sucesivamente la existencia, la posibilidad, la oportunidad de buscarla, la eventualidad de descubrirla en cualquier contexto”. Esta actitud negativa no puede ser aceptada por los juristas puesto que no tiene sentido que los procesos judiciales solo se conviertan en una especie de competencia de las partes procesales, en donde factores externos, como el tráfico de influencias políticas u otras puedan ser las que en el juez prevalezca para dictar una sentencia.

A pesar de los criterios esgrimidos Taruffo, termina por admitir que hay un regreso a la verdad como finalidad del proceso, y que muy a pesar de lo expuesto por Vattimo, la verdad es: “un valor fundamental de la democracia que no existe sin el principio de la verdad en las relaciones entre el poder y los ciudadanos”, y en esta posición nos ubicamos, al considerar que en el Estado de derechos y justicia que define la organización política de Ecuador, se han dispuesto una serie de medidas que pueden convertir este ideal en una realidad, mediante la materialización de principios como el de legalidad.

En particular, se ha planteado que en nuestros días la figura del juez se desarrolla alrededor del significado sociopolítico que ostentan los jueces en las sociedades modernas. En tal sentido, De Sousa postula la posible distinción de tres períodos, que se han dado con diferencias en el tiempo y en sus características entre los países centrales y periféricos. Según las concepciones de este autor, el primero correspondería al del Estado liberal, el segundo al del Estado del bienestar y el tercero y actual sería el de la crisis del Estado de bienestar. En esencia la evolución reciente de la figura del juez se estaría dando alrededor de la significación sociopolítica de la función judicial. En lo que corresponde a la tercera y actual etapa de esta periodización la característica más sobresaliente es la fuerte politización del poder judicial, como lo afirma el citado autor:

En estas condiciones, por una u otra vía, el poder judicial está fuertemente politizado en este período. La complejidad de este hecho está en que la legitimidad del

²⁴² Michelle Taruffo y Bruno Cavallone, *Verifobia: Un diálogo sobre prueba y verdad* (Lima: Palestra, 2012), 240-1.

poder político de los jueces se asienta en el carácter apolítico de su ejercicio. O sea, un poder globalmente político tiene que ejercerse de forma apolítica en cada caso concreto.²⁴³

Para la realización exitosa de tan encumbrada función social, las personas que se desempeñan, como jueces deben poseer una serie de atributos morales e intelectuales que ofrezcan elevadas garantías de su idoneidad. Sobre los jueces gravitan todas las miradas de los ciudadanos que en ellos confían, por ello, se sostiene que el juez se encuentra “revestido de un status especial, cubierto con una coraza de deberes y derechos muy singulares”.²⁴⁴

Desde el punto de vista intelectual, merece destacarse la importancia de que el juez posea un adecuado conocimiento del derecho. Ese conocimiento del derecho incluye las leyes plasmadas en los textos legales, dominando las formulaciones lingüísticas mediante las cuales se manifiestan las fuentes del derecho. Pero la comprensión de los textos, no agota el conocimiento que del derecho debe tener el juez, ya que el mismo tiene facultades de *iura novit curia*,²⁴⁵ esto es, la posibilidad de aplicación de una norma diferente a la invocada por los participantes en un proceso constitucional. Los jueces deben conocer las normas jurídicas que son el significado de dichos textos y que deberán ser aplicadas a los casos concretos.

El juez, debe saber el significado de las palabras de ley según su uso corriente y su uso técnico, ya que existen normativas en las que el texto es muy claro, pero en otras no resulta así. El significado es claro cuando existe consenso acerca de su denotación y connotación. El significado es oscuro cuando no existe consenso acerca de la interpretación de las expresiones legales. En ambos casos, se necesita que el juez conozca y aplique jurisprudencia y tenga dominio de la dogmática.

La jurisprudencia le permite al juez conocer cuáles son las soluciones que han sido aplicadas con anterioridad a problemas similares —especialmente por los

²⁴³ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología crítica de la justicia*. En *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho* (Madrid: Trotta, 2009), 194: “Sin embargo, el nuevo protagonismo judicial comparte con el anterior una característica fundamental: ‘se traduce en un enfrentamiento con la clase política y con otros órganos de poder soberano, en especial con el poder ejecutivo. Y por esto, tal como antes, ahora se habla de la judicialización de los conflictos políticos. [...] De ahí que la judicialización de los conflictos políticos no pueda dejar de traducirse en la politización del sistema judicial’”.

²⁴⁴ Del Burgo, *La justicia como problema*, 15.

²⁴⁵ Ecuador. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la CNJ (Expediente de Casación 12, ROS 121 de 02 de febrero de 2010): “Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, norma que recoge el principio o máxima *iura novit curia*, que faculta al juzgador a dictar sus fallos aplicando normas de derecho distintas a aquellas invocadas por los litigantes para fundar su derecho, aunque sin apartarse de las cuestiones debatidas dentro del proceso”.

tribunales de mayor jerarquía— y cuáles son las razones por las que ellos han considerado pertinente aplicarlas en los casos que se les han presentado, lo cual permite evaluar si existe un consenso respecto del significado de las normativas legales.

Conviene decir que cuando el Juez interpreta la ley y luego decide, reafirma la norma jurídica. Lo que interesa es que el resolver judicial sea metódicamente consciente, teniendo presente que el Juzgador ha de perseguir con su propio entendimiento la verdad y la justicia del caso concreto. Ninguna ciencia tiene necesidad de tanta agudeza de ingenio como la jurisprudencia. Toda la fuerza de las leyes está en la inducción y en la aplicación.²⁴⁶

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se señala que, la triple reiteración de fallos constituye precedente jurisprudencial que deberá ser aplicado de manera obligatoria por parte de jueces del primero y segundo nivel. Esa facultad de sentar precedente jurisprudencia le esta atribuida a través del art. 184, num. 2 de la Constitución que dispone: “Serán funciones de la CNJ, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”. Para lo cual precisa en el siguiente art. 185:

Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la CNJ 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 sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.²⁴⁷

Al mismo tiempo, es fundamental que el juez tenga conocimientos de dogmática, lo cual es indispensable al momento de resolver un caso puesto a su conocimiento, porque indica cuáles son los usos que tienen las normas legales. A menudo, la dogmática jurídica cumple el rol de realizar juicios de *lege ferenda* acerca de los significados de las normas legales, lo cual puede servir de guía al juez para valorar hasta qué punto, en un caso concreto, puede apartarse o alejarse, o intentar modificar la jurisprudencia vigente. Son razones por las cuales el juez debe conocer los criterios interpretativos y argumentativos que pone a su disposición la teoría del derecho.²⁴⁸

²⁴⁶ Pedro Vicente Cano-Maillo Rey, “Estatuto jurídico del juez”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4 (2002): 1.

²⁴⁷ Ley de Casación. Quito: ROS 299 de 24 de marzo de 2004, art. 19, párrafo segundo (DEROGADO) y art. 182 del COFJ.

²⁴⁸ Jorge Malem, Javier Ezquiaga y Perfecto Ibañez, *El error judicial y la formación de los jueces* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 99.

El conocimiento profundo del derecho también implica una aptitud para conjugar y vincular entres sí las distintas partes del derecho. No es lo mismo que el juez interprete y aplique una norma que un principio. Ni tampoco es igual hacer un razonamiento subsuntivo que uno ponderativo. Por lo tanto, el conocimiento del derecho por parte del juez es de naturaleza compleja, si se toma en consideración que el derecho contiene ciertas disposiciones con contenido valorativo cuya interpretación y aplicación debe realizarse a la luz de las valoraciones socialmente existentes en un momento dado del desarrollo social. Estas disposiciones jurídicas con contenido valorativo remiten al juez a la moral social, a las prácticas colectivas que tienen una existencia real y concreta.²⁴⁹

Es importante considerar que existe una segunda posición en relación con la interpretación de las disposiciones con contenido valorativo que estipula, contrario sensu, que es el propio juez, por sí y para sí, quien debe realizar la evaluación a los fines de interpretación y aplicación de las normas. Se supone que el juez ha de llevar a cabo un razonamiento moral, cuyo resultado colapsará en la interpretación que hará de la disposición jurídica en discusión. Por ejemplo, para interpretar cláusulas que prohíben los tratos crueles y degradantes, el juez debe hacer un razonamiento esencialmente moral, para lo cual requiere el concurso de otras ramas del conocimiento tales como: la ética normativa, la bioética y la meta ética.²⁵⁰

Durante buena parte del siglo XIX, los jueces se acogieron mayormente a la escuela interpretativa de la exégesis. Su planteamiento fundamental consistía en afirmar que el derecho era claro, racional y sin lagunas. Por tanto el juez no podía ni debía interpretarlo, su deber era exclusivamente aplicar la ley tal cual había salido de los órganos de representación política.²⁵¹

Además del conocimiento en derecho, el juez debe tener conocimiento en materia de hechos y de prueba de los mismos²⁵². En este sentido tiene especial relevancia la actividad de formulación de hipótesis referidas a hechos pasados, presentes o de posible ocurrencia futura, y todo el campo de conocimientos de la criminalística. Juan Manuel Converse, refiriéndose al juez explica que:

²⁴⁹ Manuel Aragón Reyes, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1997): 185: "La introducción de la moralidad en el derecho o al menos una cierta absolutización de determinados valores materiales".

²⁵⁰ *Ibid.*, 115: Pudiera pensarse que este tipo de conocimiento y de habilidades siempre son imprescindibles para el cumplimiento de la tarea profesional del juez. Incluso en los casos claros, para saber si adhiere o no al consenso generalizado. Pero esto no invalida lo precedentemente afirmado.

²⁵¹ Diego López Medina, *Teoría impura del derecho* (Bogotá: Legis, 2004) 198.

²⁵² Malem, Ezquiaga e Ibañez, *El error judicial*, 19.

En un Estado moderno es del interés público hacer Justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la verdad, ya que el juez, como órgano del Estado, cuenta con suficientes poderes jurisdiccionales de orden público y se halla autorizado para realizar de oficio una amplia averiguación de la verdad del proceso en miras a un interés superior de justicia, sin atender si suple o no la inactividad voluntaria o involuntaria de las partes.²⁵³

En estos tiempos, en que enfrentamos un aumento sin precedentes en los niveles de corrupción que erosionan los sistemas político, tanto de los países centrales como de los periféricos, resulta aún más importante una adecuada preparación técnica de los jueces.

Por eso, en un contexto de aumento de la corrupción se plantea de inmediato la cuestión de la preparación técnica del sistema judicial y de la investigación para combatir este tipo de criminalidad. La falta de preparación técnica provoca, de por sí, la reticencia a ocuparse de la corrupción y en última instancia su minimización. Pero esta posición se encuentra agravada, en este caso, por otro factor igualmente importante: la falta de voluntad política para investigar y juzgar los crímenes en los que están implicados miembros de la clase política, individuos y organizaciones con mucho poder social y político.²⁵⁴

Los jueces son considerados personas con conocimiento de derecho y poseedores de habilidades y competencias para resolver los conflictos que se les presentan, haciéndolo de manera motivada dentro de un marco de independencia e imparcialidad, aplicando de manera directa la Constitución y la ley, haciendo honor al principio de justicia. Pero es necesario mencionar que el juez, además de poseer el conocimiento del derecho, debe aplicar la sana crítica y la equidad, cumpliendo su importante tarea de administrar justicia y dándole a las partes lo que les corresponde, debiendo tener presente la moral y rectitud con la que debe actuar, en la búsqueda de la paz social y el desarrollo de la ética social pública.

²⁵³ Juan Converset, "Poderes del juez en el proceso civil", *Revista internauta de práctica jurídica*, n.º 12 (2003), <http://www.ripj.com/art_jcos/artjuridicos/art.12_13_14/poderes%20del%20juez%20pro_civil.htm>.

²⁵⁴ Boaventura de Sousa Santos, "*Sociología crítica de la justicia*", 210: "En el segundo período la politización de la independencia de los jueces venía dada por el hecho de que asumían una posición respecto a las políticas públicas adoptadas por el ejecutivo y el legislativo por referencia a la Constitución. En este sentido se corresponsabilizaban por el cumplimiento de las políticas definidas constitucionalmente. En el tercer período la politización de la independencia de los jueces proviene sobre todo del combate contra la corrupción y por eso ya no se enfrenta tanto a la consonancia o disonancia de la agenda política respecto de la Constitución. Se enfrenta más directamente a los propios agentes políticos y a los abusos de poder de los que ellos son responsables. El enfrentamiento con los otros poderes es más directo y más amenazador para sus titulares".

El aprendizaje y la formación de los jueces no culmina jamás. Una vez ocupada una posición de tanta responsabilidad, es necesario que su formación, en planos de exigencia cada vez mayores, se realice de forma incesante.

Es obligación del Estado garantizar la presencia de jueces con una adecuada preparación académica a fin de que puedan responder con altura y solvencia a los retos que se les presentan en su cotidiana participación dentro de los procesos. Estos profesionales, por otra parte, ante el descuido estatal y en cualquier circunstancia tienen el legítimo derecho —y hasta la obligación— de participar en cursos, eventos académicos, diplomados, maestrías, doctorados, etc. Ese propósito de superación académica debe ser apoyado por los órganos de gobierno del que dependen.²⁵⁵

Entendemos que el juez —por mucho conocimiento que se posea— la falibilidad es una característica consustancial a la actividad humana, se asume que las actuaciones de los jueces (sentencias, resoluciones y fallos) son revisables por sus superiores mediante los recursos judiciales establecidos, pudiendo ser estas revocadas o confirmadas.²⁵⁶

A los jueces se les asocia habitualmente con su función en la solución de litigios, y ello es lógico, por tratarse de su actividad más conocida. Tal función, posiblemente, sea la principal de estos funcionarios, pero no es la única. Para una breve consideración de las funciones de los jueces en las sociedades contemporáneas nos acogeremos a la clasificación de las mismas en tres tipos fundamentales, las instrumentales, las políticas y las simbólicas.²⁵⁷

Las funciones instrumentales de los jueces incluyen la solución de litigios, el control social, la administración y creación de derecho. La solución de litigios es una función suficientemente conocida, el control social se refiere a las medidas que se toman para que las acciones individuales no se desvíen del patrón dominante de sociabilidad, del orden social (esto es una contribución al mantenimiento del orden social y a su recuperación en caso de que el mismo sea violado).²⁵⁸

²⁵⁵ Freddy Mory Príncipe. *La investigación del delito. El policía, el fiscal, el juez: Derechos fundamentales del imputado* (Lima: Rodhas SAC, 2011), 32. “Dentro de este horizonte se debe entender y asimilar las directrices aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana-Cuba del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990, cuyo num. 2, lit. b), se refiere específicamente a la capacitación”.

²⁵⁶ Juan Antonio Martínez Muñoz. . “Sobre el sentido del derecho natural”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º XXXI (1998):155: “Pero afirmar que hay un único derecho y que este no es lo inmediatamente dado como tal va unido también a la idea de que el derecho solo se obtiene al final del proceso que se inicia con los hechos y la norma (que puede venir dada por diversos medios) y en el que lo decisivo es saber cuándo hay derecho y cuándo no”.

²⁵⁷ De Sousa Santos, “Sociología crítica de la justicia”, 222.

²⁵⁸ *Ibid.*, 223: “Se puede decir que la solución de los litigios llevada a cabo por los jueces configura, en sí misma, una función de control social. Sin embargo, es en la represión criminal donde los

Las funciones instrumentales de tipo administrativo son actuaciones de los jueces que no caen en el campo de la solución de litigios ni de control social. Una variedad de actividades se ubican en este subtipo: algunos actos de certificación y notariado (divorcio por mutuo acuerdo, matrimonio), comisiones de servicio, funciones de auditoría, consultoría jurídica en ministerios y departamentos, entre otros.

El autor antes citado, y cuya clasificación de las funciones de los jueces venimos comentando, resalta el hecho de que los tres tipos de funciones instrumentales se influyen de manera natural, se entrecruzan y de hecho ninguna puede entenderse de forma total separada de las demás. Porque es sobre todo en la solución de litigios cuando los jueces crean derecho y a la vez ejercen función de control social.²⁵⁹

En esta interacción de funciones es mediante las funciones instrumentales que los jueces ejercen sus funciones políticas y simbólicas. Las funciones políticas derivan del hecho de que los jueces son órganos de soberanía. El control social y la legitimación del poder político en su conjunto constituyen indudables funciones políticas de los jueces, puesto que un funcionamiento independiente, accesible y eficaz de la justicia constituye hoy uno de los más fuertes factores de legitimidad del sistema político.²⁶⁰

Las funciones simbólicas tienen un alcance más amplio, comprometiendo a todo el sistema social. Se trata de la fijación de valores y de la orientación hacia determinados valores. Por el propio hecho de la interacción entre funciones, las simbólicas se expresan mediante las instrumentales y las políticas. Obviamente, la función de control social tiene elevado contenido de función simbólica, la justicia penal actúa sobre comportamientos que se desvían significativamente de valores reconocidos por la sociedad (la vida, la integridad física, el honor, la propiedad). Mediante su actuación eficaz los jueces condicionan la confirmación de los valores apreciados por la sociedad y de la importancia de su tutela judicial. Desde el punto de vista de su valor simbólico, la atención y aplicación consecuente de las normas del derecho procesal tienen tanto valor como el derecho sustantivo, pues se refuerzan con ello valores como la igualdad, imparcialidad, derecho a recurso, entre otros.²⁶¹

jueces ejercen de forma específica esta función, porque es ahí donde el patrón de sociabilidad dominante es imperativamente afirmado ante el comportamiento desviado”.

²⁵⁹ López, *Teoría impura del derecho*, 8.

²⁶⁰ Mauricio García Villegas y César Rodríguez Garavito, eds. *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (Bogotá: ILSA, 2003), 82.

²⁶¹ Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas* (Bogotá: Uniandes, 1993), 15.

La CRE señala que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia y que los jueces administrarán justicia. Así mismo que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial, tal como lo señala el art. 167 de la Constitución: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”.

Una adecuada preparación intelectual por parte de los jueces también se prevé en la CRE, la cual forma parte de los requisitos de selectividad para el ingreso a la función judicial, así lo señala el art. 176: “[...] las servidoras y servidores judiciales deberán aprobar un curso de formación general y especial, y pasar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas para su ingreso al servicio judicial”.

La importancia de la preparación intelectual se enfatiza en la CRE, al referirse a las juezas y jueces de la CNJ, dado que el art. 183, num. 2, especifica que, en estos casos, se requiere poseer título de tercer nivel en derecho. Hace una importante excepción la Constitución, en cuanto a la necesidad de poseer conocimientos de derecho para realizar la función de juez, esta es en el caso de los jueces de paz cuya actividad en la solución de diferendos es de otra naturaleza, utilizando mecanismos de conciliación, diálogo y acuerdo amistoso, tal como lo establece el art. 189 de la CRE.

La administración de Justicia se fundamenta en principios claramente señalados en la CRE y el COFJ, por lo tanto, los jueces que son los encargados de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado, deben tener el conocimiento del derecho al momento de interpretarlo y aplicarlo; lo que tiene relación con el criterio del autor Carlos Pérez:²⁶² “Todo juez debe tener cierta personalidad y sus propias convicciones, y ello es inevitable sea cual sea el procedimiento para nombrarlo y el proceso de selección. Es más: afirmar como buena una justicia de autómatas no solo es una ingenuidad, sino también un error”; pues lo cierto es que difícilmente puede entenderse el derecho justo sin que su realización dependa finalmente de una decisión personal. La sumisión del juez a la ley o al derecho no implica una exclusión absoluta de lo ideológico, ni siquiera en una interpretación de esas relaciones desde el más estricto positivismo jurídico; la exclusión absoluta no es posible, sino tan solo la reducción a un mínimo de ideología.

²⁶² Carlos Pérez del Valle. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. (Lima: Grijley, 2005), 28.

2. Formación del juez

Malem²⁶³ considera que el juez es un profesional y un técnico del derecho. Si bien los errores cometidos por el juez pueden ser provocados tanto: “por sus carencias o por causas ajenas a él”, no es menos cierto que con la formación adecuada se puede evitar que se configure el error judicial. El autor mencionado, atribuye al juez la característica de: “conocedor de la falibilidad del mundo”, y considera que estos deben actuar con “el máximo cuidado para evitar los errores que puedan ser ocasionados por su actuación”.

Malem²⁶⁴ analiza la formación que debería tener el juez en ámbitos como “el derecho, los hechos, la lógica, las cuestiones lingüísticas y el conocimiento de la realidad”. Lo que es acertado, considerando que cada de una de estos conocimientos perfilan al juez como un buen administrador de justicia. El primero, esto es, “formación en derecho” en términos generales, resulta ambiguo y se define en que: “El juez debe saber en todo momento qué derecho es el aplicable al caso concreto”, teniendo como obligación la solución de los puntos controvertidos evitando cometer error de aplicación o interpretación de las normas, lo que de generarse puede configurar la responsabilidad del Estado por error judicial.

Con respecto al segundo conocimiento que debe tener el juez, la “formación en materia de hechos”, este responde a la necesidad de conocimiento de la realidad fáctica por parte del administrador de justicia. Además, Malem²⁶⁵ establece que el juez debe conocer: “los mecanismos necesarios para operar con la prueba, es decir, debe poder afrontar los problemas de las especialidades de cada uno de los jueces”.

Por otro lado, para la debida aplicación del derecho al caso concreto, es indispensable que el juez esté formado en lógica²⁶⁶, que en palabras del autor²⁶⁷ puede ser de dos tipos: “lógica de enunciados y lógica de predicados”. Este elemento tiene relevancia al momento de aplicar el silogismo judicial y la argumentación jurídica en las resoluciones judiciales.

²⁶³ Malem, Ezquiaga e Ibañez, *El error judicial*, 207.

²⁶⁴ *Ibid.*, 208.

²⁶⁵ *Ibid.*, 207.

²⁶⁶ Jorge Malen Seña, *ibidem* pág. 225: “El término lógica es polisémico y especialmente en el ámbito jurídico, ya que se ha utilizado como sinónimo de racionalidad, razonabilidad, legalidad, evidencia, sentido común... Por lógica entenderé un tipo de argumento o razonamiento formal cuya validez no depende de su contenido. A través de los métodos y de las reglas de la lógica se pretende distinguir el razonamiento que es correcto del que no lo es, partiendo de al menos una premisa para llegar a una conclusión. En este sentido la lógica constituye un modelo acerca de cómo se debe razonar”.

²⁶⁷ *Ibid.*, 225.

En este punto, menciona el criterio del doctrinario Malen, de que el juez debe tener un conocimiento en materia lingüística para llevar a cabo las tareas que le corresponde ejecutar²⁶⁸. Una de ellas se vincula a la interpretación de la ley, aclarando que el juez está obligado a saber qué es lo que ley establece. Siguiendo esa misma línea, el primer criterio que ha de tener en cuenta para interpretar un texto legal es el de su sentido literal, lo que significa que ha de seguir el significado estándar de los términos y hacerlo de acuerdo con las reglas sintácticas de la lengua. La segunda tarea que tiene el juez está relacionada con la formulación de la sentencia. Se colige que en ambas tareas el juez se comporta como lingüista, en el sentido de que realiza análisis y ejecuta operaciones que normalmente hacen los lingüistas, aunque en algunos casos no posean los conocimientos lingüísticos necesarios para ello.

Sin duda, es evidente que las palabras pueden adquirir diferentes significados en contextos distintos. En algunas ocasiones, para lograr entender lo que expresa el texto, se requiere prestar mucha atención al contexto conversacional donde aparece, conllevando a que se adquiriera una prestancia especial para la práctica jurídica.

De otro lado, se afirma que el juez no puede desconocer las cuestiones pragmáticas vinculadas con el lenguaje, conocer los problemas más generales no sólo contribuiría a disponer de un mayor control de la palabra como instrumento de trabajo, sino que evitaría situaciones de indefensión suscitadas por la falta de competencia lingüística. Como ejemplo, se encuentra el extranjero que no entiende la lengua mediante la cual se lleva a cabo su interrogatorio o el proceso. En estos casos, el juez debe ser capaz de entender el lenguaje y la situación en la que se produce la emisión del mensaje de una persona no instruida, ya que no se trata de una cuestión semántica, sintáctica o de un uso excesivo de expresiones técnicas.

Frente a estas circunstancias, los jueces están obligados a tener cuidado para comprender de manera adecuada los mecanismos comunicativos que existe en las declaraciones o versiones, así como las pericias, en la absolución de posiciones o mientras se produce la confesión judicial. De cierta manera, la seguridad jurídica que se dé a los involucrados en el proceso, dependerá del conocimiento y control por parte del juez, de los diversos aspectos pragmáticos del lenguaje.

²⁶⁸ Jorge Malen Seña, *ibidem* pág, 234: “La formulación lingüística utilizada en las sentencia ha de servir como hilo conductor que favorezca tanto la fundamentación como la comunicación de la decisión judicial, y no ser un elemento que dificulte su comprensión y su justificación”.

Los análisis lingüísticos que realiza el juez en sus providencias, autos y sentencias deben ser concisos y coherentes, pero no hay que olvidar que sólo son una parte del trabajo del juez, tal como nos recuerda el Juez Holmes, “No estudiamos etimología, sino derecho”.²⁶⁹ Se debe tener en cuenta, que no existe ninguna relación necesaria entre el análisis lingüísticos y los principios de la justicia. Por ejemplo, cuando el juez hace una interpretación literal del texto de la ley puede conducir a conclusiones jurídicamente dudosas o éticamente inaceptable. Es posible que observemos que los jueces se apartan de la interpretación literal de la ley o incluso que utilizan criterios lingüísticos contradictorios en contextos similares. En estos casos el juez se comporta como un mal lingüista, pero tal vez no como un mal juez.

Se concluye que el juez debe conocer la lengua mediante la cual se expresa el derecho y a través de la cual ha de formular las decisiones judiciales es una consideración necesaria, aunque no suficiente.

Para Malem la formación de los jueces se evidencia en las decisiones judiciales, por lo que es importante el reconocimiento constitucional del principio de la motivación²⁷⁰

Después de las consideraciones efectuadas, afirmamos que, si un juez es formado para adquirir los conocimientos suficientes que le permitan ejercer su potestad de administrar justicia de forma adecuada, correcta y eficaz, menor será la probabilidad de que incurra en errores judiciales que puedan generar la responsabilidad del Estado.

Francisco Blasco²⁷¹ sostiene que los jueces no solo deben tener una formación jurídica o técnica, sino que requiere de otros conocimientos e instrumentos para desarrollar su función. En este sentido, Antonio Muñozcano²⁷² considera que la ética es uno de los principios en los que debe ser formado el juez estableciendo que los administradores de justicia deben tener idoneidad jurídica o técnica, que es precisamente la “idoneidad ética”, la cual a su criterio, debe ser incluida como disciplina en las escuelas judiciales para formar a los jueces.

²⁶⁹ Citado por David Mellinkoff, *The Language of the Law*, Boston, Little, Brown and Co, 7 edición, 1990 p.vii.

²⁷⁰ Jorge Malenm, *ibidem*; “Una sentencia mal redactada enerva en buena medida los argumentos utilizados, perturba el razonamiento e impide saber con exactitud cómo y por qué se ha resuelto el fondo de la cuestión. El lenguaje judicial ha de ser claro y preciso, ha de servir para que los argumentos fácticos y normativos que sirven de fundamento a la sentencia estén debidamente sistematizados”.

²⁷¹ Francisco Blasco, “Sobre la necesidad de la formación de los jueces”, *Revista Jueces para la democracia*, n.º 38 (2000): 21.

²⁷² Antonio Muñozcano, *La ética como principio en la formación del juez* (Ciudad de México: UNAM-III, 2015), 214.

Ahora bien, cuando se analiza la formación de los jueces hay que separar dos momentos: la formación inicial previo a ejercer su función y la formación permanente o continua cuando ya es funcionario judicial. Sobre la primera el art. 2.3 de la Carta Europea sobre el Estatuto del Juez, aprobada por el Consejo de Europa con fecha 10 de julio de 1998, hace mención a la formación inicial de los jueces la cual corresponde a la autoridad competente que se encarga de su selección, disponiendo que esta debe garantizar: “la adecuación de los programas formativos y la de la organización encargada de complementarlos a los requerimientos de apertura, competencia e imparcialidad que son obligatorios para el ejercicio de las funciones judiciales”.²⁷³

Carlos Gómez²⁷⁴ menciona algunos modelos de carrera administrativa en los cuales los tiempos de la formación inicial del juez son distintos, así se tiene que:

La formación inicial que se proporciona en Inglaterra y Gales el “Judicial Studies Board” es muy corta —una semana de duración—, y tiene un carácter prácticamente simbólico. La falta de experiencia profesional previa de los jueces en las carreras judiciales de corte continental justifica la existencia de una formación inicial cuya duración varía en los distintos países europeos. La formación inicial del juez español (dos años a partir de la próxima convocatoria de oposiciones) se halla, en cuanto a duración, en la banda inferior en relación con la de otros países de Europa continental. Así, en Holanda la formación inicial dura 6 años, en Francia 31 meses, en Portugal dos años y en Italia 18 meses.

En el Estado ecuatoriano la formación inicial de los jueces puede durar ente 180 a 200 horas, las cuales son convertibles aproximadamente a 30 días. Es muy corta si se la compara con los países europeos antes citados. La formación inicial es llevada a cabo por la Escuela de la Función Judicial, misma que se desarrolla en tres etapas establecidas en el art. 69 del COFJ:

1. De formación general, que cursarán todos los candidatos a las ramas de jueces, fiscal y de defensoría;
2. De formación de perfil específico, que cursarán los candidatos dentro de la rama que hayan elegido; y,
3. De práctica, que realizarán los candidatos en el perfil específico que hayan cursado, en la unidad a la que fueren designados.

La segunda, la formación permanente o continua de los jueces sirve para actualizar sus conocimientos. El Consejo del Poder Judicial de Madrid efectuó un informe sobre la formación continua de los jueces, estableciendo que si bien la voluntad

²⁷³ Francia. Carta Europea sobre el Estatuto del Juez, aprobada por el Consejo de Europa con fecha 10 de julio de 1998.

²⁷⁴ Carlos Gómez Martínez, *Las razones para la formación del juez* (Madrid: CEJAMERICAS, 2015), 2.

de los jueces debe presidir para este tipo de formación, también debe imponerse en ciertas situaciones que las describe así:

- a) Cuando un juez acepta un nuevo puesto o un tipo de trabajo o de función diferente o especial;
- b) Cuando se generan cambios de orden jurisdiccional;
- c) Cuando se trate de actividades formativas en supuestos de reformas legislativas con importante incidencia en la jurisdicción;
- d) Cuando se impartan cursos de actualización de forma periódica a todos los miembros de la carrera judicial.

Los supuestos excepcionales en los que la formación continua debe ser obligatoria son acertados en la medida en que el juez debe permanentemente participar en procesos de reformas que impliquen cambios sustanciales a los procesos o cuando hayan entrado en vigencia dichas reformas debe conocerlas y actualizarse; así también es relevante que participe de los cursos que implemente la escuela judicial para su formación. Sobre la formación continua el art. 86 del COFJ estipula que

Las servidoras y servidores de la Función Judicial deberán participar en programas de formación y capacitación continua a través de cursos generales y especiales. Los que aprobaran los cursos serán valorados con un puntaje para los concursos de oposición y méritos, o para las promociones de categoría.

Por lo tanto, es evidente que la formación del juez, en sus dos momentos: inicial y continua, constituyen una forma de prevención del error judicial, por cuanto ambas tienen como finalidad dotar al juez de conocimientos jurídicos, técnicos y otros no técnicos como la ética, que son necesarios para que su actuación se genere en un marco de principios, competencias y destrezas necesarias para la debida y correcta aplicación e interpretación de las normas al caso concreto.

3. El juez en el Estado constitucional de derechos y justicia

Una de las conquistas del Estado constitucional de derechos es que los jueces se encuentran sometidos en primer lugar a la Constitución,²⁷⁵ en segundo lugar, a los tratados internacionales como normas supranacionales²⁷⁶ y, en tercer lugar, se estará

²⁷⁵ CRE, “Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.”

²⁷⁶ CRE, “Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos

sometido a la ley. El producto de aquello es la evidencia que un Estado social de derechos por más que se vincule en lo social, el sistema de derechos no es igualitario; existen diferencias en clases sociales y aquel paradigma de que todos somos iguales ante la ley es una retórica característica de este Estado social de derechos, por lo que es necesario el desarrollo social por la búsqueda efectiva de un sistema igualitario que derrumbe todas aquellas prácticas discordantes en ese objetivo supremo de encontrar una igualdad entre los ciudadanos.

En el libro “Del Estado legal al Estado constitucional de derechos y justicia”, Ramiro Ávila,²⁷⁷ con quien coincidimos, sostiene que: “El Estado de justicia es el resultado de la superación de un Estado que provoca y genera inequidad. La Constitución de 2008 asume con vigor el modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un Estado que no puede ser sino fuerte”.

Esta definición del Estado ecuatoriano conlleva a la aplicación imperativa de la Constitución, sus preceptos, principios, garantías y derechos, por encima de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico; sin que la aplicación de la ley sea precisamente el resultado de ese paradigma. Esto no limita la atribución de los jueces, de poder ser órganos productores de normas dentro de los límites de su función y teniendo como referente los principios constitucionales, sobre todo en los casos de vacío o ausencia de normas.²⁷⁸

A pesar de ello, el juez no puede dejar de aplicar la ley escrita, que contiene mandatos imperativos, prescriptivos para sustituirla por principios subjetivos, que no son obligatorios, sino que se pueden utilizar como fuente de derecho secundaria, cuando no existe ley expresa, al momento de efectuar la interpretación y resolver el caso

humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

²⁷⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano XV*. (2009): 775.

²⁷⁸ Ecuador. Sentencia n.º 022-10-SIS-CC, Pleno de la Corte Constitucional, RO 364-5, 17-1-2011: “La vigente Constitución de la República marca diferencias considerables y sustanciales con respecto a la CPE de 1998; así, por ejemplo, en cuanto a garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, se puede constatar un avance significativo en la protección y justiciabilidad de derechos[...]Mientras las garantías constitucionales previstas en la CPE de 1998 se caracterizaban por su naturaleza meramente cautelar, las nuevas garantías jurisdiccionales pasan ser declarativas, de conocimiento, ampliamente reparatorias excepcionalmente cautelares; es decir, que partir de la activación de una garantía jurisdiccional, el Juez Constitucional, a través de sentencia, está en capacidad de analizar el fondo de un asunto controvertido y, como consecuencia de ello, tiene la obligación de declarar la violación de un derecho y reparar las consecuencias que este puede causar”.

concreto.²⁷⁹ Los principios no pueden modificar las normas constitucionales ni la ley ordinaria expresa, pues se estaría generando la inseguridad jurídica. En el caso de que estén incorporados en el propio texto constitucional servirían para realizar la interpretación sistemática y teleológica del caso.²⁸⁰

4. Selección de jueces en Ecuador

4.1. Modelos de selección de jueces

En todas las sociedades y momentos históricos los procedimientos para la selección de aquellas personas llamadas a desempeñarse como jueces han revestido una especial importancia dado que, desde este momento inicial, se va conformando el aura de confianza y sensación de garantía en los ciudadanos que resulta tan necesario para el buen desempeño de la función judicial. En tal sentido Rodrigo Correa²⁸¹ se remite a Montesquieu quien expresa:

El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que solo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado Estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados.

El proceso de selección permite garantizar con objetividad y transparencia, la igualdad de oportunidades en el acceso a la función de juez a todas las ciudadanas y ciudadanos que reúnan los requisitos y aptitudes necesarias, así como la idoneidad y suficiencia profesional para el ejercicio de la función jurisdiccional. Históricamente, la designación de los jueces ha experimentado diversas transformaciones. Así, en determinadas etapas, eran designados por los emperadores, en otras, han sido

²⁷⁹ “Tales cuestiones e incertidumbre deben ser resueltas por el intérprete. Este debe colmar las lagunas, precisar los avances, aclarar las ambigüedades”. Para realizarlo, deben tomar decisiones: porque, una vez más en las palabras del padre del realismo jurídico, este domínense O. W. Holmes “donde existe una duda, el simple instrumento de la lógica no es suficiente, y los jueces, su bien de modo velado o inconsciente, son llamados a ejercer la prerrogativa soberana de la decisión”. Mauro Cappelletti, *¿Jueces legisladores?* (Lima: Communitas, 2010), 28.

²⁸⁰ Ecuador. Sentencia dictada el 31 de mayo de 2017, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario de Manabí y Esmeraldas con Sede Portoviejo, dentro del juicio n.º 130801-2014-0258. “Dentro de las acepciones del garantismo que destaca Luigi Ferrajoli, la misión del juez es la de ser un verdadero garante de la Ley Suprema y de su derecho irrestricto por todos los ciudadanos. Los jueces deben respeto y obediencia a la Constitución, ya que esta es el marco referencial válido para el razonamiento jurídico y la construcción de las sentencias, puesto que en un sistema de control constitucional difuso o mixto, todos los jueces son los guardianes de la Constitución”.

²⁸¹ Rodrigo P. Correa, “Poder judicial y democracia: A rescatar el espíritu del espíritu”. *SELA Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, n.º 38 (2004): 3.

seleccionados entre un grupo de personalidades distinguidas o bien elegidos con determinado grado de participación ciudadana en el proceso de nominación y elección. Los jueces son independientes del legislador y del ejecutivo.

En la organización actual del Consejo de la judicatura, la independencia resulta mucho más problemática. Las burocracias judiciales son permanentes, no transitorias. De hecho, en una república democrática, los jueces duran en sus cargos considerablemente más tiempo que los gobernantes y los parlamentarios.²⁸² Con fines esencialmente doctrinarios, dado que la realidad del funcionamiento social es siempre más rica y compleja que cualquier intento sistematizador por parte de los tratadistas, seguiremos en los párrafos que siguen el enfoque de Herrendorf que plantea los siguientes procedimientos generales para la selección de los jueces en la práctica jurídica contemporánea:²⁸³

- a) Elección popular de los jueces.
- b) Designación de los jueces por el parlamento.
- c) Designación de los jueces por el gobierno.
- d) Nombramiento de los jueces con cooptación judicial.
- e) Nombramientos de los jueces con procedimientos mixtos.

En relación con el primer procedimiento, elección popular de los jueces, es aplicado en la actualidad en muchos EE. UU., en algunos cantones suizos, y en países de Europa oriental. Es un proceso aplicado fundamentalmente para la elección de jueces de primera instancia. Se le ha señalado la desventaja de que se puedan establecer lazos de simpatía entre los jueces y sus electores, así como con los partidos que los apoyan; situación que se ha pretendido atenuar mediante períodos de ejercicio prolongados que disminuyan las angustias por lograr ser reelegidos y la emisión de promesas en el sentido en que se dirigirán las sentencias.

La designación de los jueces por el parlamento, es un procedimiento que solo está vigente en pocos países. Así se procede para la elección de los jueces para el tribunal federal suizo y para los miembros del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. En Suiza la reelección es indefinida y los jueces, una vez electos, pueden permanecer en sus cargos mientras así lo deseen. Se considera que las influencias partidistas pueden estar presentes, especialmente en la primera designación.

²⁸² *Ibíd.*, 6.

²⁸³ Daniel E. Herrendorf. *El poder de los jueces: Cómo piensan los jueces que piensan*, 3ª. ed (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 53.

El procedimiento de designación de los jueces por el gobierno excluye la participación del parlamento. El país típico donde se aplica este procedimiento es Inglaterra, aunque el mismo ha sido adoptado en numerosos países del continente europeo y algunos latinoamericanos. Se ha dicho que tal circunstancia puede disminuir las posibilidades de politización, aunque tal característica de seguro depende más de las posiciones personales, suele ser habitual que los jueces tengan aspiraciones a otros cargos públicos dentro y fuera de la magistratura.²⁸⁴

El nombramiento de jueces con cooptación judicial constituye un procedimiento en el cual son los propios tribunales quienes tienen una participación destacada —y a veces absoluta— en la designación de los jueces. Este procedimiento se aplica en países de elevado prestigio jurídico, como los casos de Francia e Italia.

Finalmente, se denominan procedimientos mixtos, a aquellos en que se dan distintas combinaciones de los que hemos mencionado precedentemente. En algunos casos existe participación de dos poderes puesto que el presidente (ejecutivo) propone los candidatos al Parlamento (legislativo), si este último acepta la propuesta el gobierno nombra al candidato en su puesto. En algunos casos se brinda la oportunidad a las asociaciones de abogados (Bar Association) de dar sus opiniones acerca de la idoneidad de los candidatos. En Bélgica, para la elección de los miembros de los tribunales de apelación y los presidentes y vicepresidentes de los tribunales de primera instancia, los tribunales proponen una lista de candidatos y los consejos provinciales proponen otra, el monarca nombra a aquellos que aparecen en ambas listas. Como podrá comprenderse las posibilidades de procedimientos mixtos de selección de los jueces son muy variadas, pero los tipos básicos que hemos considerados serán siempre útiles para valorar la influencia de diferentes factores en tan importante toma de decisiones.²⁸⁵

4.2. Sistema de selección de jueces ordinarios

En la república ecuatoriana, la Función Judicial se encuentra conformada en la actualidad por diferentes órganos: jurisdiccionales, administrativos, autónomos y auxiliares.²⁸⁶ En relación con el aspecto que venimos considerando —la selectividad de los jueces— son de nuestro interés los dos primeros. Los órganos jurisdiccionales son los encargados de administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado mediante las juezas y

²⁸⁴ Ibid., 56.

²⁸⁵ Ibid., 58.

²⁸⁶ CRE, “Art. 177.- La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

jueces de paz, jueces de primer nivel, jueces de los tribunales contenciosos administrativos, jueces de lo contencioso tributario, jueces de las Cortes Provinciales de Justicia y Jueces de la CNJ.

El COFJ en su art. 52 establece que: “Todo ingreso de personal a la Función Judicial se realizará mediante concurso público de oposición y méritos, sujeto a procesos de impugnación, control social y se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres; mediante los procedimientos establecidos en este Código”.

Referido a los órganos administrativos, le corresponde al Consejo de la Judicatura, como órgano de gobierno, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, implementar la reglamentación para el nombramiento de juezas y jueces. Para ello, ha expedido el Reglamento de Concursos de Méritos y Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social para la Selección y Designación de Servidoras y Servidores de la Función Judicial, el cual señala los requisitos, y las distintas fases en las que se desarrollará el concurso de méritos y oposición para la selección de juezas y jueces que desarrollarán su labor en las distintas unidades judiciales de primer nivel, cortes provinciales, tribunales y cortes nacionales.²⁸⁷

El ingreso de la jueza o juez a la Función Judicial se produce mediante la superación del puntaje en méritos, oposición, audiencia pública y el curso teórico y práctico de aprobación en la Escuela Judicial. El proceso de selección se encuentra contemplado tanto en el COFJ, como en el Reglamento Sustitutivo de Concursos de Méritos y Oposición. El Comité de expertos que nombra el Consejo de la Judicatura para la evaluación de los postulantes aprecia la calidad de los fallos emitidos por los y las postulantes en caso de acreditar experiencia judicial.²⁸⁸

Las juezas y Jueces que resultan seleccionados, pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional. Es decir, que el ejercicio de su función debe estar vinculado a los principios que rigen el servicio público, y a los propios principios que señala el COFJ. En tal sentido, el acceso a la carrera judicial en Ecuador se encuentra regulado en el propio COFJ, y se basa en los principios de igualdad, probidad, no discriminación, publicidad, oposición y méritos.²⁸⁹

²⁸⁷ Resolución n.º 108-2012. Reglamento Sustitutivo de Concursos de Méritos y Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social, Para la Selección y Designación de Servidoras y Servidores de la Función Judicial. Consejo de la Judicatura. Quito. República del Ecuador. 11 de septiembre de 2012.

²⁸⁸ COFJ, art. 177, num. 2, lit. a).

²⁸⁹ COFJ, art. 42, num. 1.

Si bien este sistema de selectividad de los jueces en el Ecuador debería constituir un pilar fundamental para la independencia de los mismos, por lo que el control de su actividad quedaría reservado exclusivamente al Consejo de la Judicatura. Se ha planteado que el comportamiento de determinados funcionarios gubernamentales, inmiscuyéndose —con razón o sin ella— en actividades propias de la función judicial menoscaba la tan necesaria independencia de los jueces. Desafortunado ejemplo de lo anterior ha sido la comparecencia del señor Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República (2013-2017) dentro del juicio contencioso administrativo n.º 13801-2011-1295 del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 4 de Portoviejo, con el fin de “regañar” a dicha judicatura por determinadas actividades judiciales, incluyendo declaraciones amenazantes sobre la toma de represalias en caso de que sus exhortaciones no fueran obedecidas por el mencionado Tribunal.²⁹⁰

4.3. Sistema de selección de jueces nacionales

La calidad de juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia les da un rango de superioridad respecto del juez ordinario, debido a que son estos los que, mediante las vías recursivas o de revisión o casación, analizan las sentencias o resoluciones de estos jueces inferiores u ordinarios. Precisamente, en el art. 176 de la CRE se hace una exclusión de requisitos entre las juezas y jueces de la CNJ frente a los jueces ordinarios, al señalar que estos últimos: “deberán aprobar un curso de formación general y especial, y pasar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas para su ingreso al servicio judicial”.

La diferencia para la selección de los jueces y juezas de la CNJ con los jueces ordinarios, es porque los primeros no deben aprobar el curso de formación general y especial, sino que, deberán previo a la convocatoria realizada por el Consejo de la Judicatura²⁹¹ aprobar las etapas establecidas en el Reglamento del Concurso Público de

²⁹⁰ Alexis Javier Mera Giler. Escrito presentado por el señor secretario general jurídico de la Presidencia de la República, en el juicio contencioso administrativo signado con el número 13801-2011-0295 del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 4 con sede en Portoviejo, en fecha 20 de febrero de 2014. “En virtud de lo antedicho, de persistir la tramitación de tales juicios contenciosos administrativos en esta sede judicial, a pesar de la contundencia de los argumentos que anteceden, me veré en la obligación de solicitar al Consejo de La Judicatura y a la CC, esta como órgano encargado de sancionar a los jueces constitucionales, inicie las acciones pertinentes contra los responsables de esta infamante renuencia de catar los precedentes jurisprudenciales constitucionales”.

²⁹¹ COFJ. art. 176.- “El Consejo de la Judicatura realizará los concursos de oposición y méritos de las juezas y jueces con la debida anticipación a la fecha en que deben cesar en sus funciones los respectivos grupos; para que en la fecha que cese cada grupo entren a actuar quienes deban reemplazarlos”.

Méritos y Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social, para la Renovación Parcial de la CNJ:²⁹²

Etapa de méritos. En la etapa de méritos se calificará la formación profesional y las actuaciones relevantes de las y los postulantes dentro de las ciencias jurídicas.

Etapa de oposición. En la etapa de oposición se incluirá la aplicación de una prueba teórica y una prueba práctica, que permitirá calificar conocimientos jurídicos, destrezas o habilidades y aptitud para desempeñar el cargo de jueza o juez de la CNJ.

Las funciones asignadas las determina el art. 184 de la Constitución ecuatoriana:

1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.
2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.
3. Conocer las causas que se inicien contra las servidoras y servidores públicos que gocen de fuero.
4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

El ejercicio de estas funciones de manera adecuada en la revisión de los fallos de los inferiores impide que se consolide y configure el error judicial que da lugar al fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

De su parte el COFJ menciona la existencia de la estructura de la CNJ y señala que se integra mediante Salas Especializadas como son:

1. De lo Contencioso Administrativo;
2. De lo Contencioso Tributario;
3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito;
4. De lo Civil y Mercantil;
5. De lo Laboral; y,
6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

En consecuencia, a los Jueces de la CNJ, les corresponde conocer y resolver los recursos de casación y de revisión, sin perjuicio de que una ley específica señale otra competencia adicional.²⁹³

²⁹² Ecuador. Pleno del Consejo de la Judicatura. Reglamento del Concurso Público de Méritos y Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social, para la Renovación Parcial de la CNJ. 2014, art. 38-39.

²⁹³ COFJ, “Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la CNJ conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley”.

5. Potestad de administrar justicia

5.1. Autoridad del juez

El diccionario de la lengua española, define a la autoridad como: “Potestad, facultad. Poder que tiene una persona sobre otra que le está subordinada. Persona revestida de algún poder o mando”.²⁹⁴

Existe autoridad cuando alguien, por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado posee mando o ejerce jurisdicción propia. Tener mando es tanto como tener la facultad de disponer, obligando a otros, con capacidad para imponer el cumplimiento de lo ordenado. El significado de jurisdicción propia no es muy diferente del anterior, pues también este se asocia al concepto general de poder, en este caso aludiendo a la potestad de los jueces de conocer y resolver los asuntos sometidos a su consideración. La cualidad de autoridad no acompaña al sujeto como estatuto personal, sino que se proyecta para lo que entraña interés público.²⁹⁵

En Roma, la *auctoritas* era la base de la jurisdicción, esto era una suerte de *imperium* moral, de jerarquía intangible, que preservaba el acatamiento de las decisiones.²⁹⁶

La esencia del Estado radica en su soberanía, en sus atributos y potestades. De ese poder soberano, surgen cinco funciones canalizadoras de la potestad primigenia, la Función Judicial es una de ellas; como participante de la soberanía del Estado tiene que estar investida de ciertas cualidades y condiciones indispensables como toda función de esa naturaleza. A su vez, la Función Judicial, está conformada por órganos administrativos, jurisdiccionales, autónomos y auxiliares, por lo cual esas condiciones y cualidades hay que referirlas, no a la Función, en cuanto institución abstracta, sino a uno de esos órganos en que se materializa y concreta la labor del juez, ejercida mediante unidades judiciales, las cortes provinciales y las cortes nacionales.

Los jueces, en calidad de depositarios de una parte de uno de los poderes del Estado, están obligados a encarnar al Estado mismo, en uno de sus cometidos específicos y esenciales. Es allí donde encontramos la grandeza del juez. La primera manifestación de esa grandeza consiste en la posibilidad de influir con sus decisiones en

²⁹⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Ciudad de México: Grijalbo, 2000), 67.

²⁹⁵ Enciclopedia Jurídica En línea. Edición 2014. Entrada: “Autoridad”, <www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/autoridad.htm>.

²⁹⁶ Fernando de la Rúa. *Teoría general del proceso* (Buenos Aires: Depalma, 1991), 23.

el derrotero de la vida de sus semejantes. Precisamente, un filósofo del derecho ha entendido el poder como “la capacidad de unos hombres para influir sobre los otros”.²⁹⁷

Esta expresión de la autoridad del juez como proyección de la autoridad del Estado la plantea Oteiza de la siguiente forma:

El reforzamiento del principio de autoridad en el Estado se proyecta y se traduce necesariamente, en el proceso, en un reforzamiento de la autoridad del juez: reforzamiento, sin embargo, que no se reduce a un simple aumento de los poderes del órgano del Estado, ni a una expresión de la injerencia de este en las relaciones de la vida privada y en la esfera de los derechos individuales del ciudadano, sino que es expresión de un diferente concepto en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho.²⁹⁸

Pero aceptemos, que se plantea un problema humano dentro de ese órgano jurisdiccional, porque al momento de resolver, son hombres portavoces de esa manifestación soberana del Estado, en su cometido de administrar justicia. Son hombres partícipes, intérpretes del poder estatal, en una de las funciones que el mismo tiene. Para Piero Calamandrei:

Pecado grave en el juez es la soberbia; pero acaso es una enfermedad profesional. No sé si hay jueces que cuando juzgan se consideran a sí mismos infalibles; si los hay, justo es reconocer que nuestro rito judicial, y más aún las costumbres forenses italianas, parecen obedecer al propósito de hacerlo caer al juez en tentación de orgullo.²⁹⁹

El juez es quien tiene autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar lo juzgado en un pleito o causa, por lo tanto su rol es fundamental al momento de resolver un conflicto. Como nos define De la Rúa: “Al juez se le debe respeto, y debe saber hacerse respetar. Se trata de algo más que de su persona: en su función representa a la nación y por eso tiene el deber de velar por su autoridad y su prestigio. El juez que se deja seducir por influencias o favores destruye no solo su misión, sino la fe en la justicia, desquicia las bases de la sociedad”.³⁰⁰ La autoridad del juez debe ser percibida por quienes lo rodean. Bien lo explica Calamandrei cuando expone:

El juez debe estar desligado de toda vinculación humana, por encima de toda simpatía y de toda amistad; y bueno es que los que van a ser juzgados lo sientan lejano y extraño, inaccesible, como una divinidad en su Empíreo. Cuando se habla de acercar

²⁹⁷ Rodolfo Stammeler, citado por Del Burgo y Marchán, *La justicia como problema*, 20.

²⁹⁸ Eduardo Oteiza, “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en *Poderes y deberes del juez. Homenaje a J. Ramiro Podetti* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004), 214.

²⁹⁹ Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (Ciudad de México: Oxford University Press, 2000), 28.

³⁰⁰ De la Rúa, *Teoría general del proceso*, 19.

la justicia al pueblo, no se quiere pues bajar a los jueces de su sitio y mezclarlos con la gente, como peregrinos anunciadores del derecho.³⁰¹

La figura del juez, con las características de autoridad que venimos desarrollando, es imprescindible en las concepciones actuales del denominado Estado de derecho, o Estado de derecho y de justicia. El profesor García de Enterría subraya este concepto cuando expresa:

Ahora bien, un sometimiento pleno a la ley y al derecho no puede tener sentido alguno si no implicase una sumisión plena al juez, que es elemento indispensable para que cualquier derecho pueda ser eficaz. Sería incomprensible interpretar que la Ley y el derecho, que someten plenamente a la administración, tuvieran para esta, no obstante, un mero valor indicativo, el de una recomendación o admonición moral que sus órganos democráticos pudiesen luego seguir o no, o seguir en una medida mayor o menor, según su buen e ilustre arbitrio.³⁰²

En la actualidad, no es infrecuente asistir a un desarrollo progresivo de la autoridad de los jueces y de una cimentación de su poder, traducido en acciones con marcado contenido político. Tal expresión de poder se suele ejercer mediante el control de constitucionalidad, actividad que, desde la célebre sentencia del juez Marshall en 1803 en el caso *Marbury v. Madison*, se auto adjudicaron los jueces, al declarar que los funcionarios habilitados para realizar la declaración de inconstitucionalidad son los jueces, porque son los únicos funcionarios que están habilitados para interpretar la Constitución. Tal estado de cosas ha generado una polémica sobre el carácter de las declaratorias de inconstitucionalidad de los jueces; esto es, si las mismas son decisiones judiciales neutrales a la voluntad política, o son decisiones políticas. Si bien una respuesta absoluta a la pregunta anterior no resulta evidente en muchos casos, hay antecedentes suficientes para considerar que los tribunales pueden actuar —y de hecho actúan— como detentadores de poder y, por tanto, con criterios políticos.³⁰³ Esta preeminencia autoritaria del juez sin duda implica un importante papel político.

Al recordar a los gobernantes y a los representantes el límite del derecho de sus acciones y, en consecuencia, la fuente de sus poderes, el juez les hace ver la distancia que les separa del colectivo soberano del cual emana su mandato. Hace así visible la separación entre los delegados y el poder de delegación, poder del cual la opinión pública constituye la sombra durante los intervalos del sufragio.³⁰⁴

³⁰¹ Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, XXV.

³⁰² Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, 5.^a ed. (Madrid: Civitas, 2000), 127.

³⁰³ Herrendorf. *El poder de los jueces*, 25.

³⁰⁴ García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, 132.

La autoridad del juez será mayor en la medida que se gane el respeto de los justiciables. Para Roberto Romboli, en el escenario de las democracias constitucionales:

El principio que articula el derecho del ciudadano a que el juez que lo juzgará no será, con seguridad, un juez parcial, que en los términos propuestos adquiere un valor instrumental apreciable, debido a su incidencia en la democratización del proceso y del sistema judicial. En realidad, los derechos adquieren sentido, en gran medida, como resultado de los fallos judiciales. Y como es sabido, las decisiones de los jueces pueden ser cruciales, además, para la definición del sistema democrático, debido al poder derivado del control de constitucionalidad de las leyes, que a la larga implica la ratificación de la supremacía de la Constitución.³⁰⁵

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, no aparece de modo explícito una definición relativa a la autoridad de las juezas y los jueces. No obstante, en el COFJ, en sus art. 129 al 132, se enumeran una serie de facultades para estos servidores públicos que incluyen claras manifestaciones del poder que ostentan en función de su autoridad. Entre tales facultades, cabe destacar primeramente, la de “administrar justicia”, así como facultades correctivas y coercitivas claramente expresivas de la autoridad con la cual están investidos.

Se debe considerar que la autoridad del juez, sólo podrá ejercerse con la dignidad y eficiencia requerida, así tal investidura debe estar acompañada de un conjunto de virtudes que despierten en el resto de los ciudadanos una actitud de respeto y obediencia. Al respecto Calamandrei afirma que:

No conozco otro oficio que exija en quien lo ejerce el fuerte sentido de viril dignidad; sentido que obliga a buscar en la propia conciencia, más que en las opiniones ajenas, la justificación del propio obrar, y a asumir de lleno, a cara descubierta, su responsabilidad. La independencia de los jueces, esto es, el principio institucional en virtud del cual, en el momento en que juzgan, deben sentirse libres de toda subordinación jerárquica, es un duro privilegio que impone a quien lo disfruta el valor de responder de sus actos sin esconderse tras la cómoda pantalla de la orden superior.³⁰⁶

De la Rúa³⁰⁷ apunta juiciosamente que son numerosas las virtudes que podrían señalarse en la relación con los jueces, pero considera las siguientes como muy destacadas:

Honestidad. Pudiera parecer una irreverencia destacar la honestidad entre las virtudes que debe poseer un juez, sin embargo, por muy obvio que ello pueda resultar, sin la misma, ningún juez podría reclamar la autoridad necesaria para su ejercicio.

³⁰⁵ Roberto Romboli, *El juez preconstituido por ley* (Lima: Palestra, 2005), 15.

³⁰⁶ Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, 157.

³⁰⁷ De la Rúa, *Teoría general del proceso*, 24.

Discreción. El juez debe ser discreto. Esto implica diligencia, impulsar el proceso, no demorarlo, resolver con prontitud, en suma, preocuparse de su específica ocupación que es la de administrar justicia. El juez debe oír más de lo que habla y no anticiparse en sus juicios.

Decoro. Tanto en su vida pública como privada el juez debe ser una persona decorosa. Debe mantener una conducta austera, inobjetable y digna, tanto en el ejercicio de su función como en sus maneras y tratos personales. Es en la dimensión total de la conducta que se expresa la jerarquía y la autoridad.

Sabiduría. El juez debe tener profundos conocimientos de derecho, pero no es suficiente con saber el derecho. El juez ha de conocer la ley, pero también la vida, y en particular el caso que va a decidir. Este conjunto de conocimientos es lo que se denomina “deber de ciencia”, integrado por el conocimiento jurídico, el conocimiento extrajurídico aportado por las ciencias auxiliares y la propia experiencia y el conocimiento acabado del caso en examen.

Serenidad y equilibrio. El juez no puede dejarse llevar por impulsos, ni permitir que situaciones personales afecten su labor. Debe a la vez ser muy sensible para comprender el significado de la justicia, se necesitan jueces humanos y no máquinas de justicia.³⁰⁸

Coraje. El juez ha de ser valiente para preservar la independencia que es garantía de su imparcialidad. En particular los jueces deben velar por el respeto que merecen de parte de los otros poderes del Estado. El que se deja dominar por el temor o queda cautivo de las prevenciones, el abstraído o el indefinido, el indeciso o el sumiso, es un juez que desmerece la grandeza de su misión.

Si bien no son estas todas las virtudes que un juez debe poseer, se consideran por parte De la Rúa las más sobresalientes en relación con la autoridad del juez: “Lograr la auctoritas, ese predicamento que supieron ganar los pretores de la vieja Roma por su sabiduría y su honradez. El prestigio no se da por añadidura ni viene con la función. Es algo que también se conquista en el esfuerzo y el ejemplo cotidiano”.³⁰⁹

Teniendo en consideración los elementos abordados con anterioridad podremos percatarnos de que no resulta fácil llegar a ser un buen juez y ostentar la autoridad correspondiente, ello requiere preparación y tiempo. Calamandrei lo ha expresado así:

³⁰⁸ *Ibíd.*, 25.

³⁰⁹ *Ibíd.*, 24.

Advocatinascuntur, iudicesfiunt (los abogados nacen, los jueces se hacen); no ya en el sentido de que se pueda ser un buen abogado sin la preparación adecuada, sino en el de que aquellas virtudes de combatividad y de impetuosidad que más se aprecian en la abogacía, son propias de la juventud apasionada y desbordante, mientras que solo con el correr de los años maduran las cualidades de ponderación y de cordura que constituyen las mejores cualidades del juez. El juez es un abogado moderado y purificado por la edad: a quien los años le han quitado las ilusiones, las exageraciones, las deformaciones, el énfasis, y acaso también la impulsiva generosidad de la juventud.³¹⁰

Finalmente, es necesario tener presente que la autoridad del juez va acompañado de la correspondiente responsabilidad. Diversos autores han abordado tan importante tema, así lo ha reflejado Cappelletti:

Las atribuciones de los jueces —en el significado del ejercicio del poder— han sido por lo general muy ampliadas en las sociedades contemporáneas, siendo lógico por eso que el correlativo problema de la responsabilidad judicial —esto es, cargar con la consecuencia de los actos propios— haya llegado a ser hoy día algo particularmente agudo y sensitivo. Mientras antes no se cuestionaba la irresponsabilidad judicial, actualmente ha aumentado, junto con el poder de los jueces, la disconformidad de los litigantes por los fallos judiciales que afectan sus intereses, lo cual los lleva a cuestionar personalmente a la judicatura cada vez en mayor medida, sobre todo cuando se trata de derechos individuales.³¹¹

El Estado posee las estructuras necesarias para el control de la actividad de los jueces. Es así que dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial y del Ministerio Público existen los denominados órganos de control interno que se ocupan de la investigación administrativa de sus respectivos integrantes, de tal manera que “siguiendo los procedimientos internos establecidos en sus respectivos reglamentos internos sancionan a los jueces o fiscales, en cada caso, cuando se haya demostrado que han incurrido en falta disciplinaria”.³¹² El COFJ de Ecuador, en su art. 104 establece que

Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubiere lugar. En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda.

Y a continuación el art. 105 del COFJ, precisa las sanciones aplicables, en los términos que siguen: “1. Amonestación escrita; 2. Sanción pecuniaria que no exceda del

³¹⁰ Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, 19.

³¹¹ Mauro Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces* (Lima: Communitas, 2009), 38.

³¹² Mory Príncipe, *La investigación del delito. El policía, el fiscal, el juez: Derechos fundamentales del imputado*, 173.

diez por ciento de su remuneración mensual; 3. Suspensión del cargo, sin goce de remuneración, por un plazo que no exceda de treinta días; y, 4. Destitución”. En consonancia con esta escala de sanciones, las infracciones tipificadas se clasifican en leves, graves y gravísimas, de conformidad con los arts. 107, 108 y 109, del mismo texto legal.

Los jueces, investidos de la autoridad que le es consustancial, constituyen piezas claves de la democracia. Como lo considera García de Enterría: “El juez se erige, así, en pieza central del sistema democrático. El juez es el guardián del principio de composición del cuerpo social. Tiene por función la de mantenerlo inalterado, esto es, de preservar las condiciones que hacen su poder soberano, igual a sí mismo en todos los instantes del tiempo”.³¹³

5.2. Independencia e imparcialidad del juez

Tanto la independencia como la imparcialidad rigen la prestación de la administración de justicia, en consecuencia, los jueces tienen la obligación de tomar sus decisiones en atención a lo que suponen ambos principios. En palabras de Natalia Maya Díaz³¹⁴ se analiza al principio de independencia de la siguiente manera:

Se busca que los funcionarios de esta rama no dependan para el ejercicio de su función de las otras ramas, con lo cual se pretende lograr que en ningún caso se vean influenciados o presionados para sus decisiones aun cuando para su desempeño necesiten del presupuesto, del sostenimiento, de la dotación, etc., que debe brindarles el gobierno, esto en lo que hace a las demás ramas, pero también se presenta con respecto a la relación jerárquica ya que esta jerarquía solo debe tener relevancia en los aspectos administrativos o funcionales. Uno de los sistemas que asegura una independencia a los jueces es el de nombramiento y reemplazo de jueces, sistemas que generalmente buscan la despolitización en dichos nombramientos, además de la dignidad especial que se les da a quienes ocupan dichos cargos, ejemplos de estos sistemas son la cooptación y la carrera judicial.

Por lo tanto, los sistemas de selección de los jueces garantizan la aplicación del principio de independencia y la no interferencia de otras funciones del Estado en su nombramiento y designación, hacen que estos puedan decidir sin intervención de las autoridades de otros poderes; esto es afirmado por Luis Pásara³¹⁵ al expresar que: “Los nombramientos, la carrera y el control disciplinario constituyen escenarios clave para

³¹³ García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, 133.

³¹⁴ Natalia Maya Díaz, *La responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional* (Bogotá: Universidad Javeriana, 2000), 80.

³¹⁵ Luis Pásara, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana* (Quito: Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad, Fundación para el debido proceso e Instituto de Defensa Legal, 2014), 1.

afectar la independencia. El juez solo puede ser independiente cuando su nombramiento en el cargo y la permanencia en él no se hallan bajo el control de alguien que tiene interés en un pleito”.

Por otro lado, la imparcialidad tiene como finalidad hacer efectiva la igualdad material de los ciudadanos ante la ley; por lo que no genera problemas de carácter jurídico, sino más bien de índole moral o ético y en palabras de Natalia Maya³¹⁶ “en la mayoría de los casos se necesita recurrir a la conciencia, al fuero interno del juez, por la dificultad que para el derecho significa imponer este tipo de conductas”.

En cuanto a la imparcialidad, “Que el juez sea juez, y nada más que juez, es lo que le legitima jurisdiccionalmente dentro de un proceso. Cualquier interés que pueda variar su situación de imparcialidad le obliga al juzgador a apartarse del proceso, frente a lo cual el ordenamiento jurídico establece, objetivamente, causales de excusa y recusación [...]”.³¹⁷

Existe la equívoca tarea de señalar a este principio como eje central de la separación de poderes. Esta versión es errónea por cuanto esta independencia se trata de que los jueces, en sus decisiones, no tengan interferencias extrañas o ajenas a su ejercicio de tecnicismo jurídico, de resolución en derecho. Corrobora esta concepción Oyarte,³¹⁸ quien lo argumenta así: “Es por ello que si bien en las constituciones se suele consagrar el principio de independencia jurisdiccional, no se hace lo mismo respecto de las otras funciones estatales, es decir, no se dice que el Legislativo es independiente del Ejecutivo o cosa similar”.

Efectivamente, tal como lo sostiene el doctrinario antes citado, este principio está dirigido directamente a la actividad jurisdiccional, es decir, a la actividad puramente técnica jurídica del juez, no a la actividad de la Función Judicial como poder del Estado.

La independencia y la imparcialidad, no solo garantiza la democracia en un Estado ya que: “es ante el órgano judicial que se puede hacer responsables de sus actos, constitucional y legalmente, a quienes ejercen el poder público”,³¹⁹ sino que además tienen como objeto que la administración pública, en especial la función judicial, sea prestada como servicio público de justicia de manera eficiente, debido a que la justicia solo se puede alcanzar con jueces independientes e imparciales que ejerzan su potestad

³¹⁶ Maya Díaz, *La responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional*, 81.

³¹⁷ Oyarte. *Debido proceso*, 218.

³¹⁸ *Ibíd.*, 723.

³¹⁹ Pásara, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, 1.

de acuerdo al régimen constitucional y legal que rige en el Estado. Sobre la imprescindible independencia judicial y sus cuestionamientos actuales ha planteado Zavala Egas que:

Es la independencia judicial una condición para que viva la democracia sustancial en cualquier Estado, esto es, que florezca la democracia que garantiza la igualdad a las personas en sus derechos y, entendemos por tal independencia, la situación de los jueces que están en posibilidad jurídica y fáctica de oponer sus convicciones éticas y jurídicas a cualquier presión externa de los otros poderes del Estado o privado tendentes a encauzar las decisiones judiciales en un sentido o en otro.³²⁰

Con anterioridad, el autor citado en el párrafo precedente, refiriéndose al Memorando Circular n.º 3524-UCD-2012, suscrito por el abogado Diego Zambrano Álvarez, coordinador de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura, expresó su opinión de que:

La denuncia del funcionario del Consejo de la Judicatura es demoledora en este caso, pues, revela la inequívoca intención de sus altos funcionarios de deshacerse de los jueces que garanticen los derechos humanos y, la misma manifiesta voluntad dirigida a proteger a los que, por el contrario, se conviertan en muralla defensora del poder del ejecutivo.³²¹

El Ecuador, ha sido un país que políticamente no ha mostrado estabilidad, la justicia se ha visto también inmersa en este problema y actualmente, pese a todos los cambios introducidos en la justicia desde la CRE de 2008, y el COFJ, todavía no se ha puesto fin a una tradición institucional, en la que el aparato de justicia sea independiente de otros poderes.³²² Cambio de justicia que es sustancial, no solo en aras de construir un

³²⁰ Jorge Zavala Egas. “*La farsa de la democracia ecuatoriana sin jueces independientes*”. *Leviatán Judicial*, n.º 2 (2012): 21. “Las decisiones de los jueces carentes de independencia se llenan de razones y de motivaciones que encubren decisiones tomadas por otros poderes, principalmente del ejecutivo, ajenas al sistema de normas aprobadas por el pueblo, se trata de un evidente fraude a la voluntad popular”.

³²¹ Jorge Zavala Egas. “El servilismo, la ignorancia y la vergonzosa disciplina que impone el Consejo de la Judicatura de Transición denunciados y delatados por un coordinador en funciones, *Leviatán Judicial*, n.º (2012): 42. “La denuncia del funcionario insiste en que el Consejo de la Judicatura solo somete al rigor disciplinario a los jueces que hayan protegido derechos humanos contra la especie de actos del poder público llamados administrativos, o sea, los dictados por la Administración Pública cuyo responsable último es el Presidente de la República, los demás no entran en las infracciones disciplinarias, solo se toman en cuenta las decisiones que suspendan o anulen la eficacia de los actos del poder ejecutivo, evidenciando así la creación del Leviatán Judicial que impera por la extinción, vía absorción, del poder judicial”.

³²² Pásara, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, 1: “Las declaraciones públicas de las autoridades políticas respecto al desempeño de los jueces sugieren que el problema que enfrenta la independencia judicial en Ecuador no es un asunto jurídico sino político. Se origina en que el gobierno de la “revolución ciudadana”, primero, ha desenvuelto una línea de acción encaminada a controlar las decisiones judiciales en asuntos que son de interés o preocupación gubernamental; y,

Estado sólidamente democrático y cuya división de poderes es necesario que se efectivice, sino que además es necesario para evitar que las decisiones judiciales no se configure la responsabilidad extracontractual por error judicial.

5.3. Vinculación del juez a la Constitución

El principio de vinculación de los jueces a la Constitución suele establecerse mediante formulaciones del siguiente tenor: “[...]los jueces y magistrados, en el ejercicio de sus funciones, estarán sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley”; “[...]la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales”; “[...]los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.³²³

Para algunos tratadistas modernos, la vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley es algo que, en nuestros tiempos, y referidos al Estado constitucional de derecho, no cabe ni siquiera discutir; en los países civilizados los jueces imparten justicia aplicando el derecho vigente.

La perspectiva moderna, o sea la propia de un Estado constitucional de derecho, no puede ser otra que la doble sumisión de los jueces a la Constitución y la ley. No obstante, también se considera que, justamente, los principales problemas que se presentan en relación con la vinculación de los jueces a la ley, derivan de que también están vinculados a la Constitución, sin entrar a considerar aquellos que pudieran derivarse de la existencia de ordenamientos jurídicos supranacionales.

Las posibles contradicciones nacidas del doble sometimiento de los jueces a la Constitución y a la ley, ha sido superada en algunos sistemas, incluyendo el europeo por medio de la cuestión de inconstitucionalidad, al posibilitar que los jueces, no pudiendo disponer de la ley, tampoco estarían obligados a aplicarla cuando la consideren inconstitucional.³²⁴

segundo, en esa dirección ha debilitado severamente la división de poderes del Estado y el juego de pesos y contrapesos que caracteriza a un régimen democrático”.

³²³ Antonio M. García Cuadrado, *Derecho, Estado y Constitución* (Quito: Ed. Club Universitario, 2010). <<http://www.editorial-club-universitario.es/libro.asp?ref=4560>>.

³²⁴ Sonia Rodríguez, *La justificación de las decisiones judiciales. El art. 120.3 de la Constitución española* (Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2003), 301-2: “Hemos pasado de un Estado legal a un Estado constitucional. Es la Constitución el elemento que actualmente debe ocupar el trono del ordenamiento jurídico. A su servicio se encuentran tanto el juez, como el legislador, ambos colaborando para la plena eficacia de aquella; pero no uno en un estatus superior al del otro, sino en absoluta paridad. El juez está sometido a la Constitución pero también a la Ley, siempre que esta no conculque los principios de aquella”

El mandato de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con una Constitución que contiene principios y valores, puede llevar a que los jueces se desliguen de la ley por entenderse más vinculados al texto fundamental, esto los puede llevar a la desaplicación de la ley, y en su lugar privilegien valores constitucionales o incluso valores que no estarían expresados de modo explícito en la Carta Política, sin acudir siquiera al planteamiento de la cuestión ante la Corte Constitucional.³²⁵ Para el caso de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en la Constitución de Coahuila, se establece que:

Tal controversia tendrá por objeto resolver sobre si el acto o los actos reclamados son conformes o contrarios a esta Constitución con base en el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por vía de consecuencia declarar su validez o invalidez.³²⁶

Esta necesidad de interpretación de las normas del ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución, cuyos preceptos suelen contener un alto grado de indeterminación, proporciona al juez un amplio margen discrecional en su actividad interpretativa³²⁷ y de aplicación de las normas.³²⁸

³²⁵ Ernesto Jinesta Lobo. “*La interpretación y aplicación directas del derecho de la Constitución por el juez ordinario*”. *Iustitia*, 10, n.º 118-119 (1996): 122. “Precisamente porque los operadores jurídicos en un sistema de eficacia directa se convierten en jueces de la constitucionalidad, esos operadores del derecho están obligados también a interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución, en cada momento porque en virtud de la eficacia directa los aplicadores del derecho no solo aplicarán la Constitución junto con las leyes y demás normas, sino que en ocasiones se verán obligados a aplicar la Constitución contra la ley por entenderla contraria al contenido constitucional”.

³²⁶ Astudillo Reyes, César; *Ensayo de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas* (Ciudad de México: UNAM-IJJ). <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1326>>: “También es evidente que toma la autorización para que jueces y magistrados cumplan funciones de control constitucional, desaplicando las normas que estimen inconstitucionales a los casos concretos del mismo art. 133. No por nada el párrafo tercero del art. 158 de la Constitución de Coahuila, sentencia que cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma es contraria a la Constitución de Coahuila, con base en lo establecido por el art. 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto”.

³²⁷ Luis Fernando Torres, *Debate constitucional con jurisprudencia* (Quito: FR Ediciones, 2016), 4: En la Constitución de 2008, se declaran varias disposiciones contrapuestas que no permiten la convergencia armoniosa de los controles concentrado y difuso, además de varias decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional donde se ha afectado el esquema difuso hacia la consolidación del concentrado. Pero, al grave dilema del control de constitucionalidad, hay que sumar un conjunto de factores desequilibrados y antidemocráticos de los distintos diseños orgánicos en los textos constitucionales que han debilitado la institución del examen constitucional, creando también escenarios discordantes e incompatibles para la institucionalidad del control constitucional. [...] Empero de lo expuesto, la CC se pronunció en el trámite n.º 055-10-SEP-CC, caso n.º 0213-10-EP, al contrario de la convergencia concurrente de ambos controles y prácticamente debilita la modalidad difusa, cuando expresa que los operadores de justicia estarían prácticamente no autorizados para inaplicar normas jurídicas (que puedan resultar inconstitucionales) y deberán continuar con la sustanciación de la causa. De igual forma, en la sentencia del caso n.º 0535-12-CN, trámite n.º 001-13-SCN-CC, del año 2013, dejaría

El sometimiento absoluto de los jueces a la Constitución conforma lo que ha dado en llamarse modelo kelseniano (en referencia al tratadista Hans Kelsen). Sobre el particular refiere Canosa:

La innovación kelseniana, aunque muy prudente porque todavía partía de la clásica desconfianza europea hacia los jueces, tiene la virtualidad, de convertir la Constitución en vinculante al menos, y no es poco, para el legislador. Se rompe así con la vieja tradición europea de soberanía del Parlamento y con la consiguiente degradación de la Constitución a estatuto orgánico o a mero documento político y a la paralela entronización de la ley como norma primaria del Ordenamiento.³²⁹

En la actualidad se proclama la vinculación de todos, particulares y poderes públicos, a la Constitución. La Constitución ya no puede ser una norma que solo vincule al legislador, sino que condiciona directamente también a todos los poderes públicos, y en particular a los jueces.³³⁰

Sin embargo, un modelo Kelseniano puro parece más una utopía, de que este sea una realidad que haya podido materializarse en algún Estado concreto. El propio Reyes³³¹ considera una especial posición jurisdiccional (en sentido material de “decir el

cerrada la opción de un control difuso para los jueces (zas) y consagra el control concentrado y exclusivo a la CC, por cuanto reitera la obligación de enviar necesariamente a consulta los casos controvertidos de constitucionalidad. [...] ¿Estamos ante un escenario en que el poder constituyente mandó la vigencia de un control mixto de constitucionalidad, pero el poder constituido se encargó de disminuirlo selectivamente para la primacía del control concentrado? ¿En qué estado jurídico quedarían las disposiciones que pregonan la defensa de principios y la aplicación directa de la Carta Suprema?

³²⁸ CRE, Art. 425.- En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

³²⁹ Raúl Canosa Usera, *Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta* (Santiago de Chile: Ius et Praxis, 1998), 12: “En los Estados Unidos la cuestión se había resuelto desde un principio, pues desde el primer momento la Constitución se consideró ley suprema del país. La tradición democrática de los *covenants*, la materialización de pacto fundamental de la Unión y el prestigio de los jueces en la cultura jurídica del *common law* contribuyeron al florecimiento de una Constitución intangible para el legislador y protegida por los jueces estadounidenses. De forma natural lo constitucional se incardinó en el funcionamiento del sistema judicial y del sistema político norteamericano: la Constitución es norma jurídica y norma suprema y, en consecuencia, los jueces no pueden aplicar una norma contraria a la Constitución; habrán de inaplicar aquella para aplicar esta”.

³³⁰ CRE, Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

³³¹ “no está demás alertar sobre las dificultades que representa conciliar en el plano de la práctica la doble vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley. El mandato de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con una Constitución que contiene principios y valores puede llevar (en

derecho”) la que tienen los jueces entre la legalidad y la constitucionalidad. Se advierte del peligro de que, ante el triunfo o primacía de la aplicación judicial de la Constitución, pueda verse en peligro la también necesaria vinculación de los jueces a la ley.

El tratadista Rodrigo Correa³³² ha señalado para Chile —aunque con la percepción de que ello puede estar ocurriendo en muchos otros países del contexto latinoamericano— que la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces en todo tipo de juicios, ha sido una de las fuentes identificadas por este autor del debilitamiento progresivo que experimenta en nuestros días la vinculación de los jueces a la ley. Al margen de tales apreciaciones, es evidente que se ha venido produciendo una superación del carácter meramente programático que se atribuía a los preceptos de la Constitución reconociendo cada día más su eficacia jurídica directa e inmediata.³³³

La Constitución ha resultado una norma jurídica que es fuente de derecho en sentido propio, y por ende integra todo el ordenamiento jurídico. El derecho de la Constitución forma parte del bloque de legalidad que le corresponde interpretar y aplicar al juez ordinario al controlar y garantizar la legalidad de la función administrativa.³³⁴

Lo anterior, implica que el carácter meramente programático que se le atribuía a los preceptos constitucionales ha quedado absolutamente superado y desfasado con el reconocimiento de su eficacia jurídica directa e inmediata.

En el caso ecuatoriano, la supremacía de la Constitución sobre la ley se establece con absoluta claridad, teniendo en consideración la acogida a determinados tipos de tratados internacionales en relación con el actuar judicial. El art. 172 de la CRE establece: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a

España tenemos sobrados ejemplos) a que los jueces se desliguen de la ley por entenderse más ligados a la Constitución y, sin acudir siquiera al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, inapliquen la ley y en su lugar apliquen no ya reglas o principios constitucionales, sino valores constitucionales o incluso valores que a veces ni siquiera están directamente expresados, como tales, en el texto de la propia Constitución”. Manuel Aragón Reyes, “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, en *La ciencia del derecho durante el siglo XX* (Ciudad de México: UNAM-III, 1998), 198.

³³² Correa, “Poder judicial y democracia”: 13.

³³³ Jinesta Lobo, “La interpretación y aplicación directa del derecho de la Constitución por el juez ordinario”, 2: “La Constitución ocupa la posición de la norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico, el cual gira en torno de esta, porque define el sistema de fuentes y tiene una pretensión evidente de permanencia. En ese sentido, constituye un parámetro superior y permanente (super legalidad formal y material) de la validez de las leyes, lo que se traduce en el principio de supremacía imponiéndole al juez ordinario una vinculación más intensa y más fuerte que la emanada de la propia ley. Tal eficacia directa e inmediata del derecho de la Constitución supone, ineluctablemente, sin desmedro de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, normas y actos contrarios a la Constitución, que todos los jueces y tribunales ordinarios deben interpretarla y aplicarla”.

³³⁴ *Ibíd.*, 1.

los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”. Nótese aquí la potestad que tienen los jueces respecto de la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre el nivel constitucional y las leyes. Surge la posibilidad de aplicación directa de dichos tratados al tomar decisiones en casos en que se necesite su aplicación directa y resolver según el marco constitucional.

Sin embargo, el art. 424 de la CRE, enfatiza la supremacía constitucional con la salvedad de aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, incluso por encima de la Constitución, si en ellos son reconocidos derechos más favorables, situación que da lugar al llamado “bloque de constitucionalidad”:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El artículo antes señalado es categórico en cuanto a la carencia de eficacia jurídica de cualquier norma o acto del poder público, en el supuesto de que el mismo contradiga de algún modo lo dispuesto en la Constitución.

La pirámide jerárquica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es objeto de atención en el art. 425 de la CRE, que dispone en orden estricto de prelación, las disposiciones que deberán dirigir el quehacer judicial. Se trata de una clara alusión a la doble subordinación tratada con anterioridad, siempre respetando la supremacía constitucional. La Constitución se erige en la norma de validez de todas las demás normas del sistema:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La aplicación directa del texto constitucional en la resolución de los conflictos, se aborda de forma absolutamente explícita en el contenido del art. 426 de la CRE, en la que se aclara que el texto fundamental es de aplicación directa por parte de juezas y

jueces, de modo tal que su articulado puede ser invocado legítimamente en la motivación de decisiones judiciales cuando ello sea de lugar:

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

De este modo, los jueces se encuentran vinculados directamente a la Constitución, aplicándola en los casos sometidos a su conocimiento, sin necesidad de leyes u otras normas que desarrollen el derecho en ella contenido.

El art. 427 de la CRE provee una guía para la interpretación de las normas constitucionales, aportando un parámetro hermenéutico de obligatoriedad para todos los operadores jurídicos y en especial los jueces. La interpretación de los textos deberá realizarse siempre de consuno con las reglas, principios, valores constitucionales y la jurisprudencia de orden constitucional:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Esta norma tiene concordancia con lo estipulado en el art. 6 del COFJ, en el que su contenido es similar del anterior:

Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Esta interpretación de las normas constitucionales está más cerca de la denominada interpretación sistemática, que dirige la misma en el sentido del contexto general del texto normativo, en busca de una adecuada coexistencia, correspondencia y armonía. Si bien deja espacio para los procedimientos interpretativos generales que son posteriormente especificados y definidos en la LOGJCC, el cual, además de reafirmar

este principio interpretativo general, especifica métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional.³³⁵

En el supuesto de que el juez considere que una norma está en contraposición a la Constitución, el art. 428 de la CRE prevé el procedimiento a seguir, en relación con la posible inconstitucionalidad de alguna norma jurídica:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Esta disposición establece el camino para que la CC (en adelante, Corte Constitucional) resuelva sobre la constitucionalidad de la norma, posibilitando que los jueces detengan la tramitación de la causa y se abstengan de aplicar la norma supuestamente inconstitucional, de este modo, no se otorgan atribuciones legislativas al juez pero se preserva la supremacía constitucional. Se deriva aquí un aspecto fundamental que ocasionaría una violación al principio de inmediatez y celeridad en la administración de justicia, considerando la lentitud con la que ha venido atendiendo todos los procesos que le corresponde conocer a la CC.

³³⁵ LOGJCC, art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior. 2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. 4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales. 5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía. 6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo. 7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación. 8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

La supremacía constitucional, a la luz de la CRE de 2008, ha sido objeto de estudios académicos que han profundizado con agudeza en las disposiciones donde tal enfoque es establecido y sustentado.³³⁶

Concordamos en que la Constitución como norma jurídica de máxima categoría, es la primera que debe ser considerada por todos los operadores jurídicos para resolver las controversias. Siempre que una norma jurídica no sea contraria a la carta magna, los tribunales, los aplicadores del derecho, los jueces no tienen que esperar a que intervenga el legislador o la CC, están obligados en cada caso concreto, a aplicar la Constitución. En armonía con el texto constitucional, el COFJ acoge los principios de vinculación de las juezas y jueces a la Constitución en su articulado, precisando, como corresponde, aspectos relativos a los procedimientos.

En el art. 4 del COFJ encontramos el principio de supremacía constitucional, que contiene la eventualidad de aplicación de las normas constitucionales, aún en el caso de ausencia de normas de menor nivel jerárquico que desarrollen su contenido, como la contradicción entre determinada norma jurídica y el texto constitucional o instrumento internacional de derechos humanos— debiendo la jueza o el juez, ante una duda razonable, remitir el expediente en consulta ante la CC:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la CC, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia. El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.

³³⁶ Aníbal Fabián Bermeo Guango, *Supremacía constitucional* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2010), 31. “Entonces en el ámbito del Estado constitucional de derechos se podría definir que Estado de derecho es aquel que sujeta su comportamiento a las normas jurídicas. Es aquel que se subordina al ordenamiento jurídico y, en primer lugar, a la Constitución, al ordenamiento constitucional como norma jurídica suprema”.

La aplicabilidad directa de la Constitución también está señalada en el COFJ, norma que lo establece como un principio, fortaleciendo la absoluta vinculación de la jueza o el juez al texto constitucional y el deber de tomar sus decisiones de conformidad con la Carta Magna, aún en el caso de que la misma no haya sido invocada por ninguna de las partes en conflicto:

Artículo 5.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

El COFJ, no solo establece la vinculación de los jueces a la ley, sino que precisa que dicha vinculación conlleve el principio de independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional del juez, en relación con otros órganos y autoridades del Estado. Esta independencia es un requisito normativo, si la pretensión es que la sujeción de los jueces a la Constitución se manifieste con preeminencia absoluta. Así dispone el art. 8 de la Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGGJCC).

Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

Esta norma guarda concordancia en el art. 123 del COFJ, que reitera este principio de independencia, al señalar que el sometimiento de los jueces será únicamente a la Constitución: “Los jueces, juezas, fiscales, defensoras y defensores, están sometidos únicamente a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley”.

El COFJ fija el carácter obligatorio de observar el principio de seguridad jurídica para la correcta administración de justicia, así lo estipula el art. 25:

Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales

de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

Teniendo en cuenta la obligatoriedad de que los jueces estén vinculados a la Constitución y a la ley, el COFJ en su art. 125 prevé el sometimiento a un proceso administrativo sancionador, para aquellos jueces o servidores de la Función Judicial en general— que hayan incurrido en violación de los derechos y garantías constitucionales en ocasión de la substanciación y resolución de las causas en las cuales intervengan:

Sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que hubiera lugar, las juezas y jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que en la substanciación y resolución de las causas, hayan violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República, serán sometidos a procedimiento administrativo, siempre que, de oficio o a petición de parte, así lo declare el tribunal que haya conocido de la causa vía recurso, o que el perjudicado haya deducido reclamación en la forma prevista en este Código, sin perjuicio de que se pueda también presentar la queja basándose en lo establecido en el art. 109, num. 7 de este Código.

La jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha reconocido la aplicabilidad directa de la Constitución por los tribunales. Así en el caso 001-13-SCN CC (Registro Oficial 890, febrero del 2013, caso n.º 0535-12-CN), respecto de un control incidental, en la sentencia se enuncia —de manera general— la facultad de los jueces de aplicar de manera directa las normas de la Constitución.

Otro ejemplo en este sentido es la sentencia 102-12-SEP (Registro Oficial. Segundo Suplemento 728 de junio de 2012, Caso n.º 0027-11-EP) la CC exhorta al juez a quo a resolver la causa que dio origen al proceso de alzada mediante el principio de aplicación directa de la Constitución. No obstante, la existencia de estos casos que pudieran considerarse anecdóticos, sin embargo, sienta precedente la aplicación directa de la norma constitucional en la práctica cotidiana de los tribunales no constituye un hecho común.

Desde el punto de vista normativo —e incluso jurisprudencial— en la República del Ecuador se encuentran sentadas las bases jurídicas para que los jueces, en su actividad jurisdiccional, invoquen y apliquen las disposiciones constitucionales cuando ello sea procedente, en los casos que les son sometidos a su conocimiento. Tal grado de preeminencia de la Constitución, de data relativamente reciente, no tiene precedentes en la historia jurídica de nuestra nación. Solo el futuro podrá decirnos en qué medida esta

configuración del ordenamiento jurídico encuentra aplicación concreta en la práctica tribunalicia.

5.4. Vinculación del juez a la ley

La importancia de la sujeción del juez a la ley como principio característico del Estado de derecho ha sido resaltada repetidamente. Reyes lo ha sostenido en la siguiente frase: “Debe ser la ley, y no el juez, el dueño natural del desarrollo de la Constitución”.³³⁷

A partir de esta concepción se han producido históricamente posiciones extremas, como es el caso de Feuerbach, citado por Bacigalupo, que abogaba por una estricta prohibición de la interpretación de las leyes por parte del juez:

Nada es más peligroso que el axioma común que indica que es necesario consultar el espíritu de la ley. El espíritu de la ley sería el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una digestión fácil o malsana, dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que transforman las apariencias de todo objeto en el ánimo fluctuante del hombre.³³⁸

Si el juez está vinculado al orden jurídico, la aplicación de la ley no puede desentenderse de la significación que la misma tenga respecto de los valores fundamentales del orden jurídico, particularmente de la justicia. El juez no puede hacer justicia con total independencia de la ley ni tampoco solo según su particular percepción de la misma. Toda aplicación de la ley requiere un entendimiento de la misma, y un entendimiento único del texto legal es algo prácticamente excluido en muchos casos. El que exige de los métodos de la jurisprudencia que conduzcan a resultados absolutamente seguros en todos los casos, similares en la prueba y el cálculo a los matemáticos, confunde la esencia del derecho y, al mismo tiempo, los límites que surgen para toda la ciencia jurídica de la naturaleza de su objeto. Certeza matemática no existe en las cuestiones jurídicas, lo que quiere decir que no hay un entendimiento único del texto legal.

³³⁷ Isabel Giménez Sánchez y Sancho Íñiguez Hernández, “Encuentro sobre «la vinculación del juez a la ley»”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 95 (1997): 333. “Por ello, el papel de la ley en materia de derechos sigue siendo fundamental, tanto por razones de legitimidad parlamentaria y de defensa del pluralismo, como por motivos de eficacia, especialmente de cara a terceros y en los derechos prestacionales (en este último caso sería incluso imprescindible)”.

³³⁸ Enrique Bacigalupo, *Sobre la vinculación del juez penal a la ley. La rigurosa aplicación de la ley según el art. 2º del Código Penal* (Buenos Aires: Ed. José Jiménez Villarejo, 1995), 35: “El juez está vinculado a la palabra estricta y desnuda de la ley, su tarea no debe ser otra que comparar el caso dado con sus palabras y, condenar sin consideración del sentido y espíritu de la ley, cuando el sonido de las palabras condena, y absolver, cuando esta absuelve”.

Existen autores que consideran al derecho como algo nunca dado o suficientemente establecido, la limitación de la pretensión de encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas.³³⁹

Se trata de que el margen interpretativo del juez en relación con la ley escrita resulta, al menos en parte, una consecuencia del carácter siempre inacabado del derecho considerado como un producto cultural siempre en construcción.³⁴⁰

El conocimiento humano de cualquier objeto es imperfecto, no es completo, no es definitivo o no es incontrovertible. Se ha de contar siempre con la presencia de conocimientos aparentes e inseguros, tanto por su posibilidad teórica como por el hecho real de que tenemos errores en el plano del conocimiento, por lo que resulta necesario considerar la relatividad aun de aquello en lo que nos sentimos seguros. De acuerdo con lo señalado, el riesgo del error del conocimiento estará siempre presente en el quehacer humano.

Manuel Segura³⁴¹ enfoca esta situación considerando que la indeterminación del derecho se proyecta sobre la actividad judicial, lo cual ha conducido a cambios en el modelo tradicional de la judicatura. En su consideración tal situación no elimina el principio de vinculación de los jueces a la ley, pero sí les concede un mayor grado de protagonismo aumentando su poder y su libertad frente a la ley. Para Segura, es justamente en el proceso de interpretación y aplicación del derecho donde funciona realmente la vinculación de los jueces a la ley.³⁴²

³³⁹ Manuel Aragón Reyes, “La vinculación de los jueces a la ley”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 37 (1997): 6.

³⁴⁰ Martínez Muñoz, “Sobre el sentido del derecho natural”, 155: [...] si el derecho de cualquier forma viniera dado sería un hecho cuya evidencia permitiría que fuera descrito como algo que está ahí, que puede ser constatado y sobre cuyo fisonomía o caracteres solo caben errores empíricos, accidentales, episódicos y controlables, resolubles con el recurso a experiencia. Pero los desacuerdos acerca de los derechos, no son de esa índole, porque en el derecho están implicadas cuestiones de principio y, por ello, los problemas jurídicos, al menos los importantes, no son susceptibles de ser resueltos acudiendo a la mera constatación de cómo están las cosas o las leyes. Finalmente, el derecho no puede ser dado precisamente por ser un producto cultural y es, por tanto, construido (pero no en general por la ley) sino en la solución de cada caso.

³⁴¹ Manuel Segura, “Sobre la interpretación del derecho”. *Isonomía*, n.º 24 (2006): 107.

³⁴² Manuel Segura, “Problemas interpretativos e indeterminación del derecho”, *Dereito*, n.º (2013): 107: Taruffo decía con razón que la posición, función y responsabilidad de los jueces se ha modificado sustancialmente en los Estados constitucionales: “de hecho, ya no se trata del juez que se considera un aplicador pasivo de normas que son producidas por el legislador como exclusivo titular del poder de decidir elecciones políticas, sino del juez intérprete”, 8; esto es, del juez que se ve obligado a tomar partido y cuya función respecto de la legislación es mucho más activa. Nieto lo expresaba con acierto cuando decía que “la ley no es solo obra del legislador ni permanece invariable, sino que desde el primer momento se lanzan sobre ella los otros poderes —el Ejecutivo y el Judicial— y la desfiguran, a veces tan sustancialmente que la hacen irreconocible”.

La llamada indeterminación del derecho aparece hoy como una característica estructural de los sistemas jurídicos. Su presencia tiene una doble proyección, pues por un lado, afecta al proceso de creación legislativa posibilitando contenidos normativos, no solo diferentes, sino incluso, a veces contradictorios y, por otro, influye en la actividad judicial, de manera que puede afirmarse que se han producido cambios sustanciales en el modelo tradicional de la judicatura. Todo ello ha implicado la presencia de ciertos elementos de incertidumbre y el necesario replanteamiento del concepto clásico de seguridad jurídica. Pero debe aclararse que no todo es indeterminado en el derecho, y que la actividad interpretativa de los jueces está llamada a lidiar con las zonas de indeterminación. Por tanto, no se puede admitir la indeterminación absoluta ni el determinismo extremo. Esta es la realidad del derecho.³⁴³

La exigencia a los jueces de una adecuada justificación, en relación con las sentencias constituye la expresión en el ámbito formal, de la vinculación del juez a la ley. Como señala Sonia Rodríguez, en España el Tribunal Constitucional mediante sus sentencias se ha ocupado de resaltar que, precisamente, la exigencia de motivación expresa la vinculación del juez a la ley, y en general al sistema de fuentes del derecho dimanantes de la Constitución.³⁴⁴

En este sentido se ha señalado que, la casación —cuyo objeto es la revisión de las infracciones de normas— como institución orgánico-procesal, posee potencialidades para ejercer también control sobre la racionalidad de las argumentaciones justificativas que representan la motivación de la sentencia de mérito, contribuyendo así a garantizar la vinculación o sometimiento a la ley y, en general, al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.³⁴⁵

³⁴³ Mauro Cappelletti, *¿Jueces legisladores?*, 62: El carácter marcadamente creativo de la actividad judicial de interpretación y de aplicación de la legislación y los derechos sociales, es llamativo. Se confirma, ciertamente, que la diferencia respecto del papel más tradicional de los jueces es tan solo de grado, más no de sustancia: es menester repetir una vez más, que toda interpretación es, en alguna medida, creativa, y que un mínimo de discrecionalidad es siempre inevitable en la actividad jurisdiccional. Es obvio, sin embargo, que en estas nuevas áreas que se han abierto para la actividad de los jueces habrá espacios, como regla, para un grado más elevado de discrecionalidad y, por lo tanto, de creatividad por la simple razón de que cuando más vaga una ley y cuando más imprecisos son los elementos de un derecho, se vuelve más amplio también el espacio dejado a la discrecionalidad en las decisiones judiciales. Esta, en consecuencia, es una causa poderosa de la acentuación que, en nuestra época, han tenido el activismo, el dinamismo y la creatividad, en suma, de los jueces.

³⁴⁴ Rodríguez, *La justificación de las decisiones judiciales*, 235.

³⁴⁵ César San Martín Castro, *La corte suprema: Historia y perspectivas* (Lima: Justicia Viva, 2009), 13: No es tarea de esta intervención analizar rigurosamente la casación, cuyo objeto son las infracciones de normas a través de la revisión del juicio de derecho, sin que a ello obste el necesario control sobre la adecuación y sobre la racionalidad de las argumentaciones justificativas que representan la motivación de la sentencia de mérito. Solo se busca llamar la atención acerca de las posibilidades que se desprenden de la casación para garantizar la vinculación o sometimiento de los jueces al sistema de

Oportunamente se ha señalado que, la motivación es un deber para quien resuelve, pero también es un derecho para las partes que, de este modo, tienen elementos para comprobar que la solución dada al caso implica la vinculación del juez a la ley y no es producto de su arbitrariedad.³⁴⁶

El poder judicial esencialmente se legitima, no por su origen democrático, sino por el origen de las razones que le sirven de justificación a sus decisiones. Un poder judicial que no justifica sus decisiones de manera racional cae en la frontera de la arbitrariedad.

Pero se ha señalado acertadamente que, a pesar de esfuerzos en el orden técnico legislativo, pueden producirse, especialmente en el ámbito penal, determinados distanciamientos de los ideales racionales. Tal situación ha servido de justificación a la interpretación “correctora” de los jueces con él ánimo de salvar dichos distanciamientos. Pero resulta evidente que, tal actividad bordea el límite de lo que debe ser la interpretación de la ley y lo que ya se consideraría una intromisión en la función legislativa.³⁴⁷

Una de estas formas de intervención correctora sería la interpretación de las leyes “conforme a la Constitución”³⁴⁸. Esta modalidad de interpretación, ya sea que se trate de aquella que realiza la propia CC, o aquella que realizan los jueces ordinarios, gozan de aceptación en los sistemas jurídicos del ámbito cultural, donde es común que se establezca que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, que vincula a todos los jueces, quienes interpretan y aplican las leyes y los reglamentos

fuentes del ordenamiento jurídico y, con ello, perfilar directrices que orienten la evolución del derecho y reforzar los valores propios de una sociedad democrática.

³⁴⁶ Erick Leuschner Luque, “La motivación de las decisiones judiciales y el amparo constitucional: Una salida a la crisis institucional del poder judicial en el Ecuador”, *Revista Jurídica* (2006): 4: [...] la motivación a la vez que es deber, es derecho de las partes que intervienen en un proceso, es “una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se pueda comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no es fruto de la arbitrariedad.

³⁴⁷ Jesús María Silva Sánchez, “Hay jueces en Berlín. (y en Karlsruhe)”. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho* (2007): 1-6: Pese a los esfuerzos realizados por parte de los teóricos de la legislación y de la técnica legislativa, lo cierto es que la realidad de las leyes penales se aleja de modo no infrecuente de los ideales de racionalidad que deberían presidirlas, tanto en la forma como en el fondo. Así las cosas, resulta más que comprensible el protagonismo alcanzado por formas de intervención judicial “correctora”. Estas, sin embargo, se sitúan en el límite entre la interpretación en sentido estricto y el desarrollo continuador del derecho, cuando no se ven claramente inmersas en este.

³⁴⁸ Serrano, *La interpretación conforme a la Constitución*, 5-11: La expresión interpretación conforme a la Constitución se refiere al principio interpretativo por el cual, entre varios sentidos posibles de una norma jurídica, debe aceptarse aquel que mejor se adapte al texto constitucional. En otras palabras, de acuerdo con Paulo Bonavides, en los casos en que una disposición jurídica admita dos interpretaciones posibles, entre las cuales una de ellas conduzca al reconocimiento de la constitucionalidad, el juzgador deberá inclinarse por ella, logrando que la norma interpretada conforme a la Constitución sea necesariamente considerada constitucional.

según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por la CC en todo tipo de procesos. Sin embargo, lo anterior no debe llevar a ignorar los problemas que se pudieran generar. En efecto, no es fácil determinar cuáles de las interpretaciones de un texto son conformes y cuáles, en cambio, contrarias a la Constitución. A partir de ahí, debe reconocerse el riesgo de que la interpretación conforme no sea tal, sino que se convierta en una verdadera modificación de la ley.

Como lo aborda De Sousa, entre las funciones atribuidas a los jueces, la de creación de derecho —mediante la cual pudieran estarse apartando de la vinculación a la ley— es la más problemática. Este autor considera que, en nuestros días, existe mucha creación de derecho en la práctica cotidiana de los juzgados, si bien esta creación, a su juicio, tiene un carácter precario, intersticial y caótico. Desde su punto de vista, “se ha venido produciendo un progresivo borramiento de las fronteras entre la creación y la aplicación del derecho”.³⁴⁹

Es frecuente encontrarnos con situaciones en las que observamos márgenes discrecionales en la actividad interpretativa del juez, siempre dentro del principio de legalidad. Consideramos que se superaría un modelo de juez propio del Estado de derecho, donde este solo tendría una legitimidad de tipo técnica, y su vinculación a la ley lo sería en grado tal, que conformaría un juez: “... neutral, sin ideología, aséptico, apolítico. Es la boca que pronuncia la ley”. Supuestamente se garantizaría así la certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales y la igualdad en la aplicación de la ley.³⁵⁰

Actualmente, la corriente del neoconstitucionalismo³⁵¹ le ha otorgado al juez una posición singular dentro de la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es el legislador el elemento preponderante, al cual se sometía la función jurisdiccional. Las normas que promulga la función legislativa vienen sometidas a un ejercicio de

³⁴⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología crítica de la justicia*, 224: “Es sobre todo en la solución de litigios cuando los jueces crean el derecho y también cuando se ejerce la función de control social, mediante la afirmación de una normativa que deja de depender de la voluntad de las partes, a partir del momento en que estas deciden someterse a ella”.

³⁵⁰ Morales Godo, *La función del juez en una sociedad democrática*, 1: Sucede que generalmente los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación. Generalmente, los documentos normativos son formulados no ya en un lenguaje artificial —en el que todos los términos y todos los conectivos sintácticos están rigurosamente definidos— sino en un lenguaje natural, y el lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. Los enunciados del lenguaje natural son, por lo tanto, fatalmente indeterminados.

³⁵¹ Ramiro Ávila Santamaría, ed., *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito: MJDH, 2008), 93: “Este papel del juez garante se cumple reemplazando el paradigma positivista de la obligatoria sujeción del juez a la ley por el de la sujeción del juez a la ley válida, es decir aquella que guarda coherencia con los límites sustanciales”.

validación constitucional por parte de los jueces. Las normas no son algo acabado que deben ser aplicadas a la realidad de forma mecánica, sino que conlleva a la interpretación dogmática en cada caso concreto de la realidad.

Al momento de interpretar y aplicar la ley, el juez cumple el requisito de encontrar la conciencia social que genera una exigencia popular que se ha regulado en la ley.³⁵² Otros autores como Vicente Cano, considera que la independencia judicial resulta un requerimiento obligado para garantizar la credibilidad de dicha institución. La vinculación de los jueces a la ley resulta una obligación derivada del Estado de derecho y que dicha vinculación debe extenderse a la labor interpretativa del ordenamiento jurídico.

Quando se habla de un señorío de la ley hemos de tener en cuenta que esta solo se produce y se configura en las decisiones. Si no hubiera vinculación del Juez a la ley tendríamos en lugar del Estado de derecho, Estado de los jueces. Hay un gran número de casos en que la ley resuelve de forma indudable. En otros no tanto. Cuando fracasan todos los medios en la tarea de alcanzar una decisión suficientemente apoyada en una fundamentación jurídica, al juez no le queda otra alternativa que la pura decisión.³⁵³

Van Rompaey, magistrado de la Corte Suprema de Uruguay, ha expuesto que:

La independencia judicial que se postula es de carácter instrumental: radica en la libertad interpretativa, que no debe ser influida por elementos de presión externos al propio juzgador y en las garantías orgánicas relativas al estatuto de los jueces, gobierno del poder judicial separado de la política, retribuciones adecuadas, prohibición de militancia política, etc. En rigor, independencia judicial y vinculación a la ley son el anverso y el reverso de la misma medalla, pues si la vinculación a la ley requiere que los jueces sean independientes, también es claro que la mayor independencia radica en la exacta aplicación de la ley. Por eso puede decirse que los principios de vinculación a la ley e independencia judicial postularon el ejercicio de la función de juzgar conforme a parámetros jurídicos preconstituidos, o si se quiere, la

³⁵² Andrés Bordalí Salamanca, “La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena”, *Revista Chilena de Derecho* 40, n.º 2 (2013): 10: “Si se supone que la ley expresa una exigencia popular que vive en la conciencia de todos los integrantes de la sociedad, es labor de cada juez encontrar esa conciencia social al momento de interpretar y aplicar dicha ley. Para poder lograr tal misión, sin distracción alguna, ese juez debe sentir con plenitud el peso y la importancia de tal responsabilidad. Calamandrei dirá que ese juez debe encontrarse solo con su conciencia para sí escuchar lo que le dicta en su interior la exigencia popular. Se vincula obviamente esta concepción difusa con la idea de limitación del poder del Estado; la limitación del poder por el derecho”.

³⁵³ Pedro Vicente Cano Maillón-Rey, *Estatuto jurídico del juez*, 27: “La sujeción del Juez a la ley, además de ser algo natural *per se*, es algo obligado y normado constitucionalmente. El Juez ha de fundar en ley sus decisiones. Pero el Juez no se limita a una mera y automática aplicación de la ley, TC S 49/1999, de 5 de abril, ni está vinculado al precedente. Para aplicar la ley antes hay que interpretarla, ya que el Juez debe encontrar el derecho vigente para el caso concreto, que no siempre está previamente dado en la ley. La aprehensión de los derechos concretos exige una serie de enjuiciamientos en los cuales al juez, frecuentemente, le queda un espacio de arbitrio. Todos conocemos una serie de puntos de vista que son básicos para la interpretación de las leyes: el significado literal, la finalidad de la ley, los antecedentes legislativos, etc. Pero ninguna interpretación suministra resultados exactos”.

ausencia de razones extrajurídicas (políticas, ideológicas, etc.) como fundamento de sus decisiones. Vinculación a la ley e independencia judicial configuran pues la base teórica del modelo de juez que le es propio al Estado de derecho.³⁵⁴

Tal pronunciamiento está en línea con la posición de este autor en defensa de una jurisprudencia principalista, alejada del positivismo jurídico. En un Estado legislativo de derecho, la vinculación del juez a la ley se postula en términos de subordinación. A diferencia del legislador, que posee una legitimidad política de origen, los jueces solo tienen una legitimidad técnica o de oficio, es decir, que su actuación será aceptable en la medida que pueda verse como la exacta aplicación de la ley.³⁵⁵

Para ilustrar, podemos citar como ejemplo, cuál es el objeto de plantear el recurso de casación, inicialmente concebido para evitar el peligro de manipulación judicial de la ley mediante su interpretación, este constituye una prueba clara de ese esfuerzo por garantizar la supremacía del legislativo sobre el juez. En este contexto se ha manifestado que, un incremento del control burocrático sobre los jueces, bajo el ropaje legitimador de la independencia judicial, podría estar cobijando determinadas demandas por parte de los tribunales superiores que buscarían disminuir la intensidad de la vinculación al derecho vigente.³⁵⁶

Las diferentes posiciones que hemos venido considerando no tienen un interés exclusivamente teórico, y las posibles alternativas se han puesto de manifiesto en casos concretos, tal como el denominado caso Naroa, en el cual mediante Auto 785/2007 de 18 de octubre de 2007, la juez titular del juzgado de primera instancia número 17 de Sevilla (España), autoriza la donación de un segmento hepático a un donante vivo menor de 18 años de edad (madre de la paciente necesitada), límite de edad que impone la ley dejando en claro que no se permitirá la extracción de órganos a menores de edad

³⁵⁴ Leslie Van Rompaey, *Hacia una jurisprudencia principalista*, <<http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-4/23-revista/revista-4/42-revista4-jurisprudencia-principalista>>.

³⁵⁵ Mauro Cappelletti, *¿Jueces legisladores?*, 11-2: El nexa entre juicio y derechos sustancial, un nexa que en las últimas generaciones de procesalistas italianos ha venido redescubriendo después de haberlo abandonado por mucho tiempo a causa de la tan proclamada autonomía de la acción y de la relación procesal, presenta dos campos principales de investigación. El principio que será objeto de esta exposición, es el concerniente al problema de la creatividad de la función jurisdiccional, es decir, de la producción del derecho por obra de los jueces. Con terminología un poco antigua, de lo que se trata es de ver si el juez es un mero intérprete-aplicador del derecho, o si participa en la actividad, lato sensu, de legislación, o bien- más concretamente- de creación del derecho [...].

³⁵⁶ Correa, "Poder judicial y democracia": 7: El ideal de Montesquieu relativo a la función judicial tiene una consecuencia significativa para la organización del poder judicial: los jueces deben ser independientes de los otros dos poderes. En efecto, el que los jueces sean la boca que pronuncia las palabras de la ley solo constituye una garantía de libertad política en la medida que no sean esos mismos jueces ni los autores de la ley ni sus ejecutores. Así lo afirma el propio Montesquieu. Esta independencia de los jueces es armónica con la organización ideal que él mismo previó para la judicatura.

“aun con el consentimiento de los padres o tutores”. Entre las circunstancias del caso que referimos se encuentra que la donante era la madre de la paciente receptora, que la enfermedad de la paciente era de curso fatal y que a su madre le faltaban pocos meses para cumplir la edad de 18 años. Es posible que tal decisión, en que la ley no se aplica al pie de la letra, pueda considerarse acertada. No parece muy razonable dejar morir a la paciente por no autorizar la donación.³⁵⁷

El grado con que los jueces mantienen su vinculación con la ley ha sido cuestionado en no pocas ocasiones, en el ámbito ecuatoriano Gomá Lanzón, expresa textualmente que:

Quizás esas, y otras cosas más, pasan por la cabeza de muchos seres humanos que atraviesan por la vía de los tribunales penales en nuestra sociedad, sintiendo la aprensión de ser juzgados por hombres como ellos, llenos de virtudes y defectos, prejuicios y experiencias subjetivas, anhelos, modo de ver las cosas, así como sus muy personales creencias de la vida. Para la gran mayoría, con el conocimiento generalizado que existe, la idea de la vinculación del juez a la ley es prácticamente inexistente, ya que priman los temores ya enunciados, emulando la frase que dijera el humorista alemán Kurt Tucholsky en una ocasión: “El pueblo tiene en sus tribunales de justicia la confianza que estos merecen. No merecen ninguna.”³⁵⁸

Lo cierto, explica el autor, es que a lo largo de la historia del derecho y del pensamiento jurídico, ha habido principalmente dos modos de aproximarse a la interpretación y realización del derecho: el lógico-formal, que busca deducir de una norma de carácter general la solución aplicable al caso concreto, solución que se aplicará con independencia de sus consecuencias sociológicas; y la finalista o realista que, en cierto modo desde una perspectiva exterior a la norma, busca la solución, más bien con métodos intuitivos y empíricos, en los intereses, fines y valores de un determinado ordenamiento jurídico. Pues bien, cabe preguntarnos: ¿cuál debe prevalecer?

Considerando la realidad ecuatoriana actual, en relación con la vinculación de los jueces a la ley, se colige la obligación que tienen los jueces de someterse a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos³⁵⁹. Tanto en la

³⁵⁷ Ignacio Gomá Lanzón, “¿Justicia Material o populismo judicial? (*El notario del siglo XXI*)”, *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 68 (2016): 6-11.

³⁵⁸ *Ibid.*, Sin embargo, es necesario resaltar e insistir que la potestad jurisdiccional en el Estado de derecho, además de otros principios y valores, depende sustancialmente del sometimiento de los jueces a la ley. Pero ya no existe esa fórmula axiomática, sin discusión, de que los juzgadores aplican en el vacío, dentro de un tubo de ensayo, lo que el legislador ha colocado en la norma, sino que entra en la ecuación la variable nunca estática de la interpretación, que es donde penetran todas las formas del pensamiento individual de los que acceden a la función de juez”.

³⁵⁹ CRE, art. 424.

propia CRE como en el COFJ, se establece la supremacía constitucional. Obviamente este enfoque conduce, en algunos casos a observar determinados márgenes de apreciación y discrecionalidad por parte de los jueces en la aplicación de las leyes.³⁶⁰

Sin embargo, determinados artículos de la propia Constitución y del COFJ fortalecen el enfoque de la sujeción del juez a la ley, cuando establecen la obligatoriedad de la motivación de las resoluciones. Así se detalla en el art. 76, num. 6, lit. 1) de la CRE:

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

Mientras que el COFJ en su art. 130, num. 4, al relacionar deberes de las juezas y jueces velando por su sujeción al ordenamiento jurídico, expone lo siguiente:

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

Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.

Este requisito de la motivación aparece también en la LOGJCC en su art. 4, num. 9, que señala:

Principios procesales. La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

9. Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

El tratadista Vaca ilustra que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, el juez está obligado a aplicar la ley, pero esta obligación solo se

³⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia n.º 309-16-SEP-CC: “Caracterizado así el derecho, un elemento relevante de su contenido es, sin duda, el que las autoridades jurisdiccionales respeten la Constitución. Por Constitución se entiende tanto las disposiciones formalmente incorporadas al documento constitucional, como aquellos que materialmente pertenecen a él, por expresa disposición de la misma, o por derivarse de un proceso de interpretación auténtica del mismo. Por ende, el derecho a la seguridad jurídica también se satisface también por medio del respeto al contenido de los tratados internacionales de derechos humanos y a la jurisprudencia constitucional”.

satisface cuando para decidir la aplicación de cualquier norma del ordenamiento, ese juez ha meditado previamente acerca de la adecuación de esa norma a la Constitución, explica el autor:

No se trata entonces de una aplicación mecánica, sino del resultado de una lectura marcada por el conjunto de los principios constitucionales. Los principios constitucionales, tal como se los entiende en este contexto, son construcciones históricas incorporadas al Estado de derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática. Lo anterior no obsta para que, en la práctica diaria de los tribunales, la sujeción a la ley sea el elemento primordial que guía el proceso jurisdiccional.³⁶¹

6. Instancias y recursos como forma de corregir el error judicial

La responsabilidad del Estado no es el fin para compensar el error judicial, sino es la forma mediante la cual el Estado asume la obligación de reparar daños causados por el yerro judicial, ante la ineptitud de los servidores de esa función del Estado. Por ello, la ley establece el derecho a interponer los recursos correspondiente, mediante el cumplimiento de ciertas formalidades o condiciones dentro de los procesos y cumplidas aquellas, las partes procesales, posiblemente afectadas, pueden recurrir de las sentencias que le sean lesivas, y los jueces superiores serán los competentes para conocer esos recursos, pudiendo revocarlas en caso de tener asidero las argumentaciones sobre las cuales se fundamentan los recursos y evitar con ello el cometimiento del error judicial.

Los recursos constituyen el medio para evitar la consolidación del error judicial, toda vez que si aceptado los mismos, procede la rectificación de los errores cometidos, esto es porque las instancias de impugnación posibilitan declarar la disconformidad entre el derecho y la resolución errónea y con ello destruir los efectos jurídicos que provocaría al ejecutoriarse, así permite restablecer la legalidad. Este criterio coincide con el autor Gabriel Doménech,³⁶² quien refiere que

La responsabilidad del Estado por error judicial constituye una modalidad de tutela secundaria, por cuanto no implica invalidar los efectos jurídicos (ilegalmente) creados por la resolución judicial causante del daño, ni tampoco restablece los derechos que la misma violó, sino que solo proporciona una compensación monetaria a la víctima de la violación.

También, los recursos son una medida preventiva que tiene el Estado para evitar que se le atribuya responsabilidad por error judicial, criterio que es concordante: “los

³⁶¹ Víctor Vacca González. *El rol del juez en el nuevo modelo constitucional ecuatoriano* (Quito: Función Judicial, 2016), 1.

³⁶² Gabriel Doménech, “El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial”, *Revista de Administración Pública*, n.º 199 (2016): 179.

errores son susceptibles de corregirse exclusivamente mediante los recursos ordinarios y extraordinarios”.³⁶³ Los recursos, como un derecho atribuible a las partes procesales, generan una instancia a resolver por un órgano superior que puede corregir un evidente error judicial de la resolución judicial impugnada, y de ser una instancia de carácter ordinaria, no se configuraría uno de los presupuestos para que el ciudadano demande la reparación por este título de imputación.

Los recursos no solo deben ser analizados desde la óptica de garantizar derechos como el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las personas, sino que también, su análisis nos conduce a establecer que estos son una herramienta para que el Estado corrija el error que hubiere en la sentencia, y consecuentemente evitar ser resopnsabilizado por error judicial. En ese sentido, Diego Palomo Vélez³⁶⁴ señala que:

La apelación y la segunda instancia están estrechamente relacionadas, implicando siempre el sistema de doble instancia la posibilidad de que el Tribunal de categoría superior confirme o revoque, y sustituya total o parcialmente la resolución que puso fin a la primera instancia que resulta impugnada por la apelación, al que lo califica como el recurso devolutivo ordinario típico al que se le atribuye la función de vigilancia en el cumplimiento de la ley, el recurso de apelación permitiría una nueva congnición del litigio garantizándose la correcta aplicación del derecho y la justa impartición de justicia.

Siendo así se ratifica el criterio de la medida preventiva que tiene el Estado para evitar, no solo causar perjuicio al ciudadano por el error judicial que pudiere cometer el juez inferior, sino que también evitaría que el Estado pague indemnizaciones como forma de reparar el daño causado.

Para confirmar este criterio y recordando a José Chioventa,³⁶⁵ que entre los principios judiciales establecidos luego de la Revolución francesa, de que los pleitos puedan pasar por el conocimiento de dos tribunales sucesivos, no era necesariamente la subordinación de un juez a otro, sino el deseo de obtener una resolución más justa: “la apelación no es la reclamación contra el juez inferior, sino simplemente el medio de pasar el examen del pleito de uno a otro” y el objetivo de aquello era ratificar la unidad en la medida de que la sentencia es única y es la que se ha dictado en la apelación.

En tal sentido, es necesario analizar los recursos existentes dentro de las instancias ordinarias y extraordinarias que contempla el ordenamiento jurídico

³⁶³ *Ibíd.*, 179.

³⁶⁴ Diego Palomo Vélez, *Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite*, Estudios constitucionales 8, n.º 2 (2010): 486-7.

³⁶⁵ José Chioventa, *Principios de derecho procesal civil* B, t. I. (Madrid: Reus, 1922), 469.

ecuatoriano, en razón de explicar sus diferencias y ventajas que generan frente al error judicial.

6.1. Instancia ordinaria: Tribunales, juzgados y cortes provinciales de justicia

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la función judicial se encuentra conformada por cuatro órganos, entre los que se encuentra los órganos jurisdiccionales, encargados de administrar justicia. Estos órganos jurisdiccionales están divididos en razón de la materia y territorio, siendo competentes de conocer y resolver procesos judiciales de primera y segunda instancia.

Existen tres cuerpos legales que rigen los procesos judiciales de acuerdo a la materia: el COGEP, que regula las normas aplicables a todas las materias excepto “la constitucional, electoral y penal”; el COIP que regula las normas a aplicar dentro de los procesos penales; y, adicional la LOGJCC, aplicable a la interposición de las acciones constitucionales contempladas en la CRE.

Los códigos referidos señalan dos instancias; la primera instancia es competencia de los juzgados de diferentes materias y radicados en cada uno de los cantones de las 24 provincias de Ecuador y la segunda instancia le corresponde a las diferentes Salas que conforman la Corte Provincial de Justicia. En cambio, los procesos contenciosos tributario y administrativo, que también están contemplados en el COGEP, son de única instancia (solo cabe recurso de casación) y su competencia está radicada en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, que existen en un número de 6 y que se distribuyen regionalmente para todo el país.

Bajo lo preceptuado en estas normas legales (art. 653 del COIP; art. 256 del COGEP; art. 8.8 de la LOGJCC), la segunda instancia se genera cuando una de las partes procesales presenta recurso de apelación por no encontrarse conforme con la decisión judicial de primera instancia (sentencia, resolución o auto interlocutorio), y los competentes de resolver serán Salas de las Cortes Provinciales de Justicia.

Para el autor Enrique Vescovi:³⁶⁶ “Cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección o eliminación jurisdiccional del posible defecto o injusticia del acto cumplido, hacen valer un poder de impugnación”. Para Devis Echandía³⁶⁷ el recurso es: “La petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para

³⁶⁶ Enrique Vescovi, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica* (Buenos Aires: Depalma, 1988), 5.

³⁶⁷ Devis Echandía, *Nociones generales del derecho procesal civil* (Madrid: Aguilar, 1966), 41.

que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento que en ellas se hayan cometido, es decir que rectifique sus conceptos”. El recurso de apelación permite recurrir una decisión judicial, para que un órgano diferente al que la tomó pueda resolverlo. De la Oliva Santos³⁶⁸ sostiene que:

Aunque la segunda instancia comprende y supone evidentemente posibles actos de revisión de lo resuelto en primera instancia, su finalidad no es ni exclusiva ni primordialmente revisora. No se busca sobre todo comprobar si se han cometido errores jurídicos o en el juicio de hecho, sino ofrecer una nueva respuesta a unas concretas pretensiones de tutela jurisdiccional.

Entendemos que la tutela jurisdiccional es el objetivo fin de un proceso y las etapas o instancias de ese proceso siempre buscarán que las pretensiones le sean concedidas al accionante, pero no necesariamente ese será exclusivamente el objetivo que se persiga en una apelación o doble instancia.

El recurso de apelación, que le corresponde resolver a un órgano jurisdiccional superior diferente al que conoció y resolvió en primera instancia, garantiza el derecho reconocido en el art. 76, num. 7, lit. m) de la CRE: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”. Del mismo modo, el art. 8, num. 2, lit. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)³⁶⁹ dispone el: “derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Pero también es una medida para corregir posibles errores judiciales en las sentencias impugnadas.

Concluimos que los recursos de apelación establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano permiten lo siguiente: 1. la posibilidad de corregir errores de decisiones judiciales de primera instancia, sin que ello configure un presupuesto para determinar responsabilidad extracontractual; 2. contar con un medio eficaz y oportuno para detectar y prevenir errores judiciales; 3. derivar al Consejo de la Judicatura el posible cometimiento de infracciones disciplinarias por parte de los jueces de primera instancia y como medida correctiva dicho órgano administrativo podrá establecer políticas de capacitación para que los jueces no incurran en dichos errores.

³⁶⁸ Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord. *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 490.

³⁶⁹ OEA, *Pacto San José de Costa Rica* (San José de Costa Rica: 1969).

6.2. Instancia extraordinaria: CNJ recurso de casación y revisión

En Ecuador la CNJ tiene como una de sus funciones: “Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley” de conformidad con el art. 184.1 de la CRE. Ambos recursos son formales por lo que su interposición genera la apertura de una instancia extraordinaria a resolver por los jueces y conjuces de las Salas Especializadas de la CNJ.

Para efectos de la presente investigación es necesario analizarlos brevemente. Así, conforme al criterio del tratadista Humberto Murcia Ballén,³⁷⁰ refiriéndose al recurso de casación:

Corresponde al remedio supremo y extraordinario que concede la ley contra las sentencias de apelación, para enmendar el abuso, exceso o agravio por ellas inferido, cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de los trámites y formas más sustanciales del juicio.

En este sentido, el tratadista Guillermo Cabanellas,³⁷¹ en su *Diccionario jurídico elemental* (1994) menciona que la casación es:

Acción de anular y declarar sin ningún efecto un acto o documento. La *Instancia* excepcional, al punto de no resultar grato a los procesalistas el término, que permite recurrir contra el tribunal de apelación u otros especiales (como los amigables compondores), tan solo en los casos estrictamente previstos en la ley, cuando se haya incurrido en el fallo contra el cual se acude en *casación*, bien en una infracción evidente de la ley o en la omisión de alguna formalidad esencial en el procedimiento.

Uniendo el criterio de los dos autores citados, la casación es un recurso que apertura una instancia extraordinaria o excepcional, que tiene por objeto corregir errores de las sentencias expedidas en segunda instancia, bajo causales estrictamente previstas en la ley.³⁷²

Refiriéndonos al recurso de revisión, Moreno lo define como:

El recurso por antonomasia, puesto que mediante el mismo se procura rever una sentencia condenatoria ya pasada en autoridad de cosa juzgada, cualquiera sea el tiempo transcurrido, aun cuando ya se hubiese ejecutado o el condenado hubiese fallecido. Es el recurso que se da en casos extraordinarios y especialmente determinados por las leyes, para corregir un error judicial y reparar una injusticia notoria. Las causales por las que procede el recurso de revisión son fácticas y no jurídicas y se debe tratar de circunstancias externas al proceso ya concluido por

³⁷⁰ Humberto Ballén Murcia, *Recurso de casación civil* (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2005), 29.

³⁷¹ Cabanellas, *Diccionario jurídico elemental*, 46.

³⁷² COGEP, art. 268.

condena firme, que no pudieron ser consideradas en ella por surgir o advertirse después de haber pasado en autoridad de cosa juzgada.³⁷³

En el Ecuador, al igual que la casación, la revisión se constituye como un recurso extraordinario,³⁷⁴ debido a que procede cuando se han configurado causales formales, y también lo conoce y resuelve la CNJ; sin embargo, este recurso es aplicable sólo en materia penal y su competencia es exclusiva de las Salas Especializadas de lo Penal.

Dentro de sus características, encontramos que este puede ser interpuesto en cualquier tiempo, a partir de que se ejecutorie la sentencia condenatoria y su finalidad es revocar la sentencia en firme, de conformidad a los casos que la ley señale para el efecto, en concordancia con lo mencionado por la CNJ: “Según la teoría de la impugnación, la revisión penal es una acción autónoma de impugnación que tiene como objetivo la anulación de una sentencia que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa juzgada”.³⁷⁵

Referente a la reforma o revocatoria de una sentencia condenatoria en materia penal por la aplicación del recurso de revisión, el último inciso del art. 32 del COFJ, en concordancia con el contenido del art. 11.9 de la CRE y a su vez lo señalado en el art. 15 del COFJ; y, en mérito del art. 658 del COIP, está dirigida exclusivamente al ámbito penal, reiterando lo que establecía la Constitución Política de 1998 (derogada), al señalar en su art. 21, al igual que lo hace actualmente el COFJ, que la reforma o revocatoria de la sentencia condenatoria debía darse por efecto del recurso (penal) de revisión.

También el inciso final del art. 32 del COFJ, en concordancia con el art. 534 del COIP, se refieren a quienes hubieren sufrido prisión preventiva y hubieren sido sobreseídos o absueltos posteriormente mediante providencia ejecutoriada, el Estado debe reparar a la persona que sufrió pena como resultado de la sentencia reformada o revocada, reparación que incluye el daño moral.

Uno de los daños antijurídicos más comunes y corrientes, libres de reparación y sanción de parte del Estado, ha sido tradicionalmente la privación injusta de la libertad

³⁷³ Rogelio Moreno, *Diccionario de ciencias penales* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2001), 346.

³⁷⁴ COIP, art. 658.

³⁷⁵ CNJ. (2016) *Delito de violación proceso n.º 206-2009*. Quito, Ecuador: Expediente 206, ROS 6, 19 de abril de 2016.

Al respecto, Jaime Santofimio³⁷⁶ sostiene que: “la privación injusta de la libertad como configurador de daño antijurídico imputable al Estado, constituye una descripción objetiva de una situación anormal de la tutela judicial efectiva”. Esta privación injusta de la libertad contemplada en el art. 77.1 de la Constitución señala:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las garantías básicas: 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de 24 horas.

Esta norma constitucional que prevé el daño antijurídico imputable al Estado, también está garantizada en un mandato convencional señalado en los arts. 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone lo siguiente:

Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación [y adicionalmente que [Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Debemos señalar que a pesar de ser este un mandato convencional, observamos un vacío con figuras jurídicas que la legislación ecuatoriana no lo prevé cuando se condena a personas inocentes. Para ser más preciso en aquello, la teoría de Mauricio Duce J.³⁷⁷ sostiene que: “estos errores son más frecuentes de lo que intuitivamente se cree”³⁷⁸ prosigue que uno de los aspectos que ha generado un mayor número de estudios ha sido la identificación de los factores que aumentan la probabilidad de generar condena de personas inocentes, finalmente señala que los principales factores que incidirían en su producción serían seis, a saber: 1. Problemas con la identificación ocular de imputados por parte de víctimas y testigos; 2. Uso de prueba pericial de baja

³⁷⁶ Jaime Santofimio, *Tratado de derecho administrativo, derechos de víctimas y responsabilidad del Estado* (Bogotá: UEC, 2017), 461.

³⁷⁷ Mauricio Duce, “Condena de Inocentes y litigación en juicio oral”. *Revista Sistemas Judiciales* 17, n.º 21 (2012): 18-20.

³⁷⁸ *Ibid.*, 2: “La literatura con investigación empírica en la materia es muy extensa. Uno de los textos que más recomiendo para quienes quieran iniciar el estudio de este tema y que realiza un estudio detallado de casos, incluyendo el estudio de los antecedentes y transcripciones de los primeros 250 casos exonerados por el *Innocence Project de los Estados Unidos, e: Garret, B.* (2011). *Convicting the Innocent*. Cambridge Harvard University Press.

confiabilidad y calidad; 3. Uso de confesiones falsas; 4. Uso de testigos mentirosos o poco confiables; 5. Mal trabajo de las agencias de persecución penal; 6. Inadecuada representación legal de la persona condenada.

Estos factores a los que se refiere Duce, pone en alerta a la justicia ecuatoriana, específicamente al Consejo de la Judicatura, procurando que este cuente con herramientas técnicas y tecnológicas confiables para el sistema de administración de justicia y lo más frecuente en el ámbito profesional, de que la defensoría pública tenga profesionales del derecho altamente capacitados que puedan cumplir una verdadera representación legal, aspecto este en el que se ha fallado notablemente, ya que los abogados que conforman esta institución son profesionales jóvenes recién graduados y que su experiencia la va logrando a costa de los derechos de la libertad de las personas privadas injustamente.

Respecto de ambos recursos, cuya competencia es exclusiva de la CNJ, es oportuno citar el criterio que una de sus Salas Especializadas ha sostenido sobre la finalidad de la casación y la revisión:

El recurso de casación, es un medio de impugnación, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del COFJ, sin que esté permitido a los juzgadores de casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.³⁷⁹

La casación como lo sostiene la jurisprudencia de la CSJ y la CNJ es una demanda contra la sentencia, la cual a diferencia de lo que ocurre en una demanda inicial, se interpone en contra de un auto definitivo o sentencia y busca corregir los errores de derecho en los que haya incurrido el Tribunal de instancia al expedirlas.³⁸⁰

En cambio, la revisión, institución exclusiva de la materia procesal penal, para corregir el error judicial, cuyo órgano competente son, por sorteo las Salas de la CNJ, y que tiene por objeto la sentencia condenatoria, cualquiera que sea el delito y la pena impuesta, es un recurso extraordinario y especial.³⁸¹

Entendemos que la jurisprudencia en concordancia con lo dispuesto en el COFJ, tanto el recurso de casación como el de revisión generan una instancia de carácter

³⁷⁹ Corte Nacional de Justicia. *Caso n.º 764-2010*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Edición Especial 301 del 10 de abril de 2015.

³⁸⁰ Corte Nacional de Justicia. *Recurso n.º 267-2007*. Quito, Ecuador: Expediente de casación n.º 160, Registro Oficial Edición Jurídica 43 de 9 de mayo de 2016.

³⁸¹ Corte Suprema de Justicia, *Recurso de revisión penal*. Quito, Ecuador: Gaceta Judicial 15 de 11 de junio de 1987.

extraordinaria y estrictamente formal, en virtud de que deben configurarse las causales establecidas en las normas procesales para poder interponerlos, teniendo como objetivo la corrección de errores judiciales contenidos en las resoluciones judiciales impugnadas. Se aclara que, a diferencia de las sentencias expedidas en las instancias ordinarias, las resoluciones de estos recursos si genera responsabilidad del Estado por error judicial, cumpliendo con otros presupuestos que se analizan en capítulos siguientes

Capítulo tercero

Responsabilidad extracontractual del Estado como fundamento para reparar el daño por Error Judicial

El Estado debe responder por el error judicial cualquiera que sea el ámbito donde se genere, es decir, no solo dentro del ámbito penal, sino también civil, familia, laboral, contencioso tributario-administrativo y otros; siendo necesario ahondar en el origen de la responsabilidad, su naturaleza jurídica y las diferencias entre los tipos de responsabilidad.

El daño, es el primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que sin daño no existe obligación de reparar. Como segundo elemento tenemos la imputación, la cual se sustenta en atribuir una de las teorías aplicables a la responsabilidad extracontractual; y, como tercer elemento, el nexo causal entre el daño y la obligación de reparar. El análisis de estos elementos es necesario para fundamentar la obligación del Estado de reparar por error judicial.

El presente capítulo analiza la evolución que ha tenido el Estado ecuatoriano, de forma constitucional y jurisprudencial, en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad estatal, que inicialmente fue admitido como responsabilidad civil extracontractual.

1. Origen de la responsabilidad

Etimológicamente responsabilidad en su acepción más amplia, según lo refiere Salinas Ugarte,³⁸² entraña la obligación o el deber en que se coloca una persona determinada, de resarcir, reparar, indemnizar o satisfacer cualquier pérdida, detrimento, perjuicio o daño causado por ella, por otra persona que de ella depende, o por alguna cosa que le pertenece o de que se encuentre en posesión. Bajo la visión del citado autor,

³⁸² Gastón Salinas Ugarte, *Responsabilidad civil contractual* (Santiago de Chile: Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2011), 31.

quien perjudica a otro no teniendo este ninguna obligación de recibir dicho perjuicio, está en el deber de resarcir las pérdidas o daños causados.

Responder por un daño causado, significa cumplir con el concepto de la responsabilidad que proviene del latín “respondere” que, según Trigo y López,³⁸³ significa “prometer, merecer, pagar”.

Con la aparición de las distintas formas de organización política y su evolución, se llegó a lo que se llama “la noción de Estado”, que logró acuñar un término denominado soberanía, que hasta la presente fecha se constituye en uno de los elementos fundamentales de esa noción, la que dio la oportunidad para que quien administrara ese Estado tuviera los más amplios poderes para la consecución de sus fines, que incluso permitía que sus actos no fueran justiciables, bajo el concepto de ser actos de gobierno.³⁸⁴

Este concepto de soberanía originó el desconocimiento de toda la responsabilidad del Estado en los perjuicios que ocasionara sin atención de justa causa o no —sostiene Nader—³⁸⁵ dándole la exoneración absoluta de toda obligación a indemnizar, lo que de modo general significaba que existía el Estado soberano incapaz de reconocer daños, aun siendo muy lícita todas sus actividades realizadas, algo no aceptable, puesto que no hay obligación del ciudadano de aceptar perjuicio, y menos aún no reparables por parte de un Estado que está en la obligación de dar satisfacción a sus ciudadanos.

La expresión “responsabilidad civil” habría sido tomada de Inglaterra por los juristas franceses y de manera específica se le atribuye al filósofo inglés Necker en el

³⁸³ Felix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: La Ley, 2004), 13: Sin embargo, los autores sostienen que en el decir de Villey, la palabra responsabilidad faltaba en el Derecho Romano y no aparece sino a fines del siglo XVIII. Por su parte, Mosset Iturraspe Jorge, responsabilidad por daños, hace hincapié en el responder. La palabra responsabilidad parece ser un vocablo de aparición más bien reciente. Etimológicamente viene del latín spondere, que significa prometer. Al añadir el prefijo re-sponder la palabra adquiere el significado de repetición o reciprocidad, y significaría entonces prometer a alguien que espera una respuesta.

³⁸⁴ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, art. 6.- No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración; b) Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones; c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa; d) Las resoluciones expedidas por los organismos electorales; e) Las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa (Derogada con la publicación y vigencia del COGEP).

³⁸⁵ Richard Farid Nader Olfale, “Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado de Colombia”, *Advocatos*, n.º 15 (2010): 45.

siglo XVIII, el hecho de haberla empleado por primera vez, según lo refiere Salinas Ugarte.³⁸⁶

Gustavo Penagos³⁸⁷ sostiene que: “antiguamente existía una incompatibilidad entre conceptos de soberanía y responsabilidad de King can not do wrong, que era un principio, que los defensores de la teoría de la irresponsabilidad del gobernante, patrocinaban diciendo que lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación”. Consideraciones que el derecho administrativo moderno rechaza por los principios universales de igualdad y no discriminación. Parada al respecto manifiesta que:

Pero el tránsito desde la irresponsabilidad del Estado a la generalización del principio de responsabilidad civil de la administración ha seguido vías distintas en unos y otros países y ofrece regulaciones no coincidentes. En unos ha sido la creación de la jurisprudencia, como en Francia, mientras que en otros, como Italia, se ha desarrollado desde los propios preceptos civiles que consagran la responsabilidad extracontractual, o bien ha necesitado de reglas especiales, como es el caso del derecho inglés y del nuestro propio.³⁸⁸

La responsabilidad en términos generales o comunes se la ha definido como el deber de una persona para asumir las consecuencias de sus acciones. Quien ocasiona un daño tiene entonces la obligación o responsabilidad de retribuir dichas consecuencias. En sus orígenes, la responsabilidad u obligación de responder surgió de un modo muy

³⁸⁶ Henri Marzeaud y André León Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil contractual* (Buenos Aires: Edic. Jurídicas Europa-América, 1963), 116: “Por su parte el profesor Mariano Izquierdo Tosada, en responsabilidad civil contractual y extracontractual atribuye a Saincietelette, el hecho de sugerir en el año de 1884, un nombre distinto tanto como para la responsabilidad contractual como para la extracontractual, así la primera debe recibir el nombre de garantía y la segunda responsabilidad”, 83.

³⁸⁷ Gustavo Penagos, *El daño antijurídico* (Santa Fe de Bogotá: Doctrina y Ley, 1997), 174.

³⁸⁸ Ramón Parada, *Derecho administrativo*, 601: En el derecho francés, desde comienzos del siglo XIX, se admitían diversos supuestos especiales de responsabilidad civil, sobre todo en materia de obras públicas, pero la construcción de un régimen general de responsabilidad administrativa es obra de la jurisprudencia, que arranca de una célebre decisión del Tribunal de Conflictos: el fallo blanco del 8 de febrero de 1873, en el que se afirmó categóricamente la singularidad de la responsabilidad administrativa respecto a la responsabilidad extracontractual entre particulares regulada por el Código Civil: “la responsabilidad que puede incumplir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea en el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados”. “En el derecho italiano la responsabilidad administrativa resultará inicialmente de la aplicación al Estado y demás entes públicos de la responsabilidad directa por hecho propio y la indirecta de los patrones o comitentes por hecho ajeno, regulada en el Código Civil (art. 1.153.3). Se calificó, sin embargo, como directa la responsabilidad del Estado cuando actúa por medio de los funcionarios por entender, de acuerdo con la teoría organicista, que el funcionario es simple instrumento u órgano de actuación del ente a que pertenece, descartándose la responsabilidad indirecta fundada en la culpa *in eligendo*, dados los complejos procedimientos a los que se somete la selección de los funcionarios. El otro factor de especificidad de la responsabilidad administrativa, pese a su regulación por normas civiles, es en Italia la eliminación del elemento de la culpa personal.

entremezclado con las cosmovisiones morales y religiosas de las diferentes épocas históricas. Ha sido solo con el transcurrir del tiempo que la acepción puramente jurídica se ha ido decantando para distinguirse de los deberes de tipo moral o religioso.

Boada, afirma respecto de la responsabilidad moral que: “es aquella que se presenta al momento de violar o infringir dichas normas y cuyo resultado no se exterioriza, es interno, es un asunto de la conciencia del individuo, que no genera consecuencias de índole jurídico por no afectar la vida en sociedad ni daña concretamente el patrimonio de otra persona”.³⁸⁹ Bajo la visión de Irisarri Boada, esa responsabilidad moral o religiosa no tiene cabida en la responsabilidad del Estado, porque precisamente en la actividad diaria que tiene la persona jurídica de derecho público, está la de contribuir con servicios a la comunidad y en esa ruta surgen actos o hechos que lesionan derechos patrimoniales de los individuos y que no pueden tener la obligación de aceptarlo sin que exijan la indemnización correspondiente.

Es por ello que para conceptualizar la responsabilidad jurídica no puede mezclarse la violación de los mandatos de la moral o la religión, puesto que según Alessandri: “esa responsabilidad moral suscita un mero problema de acciones y omisiones que la generan, no causan daños a las personas o propiedad del otro, ni perturban el orden social, quedan fuera del dominio del derecho que solo regula actos humanos que se exteriorizan”.³⁹⁰

Dentro del proceso de evolución histórica, se fueron encontrando ciertos elementos que impusieron un límite al poder absoluto que tenían los administradores del Estado, bajo el precepto de soberanía, sinónimo de la irresponsabilidad, es decir, no indemnizatorio. Esa evolución se materializó con la sanción hacia los servidores del Estado, como una excusa de que este era infalible, capaz de mantener el orden social mediante la aplicación del ordenamiento jurídico y como una persona pública superior al ciudadano. Era inadmisibile, por tanto, que el Estado podía ocasionar daños a las personas cuya protección tenía a su cargo.

Aproximadamente, en el siglo XIX demandar al Estado era una temeridad impensable. Nunca el Estado aparecía como responsable, era algo que no cabía en la mentalidad de las personas en esos tiempos. Hay que considerar que esta etapa fue antecedida por milenios en los cuales resultaba inconcebible que el soberano político

³⁸⁹ Catalina Irisarri Boada, *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000), 9.

³⁹⁰ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil* (Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1981), 10.

fuera sujeto de la ley y pudiera estar condicionado por ella, muy al contrario, este se encontraba por encima de la ley. Ello era una verdad indiscutible para las personas comunes de aquellos tiempos. Tal concepción de irresponsabilidad pasó del soberano al Estado que venía así a gozar de las inmunidades de aquel.

En relación con los funcionarios estatales, se fue abriendo paso la concepción de que los mismos tenían una relación con el Estado, cuya naturaleza jurídica era la de mandante y mandatario. Los daños que ellos pudieran ocasionar a particulares se consideraban producto de la extralimitación en las facultades que les habían sido concedidas por el Estado. En tal eventualidad dichos funcionarios debían responder por sus acciones dañosas, preservando al Estado de cualquier responsabilidad.

Desde esta posición, se consideraba que el Estado siempre desarrollaba sus actividades acogido a las normas jurídicas establecidas; cualquier acción por parte de un funcionario que se apartara del ordenamiento normativo generaba la obligación de responder por parte del funcionario que se había apartado del derecho. El Estado, como persona jurídica, permanecía incólume ante tal situación.

Pero la evolución más contundente, fue establecer responsabilidad objetiva del Estado sin perjuicio del derecho de reparación del servidor a favor del Estado, cuando este de manera dolosa, hubiere causado el daño o el perjuicio. Atrás quedó la irresponsabilidad del Estado soberano y de igual manera el Estado irresponsable que atribuía al servidor la negligencia de sus acciones, dando paso a la existencia de la reparación de daños, como aconteció en Francia³⁹¹ desde comienzos del siglo XIX.

A partir de la Revolución francesa, en su declaración de reconocimiento de derechos y garantías a favor del ciudadano, se impone una barrera o blindaje al poder soberano del Estado. La célebre sentencia del fallo blanco de 1873, del Tribunal de Conflictos Francés catapultó la responsabilidad del Estado civilmente y con ello se desprende a posteriori, distintas formas de reparación, fundándose siempre en la teoría del servicio público, entendiéndose entonces que cualquiera de las actividades de la

³⁹¹ Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública* (Bogotá: Ibáñez, 2008), 36-7: “La Revolución francesa que había proclamado el derecho de propiedad como algo sagrado hizo imperativa la necesidad de reparar los daños que la administración produjera. Es una época-la segunda mitad del siglo XIX-, en la cual el Ejecutivo comienza a tener una intervención mayor en la vida de los ciudadanos y se evidencia que en algunas actividades este no difiere en su actuar - en cuanto al modo, no a los fines- a la administración privada, lo que hará que en los casos en que se produzca un daño a los particulares se aplique al Estado, y más concretamente a su administración, el derecho de los particulares, es decir, el Código Civil. Nace así la llamada teoría de los actos de gestión y su tratamiento civilista, en contraposición a los actos de autoridad en que el Estado/Potestad se reviste de la soberanía nacional conservando su inmunidad.

administración pública que llegase a causar daño a un interés particular, se desprendería la obligación de reparar las consecuencias del mismo.

La doctrina jurídica, es unánime al considerar el papel destacado que tuvo el Consejo de Estado francés en el curso de la evolución de la responsabilidad estatal.³⁹² Francia y Bélgica, fueron pioneras en la traducción de estas evolucionadas concepciones legales que fueron consolidando la existencia de responsabilidad estatal.

La fundamentación doctrinal de esta progresiva idea fue pasando por varios enfoques, entre los cuales merece destacarse la referida a las cargas públicas. Ningún ciudadano debe soportar mayor carga que otro, para que el Estado cumpla adecuadamente sus fines, en consecuencia, las cargas que sufren los ciudadanos deben ser iguales. En la circunstancia, excepcional, de que exista un desequilibrio, que un ciudadano deba soportar una carga mayor que otro, tal situación genera una responsabilidad estatal.

En esta progresión de la responsabilidad del Estado, se fueron eliminando los escollos que para su aceptación imponían las concepciones y principios civilistas, de modo tal que, la doctrina fue encontrando bases para fundamentar no sólo la responsabilidad por hechos ilícitos, propia del derecho civil, sino también la existencia de responsabilidad por los perjuicios ocasionados en actividades lícitas; superándose así la visión de los funcionarios públicos como mandatarios o representantes del Estado y concibiéndolos como sus órganos, por lo que la responsabilidad, en este caso estatal, sería de tipo directa.

El propio Duguit contribuyó a la ampliación de la consideración de la responsabilidad del Estado cuando desarrolló la teoría del servicio público; criterio que sintetizó Bertehelemy esclareciendo que: “el funcionario comete una falta de servicio

³⁹² *Ibíd.*, 37-8: La doctrina ha señalado cuatro etapas claras que marcan la evolución del reconocimiento de la responsabilidad del Estado y que permiten precisar con bastante claridad el desarrollo de la especie de responsabilidad en un determinado sistema jurídico. Evolución que tiende hacia la adopción de un principio más jurídico y menos político, que concilie los derechos del individuo con los de la sociedad, representados ya no por el Estado soberano y autoritario sino de derecho, primero y, finalmente, por el actual Estado providente y social de derecho. [...] En la etapa que culmina con la evolución, a la persona que padeció el daño como producto de la actuación del Estado, se le reconoce expresamente el derecho de actuar judicial y directamente contra este, para reclamar la indemnización del perjuicio sufrido. Este proceso se iniciará finalmente en Francia, en el siglo XIX, donde habrá de surgir con los más claros perfiles una teoría de la responsabilidad del Estado que influirá y determinará la evolución del derecho público en la Europa Continental y parte de América Latina durante casi cien años.

cuando cree cumplir su función al cometer la falta, y comete una falta personal cuando se sirve de la función para realizar la falta”.³⁹³

Resulta procedente resaltar uno de los primeros reconocimientos de índole legal de la responsabilidad estatal, la Ley Fundamental o Ley Constitucional Austriaca, en la que se dispuso la responsabilidad civil del Estado por los perjuicios causados por los órganos del poder, siempre que se causaran en forma culposa con perjuicio a los particulares, aunque sus actos se produzcan como actos de poder público. También mediante la reglamentación de 1872 se extendió la responsabilidad a las faltas de los funcionarios judiciales, aspecto que refiere López, citando a Walter Antonioli.³⁹⁴

Hasta los comienzos del siglo XX, la mayoría de los Estados europeos se mostraron renuentes al reconocimiento de la responsabilidad estatal. En Italia fue reconocida por la doctrina y la jurisprudencia en determinados casos; en 1947 pasó a ser reconocida por norma constitucional expresa.³⁹⁵

Como señala Orfale, en la evolución de la responsabilidad del Estado se ha venido dando una tendencia hacia la ampliación de dicho marco de responsabilidad, encaminada hacia una mayor protección del individuo en lo relacionado con su identidad personal, autonomía ética y condiciones materiales mínimas de existencia³⁹⁶. Estas ideas se condensan en las palabras de Mogrovejo:

En definitiva, podemos afirmar que la responsabilidad estatal se constituye en el contrapeso jurídico establecido a favor de las personas para hacer frente al ejercicio ilegítimo de *ius imperium* estatal que ha vulnerado sus derechos y ante la prestación deficiente de los servicios públicos que le ha causado perjuicios, debiendo asumir el Estado la reparación del daño causado por sus funcionarios en el ejercicio de la actividad estatal (responsabilidad directa) sin perjuicio de repetir lo pagado en contra del funcionario responsable (derecho de repetición), quedando en la responsabilidad personal de los funcionarios las conductas dañosas desarrolladas fuera de la órbita de sus funciones.³⁹⁷

³⁹³ León Duguit, citado por Jairo López Morales, *Responsabilidad del Estado por error judicial* (Bogotá: Doctrina y Ley, 2007), 55.

³⁹⁴ *Ibid.*, 62.

³⁹⁵ *Ibid.*, 63.

³⁹⁶ Nader Orfale, “Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, 55: “Es necesario resaltar que las anteriores tesis que soportaban la responsabilidad extracontractual del Estado fueron delineándose a lo largo de los sucesivos fallos producidos por los máximos tribunales del órgano judicial, sin embargo cada tesis mereció ser acogida por la jurisprudencia en diversas ocasiones, pero no en etapas definidas, sino alternándose una con otra, en una misma época, sin el predominio de ninguna”.

³⁹⁷ Diego Mogrovejo Jaramillo, “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 12. (2009): 75: “Sobre la responsabilidad en el Estado moderno podemos afirmar que desde la instauración del Estado de derecho, entendido como aquel en el cual tanto gobernantes como gobernados se encuentran sometidos al ordenamiento jurídico, las potestades públicas son ejercidas por las instituciones (órgano estructural) a través de sus funcionarios (órgano funcional),

Desde el punto de vista evolutivo ha señalado este autor que: “Para la doctrina y jurisprudencia especializada, la responsabilidad civil indemnizatoria del Estado en el Ecuador cursó un camino de evolución desde el tipo subjetivo, basada en la culpabilidad del agente, hacia el tipo objetivo, basada en el perjuicio”.³⁹⁸

Aunque estas teorías tienen un innegable interés doctrinario, las mismas en definitiva configuran elementos esenciales del Estado de derecho, lo que algunos suelen ubicar a partir de 1789 con la entrada en vigor de la Constitución norteamericana de 1787, concepción que resume la evolución de la responsabilidad del Estado.³⁹⁹

Hoy se admite el criterio de la responsabilidad, al sostenerse que la falta del funcionario o servidor público nunca estará desprovista del vínculo que lo ata al servicio público, criterio a partir del cual surge precisamente la posibilidad de brindar la más amplia cobertura en la protección del administrado, con miras a obtener una satisfactoria reparación derivada de la acción o inacción de la administración.

2. Seguridad jurídica como elemento de la responsabilidad estatal

La doctrina especializada contempla dos grandes momentos respecto de la responsabilidad del Estado, refiriéndose al primero de total irresponsabilidad de sus gobernantes y el segundo de la responsabilidad estatal (Estado de derecho).

El denominado régimen de irresponsabilidad estatal tuvo su inicio en la antigüedad y perduró hasta la Edad Media, en el cual se constata un tratamiento distinto entre la responsabilidad general por las actuaciones entre los individuos, contemplándose principios para el resarcimiento de los daños, y las responsabilidades de los gobernantes quienes ejercieron el poder sin tener que responder ante nadie, ni jurídica ni políticamente por las consecuencias de sus actos, amparándose en que el poder les era concedido mediante la divinidad, determinándose así la total irresponsabilidad pública. García Goyen y Lacruz, autores españoles, refiriéndose a la responsabilidad privada afirman que:

La pretensión resarcitoria encierra una máxima de jurisprudencia universal y se apoya en un principio eterno de justicia, que se concreta en que *sua cuique culpa nocet* (Digesto 9, 2, 5, 1) tesis procedente del Derecho de Roma que acoge el Ordenamiento

encontrándose el Estado al servicio de las personas, razón por la cual es responsable de los perjuicios ocasionados a los particulares por el desarrollo de la actividad estatal”.

³⁹⁸ Mogrovejo Jaramillo, “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”, 77.

³⁹⁹ Emilio A. Ibarlucía, *El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance* (Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 2013), 61.

Alfonsino, al sancionar que aquel que *ficiere* daño a otro por su culpa es *tenuto a fazer* emienda del (Partida VIII, Título XV, Ley 6^{ta}).⁴⁰⁰

Definidida la responsabilidad del Estado como la obligación que pesa sobre este de reparar los daños causados por el hecho ilícito o lícito proveniente de la acción u omisión de sus órganos, encontramos otro fundamento, este es el principio de igualdad ante las cargas públicas, una variante de la igualdad ante la ley, ya que nadie está obligado a soportar más exacciones o perjuicios por parte del Estado que aquellos que la ley señale expresamente como obligatorios o lícitos,⁴⁰¹ criterio compartido por el autor Miguel Hernández.⁴⁰²

Afirmamos que la seguridad jurídica existe en proporción directa y en relación inmediata y esencial al desarrollo de la responsabilidad del Estado, de los gobernantes, de los funcionarios y en general de todos los servidores públicos en relación con sus deberes al tiempo de ejercer el poder político y el poder jurídico en cualquiera de sus formas. Tal consideración ha quedado plasmada en el art. 233 de la CRE que reza: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes, o recursos públicos...”.

Se colige que la seguridad jurídica de una sociedad puede valorarse mediante la descripción del ámbito de responsabilidad del Estado, de sus gobernantes y de sus funcionarios, frente a las consecuencias de sus quehaceres.⁴⁰³

⁴⁰⁰ Florencio García Goyena y José Luis Lacruz, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* (Zaragoza: Cometa, 1974), 168.

⁴⁰¹ López Morales, *Responsabilidad del Estado por error judicial*, 89: “En otras palabras cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer supuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de la carga probatoria. Y Cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero el que lo sufre no tenía por qué soportarlo el acreedor como es apenas evidente deberá demostrar el daño y el por qué pese a ser legal la actuación de la administración no tenía por qué sufrirlo”.

⁴⁰² Miguel Hernández Terán, *La responsabilidad extracontractual del Estado* (Guayaquil: EDINO, 1992), 175: “Especial atención merece el que la responsabilidad del Estado haya sido considerada por varias Constituciones, dándole de esta forma una importancia suprema a esta asignatura. Bastantes años atrás se tenía como máximo anhelo el que la responsabilidad civil estatal sea plasmada en las leyes supremas de los Estados; los legisladores captaron este justo deseo y dieron cabida a tan sana aspiración”.

⁴⁰³ Carlos E. Colautti, *Responsabilidad del Estado* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003), 12. Por lo tanto, en aquella sociedad donde exista responsabilidad real de dirigentes políticos, de funcionarios y de servidores públicos en el ejercicio de sus actividades desarrolladas u omitidas, pero debidas, que se produzcan en la conducción del Estado, en esa misma proporción, en esa comunidad, habrá o no habrá seguridad jurídica... Esto es, a mayor responsabilidad del Estado, mayor seguridad jurídica. A menor responsabilidad del Estado por el quehacer de sus gobernantes y funcionarios, menor seguridad jurídica”.

La seguridad jurídica es el objetivo básico del Estado de derecho; sobre ella se construye la posibilidad real de libertad y justicia, por lo que, sin responsabilidad del Estado, de los gobernantes, de los funcionarios y de los servidores públicos no hay ni puede haber Estado de derecho. Es por ello que, el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución, la cual tiene que realizarse sobre la base de la existencia previa de normas jurídicas que sean de público conocimiento y cuya redacción sea lo suficientemente clara, de modo que no existan obstáculos para que las autoridades competentes realicen su aplicación.⁴⁰⁴

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el art. 82 de la CRE establece: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas, previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Para efectos de esta investigación, se consideran dos fuentes doctrinales en relación con la responsabilidad del Estado, las doctrinas civilistas y las doctrinas de derecho público. Precisamente son las doctrinas de derecho público las más fieles exponentes del principio de seguridad jurídica al cual nos venimos refiriendo, en lo que atañe a la protección de los ciudadanos en relación con las afectaciones que a su patrimonio puede ocasionarles las funciones administrativas de servicios públicos en su quehacer. El punto coincidente de estas doctrinas lo constituye el principio universal de la equidad.⁴⁰⁵

No podría hablarse de seguridad jurídica si los principios de equidad e igualdad que amparan por igual a todos los ciudadanos se vieran violentados, al no responder el Estado por aquellos daños injustos que puedan perjudicar a un ciudadano con respecto a los demás. Desde luego, podemos observar que la seguridad jurídica con relación a la responsabilidad del Estado se encuentra estrechamente vinculada con los elementos más generales del derecho.

La garantía de la seguridad jurídica no admite otra alternativa, cuando se rompe el equilibrio dado por la normatividad jurídica a causa de un daño determinado, la única solución admisible en virtud de esa seguridad es la de borrar el daño. Como hemos sostenido, tal recuperación del equilibrio nada tiene que ver con el hecho de que la actividad que resultó dañosa tuviera un carácter lícito, la fórmula no puede ser otra que

⁴⁰⁴ CRE, artículo 424.- “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del Poder Público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

⁴⁰⁵ Hernández Terán, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 34.

dejar al perjudicado libre de daño. En el momento en que una actividad lícita, inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa para determinados particulares, sacrificando sus derechos en aras del interés general, surge la responsabilidad, la obligación de atender esos daños, de repararlos.

Es evidente que a medida que crece en un ordenamiento jurídico determinado la responsabilidad del Estado, crece también la seguridad jurídica. Por el contrario, según Colautti:⁴⁰⁶ “a menor responsabilidad del Estado en relación con las actividades de los gobernantes y funcionarios se contará con menor seguridad jurídica”. En rigor la mayor seguridad jurídica derivada de una mayor responsabilidad del Estado por sus acciones significará una mayor libertad individual y una mayor justicia para la comunidad en su conjunto y para cada uno de sus integrantes.

En los Estados de derecho, actualmente existe una relación de carácter implacable entre aquellos aspectos constitucionales de la responsabilidad del Estado y las garantías de una real y eficiente seguridad jurídica. Concluimos que sin responsabilidad del Estado no puede haber seguridad jurídica, y sin seguridad jurídica la libertad y la justicia no pasan de ser meros ideales.

3. Concepto de responsabilidad

Responsabilidad es un término genérico que alude a la obligación de aquel a quien, por cualquier título, le incumben las consecuencias de un hecho dañoso. La responsabilidad se refiere, por tanto, a la posición del sujeto a cuyo cargo pone la ley las consecuencias de un hecho lesivo de un interés o voluntad protegidos.⁴⁰⁷

Según el *Diccionario esencial de la lengua española*,⁴⁰⁸ el término *Responsabilidad* es la “obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra cosa legal un daño o perjuicio”. El propio texto ha reflejado una evolución terminológica de larga data en relación con el vocablo “Responsabilidad”. Afirma Carlos Raúl Sáenz,⁴⁰⁹ que la concepción abstracta

⁴⁰⁶ Colautti, *Responsabilidad del Estado*, 12.

⁴⁰⁷ Hernández Terán, *La responsabilidad extracontractual del estado*, 14.

⁴⁰⁸ Real Academia Española. *Diccionario esencial de la lengua española* (Madrid: Espasa Calpe 2006), 1140

⁴⁰⁹ Carlos Raúl Sáenz. *Apostillas en torno al tema de la responsabilidad, Separata de Prudentia Iuris* (Madrid: El Derecho, 1983), 34-5. “Responsabilidad, en su forma abstracta, fue ajena a nuestra lengua hasta 1803; desde allí significó: la obligación de reparar y satisfacer por sí, o por otro, cualquier pérdida o daño. De reparando damnosponso. Esta versión permaneció inmutable en las ediciones de 1817, 1822, 1823, y 1837. Más adelante, el mismo autor señala: ‘Responsabilidad: obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal’. 2. cargo u

del término responsabilidad no hizo su entrada oficial en nuestro idioma hasta 1803, sufriendo varias modificaciones hasta 1917 en que aparece la versión que se mantiene hasta nuestros días.

Según Hart, citado por Velásquez,⁴¹⁰ la palabra *Responsabilidad*, en el lenguaje común, se ha identificado con cuatro significados (como el autor citado respetaremos las denominaciones en idioma inglés usadas en el original).

- *Role responsibility*: Sería la responsabilidad entendida como competencia sobre determinada esfera dada por un rol o posición social específico.
- *Casual responsibility*. Es la responsabilidad considerada como antecedente o causa de un hecho.
- *Liability responsibility*. Es la responsabilidad que se equipara al sometimiento.
- *Capacity responsibility*. Es la responsabilidad entendida como capacidad.

La responsabilidad, tal como la estamos abordando en su sentido jurídico, estaría vinculada a la segunda y tercera de las acepciones presentadas por Hart.

También Ducci ha definido la responsabilidad como la obligación de satisfacer cualquier daño o perjuicio; la situación de estar sujeto a responder a alguna cosa o por alguna persona.⁴¹¹

El profesor Alessandri⁴¹² explicaba que responsabilidad “es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”. La responsabilidad estará presente en todos aquellos casos en que una persona queda obligada a reparar el daño sufrido por otra. Tal obligación proviene de un hecho u omisión que ha provocado dicho daño mediante una relación causal. Existe un principio de derecho, en el sentido de que quien cause un daño a otro debe repararlo, lo que determina que exista una obligación indemnizatoria de perjuicios por quienes los acusen a favor de los afectados.⁴¹³

Entendido así, el principio de responsabilidad constituye uno de los más importantes del derecho público, el cual se pone de manifiesto en este campo y en la vida cotidiana de los individuos, estando su desarrollo regulado por el ordenamiento

obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado, siguiendo el mismo hasta la última edición (1917, 1956 y 1970) con lo que la evolución iniciada desde la aparición del término en 1834 parece haber concluido”.

⁴¹⁰ Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2009), 11.

⁴¹¹ Carlos Ducci Claro, “Responsabilidad civil”, en *Derecho civil, parte general* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 9.

⁴¹² Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 184.

⁴¹³ Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis, 2002), 453.

jurídico vigente. Larnaude defendió el principio de la responsabilidad del Estado en materia de error judicial, lo que es analizado por López Morales, quien refiere:

Cuando esa gran máquina que se llama Estado, cien veces más poderosa y más peligrosa que las máquinas de la industria, ha lesionado a alguien, hace que todos aquellos en interés de los cuales funcionaba cuando causó el daño, vengan a repararlo. Así lo exigen los principios de solidaridad y de mutualidad a cargo de la sociedad, como es el de que exista en la industria el riesgo profesional del patrono que recibe los beneficios de la actividad.⁴¹⁴

La concepción jurídica de la responsabilidad tiene que partir de un análisis integral de la persona humana y del derecho. El derecho está al servicio del ser humano. En palabras de Vigo:

El derecho está por y al servicio del hombre, o mejor dicho, de los hombres que integran la sociedad política, y no al servicio de los juristas, la ciencia o la autoridad. Ahí donde alguien recibió un daño que no se puede justificar, no obstante que proviene de una conducta que generalmente es lícita o que tiene su presunción o apariencia de legítima, debe reaccionar el derecho e impedirla y ponerle fin.⁴¹⁵

Surge entonces la responsabilidad como la obligación que se genera para una persona por haber causado daño o perjuicio a otra siendo capaz para responder. Si interpretamos en el sentido natural de las palabras, las normas del Código Civil Ecuatoriano de conformidad a su uso habitual, apreciamos que en la consideración de la responsabilidad se suele involucrar, como consecuencia lógica, al sujeto pasivo de esta, es decir, al responsable.⁴¹⁶ Pero la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa.⁴¹⁷ Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

⁴¹⁴ López Morales, *Responsabilidad del Estado por error judicial*, 235.

⁴¹⁵ Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al derecho* (Ciudad de México: Porrúa, 2005), 244.

⁴¹⁶ Código Civil Ecuatoriano, Ecuador. Congreso Nacional del Ecuador, *Código Civil*. Quito, Ecuador: ROS 46 de 24 de junio de 2005, última modificación: 22 de mayo de 2016, art. 1453: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injurias o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de familia”.

⁴¹⁷ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Expediente de casación n.º 229, RO 43, 19 de marzo de 2003, 20. “Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva”.

4. Tipos de responsabilidad: Contractual; extracontractual: objetiva y subjetiva

En el derecho civil, se ha llegado a conceptualizar a la responsabilidad como el deber de indemnizar económicamente por el incumplimiento de obligaciones, derivado de un contrato (responsabilidad contractual) o un ilícito que causa un daño (responsabilidad extracontractual,⁴¹⁸) que puede ser subjetiva cuando se basa en la culpabilidad del agente u objetiva cuando, por las connotaciones del daño, no se considera la culpabilidad. Al respecto, Ortíz, señala:

Llámesese responsabilidad civil —en derecho— la obligación de reparar un daño, a cargo del causante o de otro sujeto con él relacionado por un vínculo jurídico que lo obliga a la reparación del mismo daño. Esta imputabilidad puede reducirse a la culpabilidad en la responsabilidad por culpa, pero puede ser únicamente la relación de causalidad en los sistemas que prescinden de ella.⁴¹⁹

Partiendo de la concepción de responsabilidad como el reconocimiento de la existencia de una obligación jurídica, procede aclarar, en primer término, que en derecho la responsabilidad tendría dos fuentes: la que se origina en incumplimiento de los contratos (responsabilidad contractual) y la que se origina fuera de las relaciones contractuales (responsabilidad extracontractual). Con esta acepción de responsabilidad que estamos manejando, la misma se asimila con el concepto de obligación, ya que quien es responsable, en sentido jurídico, tiene una obligación a su cargo. En la doctrina, las obligaciones pueden ser clasificadas de diversas maneras, pero atendiendo a su origen las mismas pueden ser contractuales y extracontractuales, cualidades que son consecuentemente trasladadas a la responsabilidad como hemos visto en el párrafo antecedente.

⁴¹⁸ Fallo del Recurso de Casación n.º 121-07, publicado en la Gaceta Judicial 8 de 10 de septiembre de 2009: “A este respecto se ha señalado que la responsabilidad extracontractual del Estado hace parte, pese a la especialidad derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el Derecho Administrativo, de la construcción de una teoría general de la responsabilidad. Los elementos fundamentales de esta teoría, trazados desde la perspectiva del Derecho privado, han sido ya definidos por la Corte Suprema de Justicia, en múltiples ocasiones. Desde la perspectiva del derecho público, la doctrina más calificada recomienda, y así lo asume esta Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuadas al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente”.

⁴¹⁹ Eduardo Ortíz Ortíz, “La responsabilidad civil de la Administración Pública: Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública”, en *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, coordinado por Manuel Clavero Arévalo (Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1997), 778.

En la responsabilidad contractual existe una obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación convenida en un contrato. La existencia de esta responsabilidad está vinculada a que preexista una relación anterior entre el autor del daño y quien lo sufre y que el perjuicio sea causado con ocasión de esa relación.

La responsabilidad contractual se puede originar por el incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado; o cuando se ha incumplido una obligación emanada no solamente de un contrato, sino cuando se incumple obligación que emana de vínculo jurídico anterior o de la ley. En la responsabilidad extracontractual, tema de interés en esta investigación, no ha existido entre el obligado a la reparación y quien la recibe ningún vínculo jurídico por medio de contrato.

En la responsabilidad extracontractual entre la víctima y autor del daño no existe vínculo anterior, o sí existiese ese vínculo, el daño sufrido por la víctima no se origina en dicha relación anterior, sino deviene de otra circunstancia. La obligación de indemnizar a la víctima de un perjuicio no emana de un vínculo jurídico previo entre las partes. En estos casos se asume la obligación de indemnizar las consecuencias de un evento dañoso por la persona que ha cometido un daño y con la cual no existe vínculo contractual o legal. Se indemniza, por cuanto se ocasiona un daño a otra persona con la cual no existe relación jurídica anterior. Contrario a la responsabilidad contractual, Irisarri Boada afirma que:

Se habla o se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el evento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aún así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.⁴²⁰

La responsabilidad extracontractual del Estado opera sin que entre este y el administrado haya un vínculo contractual, en consecuencia, el daño no se genera de un contrato sino de una situación por la que el Estado debe responder y reparar a quien lo sufre.

⁴²⁰ Irisarri Boada, *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*, 9.

Para Mazeaud y León,⁴²¹ en la responsabilidad extracontractual o delictual “no existía ningún vínculo del derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”. Criterio del cual se puede discrepar, considerando que entre el administrado y el Estado puede existir un vínculo contractual, sin embargo, la responsabilidad extracontractual se genera por un daño que proviene de una situación diferente al contrato, lo que es acogido por Alessandri⁴²² quien define a este tipo de responsabilidad como: “la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro... No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella...”.

Concluimos, lo que caracteriza a la responsabilidad extracontractual es la ausencia de una o más obligaciones contractuales previo a la ocurrencia del daño; por lo que lo que prevalece es que jurídicamente, el Estado y la persona sean extrañas en el hecho del que se deriva el daño y que es lo que genera la obligación de repararlo.

Lo citado por Alessandri guarda relación con el fundamento de Josserand,⁴²³ puesto que afirma que: “se está en presencia de responsabilidad extracontractual cuando un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia, un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual preexistente...”; mientras que, para Marty,⁴²⁴ la responsabilidad extracontractual es: “la proveniente del delito se aplica a propósito de los daños que sobrevienen entre personas que no están ligadas por ningún contrato, entre terceros”.

Por otro lado, Rave⁴²⁵ define a la responsabilidad extracontractual como: “la que nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior”. De los conceptos doctrinarios citados, se deduce que la responsabilidad extracontractual es la obligación de asumir las consecuencias de un daño que no proviene de una relación contractual establecida con antelación a su ocurrencia.

⁴²¹ Mazeaud y León Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil contractual*, 116.

⁴²² Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, 42.

⁴²³ Louis Josserand, *Derecho civil: Teoría general de las obligaciones* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch, 1951), 291.

⁴²⁴ G. Marty, *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones* (Ciudad de México: José M. Cajica Jr., 1952), 279.

⁴²⁵ Gilberto Martínez Rave, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia* (Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1988), 12.

La responsabilidad extracontractual puede tener un carácter objetivo o subjetivo. Tal distinción resulta de interés en relación con las cargas de pruebas que puedan pesar sobre quienes pretendan recibir reparación por daños. Se considera que la responsabilidad es objetiva⁴²⁶ cuando el agente causante del daño ha actuado sin culpa ni dolo (en otros enfoques la objetividad está dada porque la existencia de dolo o culpa es irrelevante a los fines de establecer la responsabilidad). Este tipo de responsabilidad centra su atención en la existencia del daño como elemento fundamental, su sola presencia puede determinar la existencia de responsabilidad siempre que se cumplan las demás condiciones para su configuración.

La responsabilidad objetiva es de gran interés en el caso de la responsabilidad estatal, su concepción libera al perjudicado de la carga de probar que el causante del daño lo ha hecho con culpa o dolo. Por su parte, la responsabilidad subjetiva es aquella en la cual puede atribuirse culpa o dolo a la conducta del agente, ya sea esta positiva o negativa. En este caso no es la existencia del daño lo determinante para la calificación, sino la naturaleza del proceder del agente⁴²⁷. En términos generales, según Castro,⁴²⁸ el enfoque de responsabilidad subjetiva ha predominado en el derecho privado, en las relaciones entre personas naturales; mientras que la responsabilidad objetiva ha ganado terreno en el campo del derecho público.

En el caso de la responsabilidad objetiva se considera que su fundamento es el riesgo,⁴²⁹ dado que la misma surge por la creación de un riesgo por parte de una persona en perjuicio de otra. El centro de atención de la responsabilidad objetiva es la víctima,

⁴²⁶ CNJ, Resolución n.º 246-2012, Recurso extraordinario de casación n.º 139-2010: “La teoría de la responsabilidad objetiva, esto es, por responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, encontró así justificación firme en varias ideas. Por una parte, se llegó a la convicción de que ninguna de las teorías sobre la responsabilidad privada era aplicable a la responsabilidad administrativa, ni siquiera la teoría de los órganos. La tesis organicista de la división de los agentes en funcionarios, órganos y subalternos, auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa solo de la culpa de los primeros y de modo indirecto por la de los últimos, es artificiosa e inequitativa”.

⁴²⁷ CNJ, Resolución n.º 324-2013 dentro del Recurso de Casación 276-2010: “Fue así como se implantó la teoría de la responsabilidad objetiva o falla del servicio público, que es una responsabilidad directa, consistente en que se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente; no entra pues aquí a consideración necesariamente el concepto de culpa de un agente identificado, típico de la responsabilidad subjetiva de carácter civil, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima”.

⁴²⁸ Marcela Castro de Cifuentes, *La responsabilidad civil objetiva: Componente indispensable para la modernización del derecho de daños*, vol. 2 (Bogotá: Temis, 2010).

⁴²⁹ Corte Suprema de Justicia, expediente de casación 229, RO 43 de 19 de marzo de 2003. “El riesgo de la cosa es un peligro, lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva”.

ello por encima de las consideraciones en relación con el agente causante del daño el cual debe cargar con las consecuencias patrimoniales de su conducta, aun cuando la misma estuviere desprovista de intencionalidad o culpa. Cuando un acto que bien pudiera ser lícito, en el sentido de estar permitido, produce algún tipo de daño, se considera que se ha configurado una situación de ilicitud objetiva por la cual se debe responder. Tal responsabilidad no se genera porque el daño haya sido causado injustamente, sino porque ha sido sufrido injustamente, en tales circunstancias el interés del demandante predomina sobre el demandado.

La teoría doctrinaria del riesgo ha generado concepciones relacionadas con estas particularidades de la responsabilidad objetiva y subjetiva. Como quiera que sea para configurar la responsabilidad subjetiva debe mediar un elemento de antijuridicidad en la conducta del agente que provoca el daño, se han introducido los términos de “antijuridicidad formal” y “antijuridicidad material”. La primera se refiere a la violación de la norma tal y como está concebida de forma literal en el texto, es decir, se trata de la antijuridicidad en su sentido estricto. La segunda es una formulación encaminada a establecer que siempre que una conducta determinada ocasione un daño dicha conducta está imbuida de cierta naturaleza antijurídica, aún el caso de que no esté contemplada como tal en las normativas. Obviamente, la antijuridicidad material elude la necesidad de la presencia de culpa o dolo en la conducta del agente causante (o su irrelevancia, como hemos apuntado) para admitir la responsabilidad.⁴³⁰ Se determina que existe un absoluto paralelismo, incluso sinonimia, entre las concepciones de antijuridicidad material y responsabilidad objetiva.⁴³¹

⁴³⁰ Corte Nacional de Justicia, Resolución n.º 324-2013 dentro del Recurso de Casación 276-2010: “Entonces, lo que se deberá determinar para llegar a concluir que existe el deber de reparación es la presencia de los tres elementos que la doctrina especializada ha identificado: el daño, el nexo causal y el título de imputación. Es válido afirmar que si falta uno de estos elementos, el deber de reparar nunca se presenta; es decir, que el régimen de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado se fundamenta en la verificación de los elementos que quedan señalados, debiendo el juzgador analizar los elementos probatorios que configuren la existencia del daño, del nexo causal entre el que causa el hecho dañino y la víctima, y la imputación jurídica de ese hecho a su causante; solo así nacerá la obligación del Estado para reparar íntegramente los perjuicios irrogados al particular. Queda claro, entonces, que la responsabilidad objetiva del Estado debe soportarse en los medios probatorios que conduzcan a determinar los elementos que componen el régimen; y, la carga de la prueba, obligadamente está en manos del demandante”.

⁴³¹ Ibarlucía, *El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance*, 55.

5. Elementos de la responsabilidad extracontractual

5.1. El daño

El daño es uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial, y en orden, es el primero que debe ser analizado considerando que sin daño no hay responsabilidad, sin daño no hay deber de reparar.

Hinostrosa en el prólogo del libro *El daño*, de Juan Carlos Henao⁴³² afirma que: “El daño es el verdadero factor o elemento fundamental de la responsabilidad, y sobre todo, es el punto de partida de toda indagación, ora judicial, ora académica, relativa a la obligación resarcitoria”, de ello se deduce que el daño es uno de los elementos de la responsabilidad, y que el daño debe ser resarcible, como así lo sostiene Hinostrosa al afirmar que: “Para plantear la responsabilidad y enfocar más certeramente la cuestión, a mi juicio, es preferible hablar de daño resarcible, lo que quiere decir la presencia de un daño cierto, su reconocimiento jurídico, por ende, es resarcible, que es, en últimas, de lo que se trata”. Por ello, no basta con la existencia del daño, sino que además se requiere que este tenga atribuida una característica o un presupuesto de reparable para que se pueda imputar la responsabilidad.

En palabras de Kiper⁴³³ “el daño susceptible de reparación no es cualquier menoscabo que sufra la persona, sino aquel al cual el derecho le asigna tal calidad”; para este autor el daño debe ser jurídico, esto es, que el daño por sí solo no siempre merece ser reparado.

La CSJ del Estado colombiano⁴³⁴ ha sostenido que: “dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya transcendencia fija el ordenamiento”, lo que conlleva a que no hay responsabilidad, si no se ha demostrado el daño, y ante eso resulta inoficiosa cualquier acción reparatoria. Es precisamente la doctrina y jurisprudencia colombiana las que han desarrollado esta teoría, sosteniendo bajo la simple lógica de que una persona no puede ser beneficiada cuando no ha sido dañada, caso contrario se la enriquecería sin justa causa.⁴³⁵

⁴³² Juan Carlos Henao, *El daño* (Bogotá: UEC, 1998), 17.

⁴³³ Claudio M. Kiper, *Proceso de daños* (Buenos Aires: La Ley, 2010), 1.

⁴³⁴ Corte Suprema de Justicia colombiana. *Sentencia emitida por la Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968. Juez Ponente Fernando Hinostrosa*. Bogotá, Colombia: G. J., T.CXXIV, n.º 2297 a 2299.

⁴³⁵ Henao, *El daño*, 36: “Si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería, sino que iría a enriquecerla sin justa causa”.

Cuando se define que el daño es el primer elemento de la responsabilidad, se trata precisamente de establecer el orden de análisis de los elementos que configuran la responsabilidad, esto es, que el daño debe ser estudiado, previo a la imputación y a la justificación de por qué debe repararse, que son claramente los otros elementos de la responsabilidad. Lo señalado tiene sentido, considerando que en materia de responsabilidad del Estado puede existir falla en el servicio sin daño, lo que genera que no se produzca la responsabilidad; y, en cuyo caso, sería inoficioso hablar de la falla del servicio si al final no se configura la responsabilidad, he ahí la importancia del orden de estudio de sus elementos.⁴³⁶

Otra regla fundamental se basa en que el daño si bien es uno de los requisitos indispensables para configurar la responsabilidad, no es suficiente por sí solo, puesto que requiere de otros elementos para que se declare. Lo que en palabras de Henao significa que: “el daño es un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, pero cuya sola presencia no convierte, de suyo, a quien lo sufre en acreedor de una indemnización”.⁴³⁷

Pero coincidimos en que el daño debe ser probado para ser reparado. Kiper⁴³⁸ establece: “El damnificado debe probar la existencia del daño”, lo que coincide con Henao⁴³⁹ quien afirma lo siguiente: “el daño debe ser probado por quien lo sufre...”; por lo tanto, el agraviado no puede únicamente hacer alegaciones del daño, atribuyéndole notoriedad o presunciones, cuya probanza se encuentra sustentada en la ley y le corresponde al demandante demostrar su existencia, so pena de no ser reparado. Lo que no deja dudas a que la ley pueda contemplar ciertas presunciones que no requerirán de mayor probanza para la comprobación del daño.

Otra de las reglas atribuibles al daño como elemento de la responsabilidad, es que este debe ser indemnizado plenamente. Esta premisa parte de la idea de que la persona debe volver al estado anterior a la ocurrencia del daño, es decir, “como si el daño nunca hubiere ocurrido”;⁴⁴⁰ esto tiene relación con un principio general del derecho: “enriquecimiento bajo causa justa”, así pues, si la víctima se indemniza por encima de lo que realmente se le causó, se estaría produciendo un enriquecimiento

⁴³⁶ Consejo de Estado colombiano, Sección tercera, 2 de octubre de 1996. Ponente: Dr. Carrillo Ballesteros. Expediente 11337: “En estas condiciones, no habiéndose acreditado dicho presupuesto ontológico (el daño) de la responsabilidad deprecada, inútil resulta entrar en el análisis de los demás elementos de esta”.

⁴³⁷ Henao, *El daño*, 38.

⁴³⁸ Kiper, *Proceso de daños*, 5.

⁴³⁹ Henao, *El daño*, 39.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*, 41.

injusto, o si se indemniza por debajo de lo que merece por el daño, se estaría provocando un empobrecimiento sin una causa justa. En contraposición a esta regla, en algunos países de derecho anglosajón se puede, sin ningún problema, favorecer a la víctima con una indemnización por encima del daño.

Por otro lado, es necesario citar a Mayo y Prevot⁴⁴¹ quienes consideran que: “el daño tiene un elemento sustancial constituido por el hecho físico, que representa su núcleo interior, y otro de corte formal proveniente de parámetros jurídicos-axiológicos: su injusticia”; así pues, la prueba de la justicia del daño es esencial para que el daño pueda ser indemnizado, por lo que verificado el hecho dañoso se hará un juicio de valor sobre la injusticia del menoscabo con la finalidad de probar que el daño es indemnizable. Sobre esto Claudio Kiper⁴⁴² afirma que: “es necesario que el actor acredite el bien alterado por el suceso nocivo y la calidad de la que deriva su interés”, siendo así que el juez como operador de justicia debe valorar si la conducta dañosa contrapone al ordenamiento jurídico, eso es en último orden, si está justificada para que el daño pueda ser resarcido.

En el ámbito estudiado, esto es, la prueba de la injusticia del daño, De Lorenzo⁴⁴³ analiza que a diferencia de la responsabilidad extracontractual cuando se analiza el incumplimiento contractual “no se exige recurrir a parámetros valorativos del comportamiento para corroborar la injusticia del daño”, puesto que considera que la injusticia del daño viene atribuida o mejor dicho subsumida en el incumplimiento del contrato. Esto solo para ilustrar la diferencia entre ambos tipos de responsabilidad en cuanto a la justificación del daño.

Ahora bien, es preciso establecer que la indemnización del daño no depende de la acción procesal. En legislaciones, como la colombiana⁴⁴⁴ hay varias acciones para obtener la reparación del daño producido por la administración pública, en la que dependiendo de la causa se escoge la acción a seguir. Contrario a Colombia, el derecho

⁴⁴¹ Jorge Mayo y Juan Prevot, “La carga de la prueba en los juicios de daños y perjuicios”, *RCyS* 9, n.º 8 (2007): 22.

⁴⁴² Kiper, *Proceso de daños*, 17.

⁴⁴³ Federico de Lorenzo, *El daño injusto en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995), 84.

⁴⁴⁴ Henao, *El daño*, 79: “Si el daño es causado por un acto administrativo, la acción será de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.); si el daño es causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos, la acción será de reparación directa (art. 86 C.C.A.); si el daño, finalmente, proviene de un contrato, la acción será la de controversias contractuales (art. 87 C.C.A.)”.

francés contempla que cuando se causa un daño la acción o el recurso será siempre el pleno contencioso.

Sobre ello, Bruno Lasserre⁴⁴⁵ comenta que: “el recurso contencioso es sumamente amplio: es el único que se puede ejercer, sin que haya lugar tomar en consideración la naturaleza de las pretensiones del demandante”. Con ello se entiende que, entre otras razones para poder acudir al juez se requiere primero haber acudido anteriormente a la administración, esto es, agotar la vía administrativa, en las legislaciones que así lo determinan expresamente, que no es el caso de Ecuador según lo contenido en el art. 173 de la CRE de 2008.

Los dos esquemas procesales, referentes a la reparación del daño, ayudan a determinar que, en el primero, el colombiano, la acción depende de las pretensiones; mientras que, en el segundo, el derecho francés, se busca la reparación sin tener en cuenta ni la naturaleza de las pretensiones ni la causa del daño. En el derecho francés precisamente se sustenta la premisa efectuada: el daño no depende de la acción procesal.

En contraposición a ello, en palabras de Henao,⁴⁴⁶ “en Colombia hay diferentes acciones, que se identifican por la causa o la fuente del daño, lo que genera inestabilidad jurídica en desmedro del derecho sustancial y de los derechos de la propia víctima”, lo que hace concluir que los problemas generados por ese sistema procesal pueden ser superados aplicando un sistema como el contemplado en el derecho francés, el que concuerda de manera general con la acción reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, considerando que el daño debe ser reparado de manera plena atendiendo a su naturaleza y las circunstancias que lo rodean, más no dependiendo de la acción procesal.

Es oportuno resaltar algunas definiciones del daño; una de las más conocidas dice que daño “es la alteración negativa de un estado de cosas existente”. Para Tamayo⁴⁴⁷ el “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”. Por otra parte, el jurista Díez-Picazo,⁴⁴⁸ atribuye que el daño es “la destrucción, los menoscabos ocurridos en los bienes materiales, cuya propiedad o cualquier otro derecho real pertenezca a un determinado sujeto y que, por tanto, se encuentran en su patrimonio”.

⁴⁴⁵ Bruno Lasserre, *Recursos* (París: Enciclopedia Dalloz, 1985), 85.

⁴⁴⁶ Juan Carlos Henao, *Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*, en *Congreso Internacional de Derecho Público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio* (Bogotá: UEC, 1997), 727.

⁴⁴⁷ Javier Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª. ed. (Bogotá: Legis, 2007), 326.

⁴⁴⁸ Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid: Civitas, 1999), 307.

En cambio, Henao⁴⁴⁹ resume que daño “es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”, aunque su definición la hizo con anterioridad a Díez-Picazo, siendo la más acertada.

Teniendo como fundamento las definiciones de varios tratadistas, se concluye que daño es la alteración de una situación existente previo a su ocurrencia, que incide negativamente en el patrimonio de la víctima. Entendiéndose como patrimonio todos los derechos materiales o inmateriales.

Por otra parte, además de definir al daño, es necesario establecer las condiciones del daño o en otras palabras los elementos que son necesarios para que exista el daño. Rougevin-Baville⁴⁵⁰ enuncian que: “para que el perjuicio sea indemnizable, debe ser personal, directo y cierto”. Sin embargo, el daño directo se relaciona a un problema de imputación relacionado al nexo causal, lo que no es relevante en cuanto a las condiciones para establecer la existencia del daño, lo cual antecede al análisis de la imputación, y por ello a continuación se pasa a estudiar el carácter personal y cierto del daño.

El carácter personal del daño se ampara en uno de los principios de la responsabilidad: para que una persona pida reparación es necesario que el daño sea sufrido por ella. Si bien es cierto es un apartado muy simple, que requiere del análisis de algunas consideraciones. El fallo *Lassalle-Barrere*, fue la base para que el profesor Morange anunciara el carácter personal del daño, cuando hace referencia a los perjuicios causados a terceros por la muerte de una persona, afirmando que: “puede solicitarse indemnización por el hecho de la muerte o de la invalidez, cuando le causa un perjuicio personal, sin importar los nexos de parentesco con la víctima”⁴⁵¹, por ello se requiere que el carácter personal del daño es puro y sólo es necesario que el hecho dañoso se haya ocasionado a quien esté solicitando su reparación. Richer⁴⁵² hace un análisis sobre el carácter personal del daño estableciendo que:

La doctrina lo considera como una condición de fondo de la existencia del derecho a reparación. Sin embargo, los requisitos de fondo y los procesales no son correctamente diferenciados por la jurisprudencia, puesto que normalmente quien no ha sufrido un daño personal no está legitimado para actuar. Ello es particularmente claro en materia de daño a bienes, en donde debe establecerse la relación entre la naturaleza del daño y los derechos del demandante sobre el bien afectado. También

⁴⁴⁹ Henao, *El daño*, 84.

⁴⁵⁰ Michel Rougevin-Baville, *La responsabilidad administrativa* (París: Les Fondamentaux, 1992), 139.

⁴⁵¹ Nota en Consejo de Estado. (1952). *Lassalle-Barrere*. Fallo de 25 de enero de 1952.

⁴⁵² Laurent Richer, *Perjuicio reparable* (París: Puissance Publique, 1992), 46.

ocurre lo mismo en materia de perjuicios de rebote en los que se plantea el problema de determinar si el demandante invoca un daño personal o si su daño no es más que el reflejo de aquél que ha sufrido la víctima directa, y en los casos de afrenta a intereses colectivos.

Este carácter personal está presente cuando el accionante de la reparación hace una relación entre el daño padecido con los derechos que tiene sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo jurídicamente establecer la titularidad jurídica sobre dicho bien afectado. Esta premisa tiene relación con un concepto en materia de daños que sostiene De Cupis⁴⁵³ “lo que el derecho tutela, el daño vulnera”, en conclusión quien demanda la reparación de un daño debe probar que tenía el derecho por el daño causado, como requisito *sine qua non*, en efecto, debe establecer que hubo lesión a su patrimonio.

El carácter personal del daño suele confundirse con la legitimación activa en la causa, pero se afirma que el daño es personal y por ello requiere que quien lo sufre reclame su reparación. A esta aseveración, Henao⁴⁵⁴ agrega que “salvo prueba de que el título que sustenta el derecho para obtener la indemnización del daño es ilegal”. Tras haber estudiado la regla del carácter personal del daño, es necesario establecer brevemente que la ilustración del carácter personal del daño será definida de acuerdo a la forma en la que conciba quien está legitimado, esto es, con qué objetivo reclama la indemnización.

La forma tradicional en la que operó la responsabilidad fue transformándose, en un principio suponía que solo las personas naturales de forma individual podían reclamar reparación por un daño, para luego superarse tal acepción y permitirse el uso de la figura de las personas jurídicas o personas naturales en representación de derechos colectivos, por lo que el interés personal del daño dependerá de dos hipótesis: si se pide para sí mismo o para otro.

La petición para sí mismo es la forma tradicional en materia de responsabilidad por daños, para lo cual únicamente se requiere que la persona que reclama reparación demuestre en el proceso que se le lesionó un interés de su titularidad, sin que importe que sea persona natural o jurídica. Además, no importa la forma en la que se presente la persona al proceso, siempre que demuestre que dicha forma le permita alegar la

⁴⁵³ Adriano de Cupis, *Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. Ángel Martínez Sarrión, 2ª. ed. (Barcelona: Bosch, 1970), 109.

⁴⁵⁴ Henao, *Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*, 104.

existencia de un daño personal.⁴⁵⁵ En cambio, la petición para otro, consiste en plantear una solicitud de un resarcimiento que no es propio sino colectivo, por lo tanto, el carácter personal del daño se ve ensanchado, debido a que no siempre se debe buscar indemnización de un perjuicio individual, sino también la reparación de un daño que no siempre tiene tal característica. En este tipo de peticiones es evidente que existen derechos colectivos lesionados.

Una vez analizado el carácter personal del daño, profundizaremos en el estudio de su carácter cierto. Para ello, es necesario empezar citando a Chapus⁴⁵⁶ quien afirma que: “las jurisdicciones han planteado el principio, según el cual el daño cierto es el perjuicio actual o el futuro, a diferencia del eventual”. Por ende, para que exista responsabilidad es necesario que el daño se haya generado, esto es, que sea cierto más no genérico o hipotético, sino específico: “una afectación que sufre una persona determinada en su patrimonio”.⁴⁵⁷ El carácter cierto del daño es el primer elemento de responsabilidad civil y según la doctrina el perjuicio debe ser real y efectivo para ser reparable, es decir, no puede ser contingente o especulativo, puesto que, de ser así, no habrá lugar a la indemnización, considerando que si el hecho que se presume dañoso no es cierto, se podría decir que cualquier suposición sería causa de reparación, creándose una inseguridad jurídica.

Sin la existencia del perjuicio, no pasa de ser una mera especulación, no habrá lugar a indemnización alguna, pues no habría nada que reparar y por simple sustracción de materia solo quedaría la no declaratoria de responsabilidad, es decir, si el hecho reputado como daño, no aparece como cierto, y está basado en conjeturas y suposiciones, no dará lugar a indemnización, “ya que solo el daño cierto y no el contingente, crea en cabeza de un individuo el derecho a ser reparado integralmente”.⁴⁵⁸

Concluimos, para que una persona pueda reclamar por un daño que se le ha causado, este debe tener el carácter de personal y cierto, esto es, que debe ajustarse a derecho (licitud) y que los hechos que hagan presupuestar la existencia del daño, deben

⁴⁵⁵ Consejo de Estado. Demanda del señor Baileul, actuando tanto en nombre personal como de representante legal de sus cuatros hijos menores. (31 de marzo de 1971). “Se observa que la persona que pide para sí indemnización de un daño debe identificar el título que le sirve para desatar su derecho y privarlo, con la advertencia de que, naturalmente, no solo puede pedir para sí sino a nombre de su representado”.

⁴⁵⁶ René Chapus, *Derecho administrativo general* (París: Montchrestien, 1985), 507.

⁴⁵⁷ Consejo de Estado de Colombia, sección tercera, 19 de octubre de 1990. Exp. 4333.

⁴⁵⁸ David Alejandro Peñuela, “Una definición más omnicompreensiva del elemento daño”, *La República* (Bogotá), 21 de enero de 2013, 1.

ser ciertos y coherentes, siendo esto suficiente para que la persona tenga derecho a la reparación por el daño que se le ha causado.

5.2. Imputación del daño

La imputación del daño es el segundo elemento que configura la obligación de reparar, en virtud de la responsabilidad extracontractual del Estado. La imputación para Juan Carlos Henao⁴⁵⁹ es “la atribución jurídica de un hecho a una o varias personas, que en principio tienen la obligación de responder”. Es importante determinar que la imputación se estructura sobre quien ha resultado causante del hecho que provocó el daño.

Jurisprudencialmente se ha reconocido que la imputación tiene relación con el servicio prestado por la administración pública, esto es, la atribución jurídica que se hace al Estado porque el daño se produjo por un deficiente servicio público.

La imputación, tal como lo cita el profesor Juan Carlos Henao, es la respuesta a la interrogante de ¿Quién debe responder? y para contestarla es preciso analizar si la acción u omisión de la administración pública tuvo algún vínculo con el servicio, es decir, si dicho nexo se evidencia, la administración debe responder y si no se presenta dicho nexo, la administración no debe responder. El Consejo de Estado de la República de Colombia⁴⁶⁰ ha considerado que:

La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que este se hace responsable de su reparación, pero esta atribución solo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios solo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público.

El Consejo de Estado Colombiano, ha sostenido que la imputación es la que permite atribuirle al Estado el daño causado a una persona que no tiene la obligación jurídica de soportarlo. Además, analiza acertadamente que la imputación no se deriva de una causalidad material, puesto que la atribución del daño no solamente se deriva de la

⁴⁵⁹ Henao, *El daño*, 41.

⁴⁶⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 16 de Septiembre de 1999, Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXIX, número 338, 251.

falla en el servicio, sino también puede devenir de un riesgo excepcional o de la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Para Irisarri Boada:⁴⁶¹ “Imputar —para nuestro caso— es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último”. En consecuencia, la imputación es la atribución del daño al Estado, la cual depende de que se haya causado derivada de la acción o la omisión en la prestación de un servicio público, cuando se atribuya por la falta o prestación deficiente del mismo; en su caso, cuando se atribuya por el riesgo creado de actividades peligrosas o cuando se deriva de una inequitativa distribución de las cargas públicas. Recientemente, el Consejo de Estado colombiano⁴⁶² ha puntualizado que:

La imputabilidad consiste pues en la determinación de las condiciones mínimas necesarias para que un hecho pueda ser atribuido a alguien como responsable del mismo. Con el objeto de que deba soportar las consecuencias. De allí que el elemento necesario para la imputación del daño es la existencia del nexo causal entre la actividad (lícita o no) o la omisión de la autoridad pública (artículo 90 CP) y el daño antijurídico que se reclama.⁴⁶³

En el fallo citado, el concepto de imputabilidad radica en atribuirle al Estado el daño bajo ciertas condiciones mínimas, que no las describe, pero que guardan relación a la causalidad traducida en que el daño antijurídico debe provenir de una actividad lícita (falla en el servicio, riesgo excepcional o ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas).

5.3. Nexo causal

Para establecer dicha imputación al Estado: “es necesario que se presente el nexo con el servicio, es decir, que la actuación del agente, generadora del daño tenga relación, o esté atada con un servicio a cargo del Estado”.⁴⁶⁴

Habiendo definido a la imputación, es necesario determinar aquellas circunstancias en las cuales se está en presencia de tal nexo. En la sentencia del Consejo de Estado del 17 de julio de 1990, el ponente Dr. Gustavo de Greiff Restrepo cita a

⁴⁶¹ Irisarri Boada, *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*, 78.

⁴⁶² Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 3 de Febrero de 2000, Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp 14.787.

⁴⁶³ Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 17 de Julio de 1990. Magistrado Ponente; Gustavo de Greiff Restrepo. Anales del Consejo de Estado, t. CXX, Pág. 31.

⁴⁶⁴ Irisarri Boada, *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*, 79.

Henao, quien a su vez analiza al francés Douc Rasy y plantea una serie de interrogantes sobre las cuales establece las siguientes circunstancias del nexo:

Si se acredita que el daño fue causado o en horas del servicio —nexo temporal—, o en el lugar del servicio —nexo espacial—, o con instrumentos del servicio —nexo instrumental—, o con deseos de ejecutar el servicio o con impulsión del mismo, o si todos estos se presentaron, habrá un nexo con el servicio y esto significa que se dará el requisito de la imputabilidad, es decir, atribución del daño al Estado y, por tal razón, el Estado deberá responder por el daño causado.

Para considerar el nexo como requisito para la imputación del daño al Estado, se deberá observar si la actuación está o no vinculada con el servicio, lo que conllevará a individualizar cada uno de los casos en que el daño le es imputable y en consecuencia, si el Estado está en obligación de repararlo.

6. Teorías que sustentan el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado

El fundamento de la responsabilidad del Estado se sustenta en diferentes teorías aportadas por doctrinarios. Sin embargo, a efectos de este trabajo se ha considerado analizar las que han sido acogidas por los jueces en el Ecuador y que son las siguientes: a) Teoría de la falta del servicio; b) Teoría de riesgo excepcional; y, c) Teoría de la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

6.1. Teoría de la falta de servicio

Esta teoría sostiene que “el Estado es responsable porque está obligado a brindar servicios públicos de calidad y no defectuosos”,⁴⁶⁵ y que por lo tanto los particulares tienen derecho a reclamar una indemnización siempre que el daño provenga de la falta de servicio. Los daños se producen cuando el Estado mediante sus instituciones designadas, por acción u omisión incumple su deber de otorgar servicios públicos eficientes a los particulares, de vital importancia para su desarrollo y buen vivir, generando una responsabilidad de carácter objetiva fundada en una falta del servicio.

Esta teoría tiende a “limitar la responsabilidad del Estado a los supuestos del obrar irregular y no reconocer la responsabilidad de la administración pública en los casos de actividades legítimas del Estado que puedan provocar daños a los

⁴⁶⁵ Oscar González Molina, *Responsabilidad del Estado* (Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, 2006), 8.

administrados”.⁴⁶⁶ Sin embargo, también se han establecido otras críticas a esta teoría, como aquella que considera que la gradación de las faltas permitiría excusarse de responsabilidad al Estado, debido a que se requiere de una gravedad requerida para comprometer la responsabilidad Estatal, así también, cuando se requiere a la víctima probar la falta de servicio, lo cual en algunos casos se hace imposible; y bajo los fundamentos de esta teoría, tampoco se ha resuelto del todo si hay responsabilidad cuando la administración causa daño mediante actos lícitos, lo que sí ha sido reconocido en la teoría del riesgo excepcional.

No por las críticas que se han efectuado sobre la falta de servicio, como teoría de imputación de responsabilidad, se puede desconocer la importancia que ha tenido en el desarrollo de la responsabilidad del Estado en el derecho administrativo. La teoría de la falta de servicio encuentra su origen en el derecho francés; donde evidentemente ha tenido una relevancia la jurisprudencia, en cuanto al trabajo de independizar a la responsabilidad del Estado.

Esteban Carmona⁴⁶⁷ cita que en el ordenamiento jurídico francés “es donde por primera vez se encuentra la utilización del término, ya con un carácter de tipo funcional”, lo que hace importante analizar brevemente algunos de los fallos más relevantes que resultaron del Consejo de Estado de Francia en relación con esta teoría.

El fallo Blanco dictado el 8 de febrero de 1873 constituyó el punto de partida del sistema de responsabilidad del Estado, considerando que en él se afirma la autonomía del derecho administrativo, respecto a las reglas dadas por el derecho civil, puesto que el Tribunal de Conflictos, con el caso Blanco, ni la justicia ordinaria, ni la jurisdicción contenciosa administrativa asumían la competencia, por lo que diferenció las responsabilidades civiles de las propias del servicio público “bajo un criterio distribuidor de competencias”.⁴⁶⁸ En este sentido la magistratura señaló:

Los tribunales ordinarios son radicalmente incompetentes para conocer de todas las demandas entabladas contra la administración por causa de servicios públicos, cualquiera que fuere su objeto y aun cuando ellas no tiendan a hacer anular, reformar o interpretar los actos de la administración por la autoridad judicial, sino simplemente a

⁴⁶⁶ Leandro Passarini, *Responsabilidad del Estado con referencia a la actividad jurisdiccional* (Rosario: Universidad Abierta Interamericana, 2004), 6.

⁴⁶⁷ Esteban Carmona Quintana, *La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador* (Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2015), 209.

⁴⁶⁸ José Miguel Valdivia Olivares, “Nuevas fronteras de la falta de servicio”, *Gaceta Jurídica*, n.º 301 (2005): 9.

hacer declarar contra ella con donaciones pecuniarias de reparación de los daños y perjuicios causados por sus operaciones.⁴⁶⁹

Este fallo denominado Arre Blanco, permitió la elaboración de una teoría distinta a la civilista, que distinguiera la falta de servicio, de la falta personal del servidor, constituyéndose en el punto de partida de lo que sería la evolución de las teorías de la responsabilidad del Estado. No obstante, no fue el único, el 30 de julio de 1873 se emitió el fallo denominado Pelletier, en el que el Tribunal de Conflictos “distingue entre dos culpas; la culpa personal que será conocida por los tribunales ordinarios de justicia y la falla del servicio, donde el llamado a conocer será un tribunal de tipo administrativo”⁴⁷⁰. De esta manera, se concibió lo siguiente:

La culpa personal es concebida como aquella que se desprende tan completamente del servicio que el juez ordinario puede constatarla, sin por ello entrar a apreciar el funcionamiento mismo de la administración. La falta de servicio al contrario es un hecho del agente tan ligado al servicio que su apreciación por parte del juez común automáticamente implica una apreciación del funcionamiento del servicio.
471

Fue precisamente el fallo Arret Pelletier el que planteó lo injusto de hacer soportar personalmente al funcionario. Una vez que se han expuesto los dos principales fallos que originaron la teoría analizada, es necesario exponer los siguientes casos en los que se considera que hay falta de servicio, a decir de González Molina⁴⁷² podemos citar que:

1. El servicio ha funcionado mal, por ejemplo: las negligencias médicas en hospitales públicos, accidentes ocasionados por vehículos públicos, etc.
2. El servicio no ha funcionado, por ejemplo: un hospital donde no se brinda atención a un paciente y a consecuencia de esto fallece.
3. El servicio funcionó tardíamente, por ejemplo: una ambulancia llega tarde a atender a una víctima y esta muere.

Sobre lo expuesto, refiere Ochoa⁴⁷³ que es importante tener en cuenta, que cuando existe deficiencia o falta en la prestación del servicio público y la conducta es indeterminada, deberá establecerse la causa material objetiva de estas circunstancias que

⁴⁶⁹ Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa* (Bogotá: Librería del Profesional, 2000), 2.

⁴⁷⁰ Carmona Quintana, *La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador*, 210.

⁴⁷¹ Long, Weil, Braibant, Delvolvé, Genevois, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, 2.

⁴⁷² González Molina, *Responsabilidad del Estado*, 18.

⁴⁷³ Guillermo A Ochoa Rodríguez, *La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcance y efectos en nuestra legislación* (Quito: UASB-E, 2012) 87.

convergió en el daño al accionante. “Cuando sea el caso de falta o deficiencia en la prestación del servicio público, habrá de identificarse al funcionario o funcionarios públicos responsables por dolo o culpa. En cuanto a la relación de causalidad que debe existir entre la falta o deficiencia y el perjuicio, debe ser directa y no concomitante, es decir, que únicamente el perjudicado debe realizar el correspondiente reclamo”.

La teoría de la falta de servicio⁴⁷⁴ permitió hacer efectiva la aplicación de la falta o culpa civil en el ámbito del derecho administrativo, considerando que la teoría civilista no permitía resolver apropiadamente el problema, porque para que el derecho civil pudiera hacerlo era necesario la existencia de un funcionario culpable, es decir, de un sujeto que individualmente pudiera ser imputable por el hecho, acto u omisión que diera origen a la responsabilidad. De ello se entiende, que para la teoría de la falta de servicio no importaba el funcionario culpable, por cuanto bajo su fundamento se puede imputar responsabilidad al Estado, aun cuando no pudiera ser atribuida a algún funcionario.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se registra el fallo jurisprudencial⁴⁷⁵ en el que se desvincula la responsabilidad estatal de la concepción civil extracontractual

⁴⁷⁴ En el auto de aclaración emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia del Ecuador, dentro del proceso N° 62-2005, se indicó que: “*cuando se analiza la falla de un servicio de la que se desprende la responsabilidad extracontractual del Estado se atiende el defecto funcional y sistemático*”.

⁴⁷⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia: Gaceta Judicial Serie XVIII Nro. 4. Actor: Florencio Antonio Andrade Medina por sus propios derechos y en calidad de padre del menor Juan Pablo Andrade Bailón en contra de CONELEC, EMELMANABÍ y PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: “[...] El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente[...]De tal forma que en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entienda que el interés individual deba ceder a ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igual material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto[...]Por ello cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado. Por esta razón, el art. 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar ilícito o lícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad del Estado en el evento de que cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento[...] [...] En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea relevante en el sistema de responsabilidad, pues como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (art. 20 de la Constitución Política), la calificación de culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados. En este punto es preciso aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecua tampoco a la idea de culpa presunta, propia por ejemplo de las actividades de riesgo o de la responsabilidad de actos de tercero[...] La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa [...] la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas. Se trata entonces de

originada por la deficiente prestación del servicio público (descarga eléctrica) que causó graves perjuicios a un menor de edad (no tenía el deber jurídico de soportar). En este caso el Estado fue condenado a pagar mediante un fidecomiso la cantidad de trescientos quince mil trescientos doce 32/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, por concepto de indemnización, constituyéndose este en el precedente inicial que excluye la responsabilidad civil extracontractual para reconocer la responsabilidad objetiva y sujeta al derecho público en el ámbito contencioso administrativo.

6.2. Teoría del riesgo excepcional

Esta teoría encuentra su fundamento en una actividad que conlleve un riesgo de naturaleza excepcional y este se concrete, y como consecuencia debe responder por el daño causado, por la denominada actividad peligrosa. En palabras de González Molina⁴⁷⁶ su fundamento se basa en “la actividad realizada por medio de sus órganos, que crean siempre la existencia de un posible riesgo y en caso de que se verifique este, nace la responsabilidad estatal, aunque los funcionarios del Estado hayan sido diligentes y no hayan incurrido en ninguna falta”, por ello se deduce que la teoría del riesgo excepcional nace como un complemento a las falencias que presentaba la teoría de la falta de servicio. La única crítica que ha presentado esta teoría es el posible mal aprovechamiento que pudieran hacer los administrados para beneficiarse de la responsabilidad del Estado.

El origen de la teoría del riesgo excepcional es de fuente jurisprudencial y se remonta en Francia, donde el Consejo de Estado al 13 de Julio de 1993, al analizar la responsabilidad por la realización de obras o prestación de servicios públicos sostuvo lo siguiente:

una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados[...]Nadie está obligado a asumir un sacrificio individual sin mediar un deber constitucional que se lo haya impuesto [...] demostrado el daño indemnizable resta únicamente determinar la vinculación en una relación de causa-efecto de la actividad pública que se trate con el referido daño[...] En este sentido las instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias[...]si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor, caso fortuito, por el hecho de tercero o por culpa de la víctima [...] Cuando se alega que el Estado ha incurrido en responsabilidad extracontractual por deficiencia en la prestación de los servicios públicos[...] se evalúa un defecto sistémico, funcional de la actividad pública (que, se insiste, se efectúa a través de los actos, hechos y contratos)[...] sin determinación de ninguna clase porque se los presupone para toda prestación de un servicio público como actividad pública, cuya deficiencia funcional se sostiene ha causado un daño indemnizable. [...] Al entrar en materia de indemnizaciones esta Sala invoca la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 63.1 dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad sobre Derechos Humanos, ha sido establecida, de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el pago de una justa indemnización [...]”, 1618-26.

⁴⁷⁶ González Molina, “Responsabilidad del Estado”, 21.

Responsabilidad por el riesgo excepcional. Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un "riesgo de naturaleza excepcional" que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.⁴⁷⁷

Esta obligación de reparar los daños encuentra un nuevo fundamento en esta teoría de riesgo excepcional, buscando cubrir los resquicios que se pueden encontrar en el régimen de responsabilidad del Estado. En concordancia a lo citado, el Consejo de Estado Colombiano en múltiples fallos ha indicado que:

En relación con la cuestión de fondo, es necesario señalar que en tratándose del caso de daños producidos por redes de energía eléctrica, tanto la doctrina como la jurisprudencia han indicado como fundamento de responsabilidad estatal la teoría del riesgo excepcional, supuesto de responsabilidad objetiva, de cuya declaración solo se libera la administración si logra demostrar la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, elementos estos que hacen desaparecer la relación de causalidad entre el hecho o la omisión y el daño causado.⁴⁷⁸

Es importante destacar que para el Consejo de Estado colombiano, no todo riesgo excepcional puede ser objeto de responsabilidad estatal y destaca esas excepciones, como el elemento de fuerza mayor, que es una característica general de eximente de responsabilidad, así como también la culpa exclusiva de la víctima, la que deberá ser en grado máximo, puesto que una culpa moderada no puede eximir de responsabilidad al Estado. Incluso en otra sentencia, el mismo Consejo de Estado colombiano amplía la participación de la víctima en el hecho del daño causado de la siguiente manera:

La culpa exclusiva de las víctimas, entendida como la violación por parte de estas de las obligaciones a las cuales están sujetos los administrados, puede conducir a la exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa, dependiendo de la trascendencia y grado de participación de los afectados en la producción del daño. Ahora bien, no toda conducta asumida por la víctima constituye factor que destruya el nexo de causalidad existente entre el hecho y el daño, toda vez que para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos: Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción

⁴⁷⁷ Consejo de Estado Francés. *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera*. Sentencia del 13 de julio de 1993. Expediente: 8163. CP: Juan De Dios Montes Hernández.

⁴⁷⁸ Consejo de Estado Colombiano. *Sentencias de 2 de febrero de 1984, exp. 2744, 8 de marzo de 1984 exp. 28465 y 21 de octubre de 1999 exp. 11815*.

del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el art. 2357 del Código Civil.- El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a este, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración.⁴⁷⁹

Otra de las excepciones, a más del elemento de fuerza mayor respecto de las exoneraciones del Estado en la responsabilidad estatal, y que se relaciona con la teoría del riesgo excepcional, se refiere a la participación de un tercero, ante lo cual el Consejo de Estado Colombiano ha dicho lo siguiente:

Para que el hecho de un tercero tenga la entidad suficiente para exonerar de responsabilidad a la administración demandada, acorde con jurisprudencia reiterada de la Sala, aquél debe ser causa exclusiva y determinante del daño y, además, revestir el carácter de imprevisible por cuanto si la administración podía preverlo, no hay lugar a la aplicación de la eximente.⁴⁸⁰

Los fallos citados, demuestran que la evolución de la teoría del riesgo excepcional,⁴⁸¹ no ha sido estable, puesto que ha presentado algunas variaciones realizadas por la Jurisprudencia considerando que, en los ordenamientos jurídicos de los Estados, no existen normativas legales o constitucionales que definan al riesgo excepcional, pues esta teoría es atribuida cuando el Estado crea las condiciones para que se produzca un daño, bajo el cumplimiento de sus funciones, utilizando cosas o ejerciendo actividades que por su naturaleza tienen una característica especial de peligrosidad en determinados eventos, haciéndolo responsable.

Es necesario establecer que la teoría del riesgo excepcional sirve para fundamentar la responsabilidad del Estado, cuando el daño se haya derivado “del ejercicio de actividades peligrosas o riesgosas que se encuentra por completo desligada de toda consideración sobre la culpa o diligencia y prudencia de quien ocasiona el daño, con fundamento en el principio *ubi emolumentum ibi inus esse debet* (donde esta utilidad

⁴⁷⁹ Consejo de Estado colombiano. Sentencia del 4 de octubre de 2001, expediente 11365.

⁴⁸⁰ Consejo de Estado colombiano. Sentencia 2639 del 2 de mayo de 2002, expediente 13262.

⁴⁸¹ El voto salvado del doctor José Suing Nagua, dentro del proceso de casación N° 139-2010 contiene que: “El riesgo excepcional es aquel al que los particulares se ven expuestos debido a la naturaleza propia de la actividad que genera el daño, pero que no pierde por ser riesgosa o peligrosa su carácter de lícita”.

debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro”.⁴⁸²

La aplicación de la teoría del riesgo excepcional, también se ha generado por los daños ocasionados por la constante modernización de los servicios que presta el Estado en favor de la comunidad, confirmándose como el caso que a continuación se cita:

Según la teoría del responsabilidad por riesgo excepcional, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en las prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio. En otras palabras, es el precio que fatalmente debe pagar el Estado frente a la modernización de los servicios a su cargo y que se traduce en una protección especial y excepcional al patrimonio del lesionado [...] Si el riesgo llega realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a la responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla del servicio.⁴⁸³

Concordamos, que la teoría del riesgo excepcional, encuentra su fundamento en el ejercicio de actividades peligrosas y en la prestación de servicios, aunque estos se realicen en beneficio de la comunidad, cuando utilizan medios o mecanismos que ponen en situación de riesgo excepcional al ciudadano. De ello, se deduce que la responsabilidad extracontractual del Estado fundada en la teoría del riesgo excepcional es de carácter objetivo, debido a que el factor de imputación es “el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados”.⁴⁸⁴

En Ecuador se registra un primer caso respecto de esta teoría del riesgo excepcional, fundamentado en el art.11, num. 9 de la CRE de 2008,⁴⁸⁵ condenando al Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Defensa Nacional, al pago de una indemnización de ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Este fallo desarrolla la teoría del riesgo excepcional, señalando que el Estado expuso el administrado en un riesgo propio de una actividad lícita, relacionada al ejercicio propio de una función pública, sin embargo, resultó ser riesgosa y peligrosa

⁴⁸² Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla de la República de Colombia. *Responsabilidad del Estado*. (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa-Universidad Sergio Arboleda, 2007), 73

⁴⁸³ Consejo de Estado. Sentencia de 5 de diciembre de 2005. Radicado 15830. Consejero ponente Ruth Stella Correa.

⁴⁸⁴ Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla de la República de Colombia. *Responsabilidad del Estado*, 76

⁴⁸⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia: Gaceta Judicial [...] actores: demandado:[...]”.

para dicho administrado, quien no debía ni estaba obligado jurídicamente a soportar el daño recibido.

6.3. Teoría de la ruptura del principio de igualdad o proporcionalidad frente a las cargas públicas

Esta teoría⁴⁸⁶ fue formulada por Teissier⁴⁸⁷ con base en el art. 13 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que dispone: “Para el mantenimiento de la fuerza y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus medios”. El contenido de la teoría de la ruptura del principio de igualdad o proporcionalidad frente a las cargas públicas es el siguiente:

Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulte que los daños excepcionales, los accidentes que el poder público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad. Además, las necesidades de la vida en común exige que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del poder público, a menos que el legislador haya dispuesto lo contrario. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes.⁴⁸⁸

La igualdad es uno de los principios fundamentales de mayor importancia en cuanto a la aplicación del derecho, por ello también se involucra en materia de responsabilidad del Estado, y cuando este actúa transgrediendo la igualdad de las

⁴⁸⁶ Dentro del Expediente de Casación n.º 168, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia del Ecuador determinó que: “en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado”.

⁴⁸⁷ Jorge Teissier, *La responsabilidad civil del Estado* (París: Plus, 2012) 133.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, 77, opina que: “si las cargas públicas deben ser repartidas entre todos los ciudadanos en razón de sus facultades, si ese peso no puede gravitar más gravemente sobre un ciudadano que sobre otro, el principio de la igualdad de las cargas exige la reparación por el Estado de un daño causado a un particular por el funcionario (sic) del poder público. Decidir otra cosa y hacer soportar el perjuicio por el ciudadano, sería reclamarle una prestación extraordinaria, sin proporción con sus facultades ni con la contribución impuesta a los demás ciudadanos. El vecino de una calle pública, al cual le privan el acceso a las transformaciones efectuadas en esa calle; el cultivador cuyo campo es asolado por el paso de un ejército; los herederos de un transeúnte muerto en la vecindad de un campo de tiro por un obús extraviado, no sufrirán más que los otros el peso de las cargas públicas si el perjuicio así causado no fuese resarcido? Por consiguiente, el ciudadano lesionado por el funcionamiento de un servicio público encuentra en el principio de la igualdad ante las cargas públicas el derecho a la reparación de los perjuicios”.

personas frente a las cargas públicas que por su naturaleza deben soportar, debe reparar los daños causados por tal rompimiento. No obstante, hay que aclarar que no existe una desigualdad cuando la administración mediante actos administrativos logra igualar a todos los ciudadanos e impone asumir al ciudadano pequeñas cargas que son necesarias para efectivizar los roles del Estado, como así lo son las cargas tributarias. Sobre la igualdad Garza⁴⁸⁹ sostiene que:

De esta medida entendemos que la igualdad no solo gira en la medida de la particularidad de las personas, igualdad de hecho, está dada desde un punto de vista generalizado, es decir igualdad en toda su esencia, en su naturaleza con sus ventajas o desventajas, y aplicabilidad en la sociedad, todos somos iguales ante la ley y debemos ser tratados de la misma forma.

Por ello, se rompe el principio de igualdad o proporcionalidad cuando los ciudadanos sufren daños por las cargas públicas impuestas en forma disímil respecto a otros ciudadanos, los que deben ser asumidos por parte del Estado.

A esta tesis se le critica que limite la indemnización a los actos cometidos por la administración pública, cuando se excede en el ejercicio legal y regular del poder público o cuando la prestación del servicio es deficiente, sin tomar en cuenta que muchas veces el servicio público se realiza en forma permanente, regular y continua; y, sin embargo, puede causarle daño a los particulares. En este caso, el Estado es irresponsable, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario.

Esta teoría encuentra su fundamento cuando el Estado ha causado un daño de carácter excepcional al administrado, que no esté jurídicamente obligado a soportar, en razón del ejercicio de las actividades que ha cumplido y de las que se ha beneficiado, pero que a cambio del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, está obligado a repararlo; esto es:

Por el beneficio obtenido de su actividad a cambio del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas y fundamentado en los principios universales del derecho como es la equidad, en los que fundan y rigen el Estado social de derecho como lo son: la solidaridad, el bienestar colectivo se ve conminado a resarcir el daño sufrido por la víctima.⁴⁹⁰

El Consejo de Estado de Colombia ha aplicado la teoría del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, para fundamentar la responsabilidad

⁴⁸⁹ Andrés Garza, *La responsabilidad del estado por daño especial* (Bogotá: Universidad Nueva Granada, 2011), 10.

⁴⁹⁰ Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla de la República de Colombia. Responsabilidad del Estado, 76.

del Estado, argumentando que cuando se somete a una persona a una carga pública mayor de la que estaba obligada a soportar, el Estado debe reparar el daño; como por ejemplo, exponerlo en una zona de influencia guerrillera:

Esta tesis tiene sustento en que la administración se ve obligada a reparar los perjuicios a los particulares, cuando quiera los daños sean producidos como consecuencia de la explotación de una actividad peligrosa, o porque en la prestación de un servicio expuso a unos particulares a experimentar un riesgo de carácter excepcional, que se traduce en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, de lo cual resulta que el patrimonio de un particular resulta sacrificado en provecho de la colectividad.

En el caso en comento, se estructuran los supuestos de esta teoría, en la medida en que la administración, por las actividades que adelantaba, en una zona de alta influencia guerrillera expuso a la víctima a soportar un riesgo excepcional, que desbordó aquellas cargas que normalmente deben asumir los particulares que impone nuestra Carta Política.⁴⁹¹

Respecto de la teoría de la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, la CNJ ha indicado que: “cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, están llamados a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado”.⁴⁹²

Un Estado responsable, solidario, igualitario, democrático, no puede bajo ningún concepto actuar en sentido contrario, a reversa, se constituye en algo regresivo a los derechos ciudadanos que ven con optimismo como las sociedades se desarrollan, cómo evolucionan, donde no existen diferencias ante la ley ni ante los tribunales, de manera que esta teoría recoge pilares de los derechos fundamentales como la igualdad y equidad.

7. Responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano

Según la doctrina y jurisprudencia especializada, la responsabilidad civil indemnizatoria del Estado en el Ecuador, cursó un camino de evolución de tipo subjetivo, basada en la culpabilidad del agente, hacia el objetivo, basada en el perjuicio. En cuanto al progreso del reconocimiento jurídico, es necesario citar la Constitución de 1946, misma que en los art. 160 y 178 establecía que: “no habrá en el Ecuador autoridad alguna exenta de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones”; y, “los funcionarios

⁴⁹¹ Consejo de Estado. Sentencia 10 de marzo de 2005, radicado 15182. Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamar.

⁴⁹² Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente n.º 457, Registro Oficial Suplemento 39, 2 de octubre de 2009.

o empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren[...]; tales disposiciones son la primera referencia constitucional respecto al tema analizado, aunque la responsabilidad estaba trasladada al funcionario público, es decir responsabilidad subjetiva.

Continuando con la evolución constitucional que ha tenido la responsabilidad extracontractual, citaremos la Constitución de 1967, que encontraba una pequeña evolución, al reconocer la posibilidad de indemnizar a los particulares por daños en su patrimonio, en su art. 27: “El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo”.

Es evidente según las normas constitucionales invocadas, que acogían la teoría la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado. Si bien, el desarrollo normativo constitucional respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado no varió mucho, el art. 20 de la Constitución de 1979 a diferencia de la de 1967, contempló la responsabilidad extracontractual del Estado de la siguiente manera: “El Estado y más entidades del sector público estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”.

Analicemos que si bien la Asamblea Constituyente de 1998 mantuvo la concepción de la carta magna de 1967, esta hizo un cambio respecto a la responsabilidad objetiva por “[...]los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos[...]”, puesto que contempla un fundamento diferente a la noción de servicio público, esto es al incorporar el concepto de “deficiencia de servicio”, a pesar que el criterio de la responsabilidad extracontractual se mantuvo igual.

Debemos destacar que el reconocimiento del concepto de “deficiencia de servicio”, trajo consigo algunos debates jurídicos, considerando que significó eliminar la objetividad inequívoca de la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano, por la obligación de indemnizar a los particulares por los daños en la deficiente prestación de los servicios públicos, y con ello se dio paso a la responsabilidad subjetiva, exigiendo al administrado probar la deficiencia del servicio; al contrario de lo que anteriormente ocurría, cuando solo se debía probar el perjuicio y la causa del mismo en el servicio sin que fuera necesario otra prueba.

Respecto de la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual, Santiago Andrade Ubidia⁴⁹³ sostiene que: “El Código Civil se inspira en la doctrina de la responsabilidad subjetiva, aunque en ciertos casos ha establecido presunciones de culpa que se acercan a la teoría de la responsabilidad objetiva”.

La CPE de 1998⁴⁹⁴ contempló la responsabilidad estatal para indemnizar por los perjuicios causados a los particulares, estableciendo el derecho de repetición del Estado, previa comprobación judicial de la culpabilidad del funcionario público, por las actuaciones desarrolladas en el ejercicio de sus funciones, sus atribuciones y competencias, pero determinando que ningún funcionario público estará exento de responsabilidades, sea civil, administrativo o penal por sus actos y omisiones, de manera especial por el cometimiento de delito en contra de la administración pública como peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Sobre los antecedentes jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano, Diego Mogrovejo⁴⁹⁵ cita lo siguiente:

A nivel jurisprudencial, desde el año 2000 hasta el 2003, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia de Ecuador, fundamentándose en el contenido de la CPE de 1998,⁴⁹⁶ configuró a la responsabilidad civil extracontractual del Estado como del tipo objetiva con reversión de la carga de la prueba (culpa presunta estatal), estableciendo que no corresponde a la víctima probar el daño, sino al Estado demostrar que ha actuado eficientemente cumpliendo todos los controles para evitar los perjuicios, teniendo que alegar como excepción caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la propia víctima en caso de acontecer el daño.

Los fallos de casación expedidos por la CSJ y CNJ, contemplaron indemnizaciones para los particulares por los perjuicios ocasionados por parte del Estado, sus delegatarios o concesionarios, dentro del desarrollo de actividades hidrocarburífera⁴⁹⁷ (actividades riesgosas),⁴⁹⁸ construcción de obra pública

⁴⁹³ Santiago Andrade Ubidia, *Material de clase de la cátedra de Negocios Jurídicos* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2000), 1.

⁴⁹⁴ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política del Ecuador, art. 20. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998, Quito.

⁴⁹⁵ Mogrovejo Jaramillo, “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”, 77.

⁴⁹⁶ Constitución Política del Ecuador (CPE) de 1998, ibíd. “Artículo 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes”.

⁴⁹⁷ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. (2000). Juicio n.º 252-1999. Quito, Ecuador: Expediente de Casación n.º 187, Registro Oficial 83 de 23 de mayo de 2000. “*Petrocomercial omitió hacer el mantenimiento adecuado del cilindro de gas y su oportuno retiro de la circulación impuestas por los arts. reglamentarios citados[...]*”.

(carreteras),⁴⁹⁹ entre otros. Estos casos constituyen la fuente jurisprudencial del reconocimiento de responsabilidad extracontractual en el Estado ecuatoriano, los mismos que serán analizados a continuación.

Primer caso: Corresponde al juicio ordinario propuesto por Segundo Sánchez Monar en contra de la Empresa Estatal de Comercialización y Transporte de Petróleo del Ecuador PETROCOMERCIAL, en cuyo proceso la Sala Única de la Corte Superior de Esmeraldas determinó la responsabilidad de la empresa estatal, disponiendo el pago de daños y perjuicios generados por un delito o cuasidelito civil. La sentencia fue objeto de recurso de casación presentado por el representante legal de PETROCOMERCIAL, mismo que fue casado parcialmente por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CSJ, que consideró que: “no es factible disponer el pago de intereses si ese monto recién va a ser fijado en la liquidación que se practicará en juicio verbal sumario posterior”.⁵⁰⁰ El recurso de casación evitó el pago de intereses del monto de la liquidación, sin embargo, la responsabilidad civil del Estado fue confirmada.

Segundo caso: Juicio ordinario propuesto por Miguel Ángel Ormaza Ormaza y Lía Rebeca Delgado Idrovo, en contra del Consejo Provincial de Chimborazo. La parte accionada presenta recurso de casación en contra de la sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte Superior de Riobamba. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CSJ reconoció la existencia de la responsabilidad extracontractual, pero estableció que no había indebida aplicación del art. 20 de la CPE de 1998, sin embargo, casó la sentencia recurrida y declaró sin lugar la demanda. Si bien, la sentencia declara sin lugar la demanda, en su parte considerativa se reconoce que el Estado puede y debe ser declarado responsable por los perjuicios ocasionados a los particulares

Tercer caso: Juicio ordinario propuesto por José Luis Guebara Batioja, por sus propios derechos y como representante legal del Comité Delfina Torres Vda. De Concha en contra de PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCIÓN. El actor interpone recurso de

⁴⁹⁸ Resolución n.º 229-2002 de 29 de octubre 2002; y, Aclaración de 25 de noviembre 2002 Registro Oficial 43 de 19 de marzo de 2003: Actor: Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. Petroproducción y Petrocomercial: “[...] Para mayor abundamiento, se transcriben las normas de derecho en que se sustenta la sentencia para declarar la responsabilidad civil extracontractual de Petroecuador, Petroproducción y Petrocomercial: art. 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador[...]”.

⁴⁹⁹ Resolución n.º 63-2001, Registro Oficial 307 de 17 de abril de 2001. Perjudicados de construcción vial vs. Consejo Provincial de Chimborazo: “[...] Y en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público conviene recordar la disposición constitucional que tampoco hace distinción, para efectos de la indemnización entre daños causados dolosa o culposamente: art. 20[...]”.

⁵⁰⁰ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. (2000). Juicio n.º 252-1999. Quito, Ecuador: Expediente de Casación n.º 187, Registro Oficial 83 de 23 de mayo de 2000.

casación en contra de sentencia dictada el 22 de octubre de 2001 por la Sala Única de la H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, determinando la CSJ lo siguiente: “Las tres empresas citadas tienen responsabilidad civil extracontractual por los daños sufridos por el barrio Delfina Torres Vda. de Concha, Propicia n.º 1, y sus moradores, a que se refieren los considerandos anteriores”,⁵⁰¹ por lo cual se ordena el pago de un millón de dólares por concepto de indemnización. Esta sentencia constituyó un ejemplo de este inicial reconocimiento estatal como responsable de daños civilmente en la prestación de servicios que generaron un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas implicando un sacrificio individual intolerable.

Bajo este contexto jurisprudencial y teniendo como fundamento el art. 20 de la CPE de 1998, en donde se establecía la responsabilidad estatal como objetiva, la doctrina del derecho público sostenía que la responsabilidad estatal tenía que ser regulada por el derecho administrativo y separarse de la normativa que rige la responsabilidad civil que está ceñida exclusivamente para las controversias entre particulares. El administrativista López,⁵⁰² expuso así su criterio:

La responsabilidad entraña la obligación de responder de todo perjuicio que se cause y que sufra una persona sin tener obligación legal para ello, siempre y cuando el daño provenga del ejercicio de la función pública o del concesionario o delegatario de un servicio público [...] todo daño causado por los dignatarios públicos, por sus delegatarios o concesionarios, tiene el deber del Estado de proteger a las personas y a los bienes. Por esa razón no es la causa del daño lo ilícito, sino el perjuicio en sí [...] no siendo menester que se examine si el acto estuvo motivado por el dolo o la culpa de quien actuó [...] La responsabilidad objetiva del Estado no es un asunto sujeto a las reglas del derecho privado o del Código Civil, es un asunto constitucional, sujeto al cumplimiento irrestricto de sus más altos valores y principios, y desde esa perspectiva, sujeto al derecho administrativo, en cuanto este es el brazo ejecutor de la Constitución.

Lo que la doctrina planteaba era que se configure a la responsabilidad estatal como objetiva, considerando que las Salas de lo Civil de la CSJ reconocen en sus fallos un solo tipo de responsabilidad objetiva (accidentes aéreos)⁵⁰³ y ratificado el criterio de

⁵⁰¹ Resolución n.º 229-2002 de 29 de octubre 2002; y, Aclaración de 25-11-2002 Registro Oficial 43 de 19 de marzo de 2003: Actor: Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. Petroproducción y Petrocomercial: “[...]Para mayor abundamiento, se transcriben las normas de derecho en que se sustenta la sentencia para declarar la responsabilidad civil extracontractual de Petroecuador, Petroproducción y Petrocomercial: art. 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador[...]”.

⁵⁰² Ernesto López Freire, *La responsabilidad objetiva en la Constitución Política del Ecuador* (Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito / Ediciones Legales, 2003), 373-80.

⁵⁰³ Sala Civil Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º 20-2004 de 5 de febrero de 2004. Registro Oficial 411 de 1 de septiembre de 2004. Actor: Medardo Luna vs. Autoservicios Ecuatorianos C. A. AECA: “[...] En la responsabilidad objetiva, se pondera la tutela jurídica de reparación de la víctima. El damnificado debe solamente demostrar el hecho, el daño y la relación causal vinculante entre los dos

la responsabilidad subjetiva con reversión de la carga de la prueba (culpa presunta estatal) para los casos de construcciones públicas (puentes)⁵⁰⁴ y prestación de servicios públicos (electrificación).

Cuarto caso: Los representantes de la menor Victoria Dennisse Salcedo Portocarrero, proponen demanda en contra del Estado (Empresa Eléctrica) reclamando una indemnización, por haber recibido una descarga eléctrica de un cable de alta tensión, mismo que se encontraba a menos de un metro y medio del balcón de su domicilio, lo que le causó quemaduras en tercer grado y tuvo como efecto la amputación de sus extremidades.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CSJ el 11 de julio de 2008, dentro del expediente 217-2008, analiza e interpreta el contenido del art. 20 de la CPE, para fijar la indemnización por daños materiales, se fundamenta en la prueba del daño y fija como referencia el equivalente al valor de una canasta familiar vital por “cada mes y por el tiempo de esperanza de vida de una ecuatoriana mujer”, esto es 76 años de edad según la OMS, cuantificándola en USD 305 706,12; y, por otro lado, la Sala cuantifica en USD 80.000. como monto de reparación de los daños morales, totalizando la suma por indemnizaciones en USD 385 706,12.

Torres⁵⁰⁵ comenta el fallo citado, exponiendo que:

Los jueces dejaron en claro que la responsabilidad del Estado —perfilada en función de la afectación ilícita— no guarda correspondencia con la idea de culpa presunta, que emerge de la realización de actividades de riesgo o de responsabilidad por actos de terceros... Los demandados alegaron que los tendidos eléctricos no tenían aislantes y estaban a la interperie en la zona de afectación al menor de edad por razones de costo-beneficio. De ello se concluía que, para los demandados, los costos de proveer mayores seguridades a los administrados, y por lo tanto, precaver los perjuicios eventuales era superior al beneficio de sostener un sistema que permita un costo de servicio eléctrico menor. Con esos argumentos resultó que, al final, la deficiencia en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica fue un dato objetivo plenamente admitido por los demandados.

primeros[...]. Tampoco se revierte la carga de la prueba de suerte que sería inocuo y de nada serviría el agente señalado como responsable justificar que el accidente fue consecuencia de causa mayor o caso fortuito[...].”

⁵⁰⁴ Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, expedida el 13 de abril de 2004 publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII, n.º 14: *Perjudicados de construcción de puente vs. Consejo Provincial del Guayas*: “[...]La responsabilidad extracontractual del Estado, que reconoce tácitamente el art. 20 de la Constitución[...]”, 4545.

⁵⁰⁵ Luis Fernando Torres, “Responsabilidad civil extracontractual del Estado”, *Debate Constitucional*, n.º 8, Sección Judicial (Quito: Fundación Hanns Seidel / Corporación Autogobierno y Democracia, 2009), 259.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, remitiéndose al contenido del art. 63.1 de la CADH, considera trascendente a la hora de separar la responsabilidad civil-indemnizatoria y la responsabilidad estatal-reparadora.

Los precedentes de casación antes citados, constituyen la línea de razonamiento de responsabilidad extracontractual, a la luz de la disposición constitucional contenida en el art. 20 de la CPE de 1998 y la base sobre la cual se desarrolló esta institución jurídica a partir de los fundamentos de responsabilidad extracontractual del Estado contenidos en la CRE de 2008 vigente.

En el año 2008 se conformó la Asamblea Constituyente que dio origen a la Constitución, en cuya estructura se incorporaron nuevas figuras socio políticas, económicas y una nueva tendencia constitucional en que los principios y garantías fundamentales tienen una especial articulación con el ordenamiento jurídico. En su contenido la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado es contemplada en la norma constitucional, art. 11, num. 9, segundo inciso, que prescribe:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Si bien el texto es análogo a la concepción incorporada en la CPE de 1998, la norma de 2008 incorpora dos nociones principales: “la falta en la prestación de los servicios públicos y a las omisiones de los servidores públicos”. Este precepto elimina la problemática que se presentó con la CPE de 1998, puesto que posibilita que la objetividad absoluta se concrete, sin que el administrado deba probar la falta o el deficiente servicio público que le permita demandar y obtener una indemnización por el presunto daño causado por el Estado.

Sin embargo, la discusión sobre la responsabilidad objetiva limitada en donde aparentemente se evidencia algún grado de subjetivismo, se ve fortalecida con la disposición que contempla el art. 53 de la CRE de 2008, que en el segundo inciso contempla: “El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”.

Los precedentes jurisprudenciales marcarán la ruta en lo venidero, para dejar de lado la responsabilidad subjetiva o la responsabilidad objetiva limitada con el propósito de alcanzar el espíritu que contiene la CRE.

En la legislación ecuatoriana, tal vez por el escaso desarrollo que presenta el derecho administrativo, en especial respecto de la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado, los postulados contenidos en la Constitución no tienen una debida aplicación práctica, lo que ha ocasionado una limitación del derecho a la reparación integral.

Capítulo cuarto

El error judicial y su reparación

1. Error judicial

1.1. Generalidades

Se distinguía a la administración de justicia como función administrativa que generaba la responsabilidad del Estado por falta en el servicio, o rompimiento del principio de igualdad o proporcionalidad frente a las cargas públicas; y, el error jurisdiccional que originó la responsabilidad personal del juez; pero el Estado no tenía responsabilidad por el acto jurisdiccional emanado de los jueces, justificándolo en la protección del orden jurídico, del principio de cosa juzgada, seguridad jurídica y pilar del Estado de derecho. Se obligaba a los privados a ser permisivos con los errores de los jueces, como si estos tuvieran el don de la infalibilidad, cuando todo ser humano puede equivocarse cuando evalúan y dirimen los derechos de los justiciables.

Los criterios fueron cambiando ante la presencia de la teoría del daño antijurídico,⁵⁰⁶ en la que el particular no debe soportar las consecuencias de las decisiones jurisdiccionales erróneas, empezándose a configurar la responsabilidad por error judicial.

Cuando el juez ejerce su poder jurisdiccional es partícipe de la soberanía del Estado,⁵⁰⁷ atributo que tienen todos los órganos del Estado, que además hace uso de una potestad que le faculta a decidir sobre los derechos fundamentales de la persona que le permiten una vida en convivencia civilizada. Al ejercer este poder el juez no lo hace a título personal, sino como un órgano del Estado, que le concede ese poder para actuar en su nombre, derivándose de allí su responsabilidad.

⁵⁰⁶ *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXIX, n.º 338, 241. “La jurisprudencia actual del Consejo de Estado, expone que el fundamento único de la responsabilidad patrimonial de la administración pública es el daño antijurídico y afirma que esto permite que se comprometa la responsabilidad del ente estatal ya sea porque se da un funcionamiento anormal del servicio o por su funcionamiento que aunque normal produce un daño que el administrado no se encuentra en la obligación de soportar”.

⁵⁰⁷ Michel Troper. “El poder judicial y la democracia”, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, *Isonomía*, n.º 301 (2005): 72. “Existen varias tentativas en este sentido, pero todas ellas deben admitir que la soberanía no se ejerce solo por la función legislativa, sino también por el poder jurisdiccional, dicho de otra manera: que la soberanía tiene distintos grados”.

La responsabilidad extra-contractual del Estado, se irradia a los ciudadanos, quienes son los que asumen estas cargas que les impone el Estado y que también implica asumir los perjuicios de los actos jurisdiccionales que sean lesivos a los que recurren en busca de justicia y no lo encuentran, y por el contrario son nuevamente agraviados por una decisión judicial errónea.

El estudio del concepto de responsabilidad del Estado por error judicial está ligado al derecho al debido proceso, la cosa juzgada y seguridad jurídica que son los pilares del Estado de derecho.

Cuando se analiza el error jurisdiccional, partimos de la existencia de una sentencia o decisión expedida por un magistrado, que va a ser analizada por segunda vez y que podría conducirnos al hallazgo de un error evidente, que cometido con dolo, negligencia o culpa inexcusable, deriva en responsabilidad disciplinaria administrativa o en la reapertura o revisión del proceso.

Se considera que de actuar así, se podría generar la inseguridad jurídica,⁵⁰⁸ en los casos de los particulares que se han sometido al proceso sobre una materia que ya ha sido juzgada o decidida con un nivel mínimo de certeza, y que no debería ser evaluada por la justicia para dar estabilidad al orden jurídico y las relaciones de los particulares.

El error judicial es una declaración de la voluntad del juez, concretada en sus resoluciones judiciales, que no se ajusta a la verdad y que pueden tener una connotación de error de hecho y de derecho.⁵⁰⁹

Se considera que, para los efectos de evaluar la responsabilidad del Estado frente al error judicial, no se requiere probar la culpabilidad del magistrado en la emisión del acto, basta demostrar el daño o el perjuicio. Inclusive, el error judicial puede presentarse cuando el juez no haya trasgredido norma legal alguna de la cual emerja su responsabilidad, o en los casos de error inexcusable.

⁵⁰⁸ Juan Antonio Xiol Ríos, *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo* (Madrid: Edisofer, 2005), 29, “la seguridad jurídica no se logra mediante una instancia decisora jerárquicamente superior. De manera realista, es de esperar una disminución de la inseguridad jurídica mediante una conexión reiterada de las decisiones jurídicas con las que se van produciendo posteriormente, lo cual apunta, en la realidad de la práctica judicial, a la tradición del precedente jurídico”.

⁵⁰⁹ José García Falconí, *La obediencia debida* (Quito: Derecho Ecuador, 2013). Responsabilidad civil del Estado ecuatoriano por error judicial, 1. “El falso concepto que tiene el Juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso; y, que se recalca que comprende no solamente los perjuicios producidos en el inocente sino en los errores o faltas que afectan al culpable y pueden incluir tanto el error de hecho como el derecho”.

Esta situación difiere de los casos donde el juez actúa con dolo, malicia, mala fe y en los casos de la comisión de delitos de prevaricato, abuso de autoridad, cohecho retardo de la justicia y otros donde la responsabilidad es evidente.

1.2. Conceptualización

El error judicial no tiene una definición jurídica inequívoca, ingresa al ordenamiento jurídico ecuatoriano como el deber constitucional del Estado de reparar a quienes resulten afectados por su accionar u omisión; sin embargo, no existen reglas que determinen cuáles elementos constitutivos lo conforman ni las bases para calcular el monto de la reparación.

La CNJ, en los pocos casos que le ha tocado conocer, ha descrito al error judicial como aquella decisión cuyo “yerro debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable”,⁵¹⁰ adjetivos todos que tienen varios significados, pero que en su conjunto no constituyen un concepto o definición de la figura del error judicial. Incluso siguiendo la jurisprudencia española, la CNJ ha establecido límites para que el Estado no siempre resulte responsable,⁵¹¹ considerando que no todo daño es resarcible.

Montero Aroca,⁵¹² en torno al concepto del error judicial, señala que sobre este tema se ha divagado mucho, incluso, irónicamente señala que ha sido con ánimo sentimentaloides, porque la noción de error judicial dice que es un concepto que se siente más que se expresa dentro de la persona, esto es, como que está en el interior de la persona reconocer la existencia de ese daño judicial, pero que no trasciende en lo práctico porque no se configura y no se ejecuta.

⁵¹⁰ Ricardo de Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad civil* (Sentencias de 27 de noviembre de 1987; 29 de enero de 2001, 13 de abril de 2004; 16 de junio de 1987; 29 de enero, 13 de abril y 16 de junio de 1988-1989, 492.

⁵¹¹ Fallo de Casación emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII, n.º 10), 3134: “La jurisprudencia española reafirma este criterio, cuando al tratar de error judicial dice: “Esta Sala ha entendido en repetidas ocasiones —sentencias de 27 de noviembre de 1987, 29 de enero, 13 de abril y 16 de junio de 1987, 29 de enero, 13 de abril y 16 de junio de 1988, entre otras—, dada la naturaleza especial, determinada porque el mismo procede para su apreciación, respecto de las sentencias que hayan obtenido firmeza, cuando abiertamente, fuera de los cauces legales, se omiten o se parte de hechos distintos a los enjuiciados y sobre los que el Juzgado ha tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales, incurriendo no en una interpretación errónea tanto fáctica como jurídica, sino más bien y desde la óptica de la más pura objetividad, claramente arbitraria, de incuria o desaplicación y decisiones ilógicas o absurdas contrarias a la normalidad del proceso, que de esta manera se desvía de su orden de libertad y garantías a los derechos de los que los integran como parte”.

⁵¹² Juan Montero Aroca, *Responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial* (Madrid: Tecnos, 1988), 114.

Cuando se habla de error, de manera inmediata nos estamos refiriendo concretamente al error judicial cometido por un juez⁵¹³ en el ejercicio de su función jurisdiccional y la obligación del Estado de reparar de manera integral el daño causado; además se puede responsabilizar al Estado por detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso,⁵¹⁴ siendo estas otras figuras jurídicas que para su configuración se requiere de otros elementos y que no es parte de esta investigación.

Se sostiene que el error judicial esta vinculado a la falla en el servicio público de la justicia, criterio que se corrobora con el emitido por el autor Julio Cueto Rúa, quien afirma: “El error judicial se produce generalmente por una serie de circunstancias que se traducen en la condena injusta; y sin que sea posible señalar en determinado o determinados funcionarios o empleados una conducta negligente o culpable. Ha habido un vicio, una imperfección, un defecto, una falta en el mecanismo procesal”. No cabe duda, al tenor de la opinión de este autor, de que ha existido falta de servicio de justicia, cuya culpa recae lógicamente en la función judicial, y si causó un daño, indemnizable o reparable, tiene que hacerlo el Estado a favor de la persona perjudicada.⁵¹⁵

El poder que ostenta el Estado no puede ejercerse de manera arbitraria, ya que tiene los controles propios de un Estado Constitucional de derechos. Con la consolidación del Estado moderno, y luego de las revoluciones inglesa, americana y sobre todo la francesa el 4 de julio de 1789, se internalizó el principio para la persona que sufriera un daño material o moral, causado directa o indirectamente por el Estado, de ser indemnizada por este. Las actuaciones del Estado pueden ser entonces fuentes de responsabilidad contractual o extra contractual.

⁵¹³ G. Mirabelli y G. Giacobbe. Citado por Mauro Cappelletti. Responsabilidad de los jueces. Lima, Perú: Communitas. “Es muy importante que el juez tenga cierta autonomía para la interpretación de las normas jurídicas, lo que permite la evolución del Derecho. No es conveniente que pudiese ser responsabilizado por sus decisiones porque eso atentaría contra su independencia. El problema cambia de aspecto cuando se trata de la responsabilidad por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, el retardo en dictar sentencia, la omisión en resolver, etc. En ese caso, el ejercicio de la responsabilidad no solo es totalmente legítimo sino también conveniente para salvaguardar de manera rigurosa los derechos fundamentales del ciudadano”, 141.

⁵¹⁴ CRE de 2008, art. 11.9, inc. 4to.

⁵¹⁵ Julio Cueto Rúa, citado por López Morales, *Responsabilidad del Estado por error judicial*, 376.

Montesquieu⁵¹⁶ en *El espíritu de las Leyes*, nos conduce a su teoría, respecto del terrible poder que ejercen los jueces en una época donde se consideraba que el Estado era irresponsable por los daños que producía en el ejercicio de esta función, disponiendo de la vida, la libertad, la propiedad y los derechos fundamentales de la persona.

La teoría de la responsabilidad extracontractual en materia judicial, ha sido de irresponsabilidad, aquella que se fundamentaba en la creencia de que el acto jurisdiccional estaría revestido de la formalidad de ser una verdad legal, con categoría de cosa juzgada.⁵¹⁷

La consecuencia lógica es, que si la sentencia declara un derecho, sería absurdo creer que de esta declaración del acto conforme a derecho, podría derivarse la existencia de responsabilidad por el acto. Esto englobaría una falacia, la creencia de que los órganos de justicia son infalibles, de que no puedan equivocarse, de que sus actos jurisdiccionales siempre coincidan con la verdad y con el sentido del derecho. Es decir, el órgano jurisdiccional estaría dotado del don de la infalibilidad, lo cual es un absurdo.

Surge el problema y este se complica a partir de la configuración del poder judicial como un órgano autónomo, independiente y que solo se encuentra sometido a la Constitución y a la ley.⁵¹⁸ Si el órgano judicial declara el derecho conforme a lo establecido en la ley, no tendría que responder e imputarle responsabilidad. Se cree que los jueces son como una suerte de guardianes socráticos de la ley y de las libertades, jamás podrían causar daños a los administrados en las sentencias o decisiones que tomen.

Pero, en el sistema jurídico contemporáneo se acepta que el juez pueda equivocarse, que pueda cometer errores cuando emite los actos jurisdiccionales y sentencias. Y para ello el sistema ha previsto en primer lugar la posibilidad de los recursos impugnatorios para que una sala superior revise el acto originario. Si esta sala modifica, revoca, anula o en general resuelve modificando en contra del fallo ordinario,

⁵¹⁶ Notas y observaciones traducidas por Siro García del Mazo, t. X, en *El espíritu de las leyes* por Montesquieu (Madrid: Libertad, 1906).

⁵¹⁷ Maya Díaz, *La responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional*, 19: “Hasta el siglo XIX el Estado no asumía ningún tipo de responsabilidad, nos encontrábamos en frente de regímenes absolutistas que predicaban que el rey nunca erraba, era un rey —dios incapaz de cometer yerro alguno— (recordemos que se creía que su poder provenía de Dios y que solo ante el debía responder), además de tener una concepción en la que la soberanía era incompatible con la responsabilidad”.

⁵¹⁸ José Luis Caballero Ochoa, “Los órganos constitucionales autónomos: Más allá de la división de poderes”, *Anuario del Departamento de Dereho de la Universidad Iberoamericana*, n.º30 (2001), 1: Insisto en la conveniencia de señalar puntualmente los alcances de su autonomía como rasgo definitorio y en relación con su función como órgano judicial del Estado, independiente de los otros poderes de la Unión, evitando cualquier confusión conceptual.

estamos ante la evidencia de que el órgano judicial se puede equivocar. En segundo lugar, esta apreciación parecería derivarse en el hecho, de que el sistema da solución a estos errores que podrían cometer los jueces de origen, estarían en manos de los tribunales que resuelven en última instancia, sin embargo, el error judicial también puede ser cometido por los jueces superiores.

Con el fin de construir conceptos del error judicial, citaremos a Jaime Manuel Marroquín, quien afirma:

El error judicial, por su propia naturaleza, siempre es imputable al juzgador. Por esta razón, no puede hablarse de error judicial, cuando se emite una resolución injusta, por circunstancias ajenas a aquel. Así, por ejemplo, si el actor en un juicio civil, en el que el procedimiento sea de carácter dispositivo omite exhibir un documento que realmente existe y que es fundamental para la demostración de la acción, el Juez no puede declarar que esta resultó probada. Aquí el fallo habrá sido injusto, pero no puede decirse que haya sido consecuencia de un error judicial.⁵¹⁹

En ese mismo sentido, Anders lo describe etimológicamente, aislando estos dos términos (error judicial), en este sentido: “Tenemos que la palabra error, etimológicamente proviene del latín *error* que a su vez proviene del verbo *errare*, que no es otra cosa que “fallar”, no dar en el blanco, equivocarse; por su parte, la palabra judicial viene de dos raíces latinas, *ius* que significa “derecho” y *dicare* que significa: decir, indicar, exponer, enunciar.⁵²⁰

Bajo la premisa de que el Estado debe responder por la deficiencia en la prestación del servicio público y una vez concebida a la justicia como tal, el Estado se ha convertido en creador de reparaciones ante la falla o falta de prestación, o la deficiencia de los servicios públicos. Cienfuegos señala que:

Atendiendo al concepto de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de un error judicial, se tiene que el mismo es definido como la obligación que tiene el Estado de indemnizar a las personas por los daños y perjuicios que se les haya causado por una sentencia judicial dictada erróneamente. El fundamento de la responsabilidad aparece con el principio general de que cuando se causa un daño nace una obligación respecto de su reparación e incluso una sanción para el responsable.⁵²¹

La posibilidad del error judicial es evidente, a pesar de que en materia civil se alegue que pondría en tela de juicio principios fundamentales del sistema jurídico, como

⁵¹⁹ Conferencia magistral dictada por el Consejero Jaime Manuel Marroquín Zaleta, en las extensiones del Instituto de la Judicatura Federal de Ciudad Victoria, Tamaulipas, y Monterrey, Nuevo León, los días 22 de septiembre y 13 de octubre de 2000, respectivamente. EL ERROR JUDICIAL INEXCUSABLE COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

⁵²⁰ Valentín Anders, *Etimologías de Chile*, 23.

⁵²¹ David Cienfuegos Salgado, *Responsabilidad estatal y error judicial en México* (Ciudad de México: Lex, Difusión y Análisis, 2000), 12 y 13.

el de seguridad jurídica y de la cosa juzgada, es manifiesta en materia penal cuando el orden jurídico prevé en los códigos procesales penales, de manera expresa, los recursos de revisión de sentencias condenatorias. Estos recursos tienen el efecto una vez probado, de declarar nulas sentencias firmes por haberse cometido error judicial.

Guzmán⁵²² sostiene que el error no es sino un falso conocimiento de una cosa (*allium pro alio putare*), que provoca un juicio humano equivocado que solo puede producirse cuando el entendimiento juzga; si el que juzga es un juez, estamos ante el error judicial. Bajo ese argumento en que se coincide, no todo profesional de derecho, y de cualquier otra profesión, tiene la atribución que el pueblo le da para que en calidad de juez juzgue, y cuyo mandato y peso de la ley tiene que cumplirse; por lo tanto, si ese juez tiene una falsa concepción de un hecho, trastoca el derecho, causa perjuicio y el ciudadano tiene derecho a ser indemnizado porque se ha cometido un error judicial.

Maiorano define al error judicial como “la grave equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos que no existen”, haciendo mención de los siguientes supuestos que a su parecer dan origen al error judicial: “Deficiencias procesales; circunstancias fortuitas; coincidencias fatales; pruebas falsas, o fraguadas, viciadas por el error[...]”.⁵²³

En cambio, Bustamante sostiene que:⁵²⁴ “El error judicial es todo acto ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad”; criterio más acertado que el anterior, puesto que lo que se desvía es la solución del resultado justo al que debió llegar el juez naturalmente si no hubiese incurrido en error.

El error judicial es absolutamente objetivo y su configuración no necesita del señalamiento del dolo y la culpa, este criterio es compartido por Guzmán⁵²⁵, cuando sostiene que: “en efecto, se ha afirmado que solo es error judicial, el fortuito o involuntario. No puede haber error judicial cuando el juez o magistrado ha actuado con dolo, porque el dolo, que significa ánimo torcido, pero no erróneo, excluye al error”. En

⁵²² Vicente Guzmán, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia* (Malaga: Tirant to Blanch, 1994) 151.

⁵²³ Jorge Luis Maiorano, *Responsabilidad del Estado por errores judiciales: Otra forma de proteger los derechos humanos* (Buenos Aires: La Ley, 2008), 985.

⁵²⁴ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 311.

⁵²⁵ Guzmán, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, 152.

esa misma línea Guzmán⁵²⁶ también ilustra que no hay error judicial “cuando hay culpa, porque no se puede trasladar este concepto al campo del error judicial, sino al del funcionamiento anormal”, concluye el autor señalando que: “en consecuencia toda conducta dolosa o culposa del juez o magistrado debe referirse al título de imputación de funcionamiento anormal de la justicia, aunque el daño injusto resulte de una resolución judicial y de la actividad de juicio”.

El juez es una autoridad que tiene poderes concedidos por el Estado para ejercer una función pública en uso del *ius imperium* y la decisión que toma el juez cuando actúa jurisdiccionalmente, no la hace a título personal, como cuando celebra actos jurídicos, sino que en estas situaciones actúa como un ente del Estado que está cumpliendo una función pública. El error jurisdiccional es el cometido por medio de decisiones o resoluciones contrarias a la ley, por una autoridad judicial a quien el Estado le ha concedido la facultad jurisdiccional,⁵²⁷ la capacidad de declarar el derecho, en el desarrollo de un proceso.

El error judicial se ha equiparado al error jurisdiccional, pero ambos tienen diferencias y que inciden en la capacidad de declarar el derecho *juris dictio* en un proceso que sería el elemento diferenciador. Asimismo, los demás errores que se puede cometer en el cumplimiento del servicio judicial, se los engloba en el defectuoso funcionamiento en la administración de justicia, o los casos de detención arbitraria por la injusta privación de la libertad.

Se excluye como error judicial las decisiones de los funcionarios judiciales, y comprende a los magistrados que tienen facultad jurisdiccional, de declarar el derecho. El error se produce dentro de un proceso judicial y no dentro de algún procedimiento, trámite administrativo o proceso disciplinario.

Para que se pueda alegar el error judicial, la decisión judicial o sentencia debe ser firme,⁵²⁸ luego de que se haya resuelto todos los recursos previstos en la ley. Sin embargo, hay doctrinarios que consideran que el error judicial no necesariamente debe provenir de una resolución, sino que incluso de cualquier acto procesal, como lo explica

⁵²⁶ *Ibíd.*

⁵²⁷ La CRE establece en su art. 178 que: “Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia[...]”.

⁵²⁸ Maya Díaz, *La responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional*, 20: “Es apenas lógico entender la necesidad de que la providencia que es producto del error jurisdiccional y que posteriormente va a constituir la base para un proceso de Responsabilidad Estatal esté en firme, debe haber hecho tránsito a cosa juzgada puesto que mientras puedan interponerse los recursos que la ley brinda no parecería lógico hablar de un daño y de una consecuente indemnización”.

Podetti: “Para que exista un error judicial tiene que necesariamente haberse dado un acto dentro de la sustanciación de una causa, sea judicial o procesal aunque con modalidades propias”.⁵²⁹

1.3. Elementos

El error judicial está referido a los actos cometidos por los jueces unipersonales o colegiados, dentro de un proceso judicial y en el ejercicio de la función jurisdiccional y que se concreta en resoluciones o sentencias contrarias al derecho y a la verdad.

Mosset⁵³⁰ entiende que “el juez debe actuar de un modo en el cumplimiento de sus obligaciones legales en su rol de administrar justicia”. En este sentido, cuando el juez en el ejercicio de su poder jurisdiccional, actúa de forma equívoca, sea por error en los hechos, error en la interpretación de la ley o en la aplicación de la ley, y con ello ocasiona un daño a una persona o grupo de personas, se configura el error judicial; aunque para ello son necesarios diversos elementos, entre los que se citan los siguientes:

1. Debe existir por parte del juzgador, la aplicación de un precepto legal inexistente, caduco o con una interpretación palmaria y bien expresiva en su sentido contrario o con decidida oposición a la legalidad.
2. Existe error en el evento que el juez o magistrado efectúa una interpretación manifiestamente errónea de la norma legal.
3. Cuando en la fijación de los hechos se incluyen equivocaciones evidentes y palmarias.
4. Cuando se desatienden datos de carácter indiscutible.⁵³¹

En el Estado constitucional de derechos, este asume responsabilidad respecto al funcionamiento lícito o irregular del órgano judicial. Se trata de una exigencia de que los órganos judiciales administren justicia de manera justa y legal, desterrando todo atisbo de arbitrariedad, abuso, exceso cuando ejercen sus facultades y atribuciones jurisdiccionales.

Si bien la sociedad, el pueblo, le concede indirectamente parte del poder al órgano judicial para que administre justicia⁵³² y solucione los conflictos que pueden afectar la convivencia pacífica y civilizada bajo el imperio de la constitución y la ley, tal

⁵²⁹ Ramiro Podetti, *Tratado de los actos procesales* (Buenos Aires: Ediar, 1995), 178.

⁵³⁰ Jorge Mosset Iturralde, *El error judicial* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005), 33.

⁵³¹ Irureta Uriarte y Jiménez y Porcar, en Miguel Alejandro López Olvera, *La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial* (Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2007), 602.

⁵³² COFJ, “art. 138.- Fórmula de las sentencias. Los jueces y las juezas usarán esta fórmula en las sentencias que expidieren: Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República”.

poder debe ser ejercido sin arbitrariedad.⁵³³ Cuando los magistrados se exceden, vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos, usando ese poder de juzgar, no pueden, bajo una racionalidad, estar exentos de tener que asumir su responsabilidad y tener que indemnizar a las víctimas de estos actos.

La sociedad concede parte de ese poder al órgano judicial para que lo ejerza dentro del marco constitucional y legal, observando el respeto a la dignidad humana. Si ellos contravienen este marco, es lógico que el Estado y eventualmente los jueces por el derecho de repetición tengan que pagar las indemnizaciones que correspondan.

Más allá de las discusiones comunes y normales que tienen los estudiosos del derecho, buscan afanadamente explorar más elementos que pudieran cerrar conceptualmente el significado del error judicial, algunos coinciden en afirmar que la figura del error judicial abarca a los errores de hecho como los de derecho. Una tendencia era que los errores judiciales solo tienen que ver con los errores de hecho, porque los errores de derecho tienen posibilidades de solución mediante los recursos de revisión y casación como se ha sostenido; otra tendencia es la de que el error judicial cabe solo con los errores de derecho: “falta de aplicación, inadecuada aplicación y errónea interpretación”.⁵³⁴

La jurisprudencia ecuatoriana coincide con una mayoría de doctrinarios, en cuanto a que el error judicial puede ser de hecho y de derecho,⁵³⁵ aclarando que no existe norma jurídica a la cual podamos remitirnos que nos señale en que consiste esta figura jurídica. Con la agravante incluso de que no existe ninguna sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, que haya fallado declarando la existencia de error judicial en el ámbito administrativo, no así en el ámbito penal, donde conceptualizando la tipología de inadecuada administración de justicia, las Salas Penales de la CNJ han ordenado pagar indemnizaciones a ciudadanos, por la existencia de errores de hecho más no de derecho; de manera que hay evidencias de

⁵³³ García Falconí, *La obediencia debida* (Quito: Derecho Ecuador, 2014), 1: “El juez ya no es mero espectador del proceso, tampoco es un dictador que puede actuar arbitrariamente, sino que es director del proceso”.

⁵³⁴ Sala de lo Civil y Mercantil de la CNJ expuso que: “si el error judicial imputable a ese vicio específico es de derecho (falta de aplicación, inadecuada aplicación y errónea interpretación), procesal o de apreciación o de valoración de prueba”. Expediente de Casación n.º 203, RO 658 del 9 de septiembre de 2002.

⁵³⁵ Ignacio Serrano Butragueño, “El error judicial”. *Boletín*, n.º 1668 (1937): 115: “Otras clases de error judicial, ya suficientemente mencionadas al tratar la jurisprudencia, son el error «*de facto*», o de hecho, y el error «*de iure*», o de derecho”.

indemnizaciones por parte del Estado por errores de hecho, antes que por errores de derecho.⁵³⁶

Entendemos que el error de derecho se produce cuando el juez aplica una o varias normas jurídicas; interpreta o integra estas, apartándose de las reglas aplicables, o dicta su resolución contra el texto expreso y claro de normas jurídicas vigentes que sería el supuesto más grave.

También se incurre en error judicial, cuando el juez decide erróneamente por falta de conocimiento del derecho *per se*, o realiza una mala aplicación de la norma que conoce sobre todo en el proceso de subsunción del hecho al supuesto legal, o efectúa una errónea interpretación de la ley desnaturalizando su sentido y la verdad.

Para ningún jurista el error judicial de derecho puede ser inadmitido, inexistente o puede dejar de ser concebido ya que la *litis* se traba permanentemente en fundamentos de derecho, por lo que el conflicto jurídico necesariamente tiene que resolverse en mérito a una norma jurídica que son las que le dan la solución al juez para dictar una resolución más acertada, más adecuada o más justa. En toda controversia hay perdedor y es obvio que muy excepcionalmente la parte vencida puede alegar la existencia del error judicial de derecho, muy a pesar de que existan recursos que garanticen el derecho a impugnar sea en vía administrativa o vía judicial.

El error judicial puede generarse en una sentencia y en cualquier clase de proceso, sea este ordinario, ejecutivo, sumario, monitorio, contencioso; lo fundamental para que se pueda producir, es que dicha sentencia o resolución haya causado estado, esté firme y se hayan agotado las vías recursivas.

Hemos venido sostenido que el error judicial de derecho se refiere a: “falta de aplicación, inadecuada aplicación y errónea interpretación”, a lo que Guzmán⁵³⁷ acota que de este modo:

Puede tratarse de una torpe e injustificada o invocación o interpretación-ignorancia-equivocación ostensible-de una regla legal, siempre fuera del área de las decisiones racionalmente susceptibles de adoptarse o una aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance, e igualmente la aplicación de precepto inadecuado, no aplicación de precepto que corresponde pero interpretado de forma absolutamente inadecuada.

⁵³⁶ CNJ del Ecuador. Gaceta Judicial, año CXI, serie XVIII, n.º 10, 3716. (Quito, 14 de abril de 2009). “Sobre la base de lo expresado y por cuanto hay acción revisoria propuesta, pues existen graves violaciones procesales mencionadas por los recurrentes, que demuestran el error de hecho y de derecho en la sentencia impugnada”.

⁵³⁷ Guzmán, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, 158.

Lo citado por Guzmán, demuestra que para consolidar la figura del error judicial de derecho, el juez rompe un estándar común, un estándar racional que un juez debe tener, fundamentado en normas jurídicas, que sobrepasan la órbita lógica de la racionalidad, a la que cualquier persona con criterio jurídico no podría arribar, lo cual indudablemente conlleva a una decisión o sentencia errada con crasos y palmarios fallos que afectan el derecho de las personas.

En cambio, entendemos que el error judicial de hecho se produce cuando el juzgador modifica los hechos materia del proceso, o altera cualquier otro hecho relacionado. En este caso el juez da por establecido que un hecho no ocurrió cuando si sucedió; o cuando estando probado el hecho, omite considerarlo y no lo toma en cuenta; o cuando distorsiona la naturaleza del hecho acaecido, considerándolo solo parcialmente. La verdad se construye a partir de la evaluación de los hechos, de su conformidad con la prueba y de la interpretación de la norma en el proceso de subsunción.

Guzmán⁵³⁸ considera que:

El error judicial de hecho es el que afecta al material fáctico del proceso y puede ser de dos clases: error de hecho interno y error de hecho externo; el primero, es el que resulta verificable con los datos y elementos fácticos obrantes en el proceso y consiste en la apreciación fuera de toda lógica o sentido de los hechos que se han aportado y probado; el segundo, es la falta de correspondencia entre la realidad procesal, a la que correctamente se atuvo el juicio jurisdiccional, y la realidad material o externa; esto es, los datos aportados al proceso han sido apreciados correctamente pero no coincidan con los hechos reales.

La opinión de Guzmán encaja perfectamente al típico error de hecho, y se refiere al dar una valoración distinta al reflejo normal que se puede tener de los hechos demostrados o probados en las diferentes partes del proceso judicial. Es como distraer la vista de lo que se ha aportado al expediente; de manera que, hablar del error de hecho externo no tiene lógica alguna, porque si las partes procesales no la aportaron en el momento procesal oportuno, el error judicial no puede ser encarnado al juez que dicta una resolución si no ha tenido a la vista las pruebas o documentos de manera objetiva que le hubieren permitido resolver de una manera distinta a la que ha resuelto.

Lo aseverado, significaría que las etapas procesales no tendrían sentido alguno dentro de un proceso determinado, toda vez que cualquiera de las partes en un instante distinto al que obligatoriamente está sometido dentro de una contienda lo llegare a

⁵³⁸ *Ibíd.*, 159.

presentar, cuando a la parte procesal le parezca, hecho este que no es otra cosa más que una violación a la seguridad jurídica que establece reglas previas, públicas y claras⁵³⁹ para la tramitación de cualquier proceso.

1.4. Caracteres para imputar responsabilidad por error judicial

Hemos venido señalando que el error judicial se comete cuando el juez dicta una resolución o sentencia con evidente error de hecho o de derecho, dentro de un proceso que causa daño a un ciudadano, por lo que el Estado está en la obligación de repararlo. Por ello, es importante conocer las características que debe tener ese daño sujeto a reparación estatal, a efectos de tener presente la seguridad de que el mismo es resarcible.

Otro de los autores es Ortiz Navacerrada⁵⁴⁰, quien señala: “el error judicial debe caracterizarse primordialmente por tres notas: ser perjudicial, no consentido y no provocado”. Siguiendo esa línea, se debe analizar lo perjudicial del daño y en palabras de Claudio M. Kiper:⁵⁴¹ “el daño susceptible de reparación no es cualquier menoscabo que sufra la persona, sino aquel al cual el derecho le asigna tal calidad, quien incluso lo llama el daño jurídico. Siendo así, coincidimos plenamente con el criterio emitido por el Tribunal Supremo español,⁵⁴² de que todos los requisitos comunes a la responsabilidad civil, tales como daños injustos, efectivos, evaluables económicamente e individualizados, cuando se trata de error judicial hay que aceptarlos como tal.

Los sistemas jurídicos modernos aceptan el hecho de que los jueces puedan equivocarse al tomar sus decisiones, coincidiendo con la teoría de que errar es humano; y, en definitiva, ello no es más que la aceptación de la falibilidad humana. Justamente la revisión de las decisiones de los jueces por parte de sus superiores jerárquicos constituye una previsión para subsanar los errores que pudieran cometerse.

La responsabilidad del Estado por error judicial, constituye la obligación que tiene el Estado de indemnizar a las personas por los daños y perjuicios que haya causado por una sentencia judicial dictada erróneamente. El fundamento de la

⁵³⁹ “El art. 82 de la CRE determina el derecho a la seguridad jurídica, mismo que se halla articulado con el cumplimiento de las normas constitucionales, por lo que aquellas que formen parte del ordenamiento jurídico deben encontrarse determinadas previamente, además deben ser claras y públicas” Resolución de la CC 351, RO Edición Especial 852 de 24 de enero de 2017.

⁵⁴⁰ Santiago Ortiz Navacerrada, “El proceso de error judicial”, *Revista de actualidad civil*, n° 14 (1989): 949.

⁵⁴¹ Kiper, Proceso de daños, 1.

⁵⁴² Tribunal Supremo Español: fallos del 27 de noviembre de 1987 y 21 de julio de 1989 que también alude a la necesidad de la relación de causalidad.

responsabilidad radica en el principio general, de que quien causa un daño tiene la obligación de repararlo y aplicar una sanción al responsable.

Los errores se encuentran en la naturaleza del hombre, porque no existe ser humano infalible y por eso el juez los comete en ejercicio de la función y de allí que el legislador estableciera los recursos y medios de defensa para impugnar las resoluciones judiciales, que son la evidencia de la posibilidad de error que puede ser corregida por el tribunal superior que conoce la impugnación.

Por otro lado, si la independencia judicial es una garantía constitucional de los ciudadanos frente al órgano judicial, esto implica garantizar la libertad del juez, para decidir, sin interferencias, los procesos que conoce, conforme a las pruebas y una correcta interpretación de las normas jurídicas aplicables.

Sin embargo, la independencia judicial del juez no es ilimitada pues se sanciona la arbitrariedad judicial. El juez, en el acto de decidir, debe ceñirse al proceso y a las normas jurídicas. La independencia judicial, no puede ser un escudo, para emitir resoluciones en contra de las pruebas, hechos o en contra de la ley. La independencia judicial no es absoluta, pues el juez no goza de facultades omnímodas y por eso sus decisiones jurisdiccionales deben ser conformes a la ley. No puede emitirlo en contra de la ley, pues eso le genera responsabilidad.

El daño es el núcleo donde se desenvuelven todas las teorías para determinar la reparación del perjuicio causado, “es el centro de gravedad y el eje alrededor del cual gira el fenómeno resarcitorio, siendo esencial su presencia y su falta de justificación para que proceda la reparación del perjuicio”.⁵⁴³

El carácter de injusto se basa en que el perjuicio se ocasiona en una persona que no está jurídicamente obligada a soportar el daño; como así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los fallos Gunther y Santa Coloma al sostener que: “Como no existe un derecho a dañar; todo daño será injustificado y por ende resarcible, a no ser que exista una causa de justificación que expresamente lo tolere”.⁵⁴⁴

Así mismo, el carácter de efectivo se refiere a que el daño no puede ser incierto, sino que haya ocurrido; la individualización corresponde a que el daño debe provenir de un hecho dañoso claramente identificable sobre una o más personas; y, finalmente “el

⁵⁴³ Kiper, *Proceso de daños*, 1.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*

daño requiere que sea evaluable económicamente”.⁵⁴⁵ Esto es, una medición cuantitativa que posibilite establecer un valor o monto con el que pueda cubrir el daño causado, tal como lo señala Agüero, “el daño debe poder ser evaluable económicamente, es decir, tiene que tratarse de un perjuicio apreciable en dinero, que comprende tanto al daño material como al daño moral.”⁵⁴⁶

El fundamento de la responsabilidad emana de la confrontación entre la ley y la decisión judicial que vulnera el contenido de la norma, que se determina de un proceso de comparación, donde se produce una distorsión de la verdad. Para determinar el error, la comparación puede hacerse en forma inmediata entre la ley y la decisión;⁵⁴⁷ o en forma mediata, cuando el error surge de una errónea apreciación de las pruebas.⁵⁴⁸

Para que exista responsabilidad por error judicial, tiene que existir una decisión ostensiblemente ilegal, producto de una actuación subjetiva, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso.

Existe una postura doctrinaria, respecto de que no puede limitarse el derecho que tienen los particulares a ser indemnizados cuando estos sean víctimas de daños antijurídicos imputables al Estado, donde no se exige dolo o culpa grave en la actuación. La indemnización del daño antijurídico se produciría para esta concepción aun en ausencia de falta personal del agente que lo causa, es decir que no se requiere la culpabilidad del funcionario en el error judicial. La postura referida la enarbola Guzmán⁵⁴⁹ cuando sostiene que es evidente que no se puede confundir lo que es la causa del error judicial, con lo que es el error judicial en sí como resultado.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el art. 32 del COFJ se limita a señalar que el Estado será responsable por error judicial, dejando aquello como amplitud de interpretaciones, encajándolo como un concepto jurídico indeterminado, por lo que a primera vista la apreciación que se debe tener de dicha institución jurídica es que debe

⁵⁴⁵ Sebastián Paz Menéndez, “El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la administración. Criterios de actuación y valoración”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 38 (2016): 19.

⁵⁴⁶ Mirta Nohemí Agüero, *Responsabilidad del Estado y de los magistrados por error judicial*, 2ª.ed. (Buenos Aires: Ad Hoc, 2000), 96-7.

⁵⁴⁷ Carlos Mario Molina Betancur, “La responsabilidad extra-contractual del Estado por error judicial en Colombia”, *Opinión Jurídica* 3, n.º 4 (2004): 1: “La responsabilidad surge de la comparación simple entre la ley y la decisión del juez, de manera que se determine que esta última viola el contenido de aquella, conclusión que se percibe con un simple proceso de comparación”.

⁵⁴⁸ Rosaura Barrientos, *Correcta valoración de pruebas* (Ciudad de México: Poder Judicial, 2013), 2.

⁵⁴⁹ Guzmán, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, 153.

haber un error y un error que cause daño al ciudadano; por ello sostiene Guzmán⁵⁵⁰ que lo importante es que se haya producido un daño injusto derivado de una resolución que contiene un juicio, una decisión.

Siguiendo la línea de Guzmán,⁵⁵¹ se refiere a que debe existir una postura para aplicar de manera restrictiva y excepcional la responsabilidad del Estado, en relación con los actos cumplidos en ejercicio de la función jurisdiccional. La responsabilidad emana luego de efectuarse un proceso amplio y expedito, donde se determina la ilegalidad de la actuación del juez. Así mismo, se señala el recurso de revisión para resolver los casos donde se deja sin efecto la cosa juzgada por supuestos previstos en la ley, citando como ejemplo los casos de los condenados por homicidio, cuando la muerta aparece con vida, o de las sentencias que se basan en el testimonio de una persona que haya sido condenada con sentencia firme por falso testimonio. Aquí la reparación supone dejar sin efecto la cosa juzgada. El mismo autor citado Guzmán⁵⁵² señala que el error judicial es consustancial a la actividad jurisdiccional y por ello no puede producirse de manera habitual, permanente, constante, debido a que el propio ordenamiento jurídico ecuatoriano, en este caso el COGEP señala los recursos que pueden existir, ya sea en materia penal como es la revisión o casación, y en lo contencioso el recurso de casación.

Por otro lado, el error judicial no se deriva por la simple anulación o revocación de una resolución judicial,⁵⁵³ como así lo sostiene la Corte Suprema de Argentina⁵⁵⁴ al expresar textualmente que:

La mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga derecho de solicitar indemnización pues, a dicho propósito, solo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento.

Bajo ese criterio, las instancias no tendrían sentido mediante los recursos que la ley disponga para garantizar el derecho a recurrir las decisiones judiciales; por el contrario, debe entenderse por error judicial toda decisión o resolución, dictada por los

⁵⁵⁰ *Ibíd.*, 154.

⁵⁵¹ *Ibíd.*, 155.

⁵⁵² *Ibíd.*, 151.

⁵⁵³ La CNJ reiteradamente ha manifestado claramente que cuando se revoca o se anula una sentencia, resolución o auto, no se configura por sí solo el derecho a recibir indemnización del Estado, puesto que para corregir los errores se han contemplado las instancias a través de los recursos.

⁵⁵⁴ *Román, S.A. c/ Estado Nacional-Ministerio de Educación y Justicia*” Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Publicado en La Ley t. 1995-B 437.

órganos competentes para administrar justicia, que sea injusta o equivocada; sin embargo además de aquello “el yerro, debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable”.⁵⁵⁵

La jurisprudencia española ha desarrollado ese concepto, al decir que el yerro debe ser objetivo y que no solo puede afectar a quienes fueron parte procesal, sino también a terceros, agregando que: “puede ser fáctico o jurídico, teniendo indebidamente por probados determinados hechos o desconociendo o ignorando los preceptos legales o las normas aplicables o incurriendo en flagrante equivocación al aplicarlas o interpretarlas”.⁵⁵⁶

El error judicial proviene de actos emanados de los jueces, esto es, cuando estén juzgando o ejecutado lo juzgado, o incluso cuando estén emitiendo medidas cautelares, siempre que se hayan agotado todos los recursos que dispone la ley, en los que se haya determinado el yerro. Mazeaud indica que para que exista error judicial debe constituirse: “un yerro manifiesto e indiscutible, ya sobre los hechos declarados probados, ya sobre el derecho aplicado, que sea determinante del sentido de la resolución, que haya provocado daños indemnizables y que no sea debido a dolo o culpa del perjudicado”.⁵⁵⁷

Ahora bien, hasta aquí no se ha hecho referencia al error judicial ocasionado por inadecuada apreciación de la prueba. Para Hernández⁵⁵⁸ “Los estándares de prueba son los criterios o pautas que se utilizan para determinar si una hipótesis probatoria ha recibido o no suficiente apoyo como para ser corroborada”; es por ello que, considerando que la doctrina no lo ha establecido, ni los Estados lo han desarrollado en su legislación, ni en la jurisprudencia; por lo que al no existir criterios exactos para la formulación y valoración de los estándares de prueba, se ha hecho difícil desarrollar los supuestos del error judicial en este caso, aunque no lo imposibilita. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no existe una norma que señale de manera explícita causal en las que el derecho indemnizatorio no sea procedente.

La responsabilidad extra-contractual del Estado por error judicial se confunde con la responsabilidad jurisdiccional. Se considera que el error judicial es un concepto más amplio que hace referencia al órgano judicial. Cuando se habla de lo jurisdiccional

⁵⁵⁵ Malem, Ezquiaga e Ibañez, *El error judicial*, 118.

⁵⁵⁶ Caso Aranzadi. Sala Penal del Tribunal Supremo de España. Sentencias de fecha 19 de junio de 1991 y Sentencia de fecha 31 de octubre de 1991.

⁵⁵⁷ Mazeaud y León Tunc, “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil contractual”, 46.

⁵⁵⁸ Martín Valeriano Hernández, *El error judicial, procedimiento para la indemnización* (Madrid: Civil, 1995), 81.

se comprende a la función que desempeña y en este caso el error lo comete la autoridad que tiene la jurisdicción, es decir, la capacidad de declarar el derecho dentro de un proceso judicial.

En mérito al contenido del artículo 76.7 literal m) de la CRE, de que todas las resoluciones que dicten los jueces o tribunales pueden ser recurridas, es decir, apeladas y en el caso de lo contencioso administrativo, en la que los tribunales sus sentencias son de única y última instancia, las mismas pueden ser objeto de casación ante la CNJ. El presunto perjudicado debe agotar las vías recursivas y de casación respectivamente para lograr que los jueces superiores puedan revocar los fallos de los inferiores que le causen perjuicio, coincidiendo con la teoría emitida en los fallos,⁵⁵⁹ de que las sentencias o fallos revocados no necesariamente constituyen un error judicial. Es por ello, que la persona afectada para efectos de poder demandar en lo posterior por error judicial, tiene que necesariamente agotar todas las instancias que el ordenamiento jurídico permite y luego así cumplir con su aspiración de resarcimiento de parte del Estado, ya que el daño causado en su contra no lo ha consentido, por el contrario, ha buscado que este no se consolide; criterio que es corroborado por Guzmán⁵⁶⁰ de la siguiente manera: “En cuanto al carácter de no consentido, significa que el perjudicado debe haber empleado todos los medios jurídicos a su alcance para corregir la equivocación, agotando todos los recursos previstos legalmente contra la resolución a la que se imputa”.

En el mismo sentido coincide Kemelmajer de Carlucci citada por Jorge Mosset Iturraspe,⁵⁶¹ al sostener que no podrá entablar el juicio de responsabilidad civil el que no haya utilizado a su tiempo los recursos legales contra la sentencia, auto o providencia en que se suponga causado el agravio o no hubiere reclamado oportunamente durante el juicio pudiendo hacerlo. Es la manera de evitar que el daño se produzca por los procedimientos normales.

⁵⁵⁹ Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, número de proceso 17741-2013-0250, 09 de febrero de 2017; Actor José Mendoza Sabando vs. Estado ecuatoriano: “Si el sistema de responsabilidad del Estado por error judicial fuere indiscriminado, cualquier errónea aplicación de normas jurídicas, cualquier revocación de la sentencia por los Tribunales de Segunda Instancia, en fin, cualquier entendimiento subjetivo de las partes en un proceso judicial respecto de la aplicación y entender de las normas que los jueces realizan, sería causa suficiente para imputar al Estado un supuesto daño, lo cual no es jurídicamente aceptable”.

⁵⁶⁰ Guzmán, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, 164.

⁵⁶¹ *Ibíd.*, 166

Por su parte, Juan Manuel Hitters⁵⁶² establece ciertas limitaciones para la configuración de la responsabilidad del Estado, debiendo tener en cuenta que: “deben agotarse los recursos procesales posibles antes de reclamar contra la resolución dañosa, que la carga de la prueba corresponde a quien alega la existencia de culpa, negligencia o dolo en la actuación de las personas presuntamente responsables; y, cuando existe la cosa juzgada, deberá derribarse para intentar una indemnización”.

De otro lado, para hablar del daño no provocado, es preciso establecer que toda persona tiene el deber de prevención del daño, bajo lo cual se entiende que debe “evitar causar un daño no justificado” y “adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, y no agravar el daño si ya se produjo”, lo contrario significaría que busca que el daño se efectivice, que se concrete, lo que podría ser causa para que no se produzca la obligación de reparación, ya que si tales medidas tienen como finalidad evitar la ocurrencia del daño, disminuir su magnitud o no empeorarlo, de ser efectivo el daño, la persona tiene derecho a la reparación; es decir, “el error judicial no puede haber sido originado por dolo o culpa del perjudicado ya que tal circunstancia excluiría el derecho a la indemnización”⁵⁶³.

Resumiendo los tres caracteres que Ortiz Navarraceda⁵⁶⁴ acertadamente atribuye al error judicial, este se configura cuando el fallo que produce el error judicial debe atentar contra los derechos de una de las partes procesales, en donde claramente se evidenciaría el elemento perjudicial, por cuanto el daño que se produce por el error no debe ser soportado jurídicamente por la persona afectada; el no consentimiento se evidenciaría cuando la persona ha hecho uso de todas las instancias ordinarias y extraordinarias, teniendo como pretensión la corrección del error judicial de hecho o de derecho; y, claramente el error cometido por el juez no puede haber sido provocado por quien se pretende víctima del mismo, es decir, la persona quien reclama la reparación por error judicial no puede haberlo inducido mediante engaño, hechos o documentos falsos, ni por otro motivo.

⁵⁶² Juan Manuel Hitters, *Responsabilidad del Estado por error judicial* (Buenos Aires: La Ley, 2003), 1070.

⁵⁶³ Guzmán, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, 164.

⁵⁶⁴ Ortiz Navacerrada, “El proceso de error judicial”, 949.

1.5. Mal funcionamiento de la administración de justicia: Error judicial y funcionamiento anormal

Las teorías contemporáneas que analizan el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado originarias del mal funcionamiento de la administración de justicia, la han clasificado en dos sub puntos, tales como: “a) la responsabilidad por error judicial y b) la responsabilidad por funcionamiento anormal”.⁵⁶⁵ En cuanto a la responsabilidad del Estado por error judicial, la doctrina claramente ha reconocido que se genera de la actividad jurisdiccional en sentido estricto, esto es, que el mal funcionamiento de la administración de justicia se deriva de una decisión judicial; mientras que, la responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración de justicia, comprende todos los daños que se ocasionan por la actividad no jurisdiccional.

El tratadista Cobrerros, entre otros autores, considera que bajo un criterio formal la distinción más predominantemente consiste en la formal: “corresponderá al ámbito del error judicial la reparación del daño que se produzca en una resolución judicial (obviamente, en el ejercicio de funciones jurisdiccionales); y, el funcionamiento anormal de la administración de justicia quedará para los restantes casos”.⁵⁶⁶ Para el autor citado la diferencia entre ambos consiste en la aplicación de una teoría residual, porque sostiene claramente que el error judicial proviene del ejercicio de las actividades jurisdiccionales; y, todo lo que no sea error judicial se adecuará al anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Indistintamente de la razón por la que se configure el mal funcionamiento de la administración de justicia, sea por error judicial o por anormal funcionamiento, el daño debe ser: “efectivo, evaluable económicamente e individualizado a persona o grupo de personas”.⁵⁶⁷

Pese a la diferencia efectuada, y sobre la que la doctrina y legislación española⁵⁶⁸ han hecho un aporte importante, todavía se sigue confundiendo al error judicial con el

⁵⁶⁵ Avelino Blasco Esteve, “La responsabilidad patrimonial de la administración en el derecho español”, en *Serie Praxis 100* (Ciudad de México: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998), 43.

⁵⁶⁶ Edorta Cobrerros Mendazon, “Funcionamiento anormal de la administración de justicia e indemnización”, *Revista de Administración Pública*, n.º 177 (septiembre-diciembre de 2008): 37.

⁵⁶⁷ Blasco Esteve, “La responsabilidad patrimonial de la administración en el derecho español”, 43.

⁵⁶⁸ En el título referente al poder Judicial, la Constitución española reconoce en un precepto la responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia en sus dos tipos: “Artículo 121.- Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”. Esta previsión constitucional constituye el reconocimiento a ambas categorías: error judicial y anormal funcionamiento de la administración de justicia, en concordancia con

anormal funcionamiento de la administración de justicia. La confusión se produce porque en los Estados no se encuentran plasmados los conceptos jurídicos de ambos, lo que es sostenido por Guzmán⁵⁶⁹ al decir que: “Estamos ante un concepto jurídico indeterminado o en blanco, a concretar caso a caso por la jurisprudencia, mediante el empleo de reglas elásticas y variables en atención a las pautas o estándares medios de funcionamiento del servicio alcanzado en cada momento y circunstancia”.

Los elementos o presupuestos que intervienen dentro de una pretensión resarcitoria en contra del Estado por el retardo injustificado o la inadecuada administración de justicia, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, la detención arbitraria y las violaciones de los principios y reglas del debido proceso, son:

- a) El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, que incluye el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad.
- b) La demostración de la falla o falta del servicio, el daño antijurídico cierto y determinado.
- c) La existencia de una relación de causalidad entre el primero y el segundo.

En los casos mencionados, la responsabilidad del Estado es directa, porque la acción dañina ha sido cometida por una de las funciones del Estado, en este caso la Función Judicial, y el fundamento básico de la mencionada responsabilidad estatal está preceptuado en la CRE, señalando que el Ecuador es un Estado constitucional de derecho y justicia:

Artículo 1: Ecuador es un Estado constitucional de derechos y Justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Esta responsabilidad conlleva la obligación de resarcir, sin que sea necesario que la víctima u ofendido tenga necesidad de demostrar la culpa del juez. De conformidad con lo anterior “[...] basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo [...] para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro

los fundamentos doctrinales españoles, en los cuales se establece que la segunda apareció como parte del debate de aprobación del Anteproyecto de la Constitución citada. Pese al reconocimiento constitucional, jurídicamente no se han regulado los conceptos jurídicos de ambos.

⁵⁶⁹ Guzmán, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, 165.

requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño y prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originador del daño.⁵⁷⁰

El tratadista colombiano Jairo López Morales, sostiene que el error jurisdiccional debe ser tan grave y notorio que a simple vista se imponga en la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso.⁵⁷¹

El error jurisdiccional no puede ser analizado únicamente desde una perspectiva orgánica, tal como expresa la Corte Constitucional Colombiana al revisar la constitucionalidad del art. 66 de la Ley 270 de 1996:

La posible comisión de una falla por parte del administrador de justicia conlleva la responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido que al juez, por mandato de la carta política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y, asimismo, aplican las normas constitucionales y legales que juzga apropiadas para la resolución del respectivo conflicto. Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parte de ese respeto hacia la autonomía funcional del juez. Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia, Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas —según los criterios que establezca la ley— y no de conformidad con su propio arbitrio. En otras palabras, considera esta corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una vía de hecho.⁵⁷²

Al respecto, Claudia Rodríguez, sostiene lo siguiente:⁵⁷³ “Solo cabría considerar como error judicial al que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no han

⁵⁷⁰ Eduardo García Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II, La responsabilidad patrimonial de la administración* (Madrid: Civitas, 1982), 372.

⁵⁷¹ López Morales, *Responsabilidad del Estado por error judicial*, 425.

⁵⁷² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037, 5-02-1996, Mag. Pon. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁷³ Claudia Rodríguez, *Responsabilidad del Estado por error judicial* (Buenos Aires: AD-HOC S. R. L., 1999), 11: “La ilegitimidad que da lugar, en su sentido propio, al llamado error judicial, aparece cuando el acto judicial dictado por el magistrado en ejercicio de su potestad juzgadora, resulta objetivamente contrario a los hechos comprobados en la causa, al derecho y a la equidad; o, si se quiere, cuando entre la confrontación de la solución dada y la que correspondía de acuerdo con la apreciación de la prueba y la ponderación de las normas especialmente aplicables, resulta evidente, manifiesto e inopinable, la existencia de la equivocación productora de un daño cierto” Fallos, 321:1712. Voto del doctor Adolfo Roberto Vásquez.

logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento jurídico”.

El incumplimiento irregular de la obligación legal de administrar justicia, puede ser motivado por culpa o negligencia (error judicial), pero también por dolo o malicia. En estos últimos casos, el juez, además habrá cometido un delito penal como el cohecho, prevaricato, denegación o retardo de justicia, según los casos, pudiendo ser entonces penal y civilmente responsable.⁵⁷⁴

Continuando con este análisis, respecto de la similitud de imputación entre inadecuada administración de justicia vs. Funcionamiento anormal anormal de justicia, Vicente Guzmán⁵⁷⁵ expone que: “cabría afirmar que el funcionamiento anormal de la administración de justicia es toda acción u omisión de actos procesales o de deberes de naturaleza administrativa, no acorde con los niveles medios y normales de prestación de servicio de la justicia en cada momento y en cada orden jurisdiccional”. Los niveles medios y normales a los que se refiere el autor mencionado, respecto de la prestación de los servicios públicos de administración de justicia, está refiriéndose a los estándares que racionalmente se llega a concebir en la mentalidad del ciudadano, los plazos en los que comúnmente se cierra una etapa procesal, se aprueba un informe pericial o se dicta una sentencia o resolución.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ Hitters, *Responsabilidad del estado por error judicial*, 7: “En lo atinente al poder judicial, existe un elemento que introduce un factor especial: el estado de cosa juzgada. Frente al error judicial demostrado, no puede sostenerse la intangibilidad de la decisión que, por ejemplo, recluyó durante años a una persona inocente y, en tal supuesto es innegable la procedencia de la indemnización que deberá afrontar el Estado, a pesar de obrar en el más pleno ejercicio del poder público”.

⁵⁷⁵ Guzmán, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, 179.

⁵⁷⁶ Consejo de Estado de Colombia, sección tercera, sentencia de 3 de febrero de 2010. “En el nuevo orden constitucional el derecho a una pronta justicia tiene el rango de mandato superior. En efecto, el art. 29 de la Constitución de 1991 establece como garantía del debido proceso, el trámite sin dilaciones injustificadas y el 228, ibíd. Consagra los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial, al disponer que ‘los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado’. Por su parte, el art. 8 de la CADH reconoce esa garantía como elemento básico del debido proceso legal, aplicable a todos los procesos judiciales y aunque en el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue reconocido concretamente el derecho del acusado de delito ‘a ser juzgados sin dilaciones indebida’, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos considera que dicha garantía es aplicable a procesos de otra índole [...] Por su parte, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre al interpretar el art. 6., num. 1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha considerado que ‘el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse, según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente’ la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales. Ese mismo Tribunal ha precisado que no existe dilación indebida por el mero incumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos esto es, que no se ha constitucionalizado el derecho a los plazos sino que la Constitución consagra el derecho de toda persona a que su causa se resuelva en un tiempo razonable”.

Hay una conciencia nacional en el gremio del abogado, de que un proceso contencioso administrativo puede durar de 3 a 4 años en un tribunal y en un plazo igual obtener sentencia del recurso de casación en la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ; obtener un pronunciamiento en exceso a ese estándar provoca necesariamente el malestar y angustia por una sentencia o resolución para reclamar una indemnización al Estado⁵⁷⁷ por la deficiente prestación del servicio público fundamentada en la inadecuada administración de justicia.⁵⁷⁸

El analizar el concepto que Guzmán hace respecto del anormal funcionamiento de la administración de justicia, no significa en absoluto aceptar la teoría de que deben existir estándares, puesto que en el momento en que se concibe a la justicia como un servicio público, el ciudadano lo asemeja como cualquier otro, sin distinciones, sin diferencias, porque toda persona acude a la Función Judicial en busca de la solución de un conflicto que presuntamente afecta sus derechos, por lo tanto espera que el Estado atienda su requerimiento que no necesariamente debe ser favorable por parte del juez, pero que si significa saber que se ha atendido su demanda y tener certeza sobre sus pretensiones. El Ecuador ha puesto en marcha un Código Orgánico General de Procesos que contiene la oralidad como fundamento de agilidad, celeridad; en consecuencia los

⁵⁷⁷ Consejo de Estado de Colombia, sección tercera, subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, exp. 28955: “En relación con el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por el retardo injustificado en la toma de decisiones judiciales, se debe recordar que la Constitución Política establece el derecho a una pronta y cumplida justicia en el art. 29, como una garantía propia del debido proceso que se concreta en el trámite sin dilaciones injustificadas. En igual sentido, el art. 228 constitucional dispone que “los términos procesales se observarán con diligencia” y que “su incumplimiento será sancionado”, con lo cual eleva a rango constitucional los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial. [...] Asimismo, la CADH, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, consagra que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...] En el orden legal, la Ley 270 de 1996 desarrolla la responsabilidad de la administración por error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. La Ley Estatutaria estableció esta modalidad de responsabilidad como residual, con fundamento en la cual deben ser decididos los supuestos de daño antijurídico sufridos a consecuencia de la función jurisdiccional, que no constituyen error jurisdiccional o privación de la libertad, por no provenir de una decisión judicial. Sobre esta distinción [...] En vigencia de la Constitución de 1991, la Sala ha reconocido el derecho a la indemnización por fallas en la administración de justicia y, en particular, por la dilación injustificada en la adopción de decisiones, cuando este retardo causa daño a las partes o a terceros. En relación con los parámetros para establecer si el retardo de una decisión judicial está justificada o no, ha dicho que se debe observar la complejidad del asunto, la conducta de las partes, el volumen de trabajo del despacho y los estándares de funcionamiento”.

⁵⁷⁸ <www.funciónjudicial.gob.ec>, Consejo de la Judicatura, *Rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura, enero 2015-enero 2016*. Quito: Consejo de la Judicatura, 2016: “El proceso escrito es burocrático, lento, delegable (muchas actividades procesales no las realiza el juez, sino otros servidores judiciales). Incidentalista (la interposición de un incidente en el proceso puede demorar tiempos indefinidos) [...]”.

plazos previstos en el mencionado código dan la pauta para lograr una sentencia dentro de los tiempos que el legislador consideró adecuados incorporarlos, consecuentemente no hay que buscar estándares, sino exigirle al juez que cumpla con los plazos, hacer lo contrario es incurrir en una deficiente prestación del servicio público de justicia.

Razones más que suficientes para disentir con el criterio de la Sala Contenciosa Administrativa, cuando señala que “se daría la inicua conclusión de que la auto-corrección del sistema de justicia vendría a prácticamente ser sancionable, tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito penal lo cual no es factible”.

Argumentaciones como estas del máximo órgano de justicia demuestra los precarios o rústicos conceptos que se tienen respecto de la obligatoriedad del Estado ecuatoriano de indemnizar a sus ciudadanos por la deficiente prestación del servicio público en un país donde se presume la constitucionalidad de los derechos, pero que sin embargo se actúa atentando a la garantía de la seguridad jurídica.

Vicente Guzmán ilustra que “el funcionamiento anormal es un concepto tomado de la responsabilidad estatal por el funcionamiento de la administración pública”⁵⁷⁹, teniendo como fundamento de que aquello es un concepto jurídico indeterminado, en donde prevalece la idea central de la falta de servicio y cuya visión es absolutamente objetiva dependiendo siempre de la actividad de los funcionarios del Estado dentro de sus fines y objetivos institucionales.

La responsabilidad del Estado-Administración de Justicia está enfocado de manera nuclear en el derecho de acceso a la administración de justicia o a la tutela judicial efectiva como lo menciona Jaime Santofimio⁵⁸⁰ quien sostiene que es el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como servicio público que dio lugar a la elaboración inicial jurisprudencial en Colombia respecto de la responsabilidad del Estado se ha señalado, lo cual coincide con el criterio de Guzmán, por lo que debe mirárselo de manera integral mediante “todos los agentes que hacen parte de dicha administración”.⁵⁸¹

En todo caso siguiendo la línea del autor colombiano Santofimio, no es importante conocer si el régimen subjetivo y objetivo es el que inclina la balanza para saber si existe deficiente funcionamiento de la justicia. Se trata, sin duda alguna del ámbito que suscita mayor debate y a que la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa

⁵⁷⁹ Guzmán, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, 178.

⁵⁸⁰ Santofimio, *Tratado de derecho administrativo*, 525.

⁵⁸¹ *Ibíd.*, 525.

ha intentado zanjar creando un modelo de falla cuando se trata de error jurisdiccional y defectuoso funcionamiento, “y un régimen objetivo ante la privación injusta de la libertad, lo que en nuestra opinión no supone que el debate se haya cerrado, sino que sigue abierto para dotar de pleno encuadramiento a los diferentes supuestos en los que se manifieste este régimen de responsabilidad”.⁵⁸²

El el Ecuador lo señalado no es la excepción, pese a que se reconoce constitucionalmente la responsabilidad extracontractual del Estado por “error judicial; detención arbitraria; inadecuada administración de justicia, que se puede dar por violación del derecho a la tutela judicial efectiva o por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso; y, por reforma o revocación de una sentencia condenatoria en virtud del recurso de revisión” (Resoluciones 760-2016 dentro del recurso de casación n.º 600-2012 o la Resolución n.º 817-2016 dentro del recurso de casación n.º 462-2012, Resolución dentro del proceso n.º 17741-2013-0250). Sin embargo, no se registra una resolución que pueda haber desarrollar jurídicamente los conceptos y los elementos que configuran cada uno de estos títulos de imputación, correspondiéndole al órgano legislativo adecuar, formal y materialmente mediante las normas la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado ecuatoriano, o en su defecto, aplicar la jurisprudencia como fuente de derecho.

Ecuador debe contar con la normativa correspondiente, que contenga la definición de varios títulos de imputación, como el error judicial, detención arbitraria, inadecuada administración de justicia, tutela judicial, entre otros títulos de imputación, estableciendo que el primero proviene de las decisiones judiciales que se toman en ejercicio de la actividad jurisdiccional; la segunda, aquella que proviene de la arbitrariedad, sin justificación alguna; la tercera, aquella que se relaciona con el incumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y la violación de los principios y reglas del debido proceso; y, finalmente nos encontramos con la responsabilidad que debe asumir el Estado cuando se reforma o revoca una sentencia condenatoria en virtud del recurso de revisión.

Si bien las sentencias o fallos dictados por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ tienen como fundamento la CPE de 1998, también estas resoluciones se sustentan en el contenido de la Constitución de 2008 y el COFJ expedido en el año 2009, en donde encontramos otros títulos de imputación como

⁵⁸² *Ibíd.*, 526.

causales para demandar por la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serán analizados en otras líneas.

1.6. ¿Similitud o desigualdad entre retardo injustificado o inadecuada administración de justicia?

El art. 32 del COFJ señala que: “El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.” De la disposición legal citada, se desprenden varios títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado derivado del deficiente servicio público de justicia, a saber: error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, en cuyo caso la vocal “o” es una conjunción que se utiliza para diferenciar términos o para dar a conocer dos alternativas desiguales; por ello, se entiende que los tres supuestos mencionados son diferentes y que no pueden concebirse como si fueran iguales.

Los restantes títulos de imputación son fáciles de comprender, puesto que el primero se refiere a lo que significa el derecho a obtener de la administración de justicia la garantía de poder acudir ante ella, esto es, que la ley contemple recursos y que la función judicial permita el acceso a la justicia mediante ellos; y, el segundo comprende la obligatoriedad de que el ciudadano goce de todas las garantías que tiene dentro de un procedimiento o proceso como: la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a la favorabilidad, el derecho a la proporcionalidad de las infracciones y sanciones, entre otros.

La CRE de 2008 agrega dos títulos de imputación a la responsabilidad extracontractual del Estado, respecto de la CRE de 1998 como son: retardo injustificado y la separación o el reconocimiento autónomo de las dos garantías constitucionales: la violación a los principios y reglas del debido proceso; y violación al derecho a la tutela judicial efectiva, que fundamentados en la jurisprudencia ecuatoriana se los había clasificado como parte integrante del título de imputación denominado inadecuada administración de justicia.

Respecto del error judicial, se ha venido señalado que es una declaración de la voluntad del juez llamada sentencia o resolución, pero que no se ajusta a la verdad procesal y que puede tener un yerro de hecho o de derecho. Sin embargo, siguiendo con el contenido del art. 32 del COFJ, nos encontramos con el retardo injustificado o

inadecuada administración de justicia, los cuales serán objeto de análisis en esta investigación, debiendo establecer una definición que establezca similitud o diferencias

El retardo injustificado para cualquier ciudadano significa que la entrega de la cosa u objeto se hace de manera extemporánea, que su tardía no tiene justificación y que de por medio ha existido un plazo o período que ha precluido para la entrega de la cosa u objeto, en un procedimiento administrativo o en un proceso judicial, para cuyo caso el reglamento o la ley en su orden, señala plazos o términos para el cumplimiento de un acto o resolución administrativa o de una sentencia judicial. Así, la Ley de Modernización del Estado⁵⁸³ (derogada), establecía que la administración pública debía resolver sobre las peticiones de los administrados, en un término no mayor de 15 días, actualmente de acuerdo al Código Orgánico Administrativo el término de 30 días⁵⁸⁴ y en los gobiernos autónomos descentralizados, en un plazo no mayor a 30 días.⁵⁸⁵

En el ámbito específico de la justicia contenciosa administrativa, el COGEP señala los plazos en que los jueces deben de resolver las causas, los plazos en los que deben ser convocadas las audiencias, los plazos en los que deben expedir las providencias, autos interlocutorios y elevar los recursos interpuestos por las partes. Si el juez, quien es el que conduce y dispone el cumplimiento de las diligencias, retarda injustamente aquellos plazos concebidos para el cumplimiento de las mismas, nos encontramos con el retardo injustificado, puesto que se presume que la designación de jueces en razón de las materias y por el territorio, tienen satisfecha a la población cumpliendo estándares internacionales que los organismos externos, como las Naciones Unidas y otros, requieren a los Estados partes que los cumplan para el mejoramiento de la justicia.⁵⁸⁶

⁵⁸³ Ley de Modernización del Estado. Decreto Ejecutivo N° 103. Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993, última modificación: 12 de septiembre de 2014. “Art. 28.- DERECHO DE PETICIÓN.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto”.

⁵⁸⁴ Código Orgánico Administrativo.....

⁵⁸⁵ Código Orgánico de Organización Territorial. Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010, última modificación: 29 de diciembre de 2017: “Art. 387.- Plazo para resolución.- El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución, dentro de los respectivos procedimientos, será el que se fije mediante acto normativo en cada nivel de gobierno, observando el principio de celeridad. Si la normativa del gobierno autónomo descentralizado no contiene un plazo máximo para resolver, este será de treinta días.”

⁵⁸⁶ Gustavo Jalkh en rueda de prensa de fecha 27 de octubre de 2015 indicó que el Ecuador tiene 12 jueces por cada 100 mil habitantes.

Pero, es una realidad en la práctica diaria, donde la Función Judicial utiliza un formato tipo, que se ha convertido en la rutina de los jueces para pretender justificar el retardo injustificado de no resolver las causas dentro de los términos y plazos concedidos por el COGEP (vigente) o por el Código de Procedimiento Civil (derogado aplicable a casos anteriores al COGEP), cuyo texto es el siguiente:

Proveyendo el escrito que antecede se le hace conocer al compareciente que oportunamente se atenderá su petición, teniendo en cuenta el orden de ingreso de causas a segunda instancia. Para efectivizar los principios, derechos y garantías constitucionales, principalmente la igualdad material y formal de las personas vinculadas dentro de los procesos por atender, se han establecido ciertos criterios para el despacho de las mismas, como el orden de ingreso y la naturaleza de lo apelado para resolver, con la salvedad de las excepciones que establece la Constitución en su artículo 35, haciéndole conocer además al recurrente, que esta Sala de lo Laboral soporta una gran cantidad de carga procesal, y que esta juzgadora hace todos los esfuerzos humana y físicamente posibles; y, pese a aquello no se le ha podido atender su pedido, reiterando nuestro compromiso de resolver esta causa en el menor tiempo posible.⁵⁸⁷

También, en el retardo injustificado cabe el incumplimiento de actos procesales que no necesariamente dependan del juez, pero sí de otros órganos que conforman la función judicial y que sirven de apoyos para el cumplimiento del servicio público de justicia, nos referimos a la designación del perito, cuando este no se posesiona en la fecha y hora señalada, cuando ése no entrega el informe dentro del plazo concedido, o cuando incumple con la labor asignada, esto es no asistir a diligencias como reconocimiento del lugar de los hechos, o reconocimiento de la cosa materia de la controversia, de la cual el ciudadano espera que ese juez acucioso, diligente, sancione a aquel funcionario judicial que no cumple con su mandato, que lo sustituya con otro y en fin cualquier medida tendiente a que todas las diligencias solicitadas en una causa puedan cumplirse para poder quedar habilitado para que se dicte la resolución o sentencia.

Este retardo injustificado que impide cumplir el objetivo del Estado de brindar un eficiente servicio público de justicia, o lograr la justicia, tranquilidad y la paz de sus habitantes en la solución de los conflictos que se generan por diversas circunstancias, ocasionan la violación a principios constitucionales como celeridad, inmediación, concentración, economía procesal, actuaciones estas que rompen la naturaleza propia de la existencia de la administración de la justicia, función estatal a la que le está encargada

⁵⁸⁷ Sala de Laboral de la Corte Provincial de Manabí. (2017). Dentro del caso n.º 13371-2015-0091. Portoviejo, Ecuador: Providencia notificada en el casillero judicial electrónico 1304548587 con fecha 19 de mayo de 2017.

velar por el cumplimiento de la Constitución y de la ley. Por ello, a quien le corresponde cumplir con la justicia, por el bienestar de los ciudadanos actúa morosamente en detrimento de ese objetivo estatal.

Respecto de la inadecuada administración de justicia en la legislación ecuatoriana, éste título de imputación se asemeja a la figura jurídica de funcionamiento anormal de la administración de justicia que lo señalan algunas legislaciones como Argentina, Colombia, España, entre otras.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ ha mencionado en la sentencia n.º 760-2016 de 21-06-2016,⁵⁸⁸ que los títulos de imputación de detención arbitraria e inadecuada administración de justicia, no pueden ser confundidos y mezclados por el deficiente funcionamiento del servicio público de administración de justicia. Al respecto es preciso mencionar que determinados ordenamientos jurídicos en diferentes naciones, reconocen a la administración de justicia como un servicio público.

En algunos países el error judicial, el retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, son considerados la especie del género, que es la deficiente prestación del servicio público de la administración de justicia. Por lo que, al ser la justicia un servicio público, le corresponderle al Estado otorgarlo con eficiencia, caso contrario los servidores judiciales a quienes la Constitución y la ley otorgan esas competencias, deben responder por su deficiencia.

Corroboramos esta afirmación señalando que es precisamente en la CRE donde se señala que el Estado será responsable por la deficiente prestación del servicio público⁵⁸⁹, norma constitucional que está en concordancia con el art. 15 del COFJ que determina que en el Ecuador la administración de justicia es un servicio público. Por ello no se comparte el razonamiento jurídico al que llegan los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ en el fallo antes referido, al describir como un título de imputación a la deficiente prestación de servicio de la administración de justicia, cuando de este principio surgen las imputaciones señaladas en el art. 32 del COFJ, aclarando que esta sentencia no podrían ser un precedente en razón de que sus argumentos se fundan en de la CPE de 1998 y no en la CRE de 2008.

⁵⁸⁸ Corte Nacional de Justicia, sentencia n.º 760-2016, 21.06.2016; actor: Dr. Álvaro Ojeda.

⁵⁸⁹ CRE, art. 11.9, *ibíd.*

2. El error judicial en Ecuador

2.1. Origen del error judicial en Ecuador

Fue en 1996, al producirse la reforma de la Constitución de 1979, cuando apareció en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una referencia al error judicial, al quedar establecido que: “Artículo 25.- El Estado será civilmente responsable en todos los casos de error judicial que hayan producido la prisión de un inocente o la detención arbitraria, así como en los supuestos de violación de las normas establecidas en el num. 19 del artículo 22. La ley establecerá los mecanismos para hacer efectivo este derecho”.⁵⁹⁰

Posteriormente, se amplía este concepto de responsabilidad civil estatal, con las reformas que se introdujeron en 1998 a la Constitución. Específicamente, el art. 2 señalaba:

El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el artículo 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el Juez o funcionario responsable.⁵⁹¹

En su momento, la disposición constitucional de 1998 no contó con el necesario desarrollo legal. Sin embargo, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, incorporó el art. 209, que, si bien ha resultado insuficiente, al menos permitía que el administrado pudiera iniciar las acciones legales correspondientes. El texto que se mantiene vigente, dice así:⁵⁹²

Artículo 209.- De la responsabilidad patrimonial.- Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública Central o Institucional de la Función Ejecutiva, ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal. Están legitimados para interponer esta petición, los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios.⁵⁹³

⁵⁹⁰ CPE, Registro Oficial 2, 13 de febrero de 1997, última modificación: 11 de agosto de 1998.

⁵⁹¹ Constitución de la República del Ecuador. 1998.

⁵⁹² Reforma al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo n.º 2428, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002.

⁵⁹³ Al respecto consúltese la siguiente resolución: CSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, Resolución n.º 414-2007, 2 de octubre de 2007, causa n.º 19-2005: [...] Los daños puedan ser reparados sin la intervención de la administración de justicia que, por supuesto, es lo deseable. Esta reparación

Posteriormente, con la vigente CRE de 2008, se incorporó como parte del art. 11, num. 9, lo siguiente:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios; numeral 9: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la

puede efectuarse espontáneamente, empleando para el efecto los seguros de responsabilidad contratados, o bien, atendiendo el requerimiento de los administrados efectuados en sede administrativa. Este último aspecto requiere algunas precisiones: a) El estatuto del Régimen Jurídico Administrativo establece un procedimiento específico para que la administración atienda los reclamos de indemnización de los perjuicios materiales o morales que se deriven de la actividad de la administración central o institucional. A este respecto, ver los art. 209 y siguientes del estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, actualmente vigentes. b) Las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo deben ser interpretadas de conformidad con el segundo inciso del art. 272 de la Constitución Política, en el sentido de que no pueden modificar las mismas prescripciones constitucionales en la materia, como aquellas previstas en normas con rango de ley. c) Siguiendo el criterio previamente señalado, el art. 209 del estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no modifica en nada el derecho de los administrados de acudir directamente a la Función Judicial para hacer valer sus derechos sin agotar la vía administrativa, de conformidad con el art. 38 de la Ley de Modernización. d) El plazo de prescripción previsto en el art. 211, *ibid.*, no tiene aplicación alguna en la medida en que es incompatible con el plazo de caducidad de cinco años previsto en el art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformado por el art. 2 de la Ley 2001-56 publicada en el Registro Oficial 483 de 28 de diciembre de 2001. e) El art. 212 del estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva es también incompatible con los art. 38 y 28 de la Ley de Modernización, en el sentido de que el administrado no está obligado a esperar la negativa de la Administración para proponer su acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, y, el término que tiene la administración para atender todo tipo de reclamación, salvo que se hubiere previsto uno distinto en una norma de rango legal, es de quince días según lo previsto en el art. 28 de la Ley de Modernización, de tal forma que, si la Administración no hubiese contestado oportunamente al reclamo correspondiente se ha de aplicar, en todo caso, el régimen jurídico de los actos administrativos regulares presuntos y los procedimientos de ejecución, sobre los que esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse repetidamente y constituyen ahora un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento. f) Del mismo modo, la acción de repetición prevista en el segundo inciso del art. 20 de la Constitución Política depende únicamente de que la conducta del funcionario o empleado sea dolosa o gravemente culpable, de tal forma que las condiciones previstas en el 213 del estatuto del Régimen Jurídico Administrativo son inconciliables con el ordenamiento constitucional. Sobre la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos por los perjuicios que se irroguen al Estado por su conducta, es necesario subrayar que cuando un administrado acude ante la autoridad con un reclamo administrativo tendiente a obtener el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales producidos por la actividad pública y la Administración, a través del funcionario competente, no atiende la petición, aceptándola o negándola, en el término previsto en el art. 28 de la Ley de Modernización, incurre en la responsabilidad prevista en el inciso segundo del art. 20 de la Constitución Política por culpa grave, y deberá asumir los perjuicios económicos ocasionados al Estado y así deberá ser declarado en el proceso de ejecución del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo positivo”[...].

responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativas o judiciales, se repetirá en contra de ellos.⁵⁹⁴

La norma constitucional se complementa con el COFJ de 2009, el cual, en su art. 32, eludiendo entrar en definiciones o conceptualizaciones, indica cómo deberá procederse para sustanciar las demandas que se deduzcan, cuáles son los jueces competentes, qué es lo que se debe reclamar y quiénes gozan de legitimación activa, así como las características del trámite y el plazo establecido para que prescriba la acción. El mencionado art. 32, es del tenor siguiente:

Juicio contra el Estado por inadecuada administración de Justicia por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria.- El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho o la tutela judicial efectiva, por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo Contencioso Administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello. El Legitimado pasivo en estas acciones será la presidenta o presidente del Consejo de la Judicatura, que podrá comparecer a través de delegado. El trámite de la causa será el previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo con las modificaciones constantes en este Código.

Estas reclamaciones prescribirán en el plazo de cuatro años contados desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral.

Desde la vigencia de la normativa citada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pocas son las demandas que se han presentado en contra del Estado ecuatoriano reclamando indemnizaciones por error judicial y algunos de estas han sido declaradas improcedentes, porque el Tribunal ha considerado que no tienen competencia para tramitar este tipo de causas y se han declarado incompetente⁵⁹⁵ y en

⁵⁹⁴ Constitución de la República del Ecuador. 2008.

⁵⁹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo de Quito (Juicio n.º 17811-2014-0336). Elías Barberán demanda en contra del Estado ecuatoriano por 5 millones de dólares por el error judicial y la inadecuada administración de justicia. El reclamo lo hace luego de cuatro años de haber sido involucrado injustamente en el asesinato de David Erazo, luego de un partido de fútbol. El joven, que guardó prisión, fue sobreseído definitivamente con sentencia ejecutoriada. Aunque la acción legal se sustenta en el art. 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dice que el Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, el tribunal se declaró incompetente para conocer y resolver: “VISTOS: En virtud del resorteo efectuado el 5 de febrero de 2014, la presente causa ha venido a conocimiento de este Tribunal, y con sustento en la acción de personal n.º 2014-756-DP-DPP, de 6 de febrero de 2014, en tanto dure la licencia por vacaciones del juez Patricio Secaira, actúa la jueza

otros casos han revocado las sentencias del tribunal que ha considerado declarado con lugar.

La disposición invocada desarrolla el principio de responsabilidad que el mismo Código Orgánico señala en su art. 15 como principio rector para los funcionarios de la Función Judicial:

En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en este Código.

A partir de lo señalado, resulta evidente que la CRE no contiene ninguna definición o concepto de error judicial. En el COFJ también aparece esta figura jurídica, pero sin una definición clara y precisa. Esta situación pudiera explicarse por una posición conservadora ya que definir siempre resulta tarea difícil y conlleva el riesgo de incurrir en imprecisiones o crear vacíos conceptuales.

Ximena Velasteguí Ayala; el cual de modo previo debe asegurar su competencia para el conocimiento y resolución del caso. En tal virtud, conforme consta en el libelo de la demanda, el actor señor JOSE ELIAS BARBERAN QUEIROLO, por sus propios derechos, en contra del Estado ecuatoriano en la persona del doctor Gustavo Jalkh Roben, en calidad de presidente del Consejo de la Judicatura y del doctor Diego García Carrión, en calidad de Procurador General del Estado, demanda “[...] retardo injustificado e inadecuada administración de justicia, que ha ocasionado impunidad en contra del suscrito, a fin de que en sentencia, su autoridad disponga se me indemnice por las consecuencias materiales e inmateriales, las afectaciones personales, familiar, social, laboral, estudiantil, económica; en suma, por la impunidad generada por la Función Judicial, y la imposibilidad de que sea el calumniador quien pague los daños y perjuicios ocasionados con motivo de sus acciones ilegítimas, considerando que esta indemnización no puede ser por un monto menor a los CINCO MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD 5 000 000,00), en que yo en forma subjetiva y objetiva a la vez, estimo que alcanza el daño material e inmaterial que se me ha ocasionado”. Señala como antecedentes que en el proceso penal instaurado en su contra fue sobreseído provisionalmente y luego en forma definitiva mediante auto de fecha 1 de julio de 2013, dictado por el Juzgado Segundo de Garantías Penales de Pichincha, con lo cual quedó excluido del proceso penal. En la especie, se considera que en atención a lo previsto en el inciso final del art. 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala textualmente: “Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral”; art. 38 de la Ley de Modernización, arts. 1, 2, 3, 6, lit. b) y 10 de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, este Tribunal no tiene competencia para conocer lo solicitado, y por tanto, se inhibe de su conocimiento por incompetencia en razón de la materia, y de conformidad con lo establecido en el art. 129, num. 9, del Código Orgánico de la Función Judicial y el Título III del Libro VI, art. 416 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se ordena remitir el expediente al Juez Segundo de Garantías Penales de Pichincha, competente para conocer y resolver la presente causa, a fin de que avoque conocimiento ya que fue quien conoció la causa *originalmente instaurada en contra del señor ELIAS BARBERAN QUEIROLO*”. Auto que con fecha 6 de marzo de 2014 fue revocado y el proceso continúa en etapa de prueba.

Retomando el contenido del primer inciso del art. 32 del COFJ, referente a la responsabilidad extracontractual del Estado, esta no se refiere exclusivamente al error judicial propiamente dicho, sino también al retardo injustificado, o la inadecuada administración de justicia, violación del derecho o la tutela judicial efectiva, y violaciones a los principios y reglas del debido proceso, detención arbitraria; y, revocatoria o reforma de sentencia condenatoria, los cuales constituyen figuras muy diferentes por su propia naturaleza.

Igualmente, la norma constitucional sanciona el retardo injustificado de la administración de justicia conforme lo señala el art. 172, inciso tercero de la CRE: “Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”.

Mientras el error judicial se refiere al error de hecho o de derecho del juez o tribunal que dictó una sentencia, el artículo referido hace alusión al retardo injustificado de una causa; retardo que no constituye una base sólida sobre la cual pueda ser fundamentado este derecho de demandar. Existen plazos o términos para la sustanciación de los procesos y para dictar las sentencias o resoluciones, sin embargo como en muchos países de Latinoamérica, existe un marcado represamiento de causas que obedece a diversos factores, tales como la falta de personal, insuficiente equipamiento, etc., de manera que si esta disposición se aplicara en todos los casos de retardo injustificado sería un sinnúmero de ciudadanos los que estarían en capacidad de demandar al Estado por retardo injustificado, todo lo cual obligaría a modernizar la justicia evolucionando el sistema judicial.

Herrendorf explica que: “uno se imagina al juez atosigado, lleno de causas pendientes, de audiencias cruzadas, de problemas no solucionados, almacenando expedientes que no ha leído ni entrevisto, y atormentado en la busca de la más imprescindible jurisprudencia y doctrina que cupiere citar a fin de no seguir gastando tiempo escaso en mucha erudición”.⁵⁹⁶ El mismo autor citado sostiene que

La informática jurídica añade un dulce sabor ordenador al caos de la materia. Ahora bien, ante el enjambre de cuestiones que el juez tiene por delante, una función le resulta ineludible: pensar adecuadamente cada uno de sus pasos, interpretando las conductas que el expediente describe, valorándolas correctamente, eligiendo con precisión las normas que conceptualicen esas conductas, y, en fin, pensando con su cabeza de juez con vocación por la justicia cuál es, de todas, la mejor solución. Pues la justicia no es más que la mejor posibilidad coexistencial ante una situación determinada. Para capear estas contradicciones deberían establecerse estándares que

⁵⁹⁶ Herrendorf, *El poder de los jueces*, 83.

establecieran razonablemente el rendimiento o productividad que cabría exigir a los jueces o tribunales a los efectos de valorar si determinado proceso ha sido conducido de manera insosteniblemente lenta”.⁵⁹⁷

Todas estas vicisitudes que menciona el tratadista antes referido constituyen una imagen común en los juzgados y tribunales de Latinoamérica, donde a la administración de justicia no se le ha brindado el interés y la importancia que se merece, destacando que en el caso de Ecuador tuvo un giro distinto desde las reformas del año 2011, por lo que se espera que giro no solo se cristalice en edificaciones, sistemas informáticos, sino en el despacho oportuno de las causas.

También se menciona en el art. 75 de la Constitución la potestad del ciudadano para demandar al Estado ecuatoriano por violación del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, el derecho que tiene todo sujeto para acceder a un órgano jurisdiccional y solicitar la protección de una situación jurídica que aparentemente le está siendo vulnerada o amenazada, y bajo el supuesto de no obtener lo que legalmente solicita, estará el ciudadano en la facultad de interponer su demanda: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

Consideraciones similares se aplican a las eventuales violaciones de los principios y reglas del debido proceso:

Artículo 77.- “En todo proceso penal en que se haya privado a la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas[...]”.

Artículo 76.- “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas”.

En concordancia con el contenido del último inciso del art. 32 del COFJ, el Código de Procedimiento Penal⁵⁹⁸ hacía especial mención de aquellos casos en que una

⁵⁹⁷ *Ibíd.*, 83.

⁵⁹⁸ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, título tercero, art. 419 y 420, Registro Oficial-Suplemento 360,13-01-2000, Quito: Artículo 419.- “Casos de prisión preventiva o internación provisional. Cuando el ‘procesado’ sea absuelto o sobreseído debe ser indemnizado por los días de privación de libertad sufridos, conforme a lo previsto en los artículos anteriores. La indemnización será pagada por el acusador particular. Si no lo hubiere, la pagará el Estado, que tendrá derecho a repetir contra quien haya inducido la acusación fiscal; artículo. 420.- “Repetición.- El Estado puede repetir la indemnización pagada de quienes hayan contribuido dolosamente al error judicial. En el caso de medidas cautelares sufridas injustamente, el “Juez de Garantías Penales” o “Tribunal de Garantía Penal”, debe imponer, al denunciante o al querellante que hayan alterado los hechos o litigado con temeridad, la obligación de indemnizar”.

sentencia condenatoria haya sido reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien, luego de haber sufrido prisión preventiva haya sido absuelto o sobreseído su caso mediante providencia ejecutoriada, la responsabilidad económica del Estado en estos casos será a favor del ofendido y de acuerdo a los montos allí señalados,⁵⁹⁹ existiendo una diferencia en relación con la responsabilidad por error judicial la cual no tiene monto previamente fijado en el actual COIP.⁶⁰⁰

Siguiendo la misma línea, la CC ha sostenido que “en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se contemplan regímenes especiales de responsabilidad aplicables al error judicial más aún cuando, en el presente caso, una sentencia condenatoria ha sido revocada”, es por ello que consideramos que efectivamente existen regímenes especiales de responsabilidad, pero los mismos no se aplican de manera exclusiva al error judicial, sino que son consideradas como faltas en el servicio público de la justicia, entre las cuales está incluido el error judicial.⁶⁰¹

Más adelante en este capítulo se analizará esta figura para identificar los elementos que deben concretarse en los fallos judiciales para poder determinar de manera objetiva, clara, precisa y sin ambigüedades cuándo se ha producido error judicial en las sentencias. Con este propósito se analizarán los fallos dictados por la CC, CSJ y CNJ, a partir del año 1996, fecha en que nació la figura del error judicial en la

⁵⁹⁹ Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 2008, dentro de la causa n.º 553-2006. Gerardo Antonio Ruíz Navas vs. Ministerio Público.” [...] Esta Sala entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extra patrimoniales que ha sufrido el actor por la prisión ilegítima que tuvo que soportar, por lo que, aclarando que el valor que ahora se fija como reparación de los perjuicios morales solo busca atenuar el efecto anímico y psicológico, se condena al Ministerio Público al pago de ochenta mil dólares 00/100 de los Estados Unidos de América por este concepto. Esta Sala insiste en que nadie ha de pretender en esta sede, por reparación moral, sumas mayores a las señaladas porque su propósito es punitivo. Además, como constantemente reitera la Corte IDH, la sentencia dictada a favor del agraviado constituye un modo de reparación [...]”.

⁶⁰⁰ COIP, artículo 628.- Reglas sobre la reparación integral en la sentencia.- Toda sentencia condenatoria deberá contemplar la reparación integral de la víctima, con la determinación de las medidas por aplicarse, los tiempos de ejecución y las personas o entidades públicas o privadas obligadas a ejecutarlas, de conformidad con las siguientes reglas: 1. Si hay más de un responsable penal, la o el juzgador determinará la modalidad de la reparación en función de las circunstancias de la infracción y del grado de participación en la infracción como autora, autor o cómplice. 2. En los casos en los que las víctimas han sido reparadas por acciones de carácter constitucional, la o el juzgador se abstendrá de aplicar las formas de reparación determinadas judicialmente. 3. La obligación de reparar monetariamente a la víctima tendrá prelación frente a la multa, comiso y otras obligaciones de la persona responsable penalmente. 4. Si la publicación de la sentencia condenatoria es el medio idóneo para reparar a la víctima, correrá a costa de la persona condenada”.

⁶⁰¹ Corte Constitucional, sentencia n.º 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP 19-05-2009, 2009.

“Al efecto, como queda señalado en el lit. a) Aspecto Jurídico de esta sentencia, nuestra Constitución y ordenamiento jurídico contempla el tema de la indemnización por error judicial; sin embargo, tal y como se evidencia en el caso que nos ocupa, nuestros tribunales no han dado cabal cumplimiento a este mandato, puesto que la norma constitucional figura en nuestro ordenamiento con una aplicación casi nula y con un desarrollo más teórico que práctico, simplemente doctrinario”.

República del Ecuador. Estos fallos se contrastarán con las disposiciones constitucionales y el COFJ, así como con sentencias que sobre esta materia han sido dictadas por los órganos judiciales, valorando hasta qué punto resulta procedente exigir la responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial.⁶⁰²

2.2. Presupuestos para configurar la responsabilidad extracontractual por error judicial en Ecuador

La CRE y el COFJ reconocen que el Estado ecuatoriano será responsable por los daños que se deriven de la administración de justicia por error judicial. Sin embargo, en Ecuador no existe normas que definan el concepto jurídico de error judicial, ni los elementos que lo configuren. Durante la investigación encontramos escasas jurisprudencias (Resoluciones 760-2016 dentro del recurso de casación n.º 600-2012 o la Resolución n.º 817-2016 dentro del recurso de casación n.º 462-2012, Resolución dentro del proceso n.º 17741-2013-0250), en las que se menciona que el error judicial no dimana de la simple revocación o anulación de las resoluciones judiciales y se incorporan definiciones como la de Ricardo de Ángel Yagual en su Obra Tratado de Responsabilidad Civil (492-493), que señala que: “toda decisión o resolución dictada por los órganos de la administración de justicia, en la que se demuestre que el yerro del juzgador es incontestable y haya sido dictado con total desconocimiento o ignorando los preceptos legales” nos encontraríamos con la figura del error judicial. La jurisprudencia ecuatoriana se ha encargado de incorporar los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado, pero no necesariamente del error judicial, en cuyo caso menciona que esos elementos son:

a) que se produzca un daño o perjuicio; b) que se dé un nexo causal; c) que exista un factor de atribución, esto es la falta de la prestación de un servicio público; o la deficiencia (funcionamiento anormal del mismo); o el cumplimiento (acción) o incumplimiento (omisión) irregular de las obligaciones y deberes de las y los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y, d) que se pueda imputar ese daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal, por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado (lo que nos lleva a la teoría del riesgo), así como a la posición de garante. (Recurso de Casación n.º 600-2012⁶⁰³).

⁶⁰² Se escogen estos ordenamientos jurídicos porque los tratadistas de los mencionados países han desarrollado ampliamente el tema del error judicial y porque las sentencias de sus órganos jurisdiccionales con respecto a esta figura jurídica poseen excelentes motivaciones.

⁶⁰³ CNJ, Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución n.º 760-2016, Recurso de Casación n.º 600-2012.

Incluso los mismos fallos señalan que “a los operadores de justicia no se les puede exigir infalibilidad, sino que administren justicia con sujeción a la Constitución de la República y a la ley, aplicando el principio de la debida diligencia, en los procesos que les toque conocer; y, además, se daría la inicua conclusión de que la auto-corrección del sistema de justicia vendría a ser criminalizada, tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito penal”.

Del estudio realizado, sugerimos los siguientes presupuestos para configurar la responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial:

- a) Sentencia ejecutoriada de la CNJ, en la que se haya corregido evidentes errores en sentencias expedidas en las instancias ordinarias.
- b) El daño derivado de una decisión judicial. El daño debe cumplir con las características de: 1 cierto, 2 personal y 3 probado. El carácter cierto del daño es que este se haya generado, que los hechos no se traten de meras expectativas, especulaciones o incertidumbre; en cambio, el carácter personal del daño se refiere a que el accionante de la reparación debe justificar una relación entre el daño padecido por el error judicial con los derechos por cuya violación sufrió menoscabo, debiendo jurídicamente establecer la titularidad jurídica sobre tales derechos.

Sobre el carácter probado del daño, la CNJ ha emitido el siguiente criterio:

La responsabilidad del Estado no se puede dar de manera automática, esto es, porque ha habido una resolución superior posterior que revoque tal prisión preventiva dictada por el juez inferior; tal criterio sería inadmisibles porque simplemente partiría del errado criterio que la responsabilidad objetiva del Estado no se prueba de manera alguna, cuando lo cierto es que el mal funcionamiento de cualquier servicio público que haya causado daños a un particular, sí debe ser probado. (Recurso de Casación N° 600-2012).

- c) Imputación del daño.
Al respecto la CNJ ha sostenido que: “este ha de ser efectivo, material e individualizado, sin que sea permitido alegar supuestos perjuicios no producidos” (Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, n.º 8, 3020. Quito, 10 de septiembre de 2009).
- d) El nexo causal entre el daño y la decisión judicial corregida.⁶⁰⁴

Respecto del plazo para proponer una demanda por responsabilidad extracontractual del Estado, alegando el deficiente servicio público de justicia, en cualquiera de sus imputaciones, este debe hacérselo ante el Tribunal Contencioso Administrativo dentro del plazo de 4 años, desde que la sentencia haya causado ejecutoria y que se hayan agotado todos los recursos para el caso del error judicial y desde que se haya provocado el daño en los casos de retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, así como también por revocatoria de una sentencia condenatoria.

⁶⁰⁴ CNJ, Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución n.º 760-2016, Recurso de Casación n.º 600-2012.

La jurisdicción queda establecida en el segundo inciso del art. 32 del COFJ: “Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio...”⁶⁰⁵ En la actualidad, el procedimiento para plantear una demanda ante los Tribunales Contenciosos Administrativos se encuentra en el nuevo COGEP⁶⁰⁶ norma que derogó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que regula su procedimiento.

Es preciso mencionar que, respecto de la reparación integral por los daños ocasionados, existe en materia penal una norma que dispone la obligación de restituir un derecho, así como los mecanismos de reparación integral.⁶⁰⁷

2.3. El error judicial en el derecho comparado

El tema de la responsabilidad del Estado por Error Judicial existe en distintas legislaciones del mundo, y ha tenido un desarrollo lento. Su reconocimiento se refiere a un problema humano por resolver y se relaciona con los sistemas políticos sociales, como ejemplo se citan los siguientes:

⁶⁰⁵ COFJ, República del Ecuador, 2009.

⁶⁰⁶ Asamblea Nacional Constituyente, COGEP, Registro Oficial 506, 22 de mayo de 2015, artículo 326.- “Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones: [...] num. 3, lit. c) “La responsabilidad objetiva del Estado”.

⁶⁰⁷ COIP, artículo 77.- Reparación integral de los daños.- La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado. La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido”. Artículo 78.- “Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: 1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos. 2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica, así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines. 3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente. 4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica. 5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género”.

España. En el sistema español la Constitución de 1978 señala en el art. 121 que “los daños por error judicial, así como los que sean por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado conforme a ley”.

La responsabilidad de los magistrados se encuentra establecida en la LOPJ en su

Artículo 292.- Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia darán a todos los perjudicados el derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, de conformidad con lo que dispone la ley.

Además, la misma norma agrega que “La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone, por sí sola, derecho a indemnización”. Por otra parte, previene en su

Artículo 294.- También tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

Existe además un fundamento en los tratados internacionales, como es el caso del art. 10 de la CADH y el art. 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Una reiterada doctrina jurisprudencial ha venido acotando el espacio propio de aplicación del error judicial en los arts. 292 y siguientes de la LOPJ (Ley 1694/1985) en el sentido de que no se trata de un recurso ordinario, sino que para su viabilidad aplicativa es preciso que el daño sea consecuencia de la actividad jurisdiccional originada por un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal: equivocaciones flagrantes que pueden afectar al fondo o a la forma; aclarando que ha de tratarse de un error palmario, patente, manifiesto, causado al reclamante que aparezca como una consecuencia causalmente derivada de la actividad jurisdiccional cuestionada y del que no pueda hacerse cuestión por su equivocidad.

Por ello, en cuanto a los requisitos de procedibilidad, el Tribunal Supremo en un precedente (STS de 26 de septiembre de 1993) en el que no solo se admitió, sino que llegó a estimarse, una demanda por error judicial dirigida contra una orden de detención, sosteniendo que: “El art. 293.1 de la LOPJ (Ley 1694/1985), en desarrollo de lo especialmente prevenido en el art. 121 de la Constitución (Ley 2500/1978), dispone

que: “La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca”.

Igualmente, la Jurisprudencia de la Segunda Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reconoce que ha declarado que el error judicial abarca tanto los errores en el procedimiento como en la decisión, tradicionalmente denominados errores *in procedendo*, o de forma, y errores *in iudicando*, o de fondo; que el mismo ha de ser siempre indudable, patente, incotrovertible y objetivo; y, que son títulos habilitantes para exigir del Estado, en vía administrativa, una indemnización por error judicial, la decisión jurisprudencial que expresamente lo declare y reconozca en el procedimiento previsto en el art. 293 LOPJ (Ley 1694/1985), la sentencia dictada en recurso de revisión y la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre “por inexistencia del hecho imputado”, destacando que el procedimiento judicial es el medio ordinario para declarar el error indemnizable, porque la reclamación directa frente a la administración en virtud de título de los que se desprende patentemente el error judicial constituye una vía privilegiada que el presunto perjudicado puede orillar si alberga alguna duda sobre la existencia de los requisitos condicionantes.

La jurisprudencia española respecto del error judicial se ha pronunciado al establecer que se configure, este debe reunir características,⁶⁰⁸ caso contrario la

⁶⁰⁸ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencia 697/2016 de 6 septiembre 2016, Rec. 20665/2015. Diario La Ley n.º 8905, Sección La Sentencia del día, 20 de enero de 2017, Editorial Wolters Kluwer ECLI: ES:TS:2016:3999: “Ha declarado el Tribunal Supremo, en relación con las características que ha de reunir el error judicial : a) Solo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial; b) El error judicial, considerado en el art. 293 LOPJ (Ley 1694/1985) como consecuencia del mandato contenido en el art. 121 CE (Ley 2500/1978), no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que solo cabe su apreciación cuando el correspondiente tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, y no puede ampararse en el mismo el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales; c) El error judicial es la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley; d) El error judicial es el que deriva de la aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido y ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico; e) No existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermética jurídica, ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico; f) No toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial; esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante; y, g) No es el desacierto de una resolución judicial lo que se trata de corregir con la declaración de error de aquella, sino que, mediante la reclamación que se configura en el art. 292 y se desarrolla en el siguiente art. 293, ambos de la LOPJ (Ley 1694/1985), se trata de obtener el resarcimiento de unos daños ocasionados por una resolución judicial viciada por una evidente desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible, que provocan una resolución absurda que rompe la armonía del orden jurídico (STS, Sala del art. 61, LOPJ, de 14 de mayo 2012, n.º 4/2011) (Ley 70574/2012).

demanda propuesta se desestima, al constatar que la decisión era razonable y estaba fundada por el juez.

Chile. Cuando se refiere a responsabilidad por las actuaciones judiciales se considera la existencia de error judicial en materia penal, regulada expresamente en el art. 19, inc. 7, lit. i) de la Constitución, que establece que

Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario, y en él la prueba se apreciará en conciencia.

Por el contrario, no hay normas expresas sobre responsabilidad por error judicial en materia civil. Aclarando, que el Estado responde por negligencia grave o denegación de justicia, y que el régimen aplicable sería el de la responsabilidad extracontractual del derecho común, de conformidad con los arts. 2314 y s., del Código Civil.

Colombia. En Colombia la irresponsabilidad absoluta del Estado tuvo su vigencia hasta la República. Durante la vigencia de la Constitución de 1886, se presentaron sentencias de responsabilidad que se fundamentaban en los arts. 2, 16 y 20. Pero el fundamento de estos fallos no era el error judicial, sino que se originaba en una falla en el servicio. Si el órgano estatal funcionaba mal generaba responsabilidad conforme al art. 40 del actual Código de Procedimiento civil. Sin embargo, esta norma no define una responsabilidad del Estado, sino una a título personal a cargo del funcionario.

La Constitución de 1991 modificó esta situación y se acepta el principio de responsabilidad del Estado. La Ley 270 de 1996, Estatuto de la Administración de justicia colombiana, en su art. 71 y por interpretación de la Corte Constitucional, abrogó la responsabilidad personal.

Posteriormente, el tratamiento del error judicial pasó a ser difuso, disperso en la legislación preconstitucional de 1991, sobre todo en las normas de derecho penal. En el Código de Policía se hablaba del error judicial en materia contravencional y preveía los recursos para impugnarlo. También establece el recurso de revisión. Esto se amplió a las contravenciones establecidas en la Ley 228 de 1995 y el Código Penal y de Procedimiento señala en sus arts. 242 y 414 del decreto 2700 de 1991 el derecho a una indemnización. El Código de Procedimiento Civil, en su art. 40, señala el error

inexcusable del Juez y que el perjuicio producido sea el producto de un recurso que no se interpuso por el afectado. Dicha norma señalaba:

Artículo 40: Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos:

1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.
2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.
3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer.

La fuente se encuentra en los tratados internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante Ley 16 de 1972, que establece en su art. 10 el derecho a una indemnización en favor de aquella persona que hubiere sido condenada en una sentencia en firme por un error judicial. La Tercera Asamblea General de la Naciones Unidas precisó que el derecho podía ser invocado contra el Estado o contra Particulares.

La Ley 74 de 1968, que ratificó los tratados y pactos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, señala que:

Quando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido posteriormente indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de la sentencia, deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

El art. 90 de la Constitución Política y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996 constituyen una normatividad que supera el tratamiento dado en el art. 40 del Código de Procedimiento Civil, que señalaba que no existía una responsabilidad estatal, sino de una responsabilidad personal del funcionario judicial, pero solo cuando se trate de errores inexcusables. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996, uniformizó los criterios para definir el error y especificó al agente responsable de la indemnización por error judicial. El Consejo de Estado negó esta responsabilidad porque vulneraba el principio de cosa juzgada y que el Estado no debería responder porque era un riesgo que asumía el administrado.

Posteriormente, en la Constitución de 1991, el legislador y el juez ya eran responsables frente a las fallas y errores causados por las acciones o las omisiones en el ejercicio de sus funciones. La carta magna señalaba en el art. 90 que: “El Estado

responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas[...]”. Si bien esta norma no menciona de una manera expresa el error judicial, regula una parte de responsabilidad del Estado, señalando que será una responsabilidad patrimonial.

Según la carta de 1991 la responsabilidad patrimonial del Estado se deriva de errores que se puedan presentarse en la administración de justicia dejando la reglamentación a una ley posterior y la jurisprudencia. El art. 90 de la Constitución, se enfoca en la producción de un daño. Sin embargo, la Ley confunde las definiciones de error judicial, y asimila el error jurisdiccional con el error judicial. El error judicial se generaría únicamente por medio de una resolución judicial y según los arts. 65 a 76 de la Ley es posible responsabilizar el Estado por:

- a) Error judicial,
- b) Por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y
- c) Por privación injusta de la libertad.

El art. 66 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia define el error judicial como: “Aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”.

Jurisprudencialmente, la CC⁶⁰⁹ en Sentencia C-244 dispuso la inexecutableidad del art. 40 del CPC por subrogación hecha por el Capítulo VI del Título III de la Ley 270 de 1996: Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que trata el tema íntegramente. Se consolidó así la responsabilidad de la administración de justicia y por error judicial en el Estado, otorgándole a este la facultad de repetir contra el funcionario judicial cuando se compruebe su dolo o culpa grave en el acto que generó la responsabilidad del Estado.

El art. 90 de la Constitución colombiana, antes citado, contempla un principio general de responsabilidad, fundamentado en el daño antijurídico y que este daño no necesita una declaración de existencia previa, y está claramente consagrado en la legislación.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el error judicial genéricamente es cualquier tipo de error cometido en la administración de justicia, y el error jurisdiccional es el causado solo por los jueces en uso de su poder jurisdiccional cuando conocen los

⁶⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-244.

procesos. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996 en su art. 66 lo define de la siguiente manera: “Artículo 66.- Error jurisdiccional.- Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”.

Analizando esta disposición legal podemos señalar que se define al error judicial, como aquel que es cometido por el juez, que es a quien se le ha otorgado la competencia para administrar justicia, el cual, en su actividad de impartir justicia dentro de un proceso o juicio, violenta la ley mediante una providencia, sentencia o resolución.⁶¹⁰ Natalia Maya Díaz, refiriéndose a esta figura señala:

El legislador definió el error *jurisdiccional*, no el *judicial* porque este último es más amplio. Judicial hace referencia a todo lo que implica la administración de justicia o a la judicatura, a los procesos, al juzgamiento, a los jueces, funcionarios y empleados, al cuerpo técnico de investigadores, a los auxiliares de la justicia, o sea a las funciones tanto jurisdiccionales como administrativas. Por su parte jurisdiccional se refiere a la potestad que tienen los jueces para impartir justicia con lo cual se restringe el error a los jueces, magistrados y fiscales, ya que solo estos pueden decidir o declarar derecho, para decidir cualquiera sea la materia con arreglo a las leyes. De ahí que cuando el error se derive de una providencia ha de llamársele *error jurisdiccional*; si por el contrario no puede enmarcarse el error en una decisión se denomina *error judicial*.⁶¹¹

La autora citada, hace una distinción al señalar que, de acuerdo con esta norma colombiana, el error jurisdiccional lo cometerían solo los jueces, mientras que el error judicial puede cometerlo cualquiera de los funcionarios o empleados de la administración de justicia. Sin embargo, en el Ecuador no cabría hacer esta distinción o diferencia por cuanto, a tenor de lo que señala el art. 178 de la Constitución, los órganos encargados de administrar justicia: la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales de Justicia, los Tribunales y Juzgados que establezcan la ley y los Juzgados de Paz, se denominan órganos jurisdiccionales por lo cual los jueces que conforman estos órganos estarían en la posibilidad de cometer errores judiciales y no necesariamente errores jurisdiccionales.⁶¹²

⁶¹⁰ Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, 2.^a ed. (Bogotá: Universidad de los Andes / Legis, 2006), 213: “El Segundo argumento ilegítimo es este: El juez ha identificado la doctrina constitucional vigente, reconoce que tiene *sub júdice* un caso análogo en sus hechos y circunstancias por el superior o por él mismo y decide, sin más, inaplicar las reglas jurisprudenciales. Puede, de hecho, que el juez no niegue en abstracto el valor vinculante de la jurisprudencia para casos nuevos análogos. Así, el juez se está poniendo en posición de renuencia o desobediencia ante las subreglas. Este es, en efecto, un recurso ilegítimo, y que potencialmente compromete la responsabilidad del juez de manera más clara de lo que lo haría la mera ignorancia del precedente”.

⁶¹¹ Maya Díaz, *La responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional*, 66.

⁶¹² La pregunta sería si el juez de paz comete error judicial de hecho; cuya respuesta no daré por no ser necesariamente elemento de este estudio.

Perú. En el Perú no existe un tratamiento integral y sistemático del error judicial y su reparación. La indemnización por errores judiciales derivados de detenciones arbitrarias estaba regulada en los incisos 5 y 16 del art. 233 de la Constitución Política de 1979. Estas normas contemplaban dos supuestos:

Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

Inc. 5.- La indemnización por los errores judiciales cometidos en los procesos penales, en la forma que determina la ley; y,

Inc. 16.- La indemnización por el Estado de las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad de quien las ordena.

Posteriormente, la Constitución de 1993 unificó estos dos supuestos en un solo inciso señalando: “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar”.

En el año 1988 promulgó la Ley n.º 24973⁶¹³ que regula la indemnización por errores judiciales y por detenciones arbitrarias. A partir de la obligación de la creación del fondo para el pago por los errores judiciales y los recursos del mismo, se expide el Reglamento del Fondo Nacional indemnizatorio de errores judiciales y detenciones arbitrarias expedido el 14 de diciembre de 1990.

La referida Ley n.º 24973 contempla el derecho que tienen las personas a demandar por error judicial, incluyendo a quienes luego de ser condenados en un proceso judicial hayan obtenido en juicio de revisión, una resolución de la Corte Suprema que declare que la sentencia es errónea o arbitraria; y, a quienes hayan sido sometidos a proceso judicial y hayan sido privados de su libertad injustamente y haber obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria.

Los criterios que constan en la ley para fijar el monto de indemnización por errores judiciales son el daño material y el daño moral que se ha causado a la víctima. Además, también señala que se exime de responsabilidad al Estado cuando la víctima ha inducido a la justicia a cometer el error judicial. Sin embargo, la Ley le deja a potestad del juez la cuantificación del monto de indemnización sin fijar bases mínimas para determinar los valores a pagar por ambos rubros (daño material y daño moral).

Argentina. En Argentina, para definir al error judicial, la doctrina enfoca como centro del fenómeno a la sentencia o resolución —protagonista arquetípico del actuar de

⁶¹³ Congreso de la República de Perú. (1988). Ley n.º 24973. Lima, Perú: Gaceta Jurídica 1988 R. N. 086.

los jueces—, en la cual se incurre en un resultado equivocado, no ajustado a la ley, sea por no aplicar correctamente el derecho o bien por establecerse hechos que no se corresponden con la realidad; también, María Claudia Caputi, advierte que se considera configurado aquel error cuando por negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, aquella resolución no se ajusta a la verdad y resulta jurídicamente inadecuada.⁶¹⁴

Aquí se resalta el hecho de que ese error judicial al que se refiere María Claudia Caputi siempre provendrá de la sentencia mediante dos posibles vías: o bien no se evoca la norma de derecho ajustada al caso o bien los hechos considerados no se ajustan o no se corresponden a la realidad de las circunstancias. Obviamente, el error judicial resultaría mucho más fácilmente evidenciable cuando se puede apreciar de manera evidente una actuación dolosa o negligente del juez; sin embargo, es de esperar que este tipo de actitudes no se esperan por parte de un juez, a quien se lo considera probo para el desempeño de la tarea de administrar justicia. De aquí que se requiere la existencia de evaluaciones periódicas a los jueces para evitar que estén en funciones aquellos que no cuenten con la probidad requerida para su función.

3. Responsabilidad del Estado por error judicial

Las investigaciones parciales realizadas en Ecuador hasta el momento indican que no es común la presentación de acciones por error judicial en contra del Estado y que no existe un adecuado dominio por parte de los abogados en libre ejercicio profesional sobre los casos y procedimiento a seguir para plantear una acción de reclamación indemnizatoria en contra del Estado por error judicial.⁶¹⁵

Al contrario de lo que podría pensarse, a pesar del carácter omnipotente y aún divino que los reyes tenían, estos aceptaban conceder una indemnización o reparación a quienes resultaran condenados de manera ostensiblemente injusta. Sin embargo, no procedían así cuando los daños y perjuicios se producían por las autoridades en ejercicio de otras funciones públicas diferentes a la administración de justicia, las cuales no comprometían al Estado.⁶¹⁶

⁶¹⁴ María Claudia Caputi, *Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales* (Buenos Aires: La Ley, 2000), 75.

⁶¹⁵ Diana Elizabeth Acuña Iza, *Guía jurídica para la tramitación de los juicios por responsabilidad extracontractual del Estado en casos de error judicial en materia civil, Informe de Investigación* (Ibarra: Escuela de Jurisprudencia-PUCE, 2012) 17.

⁶¹⁶ Hitters, *Responsabilidad del estado por error judicial*, 1.

El error judicial puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidades. Desde una óptica de las diferentes ramas del derecho se puede distinguir al menos las siguientes:

- a) La responsabilidad civil del Juez, que implica su obligación personal de resarcir patrimonialmente los daños producidos, siempre y cuando pueda imputársele un actuar doloso, culpa grave, desconocimiento palmario del derecho, etc.; es decir, que su accionar trascienda el marco de la falta de servicio. (En Ecuador esta responsabilidad está señalada en el artículo 34 del COFJ).
- b) La penal, en caso de que su actividad encuadre en alguno de los tipos previstos por el Código Penal. (En Ecuador está desarrollada esta responsabilidad en el artículo 268 del COIP).
- c) Su responsabilidad política, en cuanto el ejercicio incorrecto de su función como dé lugar al juicio político o jury de enjuiciamiento. (En Ecuador los jueces no pueden ser censurados por la Asamblea Nacional Legislativa).
- d) La responsabilidad administrativa en sede disciplinaria. (En Ecuador los jueces pueden ser sancionados por el Consejo de la Judicatura según el artículo 104).
- e) La responsabilidad directa y objetiva del Estado, al margen o subsidiariamente de la persona del juez, por falta de servicio o errores judiciales en la administración de justicia.⁶¹⁷(En Ecuador la Constitución lo prevé en el artículo 11, numeral 9)

Bajo la normativa de la legislación ecuatoriana, la responsabilidad civil del juez, señalada en el lit. a), coincide plenamente con la tipificada en el art 34 del COFJ, que da lugar a que el ciudadano que se cree afectado por la decisión del juez inicie directamente la acción civil resarcitoria en contra de dicha autoridad, pero lo hará ante un juez de lo civil y no ante un juez contencioso administrativo, como señala el art. 32 del COFJ por responsabilidad extracontractual del Estado. En el caso de la responsabilidad penal se coincide con la opinión de Cassagne, no así en la responsabilidad política donde los jueces no están sometidos a juicios políticos, pero si la responsabilidad administrativa, en cuyo caso puede ser de oficio o a petición de parte ante la delegación provincial del Consejo de la Judicatura de la respectiva circunscripción territorial del juez.

4. La reparación

4.1. Desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El derecho a la reparación integral surgió del Derecho Internacional, específicamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁶¹⁷ Juan C. Cassagne, *La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho* (Buenos Aires: Ed. El Derecho, 2000), 943.

(en adelante, Corte IDH), tal como lo cita Rojas:⁶¹⁸ “Es a partir de la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH que se crearon los parámetros de protección y reparación para perfeccionar la garantía de derechos previstos en normas consuetudinarias de alcance universal”. Es evidente que dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el resarcimiento del daño adquirió protagonismo, debido a la importancia de reconocer a la reparación integral en un verdadero derecho para las víctimas. Según Sergio García:⁶¹⁹

La naturaleza de los conflictos remitidos a conocimiento de la Corte IDH, evidenciaron la necesidad de crear medidas de reparación con un sentido integral, es así que en un primer momento se concibió al resarcimiento de daños como “indemnizaciones compensatorias” para luego pasar a la “reparación integral” comprendiendo todo un conjunto de medidas que puede utilizar un Estado para hacer frente a las violaciones propiciadas, ampliando de esta manera sus alcances.

En un principio, la Corte IDH únicamente reconoció indemnizaciones para compensar los daños causados por la violación de los derechos fundamentales; sin embargo, transcurrido el tiempo fue constatando que ello no era suficiente y empezó a dictar medidas diferentes con la finalidad de compensar a las víctimas. Con ello surgió la denominada reparación integral conceptualizada como: “medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial”.

La reparación integral reconocida por la Corte IDH en sus sentencias, muestra una coherencia con la base legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), esto es, con lo dispuesto en el art. 63.1 de la CADH:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

No obstante, no solo se evidencia la aplicación de la norma citada, sino que además la Corte IDH ha reconocido que la justa indemnización es solo una de las medidas que conforman la denominada reparación integral. La primera sentencia de la Corte IDH referente a la reparación integral, que marca el inicio del posterior

⁶¹⁸ Valeria Rojas, “La reparación integral: un estudio desde su aplicación de protección en el Ecuador” (tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012), 14.

⁶¹⁹ Sergio García Ramírez, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de Reparaciones, en La Corte IDH, un cuarto de siglo: 1979 a 2004* (San José de Costa Rica: Corte IDH, 2005), 31.

reconocimiento jurisprudencial, es la dictada en el caso *Velázquez Rodríguez* en contra de la República de Honduras en la cual se ordenan las siguientes medidas de reparación por los daños sufridos por la víctima:

La indemnización a los familiares del difunto por resultar imposible devolver el ejercicio del derecho a la vida y prevén medidas de carácter no pecuniario tales como la imposición del deber del Estado de investigar y sancionar a los responsables. La otorgación de una pensión vitalicia para la esposa del difunto, un subsidio para la educación de los hijos, una vivienda digna para la familia. Medidas simbólicas como declaraciones públicas sobre la condena de los hechos, el reconocimiento solidario de las demás víctimas a través de la imposición de sus nombres a calles o monumentos, con la finalidad de conmemoración.⁶²⁰

Si bien no se la reconoce expresamente como reparación integral, la Corte IDH dispone medidas diferentes a la justa indemnización para reparar los daños causados a la víctima, haciendo mención de indemnización compensatoria. Sobre el caso citado Rojas,⁶²¹ puntualiza que: “la Corte IDH establece por primera vez en 1988 la reparación de los daños, demostrando el alcance integral de sus medidas con base en la magnitud de violencia de los hechos”.

Las violaciones a los derechos humanos ocurridas en los gobiernos totalitarios de régimen militar en Latinoamérica, dieron lugar a las múltiples demandas ante el SIDH, cuyo trámite concluyó con sentencias condenatorias en contra de los Estados y con ello la Corte IDH fue desarrollando la reparación integral mediante las medidas reparatorias ordenadas.

Otro caso relevante en el tema analizado es el de *Suárez Rosero*⁶²² en contra de la República del Ecuador, en el que la Corte IDH ordena las siguientes medidas reparatorias:

La indemnización de lucro cesante y daño emergente que se originaron a causa de la detención arbitraria.

La eliminación del nombre de la víctima de los registros de antecedentes penales como del registro que lleva el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

La prohibición a Ecuador de exigir el cumplimiento de la sanción privativa de libertad indebidamente impuesta al señor Rosero; guardia de seguridad detenido por la sindicación de supuesto tráfico de estupefacientes, motivo por el que permaneció privado de su libertad durante cuatro años sin orden judicial, golpeado y torturado, por

⁶²⁰ Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez contra la República de Honduras* (San José de Costa Rica: Corte IDH, Sentencia del 29 de julio de 1988).

⁶²¹ Rojas, “La reparación integral: un estudio desde su aplicación de protección en el Ecuador”, 16.

⁶²² Corte IDH (1999). *Sentencia del caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia del 20 de enero de 1999.

un delito que prevé pena máxima de privación de libertad de dos años, acto que vulneró sus derechos al debido proceso, presunción de inocencia, libertad entre otros.

Con ello la Corte IDH empieza adoptar una corriente del derecho a la reparación del daño, no solo con medidas de carácter material, que impliquen el pago de una determinada cantidad de dinero para compensarlo, sino también de carácter inmaterial, mediante otras medidas que son necesarias para lograr una reparación integral a las víctimas y/o sus familiares.

Los hechos del caso Suárez Rosero son parecidos al caso Consuelo Benavides en contra del Estado Ecuatoriano, que también llegó a instancias internacionales a conocimiento de la Corte IDH, en cuyo caso también se produjo la violación a los derechos humanos por “la detención arbitraria, tortura, violación sexual y muerte de Consuelo Benavides en el año de 1985”. El Estado ecuatoriano reconoce su responsabilidad y paga a los padres de la fallecida la cantidad de un millón de dólares de los EE. UU. El fallo también dispone que: “El nombre de la fallecida sea perennizado a través del nombramiento de calles o escuelas de Ecuador” y el deber del Estado: “De averiguar la verdad y condenar a los responsables”.⁶²³

En los tres casos citados, se evidencia el reconocimiento de medidas simbólicas, esto es, medidas reparatorias tendientes a resarcir todos los daños ocasionados a las víctimas y/o sus familias y que sirvieron de referencia para que en lo posterior se instituyera el término de la reparación integral como tal. Estas medidas por sus características tienen un alcance profundo en materia de derechos de las víctimas.

Por otro lado, la Corte IDH ha mostrado una importante aplicación del principio de proporcionalidad, el dictar las medidas reparatorias de acuerdo a la gravedad de los hechos. Sobre aquello, Rojas⁶²⁴ asevera:

No es un supuesto para la aplicación de la reparación integral, al contrario, todos los daños ocasionados por vulneración de derechos son susceptibles de una reparación, resaltando que esta debe ser proporcional. Al respecto, un claro ejemplo es el caso Chiriboga contra Ecuador que expone la violación de un derecho patrimonial por la expropiación total de 60 hectáreas a los hermanos Chiriboga, para la conformación de un parque forestal que hoy se conoce con el nombre de Parque Metropolitano en la ciudad de Quito, cuya declaración de utilidad pública fue opuesta en litigio por los propietarios y a pesar de estar pendiente la resolución judicial del proceso, dicha expropiación fue ejecutada sin reparos, situación que ocasionó la vulneración del debido proceso y la indeterminación del monto indemnizatorio,

⁶²³ Corte IDH. (1998). *Sentencia del caso Consuelo Benavidez*. Sentencia del 19 de junio de 1998.

⁶²⁴ Rojas, “La reparación integral: un estudio desde su aplicación de protección en el Ecuador”, 17.

elemento fundamental en materia de expropiación, afectándose de esta manera el derecho a la propiedad privada de los hermanos Chiriboga.

Del caso analizado por Rojas, es evidente que la reparación integral no solo se aplica para casos de violaciones de derechos fundamentales como la vida, la dignidad y la libertad, sino también así otros derechos como el de la propiedad privada que fue transgredido a los hermanos Salvador Chiriboga.⁶²⁵ El caso mencionado constituye un precedente jurisprudencial de gran importancia, emblemático para la Corte IDH, donde reconoce el derecho a la reparación integral, aunque los derechos afectados no sean tan esenciales como los ya citados, esto es, porque la reparación es aplicable a cualquier daño que se produzca, siempre que se trate de derechos fundamentales.

4.2. Tipos de reparación

Establecer una taxonomía de la reparación, ha constituido tarea difícil para la doctrina. Las razones para tal dificultad estriban esencialmente en las imprecisiones terminológicas que se han establecido en torno al propio concepto de reparación y a diversos términos asociados con el mismo, cuyo uso poco riguroso e indiscriminado ha dado lugar a verdaderas confusiones y falta de organización. En este sentido merece ser destacado el esfuerzo de sistematización llevado a cabo por el tratadista Eugenio Llamas Pombo, quien ha propuesto una clasificación organizada y detallada de la reparación, la cual, por considerarla suficientemente exhaustiva y sistemática, nos conduce a seguir analizando los tipos de reparación. “Llegados a este punto, es preciso ofrecer una enumeración taxonómica de las formas de reparación, tarea que no resulta fácil y que solo puede hacerse de la mano de la jurisprudencia, a la vista de las diferentes fórmulas que proponen las resoluciones judiciales para lograr esa reparación”.⁶²⁶

La clasificación propuesta contiene una división primaria en dos categorías fundamentales, la reparación en forma específica y la indemnización pecuniaria, cada una de las cuales contiene subdivisiones, como se muestra a continuación:

- Reparación en forma específica.
- Reposición:
 - Reposición al Estado anterior mediante obligación de hacer.
 - Por obra del responsable.
 - Por obra de un tercero a costa del responsable.

⁶²⁵ CASO CHIRIBOGA...

⁶²⁶ Eugenio Llamas Pombo, “Formas de reparación del daño”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, vol. 2 (Bogotá: Temis / Pontificia Universidad Javeriana, 2010), 76.

- Reposición al Estado anterior mediante obligación negativa.
- Restitución de las cosas.
- Sustitución del objeto.
- Reembolso de gastos e inversiones.
- Indemnización pecuniaria.
- Resarcimiento por equivalente del daño patrimonial.
- Compensación satisfactiva del perjuicio corporal y del daño moral en sentido estricto.⁶²⁷

Como puede observarse, esta es una clasificación que se estructura a partir de la forma en que se lleva a cabo la reparación. Obsérvese que algunas denominaciones constituyen términos que, en ocasiones, han sido utilizados como sinónimos de reparación en sentido general.

La primera gran división de esta clasificación parte de la dicotomía entre las dos concepciones fundamentales, en cuanto a cómo el daño puede ser reparado. Se debe tener el cuidado de distinguir adecuadamente entre el uso del término reparación en su sentido más general y aquel uso más restringido (Reparación en forma específica) que alude a una de las vías fundamentales para llevar a cabo dicha reparación.

La reparación en forma específica sería aquella que está encaminada a lograr el objetivo básico de la acción reparadora, esto es, colocar a la víctima en una situación tal como la que tendría, si la acción dañosa no se hubiera producido. Por otra parte, la indemnización pecuniaria comprendería las acciones compensatorias admitidas cuando la reparación en forma específica no es alcanzable.

La doctrina suele considerar que una verdadera devolución de la víctima a ese estado “indemne” no pasa de ser un principio, un ideal, puesto que en la realidad de los hechos nunca es posible colocar a la víctima en una situación tal “como si nada hubiera pasado”. En síntesis —como cuando se tiene en cuenta el perjuicio por lucro cesante— la idea que subyace no es precisamente devolver al afectado a aquel estado original, sino colocarlo en un estado ideal que constituye una situación imaginaria donde se configura la situación a la cual hubiera llegado de no haberse producido el daño. No obstante, las consideraciones anteriores, la concepción de una *restitutio ad integrum*, es sumamente valiosa, pues, como se ha afirmado, hay que reparar el daño, todo el daño

⁶²⁷ *Ibid.*, 78.

y nada más que el daño, la víctima debe alcanzar un adecuado grado de satisfacción sin obtener un enriquecimiento inmerecido.

Quedaría pues la modalidad de indemnización pecuniaria para la reparación de aquellas afectaciones patrimoniales que han afectado objetos de difícil sustitución por no circular en el mercado, o porque el daño ha producido perjuicio corporal —como pudiera ser la pérdida o desfiguración— o bien se trata de daños morales en sentido estricto.

Volviendo a la reparación en forma específica, se afirma “Esta reparación in natura, natural, en especie o en forma específica, que consiste en la reposición del *statu quo* en que se encontraba el perjudicado antes que ocurriera la conducta dañosa, la restitución de las cosas a su estado anterior o, desde una visión patrimonialista, la recomposición material del activo patrimonial de la víctima es, sin duda, la forma más elemental, la forma genuina de reparar el daño”.⁶²⁸

Probablemente por ese ideal de la reparación integral sea que, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de tradición continental, aun cuando ello no esté establecido sin ambigüedades en las normativas, existe una preferencia por la reparación en forma específica por encima de la indemnización pecuniaria; si bien existe espacio para la alternativa opcional por parte de la víctima.

La primera subdivisión que nos presenta esta clasificación en lo referido a la reparación en forma específica, se refiere a aquella que se consigue mediante la obligación de hacer, ya sea por el propio responsable de la acción dañosa o por tercero a costa de dicho responsable. El objetivo en este caso es conseguir la reparación de los objetos dañados mediante una conducta positiva del responsable o de otro a su costa. Obviamente este tipo de reparación no será de aplicación cuando se haya producido una pérdida total de la cosa dañada. De lo que se trata es de restaurar los bienes dañados, incluso cuando para ello sea necesario aportar determinados componentes de los mismos. La intervención de peritos puede ser necesaria como garantía de que las cosas reparadas han quedado como corresponde a su estado original.

El hecho de que la acción reparadora se lleve a cabo por el responsable o un tercero, suele ser una opción del causante del daño, aunque debe señalarse que la voluntad de la víctima puede determinar que la reparación sea llevada a cabo por un

⁶²⁸ *Ibíd.*, 82.

tercero y no por el responsable, cuando existan razones fundadas para dudar de la pericia o habilidad del mismo.

Aunque el texto citado no lo desarrolla de un modo explícito, debe corresponder también a la reparación mediante la obligación de hacer aquellas acciones que están encaminadas a la reparación de daños morales, tales como las disculpas públicas, la publicación de determinado fallo en los medios de comunicación, actos públicos de desagravio y otros similares.

Para Llamas⁶²⁹ la reposición al estado anterior mediante obligación negativa en su sentido puro, constituye una modalidad de reparación muy escasa o inexistente. Por ello este autor, si bien admite que al menos en teoría podría existir la posibilidad de reparar daños mediante la abstención de realización de una acción, lo que suele verse en la práctica de los tribunales son acciones de tutela inhibitoria mimetizadas en acciones de responsabilidad civil. En tales casos lo que se persigue es detener la realización de actividades dañosas o impedir su inicio. Analizado lo anterior hemos de considerar que este tipo de reparación es de un interés más bien teórico.

La restitución de las cosas consiste justamente en la devolución de las cosas a quien se encontraba en posesión de las mismas. Al igual que en el caso anterior esta modalidad de reparación ha recibido escasa atención en la doctrina. Obviamente, en el caso de los delitos contra la propiedad los códigos penales establecen la obligación de restitución de aquella cosa que haya sido objeto de robo, sustracción, etc. Sin embargo, es dudoso que esto pueda considerarse como reparación de daño en su sentido estricto.

Cuando se haya producido la pérdida o un deterioro considerable de la cosa, carece de sentido aspirar a la devolución de la misma. En tales casos es aplicable la sustitución del objeto como forma de reparación. El supuesto subyacente es que la cosa debe serle sustituida a la víctima por otra que sea idéntica. Esta reclamada identidad puede conducir a considerar determinadas alternativas de acuerdo con la naturaleza de las cosas. La sustitución resulta más viable cuando los bienes afectados son objeto de circulación en el mercado y, por tanto, su obtención es viable. Ahora bien, la doctrina se ha inclinado por la alternativa de la entrega al acreedor de la cosa genérica que se encuentre formando parte del patrimonio del responsable. En caso contrario la sustitución se conseguirá mediante la adquisición de la cosa en el mercado a expensas del deudor. El bien que se adquiriera para la sustitución debe tener iguales características

⁶²⁹ *Ibíd.*, 103.

que el bien original, o al menos suficientes semejanzas como para satisfacer el interés del perjudicado, el cual, en tales supuestos, debe dar su anuencia.

Como modalidad final de la reparación aparece el reembolso de gastos e inversiones. Se ha advertido que tal modalidad de reparación puede generar una idea cercana a la de la indemnización pecuniaria, ya que la misma se ejecuta mediante la entrega de determinada cantidad de dinero. No es este el caso; justamente esa entrega en efectivo obedece al simple hecho de que justamente es dinero lo que se debe devolver, por lo que estamos, sin duda, en presencia de una modalidad de reparación en forma específica. En estos casos no hay que establecer equivalencias de ninguna especie, puesto que la reparación va encaminada a reponer el numerario erogado por la víctima, cuya estimación es expedita. Habitualmente los gastos en que incurre la víctima a propósito del daño están conectados con acciones encaminadas a evitar el agravamiento del daño o aminorar el ya producido, lo que implica la utilización de recursos económicos que deben ser reembolsados para su reparación.

La otra gran vertiente de la reparación está dada por la indemnización pecuniaria. En este caso, la reparación no persigue el retorno de la víctima a una situación determinada como ideal de la que habría tenido de no haberse producido el daño, sino la compensación de los perjuicios mediante la entrega de determinada cantidad de dinero.

Aún, cuando en los sistemas jurídicos prima el concepto de que la reparación en forma específica es de preferencia, son varios los supuestos en que ello no resulta viable, por lo que debe existir alguna vía que proporcione a la víctima la obtención de una compensación adecuada. Entre las razones que condicionan la eventual imposibilidad de efectuar una reparación en forma específica pueden señalarse muchos de los daños corporales, la pérdida o destrucción de cosas no fungibles, el daño moral, entre otras. De modo que la indemnización viene a considerarse como el equivalente pecuniario del perjuicio ocasionado. La suma que se establece para la indemnización funcionaría como una especie de precio o valor del daño ocasionado.

La concepción del equivalente pecuniario que corresponde a los perjuicios ocasionados es de relativa fácil aplicación cuando se trata de intereses patrimoniales. En tales casos la indemnización puede tener el atributo de ser perfectamente equivalente, puesto que el daño patrimonial es susceptible de ser valorado con exactitud. No ocurre lo mismo cuando se trata de intereses extrapatrimoniales como ocurre con los supuestos del daño moral. No puede haber en estos casos un equivalente pecuniario o precio del interés lesionado, no puede tener precio lo que es de carácter extrapatrimonial. No está

disponible para los jueces, en tales situaciones, una relación de equivalencia que permita estimar cuantitativamente el daño; queda tal decisión, por tanto, al más puro arbitrio.⁶³⁰

Justamente, considerando estas dos naturalezas de los intereses lesionados que han de ser indemnizados, se distinguen las dos modalidades de reparación por Indemnización pecuniaria: Una que se denomina resarcimiento por equivalente del daño patrimonial, encaminada a compensar los intereses lesionados por su valor en dinero; siendo para algunos considerada esta modalidad como la indemnización propiamente dicha. La otra, es la que el autor Llamas califica como compensación satisfactiva del perjuicio corporal y del daño moral en sentido estricto, que tiene como objetivo resarcir a la víctima que ha visto lesionados determinados intereses extrapatrimoniales, mediante la entrega de una determinada cantidad de dinero que, en modo alguno, no puede ser considerada equivalente de los mismos, sino que tiene un carácter compensatorio (más que indemnizatorio) por lo que propone una denominación específica para esta modalidad.

Analizados los diferentes tipos de reparación que nos presenta esta clasificación, podemos observar que la misma mantiene la concepción inicial de una gran división entre la reparación de carácter específico y la que se efectúa mediante equivalente pecuniario, la cual, mediante las variantes que aplican en cada una, brinda una adecuada orientación de las alternativas disponibles, para llevar a cabo la reparación. Una ventaja innegable de este análisis es que permite arrojar un poco de luz sobre el enmarañado tejido terminológico existente alrededor de la reparación.

La existencia de esta clasificación tipológica no implica ni presupone que, en cada caso particular, debe ser utilizada una con exclusión de las demás. Antes bien, la obtención de una adecuada reparación integral puede requerir la combinación o concurrencia de más de una alternativa. De hecho, en muchas circunstancias puede requerirse el concurso de la reparación específica con indemnización para acercarnos al *desideratum* reparatorio.

En el contexto del sistema internacional de protección de derechos, el alcance de la reparación integral ha incluido otras acciones que pudieran, en su momento, ingresar a la doctrina como nuevas modalidades o tipos de reparación, siempre conservando el objetivo de colocar a la víctima en una situación donde se eliminen o se atenúen al

⁶³⁰ Jorge Mosset Iturralde, "El Error Judicial", 137: "La injusticia de la falta de reparación del daño moral por la muerte de un ser tan querido como un padre, la madre o los hijos, en casos que no habían sido delitos, fue paliada echando mano a los mencionados artículos, dando lugar, en terminología muy cuestionable, a lo que comenzó a denominarse valor vida humana".

máximo los efectos del daño. En este sentido, Paula Ayala, citada por Diego Mogrovejo, ha apuntado lo siguiente:

La reparación integral surge como respuesta al cambio de concepción de los derechos de las víctimas... se presentó en el derecho internacional una tendencia hacia una concepción más amplia de justicia, en la que se incluyera el derecho de las víctimas a obtener además de la indemnización económica, la verdad sobre los hechos y la garantía de seguirle un proceso adecuado y apegado a las normas al autor ...la reparación que se le debe conceder a las víctimas incluye la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la reparación moral y la garantía de no repetición, el derecho a la verdad y el derecho a la justicia ... La restitución pretende dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba antes ... La indemnización que busca tasar en dinero los perjuicios... La rehabilitación supone incluir dentro del perjuicio que se le reconoce a la víctima todos los gastos[...] A su vez la satisfacción y garantías de no repetición, que se dirigen principalmente a obtener por parte de la víctima su aceptación y la prevención de sucesos violentos como los sufridos[...]⁶³¹

En ocasiones los términos “reparación” e “indemnización” han sido usados como alternativas, cuando realmente el segundo constituye una modalidad o tipo del primero, tal como puede apreciarse en el siguiente fragmento: “En este contexto, es posible que se cause daño a los ciudadanos, lo cual generaría la obligación de reparación o indemnización a los perjudicados por actos ilegítimos, dentro de la búsqueda de la justicia social y bienestar colectivo como fines esenciales del Estado”.⁶³² En este marco de ideas, la Corte IDH en sus sentencias condenatorias por violación de los derechos humanos ha establecido criterios de reparación novedosos:

Como el de la publicación en el diario oficial del Estado y en periódicos de amplia circulación nacional del contenido de la sentencia condenatoria, de modo que su difusión procure una reparación de tipo moral a las víctimas y sus herederos; en ocasiones se establecen plazos para que las autoridades nacionales hagan las investigaciones judiciales correspondientes y se juzgue y sancione a los autores de las violaciones de derechos humanos. En materia de reparación de daños se ordena el pago de sumas para indemnizar el daño material, el inmaterial y el de la expectativa de vida. En ocasiones se ha condenado a los Estados a otorgar becas de estudio para los parientes de las víctimas, y en algunos casos ha ordenado la construcción de monumentos y placas en memoria de las víctimas.⁶³³

⁶³¹ Mogrovejo Jaramillo, “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”, 83.

⁶³² Ochoa, *La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcance y efectos en nuestra legislación*, 11.

⁶³³ Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 96: “Como consecuencia de la responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos y atendiendo a las consideraciones de la obligatoriedad de la reparación integral, incluida la simbólica para estos casos, la sentencia decretó para caso sub judice, la siguiente condena simbólica:

1. El señor director de la Policía Nacional presentará públicamente, en una ceremonia en la cual estén presentes los familiares de los hermanos Cardona —demandantes en este proceso— excusados por los hechos acaecidos entre el 27 y 31 de enero de 1995, en la población de Tuluá, relacionados con la desaparición forzada y posterior muerte de los mismos.

2. En similar sentido, el Comando de Policía de Tuluá (Valle del Cauca), a través de su personal asignado en dichas instalaciones, diseñará y pondrá en práctica un sistema de promoción y

La Corte IDH, en su producción jurisprudencial, ha destacado otras formas de reparación más allá de las sumas indemnizatorias por el daño material y moral.⁶³⁴ Por su parte, el COIP ecuatoriano también reconoció la reparación integral como derecho de las víctimas, acogiendo la línea jurisprudencial de la Corte IDH y la misma Constitución ecuatoriana; es así, que en su art. 628 del COIP contempla reglas sobre la reparación integral en la sentencia, dentro de las cuales se reconoce la prelación de la reparación monetaria de la víctima sobre otras sanciones y la publicación de la sentencia a costas de la persona sentenciada.⁶³⁵

4.3. Mecanismos de reparación integral en el derecho internacional

El sistema interamericano, a través de sus sentencias, ha tenido gran influencia en los sistemas internos de los países miembros, referente a las precisiones de concepto de las reparaciones y a su consideración como indemnizaciones económicas. La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-228 de 2002 asumió una concepción más amplia de reparación al expresar:

En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las

respeto de los derechos de las personas, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos de dicha ciudad, y con entrega, de ser posible, de material didáctico, en el cual la población tenga conciencia de los derechos humanos de los cuales es titular cada individuo.

3. La parte resolutoria de la sentencia será publicada en un lugar visible del Comando de Policía de Tuluá, por el término de seis meses, de tal forma que toda persona que visite dicha estación, tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma”.

⁶³⁴ Néstor Pedro Sagués, *El derecho constitucional a la reparación*. (Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2013), 95: “... la Corte IDH ha producido una profunda jurisprudencia en materia de reparaciones, entendiendo este término no en el sentido estricto de indemnizaciones pecuniarias, sino en el sentido genérico que comprende las diferentes formas como un Estado debe hacer frente a la responsabilidad internacional por la violación de los derechos garantizados por la Convención. De ahí que es habitual que las sentencias del tribunal, luego de la fijación de las sumas indemnizatorias por del daño material y moral, contengan un considerando dedicado a otras formas de reparación (medidas de satisfacción y no repetición), que van desde la publicación del fallo en medios de comunicación, actos públicos de desagravio a las víctimas, asistencia médica y psicológica a estas y sus familiares, medidas educativas respecto de miembros de las fuerzas de seguridad, hasta la erección de un monumento de recordación de lo sucedido, etc. Como ha dicho el juez de ese máximo tribunal internacional Sergio García Ramírez, hay reparaciones que se dirigen a restituir, reparar, reponer o preservar bienes que exceden al lesionado inmediato y que corresponde a la sociedad en su conjunto”.

⁶³⁵ COIP, “art. 628.- Reglas sobre la reparación integral en la sentencia.- Toda sentencia condenatoria deberá contemplar la reparación integral de la víctima, con la determinación de las medidas por aplicarse, los tiempos de ejecución y las personas o entidades públicas o privadas obligadas a ejecutarlas, de conformidad con las siguientes reglas: 3. La obligación de reparar monetariamente a la víctima tendrá prelación frente a la multa, comiso y a otras obligaciones de la persona responsable penalmente. 4. Si la publicación de la sentencia condenatoria es el medio idóneo para reparar a la víctima, correrá a costa de la persona condenada”.

situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables.⁶³⁶

Con esa misma visión, María Fernanda Polo Cabezas, citada por Montana y Porras, afirma que, en el neoconstitucionalismo el derecho de reparación se rige por principios más que por reglas, es decir, con un sustento ético y moral, así mismo, sostiene que el neoconstitucionalismo plantea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral. “A esto hay que añadir, que desde esta corriente teórica, “el protagonista fundamental no es el legislador, sino los jueces quienes pueden interpretar la Constitución para acercarse a la justicia...”.⁶³⁷

En la misma línea seguida por el sistema interamericano, la Corte ha sostenido que el derecho de reparación hacia las víctimas está basado en términos morales y legales, para lo cual ha desarrollado los elementos aplicables siguientes:

1. La restitución, que consiste en devolver a la víctima a la situación anterior, en la medida que ello sea posible.
2. La indemnización, que buscará fijar un valor en dinero que cubra todos los perjuicios ocasionados, incluyendo tanto el denominado daño emergente (que se produce con la comisión del delito) como el lucro cesante (que se genera a partir de la comisión del delito).
3. La rehabilitación, que pretende que la víctima reciba la necesaria asistencia médica, psicológica y social a los efectos de readaptarse nuevamente a la sociedad;
4. El derecho a la verdad y a obtener medidas de satisfacción, que deben propiciar que la víctima llegue a conocer lo que pasó o sucedió, y que se realicen los correspondientes actos de desagravio.
5. La garantía de no repetición, cuyo propósito fundamental es asegurar que la víctima no vuelva a ser objeto de violaciones de sus derechos.⁶³⁸

Conociendo que el Ecuador es signatario de la CADH, cabría preguntarse si, de acuerdo con esta visión, estos cinco elementos constitutivos de la reparación integral de

⁶³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, expediente D-3672, actor Ricardo Damies González.

⁶³⁷ Juan Montana Pinto y Angélica Porras Velasco, *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. II (Quito: CCPT / CEDEC, 2011), 69.

⁶³⁸ Montana Pinto y Porras, *Apuntes de derecho procesal constitucional*, 70.

los derechos, deberán ser aplicables a las sentencias que condenen al Estado Ecuatoriano por error judicial. O será acaso que cuando el COFJ en su art. 32 se refiere a la reparación del daño moral está implícitamente admitiendo que aquella también es de esencia civil, toda vez que el Código Civil⁶³⁹ establece en su art. 2232 lo siguiente:

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo.

En lo relacionado al error judicial, la CC ha sostenido la teoría de la procedencia de la reparación, desde el instante en que este se produjo, incluso si tal daño o error se ha producido con anterioridad a la vigencia de la norma expresa que sancione tal acto.

Es necesario mencionar que el artículo 32 del COFJ vigente desde el 9 de marzo de 2009 establece que la competencia para conocer y resolver los casos de indemnización por error judicial, es de los jueces de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, no es menos cierto que el problema jurídico constitucional sometido a decisión de esta Corte, data del 21 de noviembre de 2008, fecha del auto inhibitorio dictado por la Presidenta Subrogante del Tercer Tribunal Penal de Loja; es decir, fecha anterior a la promulgación del COFJ, por lo cual, la vulneración del derecho al acceso a la justicia se produjo en esa fecha y respecto de esa vulneración corresponde a esta Corte disponer la reparación integral.⁶⁴⁰

Si bien el error judicial se encuentra señalado en la Constitución como hecho indemnizable por parte del Estado, por la deficiencia en el servicio público de la justicia y que en el art. 32 del COFJ se encuentra regulado el procedimiento aplicable, no aparecen establecidos los montos o cantidades que deberán pagarse al ciudadano afectado por concepto de reparación. No existen entonces parámetros o indicadores que permitan establecer con precisión o cuantificar el daño ocasionado e indemnizable (el quantum, definido como cantidad, cuantía, proporción correspondiente a cada interesado, importe de una indemnización, suma reclamada en una demanda), siendo necesario, por tanto, recurrir al citado art. 2232 del Código Civil que faculta al juez para determinar el monto de la indemnización.

⁶³⁹ Congreso Nacional del Ecuador, *Código Civil* (Quito, Ecuador, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, última modificación: 22 de mayo de 2016).

⁶⁴⁰ Corte Constitucional, Julia Celmira Jaramillo Jiménez, Presidenta subrogante del Tercer Tribunal Penal de Loja, ST.007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, 19 de mayo de 2009: sentencias de reparación integral: 0015-09-SIS-CC= R; 003-09-SIS-CC

Entendemos que debe operar la prudencia del juez como factor determinante del valor de la indemnización. En un sentido similar, la ya mencionada CADH, en su art. 63.1 establece lo siguiente:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Como antecedente jurisprudencial, la Corte IDH ha determinado el modo en que deben ser reparados e indemnizados los daños provocados; así consta en el párr. 43, supra 84 del caso Garrido y Baigorria vs. Argentina que dice lo siguiente:

La Corte IDH no es un Tribunal Penal y su competencia en este particular, es la de fijar las reparaciones a cargo de los Estados que hubieren violado la Convención. La reparación como la palabra lo indica está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su calidad y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como moral. La reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.⁶⁴¹

En consecuencia pueden existir daños incuantificables, que por ser extra patrimoniales o inmateriales, no pueden fijarse como un monto real u objetivo (el daño ocasionado por la prisión de una persona, por ejemplo, no es cuantificable), pero de existir un error judicial el Tribunal Contencioso Administrativo deberá establecer un monto por esa indemnización, en la que el juez determinará razonablemente su valor teniendo en cuenta los días que la persona ha dejado de laborar o producir al estar detenido, vista la actividad ocupacional permanente que venía realizando el perjudicado.

Pero podría ocurrir que el error judicial cause un grave daño material o económico al perjudicado cuando el juez declara en sentencia, por ejemplo la pérdida de determinado derecho como pudiera serlo un título ejecutivo por un valor determinado. En dicho caso existe un monto palpable, objetivo, el valor del perjuicio ocasionado, por lo tanto, el Tribunal Contencioso deberá determinar en su sentencia reparatoria el derecho de ese particular, a recibir un monto que tome como base dicho valor, sin que el monto total sea tal que produzca el enriquecimiento del demandante ni

⁶⁴¹ César Landa Arroyo, *Jurisprudencia de la Corte IDH, Serie C- n.º 26:02-02-1996; Serie C-n.º 39:27-08-1998* (Lima: Palestra, 2005), 284.

tampoco que se establezca una sentencia con una cuantía reparatoria menor al perjuicio causado, en cuyo caso se lo estaría empobreciendo.

En cuanto a la determinación de la indemnización por el daño moral ocasionado, esta debe de ser de alguna manera proporcional al perjuicio causado, de modo que la persona se sienta anímica y psicológicamente satisfecha con el monto de la reparación establecida, porque de lo contrario la insatisfacción perdurará en la víctima y el fin de la justicia no se habrá conseguido.

5. La Reparación Integral en el Ecuador

5.1. Constitucionalización del derecho a la reparación

Chistian Courtis,⁶⁴² manifiesta que:

La ratificación de instrumentos internacionales de respeto a los derechos humanos, devela el esfuerzo del Estado por encaminar el respeto progresivo de los derechos humanos conforme al compromiso internacional de todos los Estados americanos de alcanzar gradualmente niveles de protección cada vez más elevados, por lo tanto constituye un avance normativo positivo que al mismo tiempo posibilita la injerencia internacional en caso de incumplimiento de normas primarias por cuanto se configura el sometimiento del Estado al poder internacional a través de la aceptación de competencia contenciosa de los tribunales internacionales; como es el caso de la Corte IDH. Dicha injerencia es innegable y necesaria cuando el propio Estado no proporciona los mecanismos efectivos que permitan la subsanación de las violaciones de derechos o no se brinde una protección efectiva de los mismos, estas negaciones de justicia interna, obligan a los agraviados a recurrir a organismos internacionales para la demanda de reconocimiento de sus derechos.

El doctrinario antes citado, entiende que desde una perspectiva nacional los Estados pueden constitucionalizar las normas internacionales, esto es, reconocer derechos, principios o garantías que ha desarrollado el SIDH mediante la Corte IDH en sus fallos en América Latina. Esta constitucionalización en el ordenamiento jurídico interno de los países tiene como propósito tutelar progresivamente el respeto a los derechos humanos y así disminuir las sanciones por parte de los órganos internacionales, puesto que dentro del territorio se contaría con mecanismos suficientes para reconocer la violación a los derechos y garantizar su reparación.

En consecuencia, la reparación integral en el Estado Ecuatoriano nace de esta denominada constitucionalización de los derechos internacionales, puesto que su incorporación y reconocimiento en el ámbito constitucional tiene como base lo

⁶⁴² Chistian Courtis, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios* (Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2006), 39.

desarrollado por la Corte IDH en sus sentencias, esto es, los parámetros básicos conceptuales fijados por este organismo internacional, así como las medidas reparatorias ordenadas a cumplir por parte de los Estados.

El autor Nestor Pedro Sagúes,⁶⁴³ considera que: “Este proceso de constitucionalización de la reparación integral en el Ecuador despierta cuestionamientos sobre las posibles trasmutaciones por las que atraviesa esta institución de origen internacional, al ser trasladada normativamente a un contexto nacional”, quien considera que a medida que avanza la aplicación normativa y práctica de los presupuestos de la reparación integral, también deben analizarse los fenómenos jurídicos que surjan, considerando que la realidad jurídica nacional no es igual a las bases fijadas en materia internacional, ya que los casos en los que se desarrolló esta institución jurídica como derecho de las víctimas, se debieron a graves violaciones en dictaduras y durante conflictos armados y las medidas reparatorias fueron ordenados en virtud del deber que tienen los Estados de cumplir con la CADH.

No por ello se debe desconocer que la constitucionalización de la reparación integral, en ese sentido, surge como una garantía de no repetición de las violaciones atroces cometidas en los antecedentes mencionados por el autor citado, porque tanto esos hechos como la recuperación de la democracia y sobre todo el desarrollo en las normas internas que tenga el Estado Ecuatoriano, respecto de protección de derechos, son la base de la progresividad de los derechos y que todo implemento traído desde la esfera internacional se realiza con el fin de que la historia no se repita y que el Estado no sea condenado ante el SIDH. En este contexto, Ramiro Ávila,⁶⁴⁴ ha considerado que:

Si bien es cierto que dentro del Estado garantista como lo es el Ecuador, existe un opulento reconocimiento de derechos, esto no implica que no existan vulneraciones con gran relevancia, sin embargo, dentro del espacio de esta investigación, la cual estudia aquellas vulneraciones reclamadas mediante acciones de protección, se observa que estas presentan por lo general características distintas a las vulneraciones conocidas por la competencia contenciosa de la Corte IDH, que sin duda conciernen y estremecen a la humanidad en su conjunto. Al respecto conforme al mandato constitucional ecuatoriano, toda vulneración de derechos merece una reparación integral debido a que en un Estado constitucional de derechos y justicia, la expectativa de respeto a los derechos constitucionales es generada en mayor medida, por lo tanto se espera que la reparación de los daños causados consiga un sentido integral en función a la naturaleza interdependiente de los derechos constitucionales. Acorde a los patrones fácticos que se generan a partir del estudio empírico, la incidencia de causas

⁶⁴³ Néstor Pedro Sagúes, *Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno* (Lima: Diakonia, 2003), 45.

⁶⁴⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2011), 67.

laborales que pretenden la tutela de sus derechos por vulneraciones que se producen a causa de un despido intempestivo, identifican como afectación directa al derecho al trabajo, sin embargo, dicho acto indirectamente puede afectar también el derecho a la salud, a la educación de los hijos, alimentación, entre otros, por lo que la responsabilidad del agresor debe abarcar todas las consecuencias directas del acto lesivo.

Entendemos que la constitucionalización de las interpretaciones de la Corte IDH sobre la reparación integral se lo llevó a cabo sobre los parámetros internacionales, modificando el contexto ecuatoriano de los derechos de las víctimas y sobre todo instituyéndose a la reparación de los daños como una figura que debe fijarse de acuerdo a la vulneración de los derechos, principios y garantías constitucionales, porque de acuerdo a la violación se establecen proporcionalmente las medidas reparatorias.

La teoría de Pedro Sagúes sostiene que⁶⁴⁵ :“La reparación integral es un principio del derecho, pues esta institución representa un eje transversal para todos los ámbitos de la vida jurídica de los ciudadanos, quienes gozan la facultad de demandar la reparación ante las afectaciones ocasionadas por particulares o por el Estado”. Analizando su teoría, se concluye que la constitucionalización de la reparación integral en el Ecuador no es más que el reconocimiento de tal figura como un derecho subjetivo de las víctimas cuyos derechos fueron violados y deben de ser restablecidos, esto es, en la medida de lo posible tratando de dejar a la persona en el estado anterior a la ocurrencia del daño.

5.2. Fundamentos de la reparación integral

El art. 86 de la CRE reconoce y constitucionaliza el derecho a la reparación integral, lo que genera dos efectos: la imposición a los operadores de justicia en cuanto a la observancia y aplicación de esta figura jurídica cuando en las decisiones judiciales se determine la responsabilidad por la vulneración de derechos constitucionales; y, el derecho a que las víctimas puedan reclamar medidas reparatorias amparados en este derecho que se reconoció así:

Artículo 86.- 3. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

⁶⁴⁵ Sagúes, “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno”, 47.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

Entendemos que el derecho a la reparación integral se encuentra constitucionalizado en todos los ámbitos, a pesar que está inmerso dentro del procedimiento de las acciones jurisdiccionales, cuando estas hayan sido aceptadas por encontrarse la vulneración de derechos constitucionales. Es relevante tal reconocimiento, puesto que sobre esa premisa se tutela la plena vigencia de los derechos constitucionales. No obstante, también se constitucionalizó el derecho a la reparación integral en materia penal, así lo señala el COIP:

Artículo 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Considerando la constitucionalización del derecho a la reparación en materia penal, se desprenden algunas medidas reparatorias ampliadas en el COIP, norma de la materia, pero que deben ser aplicadas de manera general en cualquier proceso donde se determine responsabilidad por violación a los derechos constitucionales.

Carlos Mauricio López Cárdenas⁶⁴⁶ puntualiza lo siguiente:

Los resultados de la reparación integral dentro de un contexto interno, responden fielmente a los elementos que emergen de dicha realidad. Situación que genera diferencias con los parámetros alcanzados a nivel internacional, por esta razón, resulta importante prestar atención a los fenómenos y características que se presentan en el ámbito local para emitir un criterio sobre el desarrollo de esta figura. De todas las normas expuestas hasta aquí, se puede deducir que el presupuesto para aplicación de reparación integral en acciones de protección, es la mera constatación de la vulneración del derecho, debido a que en el Estado ecuatoriano todos los derechos gozan de igual jerarquía y por consiguiente la vulneración de cualquiera de ellos merece la reparación integral.

No obstante, para fijar cada una de las medidas reparatorias es necesario observar la naturaleza de cada una de las violaciones de los derechos constitucionales en el Estado Ecuatoriano, siendo las causas de las vulneraciones distintas a las que determina la Corte IDH, por cuanto a quien se condena en ese ámbito es al Estado, por no haber sancionado dentro de su territorio tales hechos y por no garantizar los derechos

⁶⁴⁶ Carlos Mauricio López Cárdenas, *La acción de grupo: Reparación por violación a derechos humanos* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011) 14.

de las víctimas, incluido el de la reparación. Por lo tanto, para los fines prácticos de aplicación de la reparación integral en el territorio nacional, a partir de su constitucionalización, para fijar las medidas reparatorias, los jueces deberán atender a los daños y su magnitud.

5.3.La reparación integral en el procedimiento de acciones jurisdiccionales

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el art. 18 de la LOGJCC⁶⁴⁷ regula aspectos importantes a considerar respecto de la reparación integral, entre los que figuran los siguientes:

La reparación integral procede ante la declaración de vulneración.

Procura la *restitutio in integrum*.

Opera frente a daños materiales siempre que exista un nexo causal entre los hechos y el daño, a través de la compensación con un monto de dinero que comprende el lucro cesante y daño emergente.

Opera frente a daños inmateriales con la compensación al sufrimiento a través del pago de dinero o bienes y servicios.

La reparación se determina en función al derecho vulnerado sus consecuencias según las particularidades de cada caso.

Otras formas de reparación tales como rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, obligación de investigar y sancionar, medidas de reconocimiento, disculpas públicas, prestación de servicios públicos, atención de salud.

Las medidas adoptadas deben estar especificadas de manera detallada indicando al ejecutor de la misma, el tiempo y el lugar.

La determinación económica de la reparación integral debe sustanciarse en juicio verbal sumario.

Las partes deben ser escuchadas para la determinación de la reparación integral.

La LOGJCC reconoce la reparación por daños materiales e inmateriales, en concordancia con lo desarrollado por la Corte IDH y establece algunas medidas reparatorias que deben ser fijadas de encontrarse vulneración de derechos constitucionales en las acciones jurisdiccionales. Esta normativa distingue dos tipos de procedimientos para ejecutar la reparación económica:

Artículo 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite.⁶⁴⁸

⁶⁴⁷ Asamblea Nacional. (2009). *LOGJCC*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N° 52 de 22 de octubre de 2009, última modificación: 25 de junio de 2013.

⁶⁴⁸ Asamblea Nacional. (2009). *LOGJCC*: Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, última modificación: 25 de junio de 2013.

La disposición citada determina la competencia y los procedimientos para ejecutar la reparaciones de carácter económico, cuando sea en contra de un particular el procedimiento será juicio ordinario ante el mismo juez que conoció la acción jurisdiccional; mientras que, cuando sea en contra del Estado Ecuatoriano son competentes los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para tramitar la ejecución de la reparación integral económica, cuando haya sido ordenado en sentencia por el juez o tribunal que conoció la acción jurisdiccional.

Si bien la CC ha ratificado la plena vigencia del art. 19 de la LOGJCC, indicando que las personas que hayan presentado las acciones jurisdiccionales en las que se haya fijado la reparación económica a pagar por el Estado, estas deberán tramitar su ejecución en la vía contencioso administrativa. El Código Orgánico General de Procesos en su art. 327 no contempla a la reparación económica dentro de las acciones de ejecución.

5.4.La reparación integral y el error judicial

Como se ha evidenciado, la Constitución de 2008 establece la reparación integral como un derecho y un principio, por medio del cual las personas cuyos derechos han sido afectados, reciben por parte del Estado todas las medidas necesarias, a fin de que se efectúe el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de dicha vulneración. Así lo señala el art. 11, num. 9 de la CRE:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Esta responsabilidad, de carácter general, resulta específica en relación con el error judicial derivado por el deficiente servicio público de justicia, aspecto que también es mencionando en el COFJ el cual caracteriza a la administración de justicia como servicio público en el art. 15 que dice:

La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Este cambio constitucional se da como respuesta a la denominación de Ecuador, al establecerlo como un Estado constitucional de derechos y justicia social, cuyo objetivo principal no solo debe limitarse a garantizar el respeto de los derechos constitucionales, sino además debe ir más allá y encaminarse hacia el establecimiento de medidas que promuevan que la situación de la víctima de la vulneración de un derecho sea reparada, con lo cual se cumple la finalidad de las garantías constitucionales de proteger eficaz e inmediatamente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Al respecto la CC ha señalado: “En este contexto, la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución”.⁶⁴⁹

Se destaca que en las constituciones de 1979 y 1998 se establecía que la responsabilidad del Estado por error judicial era de carácter civil, esto es, indemnizatoria. Esta característica es ratificada en el art. 209 del ERJAFE⁶⁵⁰ al referirse a las “indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos”. Sin embargo, el art. 32 del COFJ, destaca que el perjudicado por el error judicial demandará la indemnización de daños y perjuicios y la reparación del daño moral, lo que puede interpretarse en el sentido de que el carácter civil indemnizatorio se mantiene y que la reparación está destinada al perjuicio moral.

Artículo 32.- Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello.

El contenido del artículo citado, nos conduce a sostener que la tradición civilista indemnizatoria sigue vigente y que la reparación integral a la que se refiere la Constitución no estaría dirigida a los derechos comunes de los ciudadanos, sino a las acciones vinculadas a las garantías constitucionales.

⁶⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador. (2014) *Resolución de la Corte Constitucional n.º 135*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 352 de 13 de octubre de 2014.

⁶⁵⁰ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 209: “...”

Esta aparente exclusividad de la reparación integral para las acciones de garantías constitucionales contradice lo señalado en el art. 11, num. 6 de la Constitución, cuando Carlos Martín Beristain sostiene “Todos los principios son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. Por lo tanto, la concepción de justicia, de existir esta exclusividad, basada únicamente en la indemnización económica de los perjuicios sigue siendo insuficiente en un Estado constitucional de derechos y justicia.⁶⁵¹

No parece posible aceptar que los términos reparación integral e indemnización de daños y perjuicios tengan el mismo sentido, puesto que, de ser así, la garantía prevista en la CRE y el propio desarrollo avanzado de los derechos carecería de un claro sentido, ya que la indemnización de daños y perjuicios siempre ha tenido, y así se le entiende, su naturaleza o función pecuniaria. La reparación debe tener un sentido distinto al de la indemnización puesto que, si la última tradicionalmente implica compensación pecuniaria, la primera puede tener variadas formas de realización.⁶⁵²

5.5. Presupuestos de la reparación por error judicial

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en su art. 14, inc. 6 establece que cuando se identifica o descubre un hecho probado por la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido pena debe ser indemnizada conforme a la ley, salvo cuando se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido, supuesto concordante con el art. 9, inc. 5 de la misma norma supranacional citada, que regula el

⁶⁵¹ Carlos Martín Beristain, *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos* (Quito: MJDH, 2009), 1: “Sin embargo, las medidas de reparación económica no son solo legítimas, sino parte muy importante de aquellas que pueden restituir las pérdidas materiales, los gastos ocasionados, o los recursos perdidos como consecuencia de las violaciones. Más aún, a las víctimas que se encuentran en situación de pobreza, la reparación económica puede ayudarles a llevar agua a su casa, salir de la condición de precariedad o dar estudios a sus hijos. Pero puede generar dilemas éticos para las víctimas, o cuestionar el sentido global de la reparación, cuando se hace efectiva en ausencia de cumplimiento de las otras medidas. Sin embargo, algunas víctimas reafirman el valor de la reparación económica como reconocimiento de responsabilidad del Estado y de reclamación de sus pérdidas y derechos violados”.

⁶⁵² Llamas Pombo, “Formas de reparación del daño”, 74: “Cuestión diferente a la estrictamente terminológica que aquí nos ocupa es que uno no admita la posibilidad metafísica de una reparación en forma específica, y se piense —como Fischer— que ante la imposibilidad ‘de borrar lo ya ocurrido’, de eliminar de la realidad histórica el daño ya ocurrido, no hay otra solución que acudir al remedio indemnizatorio pecuniario: *quodfactumest, infectum fieri neguit*. Desde tal perspectiva, reparar equivale a indemnizar, porque no hay otra manera de hacer lo primero. Sin embargo, si se admite la posibilidad de reparar en forma específica, es obligado concluir que la indemnización es justamente “la otra vía” la del sustitutivo económico: Todo el que indemniza repara (por equivalente); pero no todo el que repara indemniza, pues existen otras vías de reparación distintas del resarcimiento económico”.

derecho efectivo a obtener reparación para las personas que hayan sido ilegalmente detenidas o presas.⁶⁵³

La CADH que fue suscrita en San José de Costa Rica en el año 1969, en su art. 10 declara que: “toda persona tiene derecho a ser indemnizada en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”; en el cual, según nuestra interpretación, se hace referencia a un supuesto de condena, que sería aplicable a procesos penales donde el derecho vulnerado, en caso de error judicial, es la libertad en su sentido amplio; libertad de la cual el perjudicado se vio privado o limitado de forma injusta.⁶⁵⁴

La suscripción de dichos convenios internacionales fue un hecho importante, no solo porque representó un gran avance al reconocimiento y protección de los derechos humanos, sino también porque crearon las condiciones políticas para que el derecho a ser indemnizado por error judicial fuera considerado mediante su incorporación en las Constituciones de 1979 y 1998, así como en la vigente de 2008 en razón de que Ecuador se adhirió a dicho Convenio. Es decir, el ordenamiento constitucional desde aquella época protege el derecho a ser indemnizado por errores judiciales cometidos en procesos penales y por detenciones arbitrarias.

Mediante el proceso evolutivo, se puede apreciar que nuestro ordenamiento jurídico interno ha acogido principios y derechos previamente establecidos en normas supranacionales, las cuales también consideran la protección del derecho a obtener una justa reparación por errores originados por el mismo sistema jurídico, en particular el error de carácter judicial.

Los errores judiciales que puedan producirse en nuestro sistema jurídico no solo ocasionan perjuicio a la parte agraviada, también originan reproche y desconfianza por parte de la opinión pública. Pero este reproche resulta mayor cuando el derecho a ser indemnizado satisfactoriamente, bien sea de forma parcial o total, no es reconocido por la administración de justicia a pesar de haberse presentado demandas por este hecho y estar declarado en nuestra Constitución.

⁶⁵³ Eduardo Calero Jaramillo, *Derechos humanos en perspectiva* (Guaranda: Casa de la Cultura del Ecuador, 2012), 49: “Este pacto tiene una visión de tipo civilista-individualista, evidentemente es heredero de las ideas nacidas a partir de la Revolución francesa, tutelando, fundamentalmente la vida, la supervivencia, la propiedad y la libertad, el catálogo de los derechos civiles y políticos enumerados en este pacto fue redactado con mayor precisión jurídica que la Declaración Universal, y por ende posee un listado de derechos más complejos”.

⁶⁵⁴ *Ibíd.*, 96.

Es infrecuente que la credibilidad social de la función judicial sea puesta en tela de juicio, no solo por la alegada existencia de hechos de corrupción en las altas esferas judiciales, sino por los errores judiciales evidentes en que, por diferentes causas, suelen incurrir los jueces, los cuales deben ser materia de estudio para prevenir sus graves consecuencias.

Sería utópico pensar que en un sistema judicial de cualquier país no se producen errores judiciales. Colombia es un ejemplo, cuando trascendió a la prensa digital el caso del Club “El Nogal”, en el cual un ciudadano fue ilegalmente privado de libertad por alegada participación en el atentado realizado sobre el mencionado club. Estos casos a veces trascienden a los medios de comunicación masiva, pero los periodistas que los reseñan comúnmente eluden cuestionar al Estado, omitiendo referirse al necesario reconocimiento indemnizatorio que aquél está obligado a asumir. Si bien cierta prensa es muy incisiva cuando informa sobre errores cometidos por funcionarios públicos, esta misma olvida la necesidad de respetar la dignidad de la persona humana, mediante la correspondiente indemnización económica.⁶⁵⁵

Al respecto, consideramos que el derecho a obtener una justa reparación, al menos monetaria, por parte del Estado en casos de error judicial, constituye un derivado neto del derecho humano a la dignidad. Es totalmente digno percibir una indemnización por el daño recibido, ya que, si bien el Estado no puede lograr que se retroceda al pasado, responder con una justa indemnización económica apacigua en alguna medida el perjuicio irrogado.

Resulta relevante conocer en qué medida la regulación constitucional contribuye a que quien haya sido perjudicado por un error judicial resulte indemnizado de forma eficaz por parte del Estado; habitualmente el agraviado prefiere ser satisfecho, al menos económicamente, de forma inmediata, antes que esperar por una sanción penal contra el magistrado que incurrió en el error, lo cual incluso podría haber prescrito debido al paso del tiempo. Una adecuada declaración normativa a nivel constitucional en cuanto al derecho indemnizatorio por error judicial —teniendo en cuenta los presupuestos de su naturaleza jurídica— pondría al Juez que conozca en una causa por este motivo, y al propio Estado, en condiciones de adoptar los mejores criterios para llenar los vacíos legales en relación con la satisfacción real mediante resarcimiento por errores judiciales,

⁶⁵⁵ Llamas Pombo, “Formas de reparación del daño”, 76.

todo ello en aras del respeto a la dignidad de la persona que la propia Constitución tutela.

El imperativo de establecer una regulación suprema sobre el derecho humano a ser indemnizado por errores judiciales, se justifica por la necesidad de contar con garantías en un Estado de derecho, de satisfacer plenamente los intereses de los ciudadanos frente a un daño causado por el propio Estado. La obligación del Estado para reparar el irregular ejercicio de la función jurisdiccional, debe estar preceptuado con claridad. Adicionalmente, el procedimiento que debe seguirse para reclamar este derecho debe estar normado y regulado de forma adecuada y con amplio alcance, lo cual contribuiría a evitar que los poderes ejecutivo o legislativo puedan dictar normas de desarrollo constitucional que puedan conspirar u obstaculizar la defensa de forma plena del derecho a ser indemnizado por errores judiciales.

Resulta oportuno en este momento referirse a tres motivos evidentes por los cuales el Estado debe cumplir con la obligación de hacer de la acción indemnizatoria una activa realidad:

Por una razón de confianza en el Estado y la ley: El Estado, en su función de administrar justicia, debe garantizar con entereza la justicia que imparte, respetando plenamente los principios que hacen esto posible, como el debido proceso y la presunción de inocencia. En tal razón, cuando el Estado, en cualquiera de sus actividades, daña a las personas, se habrá producido una infracción de las normas que consagran dichos principios; por tanto, el Estado, igual que se dispone en el caso de los particulares, ha de responder por su actuar. Sin embargo, esta proclamada responsabilidad se ha mantenido en el plano teórico y la disposición que la contiene no pasa de ser una intención programática. Es cierto que, en un sentido general, en el tema de la responsabilidad se han producido avances, pero el tema de la responsabilidad del Estado tiene un alcance mucho mayor en el orden de hacer efectiva la que corresponde a los funcionarios por su actuar doloso o culposo y en este sentido nuestro ordenamiento ha sufrido un estancamiento.

Por una razón jurídica: En la actualidad el reconocimiento y la protección de los derechos humanos es uno de los temas donde existe mayor consenso por parte de la comunidad internacional. La Declaración Universal de los Derechos humanos, en su art. 10, reconoce a todas las personas que han sido procesadas o condenadas injustamente, el derecho a ser indemnizadas en los perjuicios que de ello se derivan. Esta declaración

garantiza el derecho a la vida, la libertad, la seguridad y la honra, mediante los recursos que cada país franquea.

El tema de la indemnización por error judicial está contemplado en nuestra Constitución y demás normativas de nuestro ordenamiento jurídico; pero su aplicación ha sido casi nula pues nuestros tribunales no siempre han dado cabal cumplimiento a este mandato, por lo que la norma constitucional figura en nuestro ordenamiento como un desarrollo más teórico que práctico, esencialmente doctrinario.

Por una razón de justicia: Partiendo del supuesto señalado en la norma constitucional (art. 11, num. 9) que dice: “Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia” podemos considerar que la intención del legislador se refiere a que la persona debe ser indemnizada por el error cometido en su contra, pero en los hechos no siempre ha ocurrido así. Hacer justicia significa reparar el daño causado y reconocer la responsabilidad del Estado y la del juez, si se diera el caso. La indemnización por error judicial se debe presentar no como un acto caritativo del Estado, sino como un aspecto y hecho de justicia.

De acuerdo con el derecho civil un perjuicio puede dar lugar a daño emergente, lucro cesante e indemnización de perjuicios morales causados por daños a las cosas y a las personas. El daño emergente, como lo sostiene Javier Tamayo Jaramillo, está conformado por el costo de la reparación o reemplazo del bien afectado [...] Cualquiera que sea la forma de reparación del daño emergente, el juez debe tener como punto de referencia el principio de que la víctima tiene derecho a reclamar reparación total del daño sufrido, pues de lo contrario se producirá un enriquecimiento sin causa del responsable. Por su parte el lucro cesante es aquel perjuicio ocasionado como complemento del daño emergente, es decir el perjuicio por el no goce del bien afectado, o la privación a la víctima de la utilidad o provecho que el bien le producía cuando no había sido inmovilizado.⁶⁵⁶

⁶⁵⁶ Javier Tamayo Jaramillo, “Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo III. Reparación de los diversos tipos de daños”, 842

Capítulo quinto

El error judicial y su reparación en el Sistema Jurídico ecuatoriano: Análisis de casos

El error judicial y su reparación integral han tenido un tratamiento escueto y progresivo en la jurisprudencia ecuatoriana, lo cual no ha permitido consolidar una teoría que dé respuesta a las demandas de tutela jurisdiccional de los justiciables. Sin embargo, se busca construirla, teniendo como base el desarrollo jurisprudencial efectuado por la Corte IDH, así como por la CSJ y CNJ por sentencias expedidas que han declarado la responsabilidad del Estado por el deficiente prestación del servicio público, pero no se han expedido fallos que en forma expresa hayan tratado el tema de error judicial. En este capítulo se analizarán los casos que ha conocido la justicia ecuatoriana por error judicial y que nos sirven de fundamento para concretar nuestra hipótesis.

1. Casos en contra del Estado por error judicial

1.1. Demanda por error judicial

La Resolución de 29 de julio de 2002 dentro del Caso n.º 158-2002 fue emitida por la Tercera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, cuyo actor fue el señor Juan Alberto Encalada Ambi en contra del Estado ecuatoriano.

El accionante del recurso señaló que Juan José Cepeda Curillo lo denunció por el pago de una letra de cambio ante el Juez Sexto de lo Penal de Chimborazo. Señala que el juez, “en vez de inhibirse conforme procede en derecho, por tratarse de un asunto civil, no previsto en la ley penal como delito, la acepta al trámite, transgrediendo expresamente la garantía constitucional prevista en el lit. c) del num. 19 del art. 22 de la Constitución Política⁶⁵⁷ entonces vigente”.

⁶⁵⁷ CPE de 1998. “19. La libertad y seguridad personales. En consecuencia: c) Nadie será reprimido por acto u omisión que en el momento de cometerse no estuviere tipificado ni reprimido como infracción penal, ni podrá aplicársele una pena no prevista en la ley. En caso de conflicto de dos Leyes penales, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando esta fuere posterior a la infracción. La Ley penal establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las penas; En caso de duda, la Ley penal se aplicará en el sentido más favorable al reo. El régimen penal tendrá por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación social de los penados”.

Asimismo, señala que el 2 de febrero de 1998, se ordena la prisión preventiva del compareciente, razón por la cual ha permanecido recluso hasta el 23 de mayo de dicho año. Posterior a ello, el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo dictó sentencia absolutoria a su favor y dispone su excarcelación, solicitando que el Estado Ecuatoriano lo indemnice por los daños y perjuicios que le ocasionó el Juez Sexto de lo Penal de Chimborazo, por encontrarse privado de su libertad de manera ilegal.

Frente a ello, plantea una demanda por error judicial y se fundamenta en el contenido de los arts. 23, 24 y 25 de la CPE de 1998,⁶⁵⁸ vigente al momento de ocasionarse el daño, reclamando el pago de de daños y perjuicios, así como la reparación pecuniaria del daño moral que le ocasionó la sustanciación del ilegal proceso, y la reparación del daño moral por el sufrimiento psíquico experimentado.

El Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pallatanga desecha la demanda y la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Chimborazo confirma la decisión de primer nivel y por ello Juan Alberto Encalada Ambi interpone recurso de casación contra el pronunciamiento de dicho Tribunal.

La Sala de la CSJ (actualmente CNJ) sustenta su decisión en el art. 22 de la Constitución Política establece la responsabilidad civil del Estado en los casos de error judicial, sosteniendo que no puede ser el simple error de aplicación, de interpretación, de criterio, porque según la sala, sería exigir la perfección que en el orden humano es inalcanzable y contraría aquel principio de *humanun errarum est*.

De otro lado, Sala de la CSJ efectúa una disquisición rígida y conservadora, amparándose en la jurisprudencia española, sosteniendo que: “Si el juez consideró que había delito y el Tribunal Penal estimó que se trataba de un asunto civil, no sería sino el caso frecuente, diario, si se quiere, de diversidad de opiniones; lo cual es normal no solo en el campo jurídico, sino en el mundo en general”. La Sala siguiendo la jurisprudencia

⁶⁵⁸ Constitución de la República del Ecuador, 1998. Asamblea Nacional Constituyente. Quito. “Art. 23.- El Estado y más entidades del sector público estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos. Las entidades antes mencionadas tendrán, en tales casos, derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hubieren causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes. Art. 24.- Cuando una sentencia condenatoria fuere reformada o revocada por efecto de recurso de Revisión, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia será rehabilitada e indemnizada por el Estado de acuerdo a la Ley. Art. 25.- El Estado será civilmente responsable en todos los casos de error judicial que hayan producido la prisión de un inocente o la detención arbitraria, así como en los supuestos de violación de las normas establecidas en el num. 19 del art. 22. La Ley establecerá los mecanismos para hacer efectivo este derecho”. (Constitución Política de la República del Ecuador, Codificación 1997, RO 2 de 13 de febrero de 1997, última modificación: 11 de agosto de 1998).

española señala en la sentencia que:

d) El error judicial no dimana de la simple revocación o anulación de las resoluciones judiciales, debiéndose entender por error judicial toda decisión o resolución, dictada por los órganos de la administración de justicia, injusta o equivocada, pero el yerro debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan solo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, pudiéndose agregar que dicho error puede ser fáctico o jurídico, teniendo indebidamente por probados determinados hechos o desconociendo o ignorando los preceptos legales o las normas aplicables o incurriendo en flagrante equivocación al aplicarlas o interpretarlas.⁶⁵⁹

Además, la Sala considera que no existe la evidencia de que la prisión ordenada por el juez haya sido ilegal o arbitraria, porque al haber revocado el Tribunal de lo Penal el auto del juez, “llevaría al absurdo de que cada vez, que se revoca una providencia dictada por un juez inferior, se entendería que este ha violado la Constitución y la ley y por ello debe responder el Estado ecuatoriano”.⁶⁶⁰ La teoría que sostiene la Sala es inaceptable, y no se comparte, porque siendo evidente y palmario y un craso error como aquel, no puede aceptarse que la revocatoria de esa prisión haya validado el absurdo auto del juez inferior en desmedro del derecho del ciudadano.

Se debía tomar en consideración que era el primer caso que se elevaba al máximo organismo jurisdiccional en Ecuador por error judicial, era el momento oportuno para que la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la CSJ fijara un concepto jurídico sobre dicha institución y los presupuestos que deben configurarse en la responsabilidad extracontractual del Estado por este título de imputación.

Es inconstitucional mantener detenido ilegítimamente a una persona por una letra de cambio, aquello no constituye un yerro palmario, patente, manifiesto y todos aquellos adjetivos que la propia Sala de la CSJ ha asumido como elementos fundamentales del error judicial. Es evidente que la función judicial no ha dado una respuesta favorable al avance del desarrollo normativo del reconocimiento de los derechos del ciudadano, como es el error judicial.

⁶⁵⁹ De Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad civil*, 492-493.

⁶⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Resolución de 29 de julio de 2002 (Caso n.º 158-2002) Tercera Sala Civil y Mercantil.

1.2. Demanda por inadecuada administración de justicia

José Washington Sabando,⁶⁶¹ propone demanda por inadecuada administración de justicia por error judicial en contra el Estado Ecuatoriano en la persona del presidente del Consejo Nacional de la Judicaturas y el Procurador del Estado.

Alega el demandante que obtuvo una sentencia absolutoria del 24 de abril de 2008 emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte de Justicia de Manabí, en un proceso por el delito de tenencia y posesión de estupefacientes, y por el cual estuvo detenido en el Centro de Rehabilitación de El Rodeo durante 925 días “injusta e injurídicamente (sic)”.

El fundamento jurídico invocado está contenido en el art. 11.9 de la CRE y en el art. 32 del COFJ, por lo que reclama el pago de 25 000 dólares por daños y perjuicios por el tiempo de la detención, el pago de 40 000 dólares por perjuicios laborales, el pago de costas procesales por 12 000 dólares, el pago de 150 000 dólares por lucro cesante y daño emergente y el pago de 300 000 dólares por daño moral.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Manabí, al le correspondió conocer el caso, hizo dos referencias de sentencias respecto al error judicial, esto es lo contenido en el fallo de la CC correspondiente al caso n.º 007-09-SP-CC publicado en el Registro Oficial Suplemento 602 del 1 de junio de 2009, explicando que no existe sentencia de la Sala de lo Penal de la CNJ que haya determinado la existencia de error judicial, como sucede en la República de Chile, donde únicamente a la Corte Suprema⁶⁶² le corresponde decidir “si el error judicial, que se pretende reparar, alcanzó o no, la extensión o magnitud requerida para estimar que la resolución que se dictó como consecuencia de esa equivocación, padece del vicio de ser injustificadamente errónea o arbitraria”; y además cita a Ricardo de Ángel Yagüez⁶⁶³ quien considera que:

d) “El error judicial no dimana de la simple revocación o anulación de las resoluciones judiciales, debiéndose entender por error judicial toda decisión o resolución, dictada por los órganos de la Administración de Justicia, injusta o equivocada, pero *el yerro debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan solo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados*, pudiéndose agregar que dicho error puede ser fáctico o jurídico,

⁶⁶¹ El actor José Washington Mendoza Sabando, alega en su demanda que ha estado preso de manera injusta por 926 días, por haber cometido un presunto delito de tenencia y posesión ilícita de estupefacientes, sanción emitida por el Tercer Tribunal de lo Penal que lo condenó a ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de 60 salarios mínimos vitales generales, sentencia que elevada a consulta fue resuelta por la Segunda Sala de Conjuces de la Corte Provincial de Justicia que dictó sentencia absolutoria y por ello aduce la existencia de una inadecuada administración de justicia por error judicial.

⁶⁶² Corte Suprema de Chile, sentencia de 2 de junio de 1983. R. t 8, sec. 5^{ta}, 11.

⁶⁶³ De Ángel Yagüez, “*Tratado de responsabilidad civil*”, 493.

teniendo indebidamente por probados determinados hechos o desconociendo o ignorando los preceptos legales o las normas aplicables o incurriendo en flagrante equivocación al aplicarlas o interpretarlas[...].”

Se plantea la siguiente interrogante ¿Existe una inadecuada administración de justicia, que determine un error judicial? En la sentencia pronunciada por el Tribunal, no se evidencia que este haya resuelto de manera motivada la interrogante planteada, respecto a si dentro del caso que analizaba existieron los elementos que configuraran la inadecuada administración de justicia por error judicial.

El Tribunal advirtió en la sentencia que los jueces del Tribunal Penal no actuaron con dolo que haya implicado la falsedad, fraude o la denegación de justicia, sin embargo, el Tribunal consideró que el actor Washington Mendoza Sabando estuvo privado injustamente de su libertad por 802 días, y no por los días indicados en su demanda. En este sentido, el Tribunal entra a analizar cada una de las pretensiones contenidas en la demanda, declarando con lugar parcialmente la demanda y condenando al Estado, a través del Consejo de la Judicatura, el pago de una reparación por los daños y perjuicios, y daño moral causados por la privación injusta de su libertad, fijando la cantidad de: USD 8 752,64 (daños y perjuicios), la cantidad de USD 30 000,00 (daño moral), habiendo ordenado el pago total de USD 38 752,64.

La sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Portoviejo fue objeto de recurso de casación interpuesto por el Consejo de la Judicatura. La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ casó la sentencia y declaró sin lugar la demanda, alegando que la imputación no se puede dar de manera automática, sosteniendo que los jueces distritales en la sentencia recurrida, únicamente valoraron la resolución superior posterior que revocó tal prisión preventiva dictada por el juez inferior, lo cual considera inadmisibles bajo la noción de que es erróneo deducir que la responsabilidad objetiva del Estado no se prueba, cuando “lo cierto es que el mal funcionamiento de cualquier servicio público que haya causado daños a un particular sí debe ser probado”.⁶⁶⁴

Desde la perspectiva del ámbito penal que es donde hemos encontrado este tipo de demandas por responsabilidad extracontractual del Estado como en el presente caso, la Sala sostiene que se confunde y se mezclan los títulos de imputación, tales como detención arbitraria e inadecuada administración de justicia, por el supuesto deficiente

⁶⁶⁴ Sala Especializada de la CNJ. Fallo dictado dentro del proceso n.º 17741-2013-0250 el 9 de febrero de 2017.

funcionamiento del servicio público de administración de justicia, para lo cual se remiten al libelo inicial en el que el demandante en contra del Estado, esto es el señor Jorge Washington Sabando lo ha hecho por inadecuada administración de justicia, pero no por detención arbitraria que son títulos de imputación totalmente diferente.

En eso coincidimos plenamente porque la detención arbitraria definida por la ONU⁶⁶⁵ es considerada arbitraria cuando es contraria a la ley nacional o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, ello acontece cuando una detención no respeta los principios de justicia, corrección y previsibilidad, así como las garantías procesales, mientras que la inadecuada administración de justicia se determina cuando el Estado incumple su obligación de proporcionar un servicio de justicia eficaz y oportuno, en primer lugar, a los daños ilegítimos que se causen por el habitual funcionamiento del aparato burocrático de administración de justicia, y, en segundo lugar, por todos aquellos actos u omisiones realizados culposa o dolosamente por los operadores de justicia que causen un daño ilegítimo a los involucrados en el proceso judicial.⁶⁶⁶

En consecuencia, son dos figuras o instituciones jurídicas distintas y el demandante o ciudadano en contra del Estado no puede alegar la responsabilidad estatal, confundiendo estos conceptos pretendiendo arribar a una indemnización en una misma acción bajo dos acerbos distintos, o es la detención arbitraria o es la inadecuada administración de justicia.

Sostiene la sala que llevar al campo administrativo la responsabilidad objetiva del Estado por el título de imputación de detención arbitraria es inconcebible porque en cuyo caso de así serlo:

Ni los agentes fiscales, ni los jueces de garantías penales del país, podrían jamás equivocarse en la apreciación de los hechos y circunstancias dentro de un proceso penal, porque por ejemplo si una sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia absuelve a un acusado llevado a juicio, revocando la sentencia condenatoria dictada por un Tribunal de lo Penal, entonces supuestamente de manera automática se habría dado un mal funcionamiento del servicio público de justicia, debiendo el Estado pagar indemnizaciones a la persona absuelta, es decir, se daría sin más, que el efecto positivo de haber el propio Estado a través de sus diferentes órganos de justicia corregido la actuación de los niveles inferiores, devendría en un castigo por haber efectuado tal corrección del sistema de justicia; y así de manera escalonada y sin límites, bajo la falsedad conceptual del *versari in rel illicita*, que en definitiva impondría a los operadores de justicia en su conjunto un inhumano parámetro que sería: ellos y ellas no podrían equivocarse nunca lo cual escapa a cualquier posibilidad

⁶⁶⁵ Organización de las Naciones Unidas 2014, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria.

⁶⁶⁶ García Falconí, *Revista Derecho Ecuador* Noviembre 2005.

de exigirse mínimos de previsibilidad o cuidado operativo dentro de lo realmente esperable.

Aceptar este criterio es renunciar al derecho sobre la cual el Estado ecuatoriano, mediante sus diferentes órganos ha venido pregonando respecto de la existencia de un Estado constitucionalista de derechos que implica incorporar en la mentalidad de cualquier individuo, que el Estado no puede ser exonerado de las responsabilidades por los errores causados por la administración pública, sino por las funciones del Estado entre las cuales encontramos a la Función Judicial.

Cómo puede pregonarse entonces ese desarrollo constitucional o ese avance social? si con el pretexto de que existen jueces superiores para corregir los errores de los jueces inferiores, el daño causado por los primeros no tiene porqué castigárselo porque en un correcto obrar de la misma función judicial, los segundos, es decir, los jueces superiores actúan eficientemente y por ello los errores no tienen cabida para ser sancionados.

Se ha venido sosteniendo que a los jueces no se les puede exigir infabilidad, pero en cualquier caso en que se llegue a cometer esos errores sin que necesariamente tenga inmerso el dolo, el ciudadano está en el legítimo derecho a demandar la responsabilidad objetiva del Estado y serán los jueces contenciosos administrativos que determinen la existencia o no de ese derecho que reclama, sin embargo, en vez de generarse o difundir la cultura del derecho al reclamo por parte del ciudadano, el fallo referido ahuyenta, desanima a cualquier persona que pretenda demandar por las causas señaladas en el art. 32 del CPFJ, cuando se señala que: “tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito penal no es factible sancionar a los jueces cuando opera la autocorrección del sistema de justicia”.

Es evidente que entre el ámbito penal y el ámbito administrativo existen líneas muy finas para poder definir la existencia del error judicial o inadecuada administración de justicia, pero eso no justifica como en el presente fallo, de que el ciudadano llegue a entender que el Estado es prácticamente injusticiable porque la Función Judicial tiene niveles superiores de corrección sobre los fallos emitidos por los inferiores.

No compartimos el criterio sostenido por los jueces de la Sala de lo Contencioso de la CNJ, cuando sustentan una sentencia alegando que en un país determinado como Chile: “la jurisprudencia ha sido extremadamente exigente para dar por establecidos los supuestos de esta responsabilidad, requiriendo, en la práctica, que se haya incurrido en

culpa grave”,⁶⁶⁷ sostener aquello, es negar el legítimo derecho que tiene una sociedad como la ecuatoriana de poder avanzar en criterios o posturas sobre la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado; es negar la iniciativa u oportunidad a que el país pueda ser pionero en desarrollo de teorías de un Estado responsable frente a la inadecuada administración de justicia para sus ciudadanos.

El razonamiento que sostienen los jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, de que Ecuador tiene que ir a la cola de la jurisprudencia de otros países para poder cumplir con los fines y postulados sociales de la igualdad de las cargas públicas y del derecho a la reparación integral de un afectado por un error judicial, no puede ser compartido bajo ninguna circunstancia, lo cual nos conduce a poner como ejemplo el derecho a la naturaleza de la que se pregona en el mundo, de que el Ecuador es el primero en constitucionalizarlo. ¿Por qué entonces, poner barreras al juicio contra el Estado por el error judicial?

Siguiendo con el análisis, encontramos otra de las inquietudes que surge del fallo referido, es que el error judicial desde la perspectiva del ámbito penal, que es en el caso concreto y presumiendo que ese mismo criterio se hace extensivo también para acciones en el ámbito administrativo, en que los jueces de la Sala sostienen que si un juez superior al revocar una sentencia, deben declarar el error judicial, este se constituye en una especie de prejudicialidad para que el ciudadano pueda entonces acudir al Tribunal Contencioso Administrativo a demandar al Estado Ecuatoriano el pago de las indemnizaciones. Criterio que no compartimos porque no tiene sentido acudir a un juicio contencioso y probar el daño causado o irrogado al demandante, ya que de ser conforme a criterio de la sala el error judicial ya está declarado, lo cual contraviene las competencias que tiene el juez contencioso que es a quien le compete esa facultad.

No puede ni debe el juez contencioso respaldarse en expresiones de los jueces de la Sala de lo Penal que pudieren ser tan flexibles o benignas o tan fuertes o graves, si de conformidad al art. 32 del COFJ el ciudadano presuntamente afectado deberá probar ante el juez contencioso la gravedad del daño como un elemento fundamental para fijar el monto indemnizatorio. Sin perjuicio de ello, reconozco la posición que también contraría mi criterio, que hace el autor Avelino Blasco Esteve⁶⁶⁸ quien señala que “a) la responsabilidad por error judicial que deriva de la actividad jurisdiccional en sentido

⁶⁶⁷ Enrique Barros Bouriem, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2006), 54-25.

⁶⁶⁸ Blasco Esteve, “La responsabilidad patrimonial de la administración en el derecho español”, 43-44.

estricto y que debe ir precedida por una decisión judicial que expresamente la reconozca”.

Se hace mucho hincapié en que el hecho de dar paso a las declaratorias de error judicial en una sentencia pueden ser lesivos al patrimonio del Estado, “que es el común de todos los asociados”,⁶⁶⁹ postura que demuestra que la Función Judicial se escuda con sus errores en el aparente patrimonio del Estado, pero no se fija ni se argumenta en el daño que se ha causado a una persona por estar detenida 802 días como es el caso concreto, que si lo miramos por el número de habitantes de un país, respecto del presupuesto de todos, no guarda la más mínima relación proporcional y reflejando con que el problema es lo económico o financiero y no el derecho del ciudadano afectado y seguramente el de la familia que puede tener el demandante.

Es fundamental reconocer que cuando se alega afectación al Estado, es indudable que el juez sabe que está logrando el repudio de toda una comunidad para esa persona que pretende el resarcimiento y basado en ello queda absolutamente protegido de la propia comunidad, puesto que se convierte en la defensa de los derechos de la nación, logrando que la víctima del Estado por la deficiente prestación del servicio público de la justicia sea revictimizado. Los jueces omiten ex profesamente reconocer que si el Estado es condenado a pagar una indemnización por la deficiente prestación del servicio público de la justicia, este tiene derecho a repetir, es decir, a recuperar lo pagado mediante los servidores públicos judiciales que han ocasionado el error judicial, que han dado lugar al egreso de recursos estatales y que están en la obligación de reintegrárselos al Estado, con lo cual el estado no tiene un perjuicio, sino que actúa con un sentido justo evitando que exista desigualdad de las cargas públicas entre uno y otro ciudadano.

Se destaca en el voto salvado de esta sentencia dos hechos relevantes: el primero el de que los jueces de mayoría desechan el recurso de casación interpuesto por la Delegación Provincial de la Procuraduría General del Estado por no ser legitimado pasivo, toda vez que esta titularidad le corresponde exclusivamente por mandato del art. 32 del COFJ al presidente del Consejo de la Judicatura en los casos de responsabilidad objetiva del Estado por un mal funcionamiento de servicio público de la justicia.

En el voto salvado se alega que la Procuraduría General del Estado tiene legitimación suficiente para intervenir en este tipo de juicios. Al respecto se coincide

⁶⁶⁹ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, 5.^a ed. (Bogotá: Temis, 2011), 435.

con el voto de mayoría porque la representación legal del órgano administrativo de la Función Judicial es el presidente de la Judicatura y la contienda no es necesariamente con el Estado per se, sino con la Función Judicial a través de sus servidores se ha incurrido en el mal funcionamiento de la administración de justicia, en consecuencia en este principio de igualdad de derechos es absolutamente justo que la contienda sea entre el perjudicado y el causante del daño y si ocurriere como sostiene el voto salvado es coadyuvar a que el afectado tenga una contienda desigual con dos adversario, encontrándose el afectado en desigualdad de condiciones, sin sumar con los presuntos autores del error judicial, es decir los jueces que también pasan a ser legitimados pasivos, de ahí entonces que las luchas y las contiendas de carácter judicial también tienen que tener un equilibrio en la tramitación de las causas.

El segundo tema que se destaca en el voto salvado se relaciona con las pretensiones de la demanda contra la responsabilidad objetiva del Estado, señalando que puede y debe el ciudadano demandar indistintamente o autónomamente la indemnización de los daños y perjuicios, por un lado, y la reparación del daño moral, por otro, ya que los mismos tienen tratamiento diferente, criterio que es confrontado con el voto de mayoría, que sostiene que el Tribunal *A-quo* comete un serio error jurídico al separar el daño moral “como si este pudiese ser un valor autónomo dentro de la indemnización por responsabilidad objetiva por mal funcionamiento de servicio público de la justicia, cuestionando el fraccionamiento en los montos, unos por indemnización de daños y perjuicios y otros por daño moral, sosteniendo que aquello es absolutamente incorrecto.

1.3. Demanda por error judicial: Caso de competencia

La Resolución n.º 762-2014 fue dictada por la Sala Conrencioso Administrativo de la CNJ, dentro del juicio n.º 292-2014, cuyo actor es el señor Néstor Rolando Yacelga Meza, quien demanda al Estado en la persona del presidente del Consejo Nacional de la Judicatura y el Procurador General del Estado.

Néstor Rolando Yacelga Meza, señala que, con base en una denuncia forjada presentada en su contra por un supuesto delito de extorsión, el Juez Primero del IV Distrito de la Policía Nacional, dicta auto cabeza de proceso con prisión preventiva el 21 de septiembre de 2006, sin que exista denuncia legalmente reconocida ante el juez competente y sin otros elementos concordantes y conducentes a la existencia de indicios

de culpabilidad, se le vincula en el juicio penal policial con orden de prisión preventiva, permaneciendo efectivamente detenido injustamente 26 días, hasta rendir caución.

El accionante sostiene que en el proceso seguido en su contra, existe error judicial, retardo injustificado y violación del derecho a la tutela efectiva y que pese a que no se le acusa directa ni indirectamente en el juicio y sin que exista indicios de responsabilidad, se dicta prisión preventiva en su contra, a más de poner en conocimiento de todas las autoridades de la institución policial esta acción penal, violándose la garantía constitucional señalada en el art. 24.12 de la CPE de 1998 y lo más grave que se le trató como un vulgar delincuente, sin respetar la garantía del debido proceso señalada en el art. 24.7, hoy art. 76.2 de la carta magna.

Prosigue y sostiene que existe error judicial en el auto de llamamiento a juicio plenario o auto motivado, dictado el 30 de agosto de 2007, por el Juez Primero del IV Distrito de la Policía Nacional, ya que este se dictó sin sustento legal, por cuanto la Fiscal, abogada Sandra Alvarado, se abstuvo de acusar por no encontrar indicios de responsabilidad. Al haberse emitido dictamen abstentivo por parte del fiscal, es decir, al no haber acusación fiscal, no hay juicio (art. 251 Código de Procedimiento Penal), por lo que el auto de llamamiento a juicio carecía de fundamento, ante lo que interpuso recurso de apelación y el expediente pasó a conocimiento de la Segunda Sala de la Corte Distrital de Policía. La Fiscalía se abstiene de acusar, manifestando que luego de revisar, estudiar y analizar todo el expediente, concluye que no hay mérito para continuar con la acusación y que lo correcto es que se dicte el sobreseimiento definitivo.

Continúa sosteniendo el accionante que los Jueces de la Corte, violando los derechos constitucionales han preferido dejar pasar muchos años para dictar la prescripción, en vez de dictar el sobreseimiento definitivo y que en la Segunda Sala de la Corte Distrital de Justicia de Policía existe un grave retardo en la administración de justicia, pues el proceso estuvo listo para que esa Corte se pronuncie desde el 31 de agosto de 2009, fecha en la que se dispuso que vuelvan los autos para resolver, sin embargo, los Jueces de la Segunda Sala de la Corte Distrital de Justicia de Policía, no se pronunciaron oportunamente hasta cuando entró en vigencia la Constitución de la República de 2008 en la que se estableció que los Juzgados de los Distritos Policiales y las Cortes Policiales dejan de existir para pasar a conocimiento de la justicia común.

En tales circunstancias la causa se resorteó y su conocimiento correspondió a la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, la cual en auto de 1 de septiembre de 2010, confirmó el auto motivado o de llamamiento a

juicio plenario, dictado por el Juez Primero del IV Distrito de la Policía Nacional y dispuso que el proceso se mantenga en la Secretaría de la Sala mientras no se conozca la Resolución de la CNJ, sobre la consulta realizada respecto a los procesos de Jurisdicción Policial, una vez resueltos por la Sala de lo Penal de Justicia.

El accionante precisa que desde el 1 de septiembre de 2010, hasta el 23 de agosto de 2012 fecha en la que se dicta el auto de prescripción de la acción penal, han transcurrido prácticamente dos años, incurriendo la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Guayas, en un grave retardo en la administración de justicia con agravante de que la Sala de lo Penal, incurre en una inadecuada administración de justicia, pues, estaba en la obligación de pronunciarse sobre lo principal y declarar el sobreseimiento definitivo de la causa y no eludir su responsabilidad emitiendo un auto de prescripción sin pronunciarse sobre lo de fondo.

Señala que el auto de 23 de agosto de 2012 que declara la prescripción de la acción, es el último acto violatorio de sus derechos, por lo que se encuentra dentro del plazo previsto para ejercer esta demanda de indemnización de daños y perjuicios y daño moral, acorde con el art. 32.4 del COFJ.

La demanda presentada el 28 de junio de 2013 ante la Secretaría General del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 1, con sede en la ciudad de Quito, por sorteo le correspondió conocer a la Segunda Sala, la misma que mediante auto de 23 de agosto de 2013, no admite a trámite la misma por considerarse incompetente en razón de la materia, argumentando que esta se refiere al perjuicio económico y daño moral originado por detención arbitraria e inadecuada administración de justicia en un procesamiento penal.

El art. 32 del COFJ establece que cuando una sentencia condenatoria se reforme o revoque por un recurso de revisión, o una persona haya sufrido prisión preventiva y luego fuere sobreseída o absuelta, el Estado reparará a la persona que sufrió la pena en la forma establecida en el Código de Procedimiento Penal. (en adelante, CPP). Dicha norma vigente a esa fecha, señalaba en sus arts. 418 y 419 el procedimiento previo a presentar demanda en la vía jurisdiccional.

El Tribunal se declara incompetente para resolver la causa y ordena que se remita el proceso a la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Esta Tercera Sala mediante auto de 11 de abril de 2014, señaló que lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo de Quito, parte de una interpretación errónea al considerar carecer de competencia y al mismo tiempo inadmitir la demanda a

trámite, ya que la demanda de daños y perjuicios no está propuesta en contra de la Tercera Sala de lo Penal del Guayas, sino en contra del Estado Ecuatoriano.

El argumento que sostiene el Tribunal Contencioso Administrativo se basa en la falta de competencia, en razón de la materia, inadmitiendo la demanda cuando lo que correspondía al Tribunal era calificarla o inadmitirla, no las dos cosas a la vez como se aprecia de lo actuado. De otro lado, el Tribunal de Alzada, conforme al art. 418 del Código de Procedimiento Penal, en su momento declaró la prescripción de la acción, sin haber emitido sentencia, o en su caso, haber dictado sobreseimiento, por ello tampoco es competente para conocer un asunto de daños y perjuicios que nunca ha causado la Sala. Por ese motivo se inhibe de conocer la causa por carecer de competencia para calificar una demanda inadmitida a trámite propuesta por el accionante y devuelve el proceso.

Finalmente, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 1, con providencia de 08 de mayo de 2014, a las 14:54, por considerar que la decisión de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, produce un conflicto de competencia negativa, remite el proceso a la CNJ, la misma que cumpliendo su facultad de fin de garantizar la vigencia plena del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 75 constitucional; y, en estricto respeto del principio de legalidad que enuncia que “solo se podrá juzgar o una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, previsto en el art. 76.3 de la Constitución de la República, resuelve la competencia.

Señala que el art. 7 del COFJ contempla el principio de legalidad, jurisdicción y competencia, y dispone que “La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley y que el art. 156 establece que la competencia “[...] es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”.

Le correspondió a esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ conocer y resolver este conflicto de competencia derivado de la negativa entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 1, sede Quito y la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.⁶⁷⁰

⁶⁷⁰ “Artículo 185.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá: 8. Los demás que establezca la Ley.” (Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009, última modificación: 08 de septiembre de 2017).

Este conflicto de competencia surge dentro del juicio que por resarcimiento de daños por detención arbitraria, error judicial e inadecuada administración de justicia siguió el señor Néstor Rolando Yacelga Meza, en contra del presidente del Consejo de la Judicatura, Dr. Gustavo Jaikh Roben y el Procurador General del Estado, Dr. Diego García Carrión.

El problema jurídico derivado de una incorrecta interpretación de normas que es resuelto por la CNJ, se fundamenta en el contenido del art. 32 del COFJ. Y el art. 217.9 del COFJ, que se refiere a la atribución de las juezas y jueces de las Salas de lo Contencioso Administrativo, para conocer y resolver las acciones que se propongan contra el Estado, en las que se reclame la reparación de daños y perjuicios por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de las reglas y principios del debido proceso, sin perjuicio de lo que establezca el Código de Procedimiento Penal.

Pero el conflicto de competencia surge por la interpretación del inciso final del art. 32 del COFJ, que se remite a la forma establecida en el CPP para la reparación de los casos en los que la sentencia condenatoria fuere reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando se haya sufrido prisión preventiva arbitraria luego del sobreseimiento o absolución de la persona mediante providencia ejecutoriada.

Por ello, la sala considera que en este caso no se encuentran frente a ninguno de estos supuestos, ya que la demanda se propone por “detención arbitraria e inadecuada administración de justicia”, y el actor solicita el reconocimiento de su buen nombre, honor; moral y resarcimiento de perjuicios por el error judicial cometido. No se trata de un pedido de indemnización por haber procedido recurso de revisión. El CPP en el Título III del Libro Sexto de las disposiciones finales, se refiere a la indemnización al procesado, acusado o condenado (arts. 416 y siguientes), y en estas normas consta la forma de cálculo de la indemnización y las obligaciones del Estado para los casos en que se acepte un recurso de revisión, el plazo para el reclamo, el modo de reclamación, plazo para el pago, así como la forma de indemnización en los casos de privación de libertad.

Finalizando con el análisis, concluimos que ninguna de estas disposiciones es aplicable al caso en cuanto a la competencia del juzgador para la resolución de la controversia. La solución se encuentra en la interpretación sistemática del texto completo del art. 32, que dispone que para los casos de error judicial e inadecuada

administración de justicia, debe plantearse la acción ante los jueces de lo contencioso administrativo del domicilio del perjudicado.

La Sala dirime la competencia a favor del Tribunal Distrital n.º 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Quito, disponiendo que deberá conocer, tramitar y resolver la demanda presentada por Néstor Rolando Yacelga Meza, contra el presidente del Consejo de la Judicatura y Procurador General del Estado.

2. Casos de correcciones de errores en sentencias, resoluciones o autos

2.1. Acción Extraordinaria de Protección

Julia Celmira Jaramillo Jiménez,⁶⁷¹ propone acción extraordinaria de protección en contra del auto dictado el 21 de noviembre de 2008, señalando que había sido condenada a 4 años de reclusión ordinaria y pago de indemnizaciones por daños y perjuicios, declarándosela incapaz a perpetuidad para desempeñar cargos públicos por un supuesto delito de peculado.

Sobre esta sentencia interpone recurso de casación el cual es aceptado por la CSJ, la cual le impuso una pena de dos años de prisión. Posteriormente, interpone recurso de revisión de la sentencia casada, y la CSJ dictó sentencia absolutoria, señalando en la misma la existencia de error judicial.

Una vez absuelta la accionante presentó un reclamo administrativo ante el Tercer Tribunal Penal de Loja el cual se abstuvo de tramitar la acción alegando que no se había dado cumplimiento previamente con lo establecido en la primera parte del art. 418 del CPP; esto es el reclamo administrativo previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Ante esta situación presenta una acción extraordinaria de protección ante la CCPT, enumerando los derechos que consideró vulnerados:

- Derecho a indemnización.
- Derecho a demandar el pago de las indemnizaciones.
- Derecho a una adecuada administración de justicia.
- Derecho a la inmediata aplicación de las normas constitucionales.
- Derecho a recursos efectivos ante los tribunales competentes.
- Derecho a un proceso judicial eficiente.

⁶⁷¹ “El auto impugnado es un decreto con fuerza de sentencia y que textualmente dice: Por cuanto la accionante no ha justificado haber dado cumplimiento previamente a lo establecido en la primera parte del artículo 418 del Código de Procedimiento Penal, me abstengo de tramitar la presente acción” (Resolución de la CC 7, Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de junio de 2009).

- Derecho a la igualdad.

Señaló en la acción de protección que la accionada, Presidenta subrogante del Tercer Tribunal de Loja, al no aceptar su reclamo administrativo y al confundir reclamo como una acción judicial, ha violado todas las garantías constitucionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la CADH, dejándola en indefensión e impidiendo que haga valer sus derechos.

En su pretensión la accionante solicita que, mediante sentencia, se ordene a la Presidencia del Tercer Tribunal de Loja, admita a trámite su reclamo administrativo y corra traslado del mismo al Ejecutivo representado por el Presidente Constitucional de la República y al Procurador General del Estado, en aras de dar cumplimiento al requisito de procedibilidad señalado en el art. 418 del CPP.

La entidad accionada argumentó la inexistencia de un trámite previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público para el reclamo administrativo. Que a la fecha en que se dictó el auto de abstención que originó la acción extraordinaria de protección, no existía norma legal que le diera jurisdicción y competencia a la Presidencia del Tercer Tribunal Penal de Loja para tramitar el reclamo administrativo presentado por la accionante.

Las principales consideraciones realizadas por la CCPT fueron las siguientes: La CC se encarga de la tutela de todos los derechos humanos y garantiza su efectiva vigencia y práctica, simplemente porque sin derechos humanos efectivamente protegidos no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna. Invocan a Norberto Bobbio⁶⁷² quien sostenía que “el problema de fondo no es tanto fundamentar los derechos humanos como protegerlos”.

La acción extraordinaria de protección establecida en el art. 94 de la Norma Suprema, edifica una múltiple garantía de protección a favor de la víctima de violación de derechos constitucionales o del debido proceso, bien sea por la acción y omisión de sentencias o autos definitivos dictados por un órgano de la Función Judicial; por ende, cuando se refiera a un derecho constitucional violado por acción u omisión, su reclamo de tutela debe plantearse ante una instancia diferente de la que expidió el fallo presuntamente infractor, esto es que, en el caso de sentencias judiciales, la instancia distinta a la función Judicial, la competente es la CCl. La acción extraordinaria de

⁶⁷² Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid: Debate, 1991), 61.

protección se configura como un verdadero derecho constitucional para reclamar y/o exigir una conducta de obediencia y acatamiento estricto a los derechos constitucionales de los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales.

La CC enmarcó con precisión el problema jurídico planteado al caracterizarlo como la abstención de trámite de pago de indemnización a un condenado por una sentencia condenatoria revocada.

Destacó la CC del Ecuador que en la actualidad es una afirmación no discutida la responsabilidad del Estado, como de cualquier otra persona natural o jurídica, por lo daños que cause, producto de su actividad antijurídica, lo que implica la existencia de un principio de integridad patrimonial o del equivalente económico, en caso de sacrificio de bienes privados en razón de interés público o de lesión de los mismos por la acción o la omisión del poder público. Señaló que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se contemplan regímenes especiales de responsabilidad aplicables al error judicial más aún cuando, como en el presente caso, una sentencia condenatoria ha sido revocada.

Precisando el concepto doctrinario de error judicial, la CC invocó a García Falconí, al señalar que error judicial es: “el falso concepto que tiene el juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso; y, que se recalca que comprende no solamente los perjuicios producidos en el inocente sino en los errores o faltas que afectan al culpable y pueden incluir tanto el error de hecho como el de derecho”. En igual sentido cita a Hernán García Mendoza cuando se refiere a que: “Error judicial es aquel cometido durante el proceso criminal como consecuencia de un procesamiento o condena injusta, en perjuicio de una persona cuya inocencia se comprueba con posterioridad, dictándose el correspondiente sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria”.

Referido al caso concreto, indicó la CC que, como quedaba señalado en el lit. a) de la sentencia, la CRE y ordenamiento jurídico contemplan el tema de la indemnización por error judicial; sin embargo, tal y como se evidencia en el caso que nos ocupa, los tribunales no han dado cabal cumplimiento a este mandato, puesto que la norma constitucional figura en nuestro ordenamiento con una aplicación casi nula y con un desarrollo más teórico que práctico, simplemente doctrinario.

Y más adelante: “Así analizados los alcances e implicaciones del error judicial, no merece mayor reparo, sin embargo, la acción de indemnización por error judicial presenta una realidad muy distinta y a pesar de tener existencia en nuestra Constitución,

su aplicabilidad aún está en entredicho”. Entendemos que la práctica habitual de los Tribunales ha sido aprovechar la imperfecta redacción de la norma para otorgarle una interpretación extremadamente restrictiva, imponiéndole más requisitos de los que verdaderamente exige, de manera tal que se hace imposible configurar los supuestos.

Respecto de lo señalado la CC cita a Mario Garrido Montt:⁶⁷³

Si adelantamos opinión respecto de la forma como se consagró este justo derecho, habría que reconocer que ha sido establecido de modo bien imperfecto, porque se exige un cúmulo de condiciones para que sea acogido, de manera que la facultad que se consagra con aparente carácter general, en realidad no lo es por su tenor restrictivo, no beneficia a todos sus hipotéticos titulares. De hecho, es una norma de excepción, que limita el beneficio a una minoría.

En su análisis la CC consideró que de los preceptos constitucionales, legales y doctrinarios, podemos sostener que, aun cuando el legislador hubiera omitido referirse expresamente al derecho de indemnización por error judicial, igualmente hubiéramos llegado a dicha institución mediante derechos y garantías constitucionales, puesto que a la luz de los principios como la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, no podemos olvidar el significado sustancial del debido proceso, cuyo objetivo último es asegurar un adecuado funcionamiento de la administración de justicia, un procedimiento establecido en la ley que resguarde los derechos de la víctima, del inculpado y de la sociedad en general.

Acercándose al aspecto medular de la acción, la CC sostuvo que la acción extraordinaria de protección planteada por Julia Celmira Jaramillo Díaz en contra del auto dictado el 21 de noviembre de 2008 por la presidenta subrogante del Tercer Tribunal de Loja, contiene dos elementos sustanciales:

1. El auto impugnado tiene el carácter o la fuerza de sentencia al ser definitivo.
2. La abstención de tramitar el reclamo deja en una situación de incertidumbre a la accionante al no poder ejercitar una acción, un derecho, que a pesar de estar establecido en la misma Constitución, por ciertas falencias y/o vacíos legales en cuanto a su procedimiento, vulneran el debido proceso y el derecho a la defensa.

Además, la CC consideró que la no aceptación a trámite del reclamo administrativo planteado por la accionante, no le es imputable ni a la jueza ni a la propia accionante por ser consecuencia de hechos ajenos a la voluntad, como es el vacío legal o la omisión legislativa. Indicó además que la accionada —según manifestó— estaba a la

⁶⁷³ Mario Garrido Montt, *La indemnización por error judicial en Chile* (Talca: Universidad de Talca, 1999) 475-6.

espera de un pronunciamiento de este organismo para proceder. En su sentencia la CCPT dispuso:

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada.
2. Ordenar que la Presidenta del Tercer Tribunal de lo Penal de Loja revoque el auto del 21 de noviembre de 2008, a las 08h37, dentro de la causa identificada como Reclamo Administrativo n.º 0001-2008 y, en consecuencia, tramite dicha acción en los términos señalados en el Libro VI, Título III del Código de Procedimiento Penal, trámite que deberá estar bajo los parámetros señalados en el artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador.

La sentencia que hemos presentado resulta muy ilustrativa en relación con el tema de esta tesis, ya que si bien la misma no está encaminada a resolver la cuestión medular de la indemnización reclamada originalmente, sí deja claramente establecido que tal tipo de reclamación, invocando el error judicial, se encuentra adecuadamente concebido dentro del ordenamiento jurídico vigente y que su tramitación debe proceder aun cuando pudieran existir vacíos en relación con las normas de procedimientos aplicables.

En la fundamentación de la sentencia la CCPT hace una revisión muy pertinente acerca del error judicial como fuente de responsabilidad extracontractual del Estado y el derecho de la víctima a la correspondiente indemnización. Los aspectos doctrinales que allí se abordan coinciden plenamente con los criterios asumidos por quien escribe esta tesis, a partir de la revisión documental y el análisis histórico lógico de estas concepciones en la evolución del Derecho, tanto a nivel internacional como en el ámbito propiamente ecuatoriano.

Resulta muy interesante en particular el análisis realizado acerca de las razones de la tendencia de los Tribunales a no acoger este tipo de reclamo administrativo. Razones que consideramos están aún presentes en la conciencia jurídica de nuestro país, al menos en lo que a actuación de los jueces se refiere.

Este aspecto, de particular importancia, se aborda también en esta tesis mediante las encuestas realizadas en relación con el error judicial y su reparación. No obstante, no debemos perder de vista que, si los factores aquí enumerados gravitan sobre el proceder de los jueces, otros aspectos también influyen en los propios afectados, lo cual debe tenerse en cuenta como elementos potenciadores de la actual situación en relación con este tipo de reclamación.

3. Privación de libertad (daño moral)

Gerardo Antonio Ruiz Navas, interpone propone una demanda de daños morales como consecuencia de privación de la libertad.

El actor, alega daños morales sufridos a consecuencia de la privación de libertad (prisión preventiva desde el 18 de abril de 2000 hasta el 18 de julio del mismo año) sufrida por orden del Juez Cuarto de lo Penal de Pichincha. Con base en ello, solicitó indemnización ante el Ministerio Público, puesto que resultó absuelto en el proceso seguido en su contra, pero el Ministerio Público, en la persona de su Director General de Asesoría le negó el pedido de indemnización solicitado.

El recurrente promovió un proceso en contra del Ministerio Público ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, el cual, en sentencia expedida el 25 de septiembre de 2006 declaraba inadmisibile la demanda.

Por tal razón, presentó recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CSJ. En su fundamentación el recurrente invocó la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del art. 20 de la Constitución Política.

Luego de las consideraciones en relación con la competencia y demás, la CSJ llamó la atención en cuanto a la interpretación del art. 20 de la CPE y el hecho de que ya existían numerosos pronunciamientos anteriores sobre cómo debía interpretarse, brindando las referencias correspondientes.

Precisa a continuación la CSJ que el *thema decidendum* se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el mencionado art. 20, y cita “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”.

Prosigue en su análisis, y la CSJ aplica la teoría general de la responsabilidad, acudiendo al art. 1453 del Código Civil, precisando a continuación las condiciones que determinan que la responsabilidad extracontractual sea de carácter directo o indirecto, sus presupuestos materiales y la posible afectación patrimonial (daño emergente y lucro cesante) o no patrimonial (daño moral).

Continua más adelante la decisión, y señala que el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en

la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, aun cuando sea en persecución de los intereses colectivos, está vedado, porque ello es contrario al principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, están llamados a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado.

De lo anterior resulta importante destacar que el art. 20 de la CPE no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el caso de que cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento.

Teniendo en cuenta el enunciado del mencionado artículo, se indica que el régimen de responsabilidad patrimonial pública establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. [...] En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de los servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones.... El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo, cuando se examinan sus relaciones con administrado.... En este sentido, las instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e indemnizable, si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima.

La CSJ sostuvo específicamente que el error interpretativo en que había incurrido el Tribunal a quo, respecto del contenido del art. 20 de la CP, cuando en el considerando cuarto de la sentencia recurrida afirmó: “[...]la Constitución se inscribe dentro de la denominada responsabilidad subjetiva, ya que el daño está ligado a la deficiente prestación del servicio; tanto más que en el segundo inciso de su art. 20, el Código Político da derecho a repetición, al Estado y sus instituciones, en contra de los funcionarios y empleados[...].”

En este particular, la CSJ fue muy precisa: No es posible mezclar artificialmente la responsabilidad extracontractual del Estado frente a los administrados con la responsabilidad de un funcionario público con el Estado.

En lo principal, con base en la interpretación del art. 20 de la CP, la Sala de la CSJ considera que toda privación de libertad efectuada de manera ilegítima, irroga un daño injusto a quien debe soportarla. Esta afirmación tiene una específica previsión constitucional, en el artículo 22.- “El Estado será responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el artículo 24”.

En el caso analizado, el interés se concretó en que el problema que debe ser dilucidado es, si la privación de libertad que ha soportado el actor ha sido o no ilegítima. Consideró la CSJ que, en la presente causa, la prisión que tuvo que soportar el actor deviene en ilegítima, si se considera que el actor fue finalmente absuelto en el proceso penal, y si se revisa la conducta de las autoridades que intervinieron al solicitar y ordenar la prisión preventiva.

En su análisis la CSJ destacó que la inocencia del actor, en relación con las infracciones penales que se le imputaron, quedó fuera de toda duda porque así lo declaró el tribunal competente. Quedó evidenciado que el Fiscal y el Juez en la causa actuaron con ligereza y precipitación al solicitar y disponer respectivamente una medida cautelar personal, que condujo al actor a prisión por tres meses, lo que evidenció falta de meticulosidad y un uso irracional de las competencias asignadas, que, por la gravedad de los efectos en las personas, exigen el mayor grado de ponderación posible, concluyendo que se actuó con precipitación y ligereza reprochables.

En lo referente a la cuantificación de la indemnización que está obligado a pagar el Ministerio Público a favor del actor, CSJ fundamentó su decisión de conformidad al contenido del art. 2232 del Código Civil: “la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización”.

La CSJ, admitiendo que resulta imposible cuantificar pérdidas que tienen un carácter extrapatrimonial, se remitió a los antecedentes de la Corte IDH, destacando el elemento doctrinal de que la reparación no puede implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima y sus sucesores.

Finalmente, la sentencia recurrida fue casada, se aceptó parcialmente la demanda y se fijó la reparación por daños morales en ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América. Se dejó a salvo el derecho de repetición del Estado en contra de los funcionarios intervinientes en los actos de los que se origina la condena.

En este fallo la CSJ contribuyó a clarificar varios aspectos en relación con el error judicial y su reparación. En primer lugar, se insiste en el carácter exclusivamente objetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado por deficiencias de los servicios públicos. Se reiteró, una vez más, que poco importa la existencia de dolo o culpa por parte del funcionario implicado en la producción del daño.

En segundo lugar, se estableció claramente una independencia entre el derecho a ser indemnizado por el Estado ante un perjuicio ocasionado por deficiencias de los servicios públicos y el derecho del Estado a repetir contra los funcionarios implicados en los hechos. Se trata de dos aspectos vinculados, pero independientes.

En tercer lugar, se estableció un procedimiento para el delicado aspecto de la cuantificación del monto indemnizatorio por daños morales, aclarando, de paso, que dicho monto representa el límite máximo que la Corte Suprema de Justicia estaría dispuesta a conceder por concepto de daños morales, al margen de cualquier pretensión en otro sentido.

Casos como este y otros han demostrado que la figura del error judicial en el Ecuador, si se ha venido invocando con el objeto de lograr indemnizaciones desde la perspectiva del ámbito penal, es decir la responsabilidad por error judicial ceñida en el ámbito penal, lo que no podemos decir respecto de actuaciones de jueces en otras áreas del derecho en las que pudiere existir actuaciones jurisdiccionales con crasos errores judiciales.

Sin embargo, desde la mirada de la CC, se ha llegado a concluir la existencia de un error judicial, aduciendo violación a la seguridad jurídica, por el hecho de no respetar un trámite propio de cada procedimiento y con ello el pago de indemnizaciones laborales. Bajo ese criterio constitucional cabe preguntarse si la violación de un procedimiento responde a una tutela judicial efectiva o a la violación de la seguridad jurídica?

La CRE señala en el art. 75 que la tutela judicial efectiva es un derecho que tiene que protegerse y que su incumplimiento será sancionado por la ley; mientras que por otro lado el art. 82 describe a la seguridad jurídica como un derecho constitucional, derecho que también engloba al debido proceso, en consecuencia tanto la tutela judicial

efectiva como la seguridad jurídica se relacionan ya que todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución y al orden jurídico⁶⁷⁴ lo que genera certeza en la aplicación del derecho escrito y vigente⁶⁷⁵.

Concluimos que el error judicial no podría ser una pretensión para que se lo declare como tal mediante una acción de protección, que es una de las potestades que tiene la CC, sino que este debe darse en un proceso judicial contencioso ante los Tribunales respectivos conforme señala el art. 32 del COFJ. Si la CC aceptare conceder una pretensión de declaratoria de error judicial mediante una acción de protección, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva en contra del propio Estado, ya que es a la inversa, que el pago de una indemnización por error judicial tiene que ser vía proceso judicial.

No obstante, cabría la posibilidad de que vía acción de protección extraordinaria la CC conceda una pretensión de indemnización por las violaciones a la seguridad jurídica y/o a las garantías del debido proceso, en cuyo caso con dicha resolución de la CC que concede esa pretensión de indemnización, el ciudadano podría presentar la respectiva demanda contenciosa administrativa para lograr efectivizar esa indemnización, definiendo que en el pronunciamiento sobre la indemnización lo máximo que podría hacer el órgano de control constitucional, es a reconocer la existencia del derecho en el caso concreto a ser indemnizado sin especificar la cuantía o el monto de la indemnización.

Un ejemplo de lo mencionado es la pretensión de la acción extraordinaria de protección presentada por Ramiro Javier Felipe Cordovez Escobar, en la que solicita a la CC la declaratoria de la vulneración de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva y que se le disponga la reparación material, en la que se declare su derecho a percibir una indemnización económica por error judicial, habiendo obtenido como decisión efectivamente la vulneración de sus derechos constitucionales, aceptando la acción extraordinaria presentada, sin embargo, como medidas de reparación integral se concedieron varias, pero en ningún caso la pretensión aludida.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ Resolución de la Corte Constitucional n.º 278 publicada en el ROS 712 del 15 de marzo de 2016.

⁶⁷⁵ Resolución de la Corte Constitucional n.º 351 publicada en el RO, Edición Especial 852 del 24 de enero de 2017.

⁶⁷⁶ Pretensión: “[...] que la Corte Constitucional declare en sentencia la vulneración de los derechos invocados en la fundamentación de la presente demanda y en consecuencia, disponga la REPARACIÓN INTEGRAL de los mismos, como parte de la cual se dejarán sin efecto ni valor jurídico alguno, por ser contrarias a la Constitución, las decisiones judiciales impugnadas expedidas por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la CNJ. Asimismo, como parte de la reparación material a

En consecuencia, no es la CC el órgano jurisdiccional competente (arts. 94 y 437 de la CRE y art. 63 de la LOGJCC), para declarar la existencia de un error judicial ora acción ordinaria de protección, ora acción extraordinaria de protección, sea como consecuencia de la acción de protección original o sea planteada en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, todo ello con relación a la resolución de la CC del 20 de marzo de 2012.⁶⁷⁷

que tengo derecho, en la que se declarará mi derecho a percibir la respectiva indemnización económica por el error judicial del que he sido víctima y de dispondrá la correspondiente investigación disciplinaria a los jueces responsables de la vulneración de mis derechos”.

⁶⁷⁷ Resolución de la Corte Constitucional n.º 42, publicada en el RO, Edición Especial 797 del 26 de septiembre de 2012.

Capítulo sexto

El error judicial y su reparación en la realidad jurídica ecuatoriana

En este acápite se analizará el error judicial y su reparación, mediante la encuesta suministrada a los profesionales del derecho las cuales se representarán en cuadros y gráficos, que permitirán al lector comprender la realidad de la justicia ecuatoriana.

1. La encuesta a los profesionales del derecho

1.1. Cuestionario acerca del error judicial y su reparación

Este cuestionario está elaborado en tres secciones A, B y C, la primera, A está relacionada a obtener datos de la unidad de análisis; la sección B está orientada a establecer sobre el conocimiento normativo de los entrevistados relacionados al error judicial y su reparación, y la sección C está relacionada a las opiniones y conducta respecto de este tema.

Muestra:

La muestra es determinística por la especialización de los encuestados que tienen conocimiento del derecho.

Las preguntas fueron elaboradas de manera abierta a fin de que el encuestado pueda tener libertad para responder con profundidad y diversas opciones.

SECCIÓN B: Conocimiento normativo

PREGUNTA 01

¿Desde qué época considera Ud. que existe la figura del error judicial en el ordenamiento jurídico?

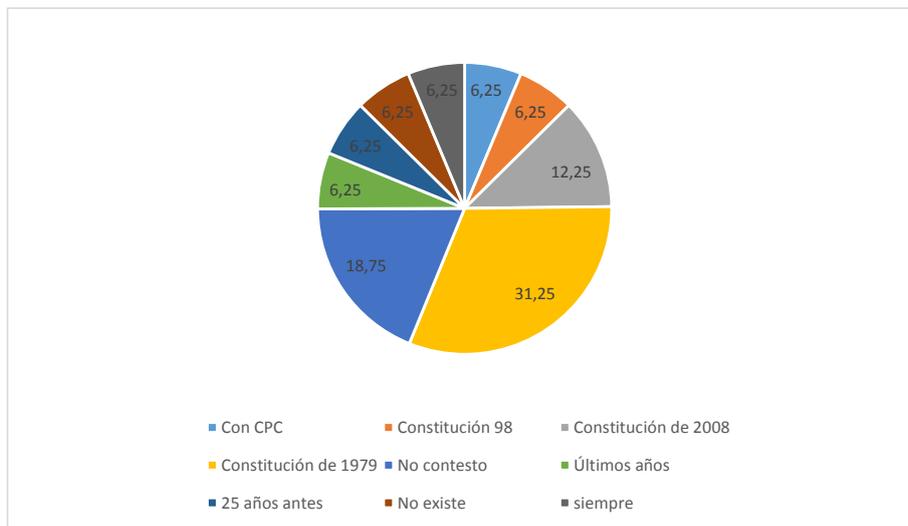
CUADRO 1

| | FRECUENCIA | % |
|----------------------|------------|--------|
| Siempre | 1 | 6,25 |
| Con CPC | 1 | 6,25 |
| Constitución de 1998 | 1 | 6,25 |
| Constitución de 2008 | 2 | 12,5 |
| Constitución de 1979 | 5 | 31,25 |
| No contestó | 3 | 18,75 |
| Últimos años | 1 | 6,25 |
| 25 años antes | 1 | 6,25 |
| No existe | 1 | 6,25 |
| TOTAL | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 1



Análisis:

Hay una diversidad de respuestas al respecto, sin embargo, existe una mayoría simple de encuestados —31,25 %— que considera que la figura del error ha sido incorporada desde la Constitución de 1979. Luego un 18,75 % no respondió a la pregunta, mientras que un 12,5 % señalan que esta incorporación se dio desde la CRE de 2008. Luego las otras respuestas tienen el mismo valor y son muy variadas. Las

respuestas permiten evidenciar el disímil conocimiento jurídico de los entrevistados respecto a la fecha de existencia del error judicial en el sistema jurídico ecuatoriano. No existe uniformidad en señalar desde cuando existe la figura del error judicial en Ecuador, explicado por el conocimiento especializado de esta materia a pesar de que se le está preguntando por un dato objetivo. La fecha de incorporación de determinadas instituciones jurídicas en el sistema normativo también tiene que ver con la cultura jurídica de los encuestados.

PREGUNTA 02

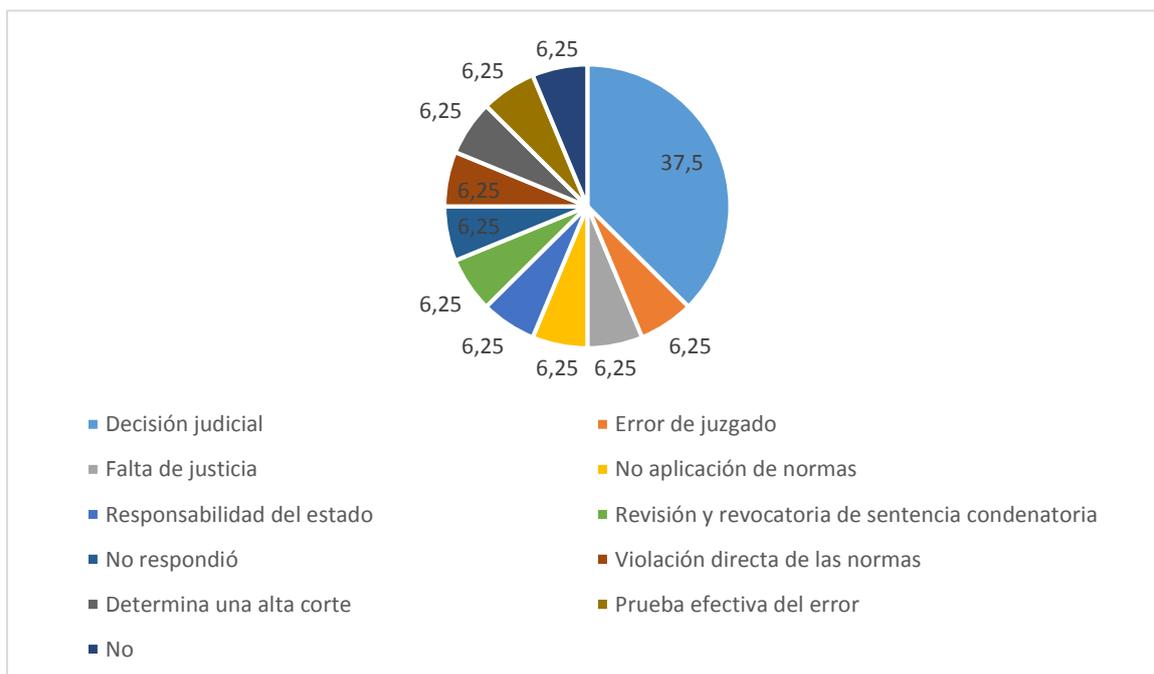
¿Qué elementos deberían concurrir en la resolución para considerar que se ha incurrido en un error judicial?

CUADRO 2

| | F | % |
|---|-----------|---------------|
| Decisión judicial | 6 | 37,5 |
| Error de juzgado | 1 | 6,25 |
| Falta de justicia | 1 | 6,25 |
| No aplicación de normas | 1 | 6,25 |
| Responsabilidad del estado | 1 | 6,25 |
| Revisión y revocatoria de sentencia condenatoria | 1 | 6,25 |
| No respondió | 1 | 6,25 |
| Violación directa de las normas | 1 | 6,25 |
| Determina una alta corte | 1 | 6,25 |
| Prueba efectiva del error | 1 | 6,25 |
| No | 1 | 6,25 |
| TOTAL | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 2**Análisis**

La mayoría simple 37,5 % sostiene que el elemento que debe concurrir para considerar un error judicial se relaciona con la decisión judicial, es decir con la existencia de una resolución judicial que agravia a una de las partes. Sin embargo, como es obvio un error judicial siempre se va iniciar con alguna resolución judicial, y lo que se le estaba preguntando es justamente qué elementos tendría que tener esta resolución para que se produzca el error judicial. Frente a esta pregunta existe una diversidad de respuestas, dos de ellas están relacionadas con la existencia del error (6,25 %) y de su prueba (6,25 %).

Asimismo, otras respuestas relacionadas tienen que ver con la no aplicación de las normas (6,25 %) y la violación de las normas (6,25 %). Se pueden agrupar también las de revocatoria de la sentencia (6,25 %), la falta de justicia (6,25 %) y la determinación de una alta corte (6,25 %).

PREGUNTA 03

¿Que, elementos conforman, según Ud., la reparación integral?

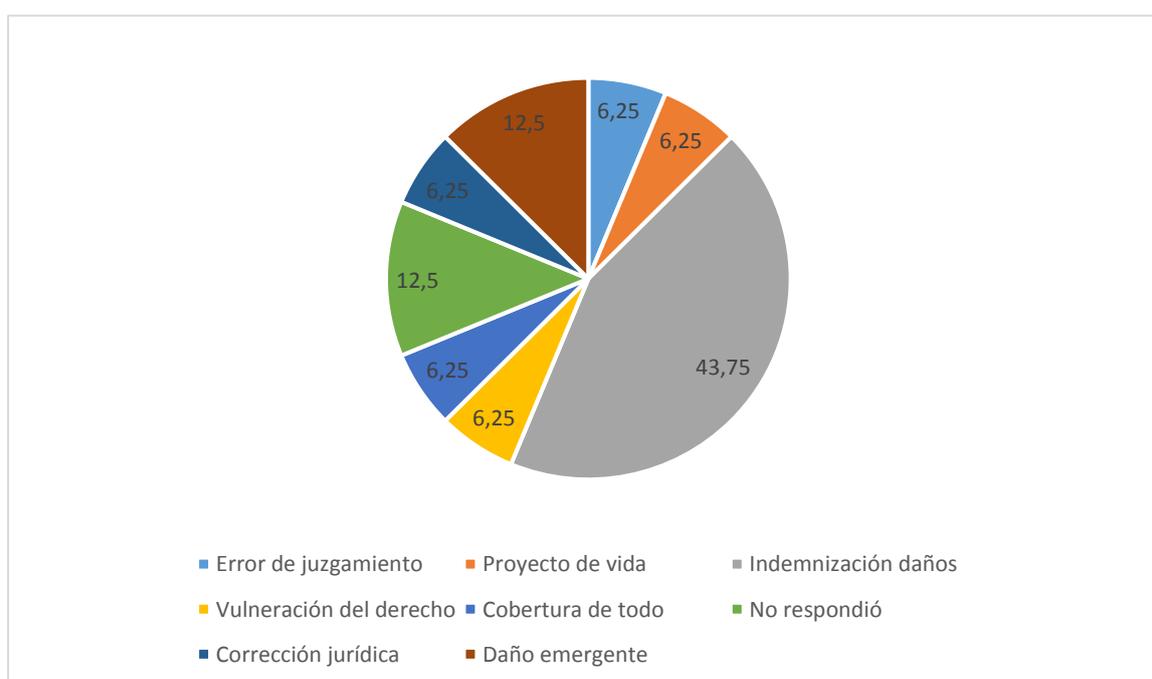
CUADRO 03

| | F | % |
|-------------------------|----|--------|
| Error de juzgamiento | 1 | 6,25 |
| Proyecto de vida | 1 | 6,25 |
| Indemnización daños | 7 | 43,75 |
| Vulneración del derecho | 1 | 6,25 |
| Cobertura de todo | 1 | 6,25 |
| No respondió | 2 | 12,5 |
| Corrección jurídica | 1 | 6,25 |
| Daño emergente | 2 | 12,5 |
| TOTAL | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 3



Análisis

Casi la mitad de encuestados (43,75 %) consideran que la reparación integral la debe conformar la indemnización por daños; un 12,5 % que identificó al daño emergente, y el 6,25 % señaló el daño al proyecto de vida como elementos de la reparación. Un 12,5 % no respondió a esta pregunta por desconocimiento. Existen seis respuestas con el mismo porcentaje 6,25 %, con datos colaterales. Si bien un 43,75 % coincidió en señalar a la indemnización como un elemento de la reparación integral,

considero que este porcentaje evidencia que la mayoría de los encuestados asociación reparación a indemnización, como el componente más importante.

PREGUNTA 04

¿Conoce usted, las normas en las que se contemplan los aspectos relacionados con el error judicial y su reparación?: Mencionalas

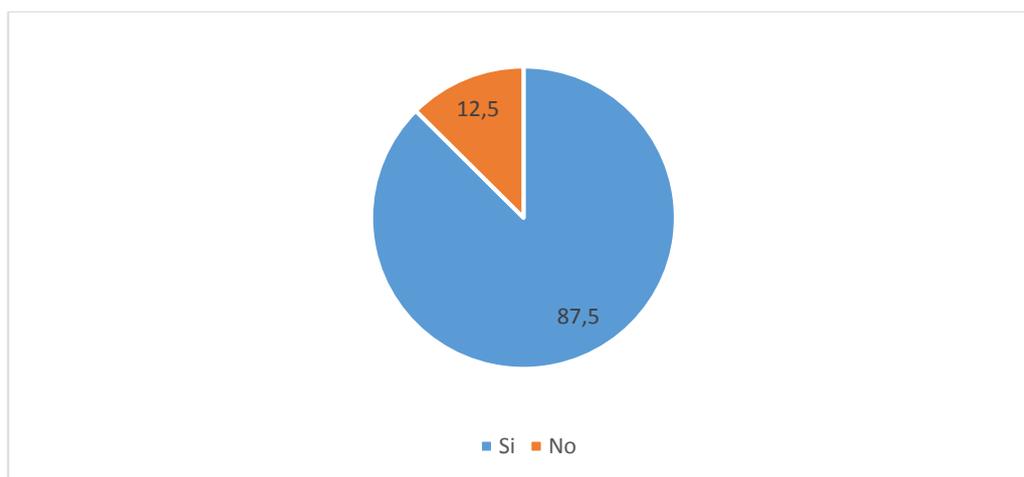
CUADRO 4

| | FRECUENCIA | % |
|--------------|------------|---------------|
| Sí | 14 | 87,5 |
| No | 2 | 12,5 |
| TOTAL | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 4



De los que contestaron sí, las respuestas fueron:

CUADRO 04 A

| | Frecuencia | % |
|--|------------|------------|
| Arts. 49.8 y 255 de la Constitución | 1 | 7,14 |
| Art. 65 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa | 1 | 7,14 |
| No se acuerda | 1 | 7,14 |
| Constitución | 3 | 21,42 |
| COFJ | 4 | 28,57 |
| Código Civil | 1 | 7,14 |
| No está contemplado en el sistema | 1 | 7,14 |
| No mencionó ninguna norma | 2 | 14,28 |
| TOTAL | 14 | 100 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Análisis

Si bien la mayoría absoluta 87,5 % respondió que sí conoce las normas en las que se contemplan los aspectos relacionados con el error judicial y su reparación, sin embargo, se puede advertir que cuando se les pidió que las mencionen existen diversidad de respuestas. Un 14,28 % no señaló ninguna norma, mientras que un 7,14 % refirió que no se acuerda, por lo que sumado ambas respuestas suman un 21,42 %.

Existe una diversidad de respuestas, el 25,57 % indicó al COFJ como la norma que contempla este error, asimismo con un 21,42 % la Constitución, el Código Civil con un 7,14 % etc., por lo que podemos advertir que si bien una mayoría significativa dijo conocer sobre las normas que contemplan los aspectos relacionados con el error judicial y su reparación, la diversidad de respuestas que han dado e incluso otros que no han podido mencionarlas denotan la falta de precisión en el conocimiento de las normas jurídicas específicas que regulan el error judicial.

PREGUNTA 05

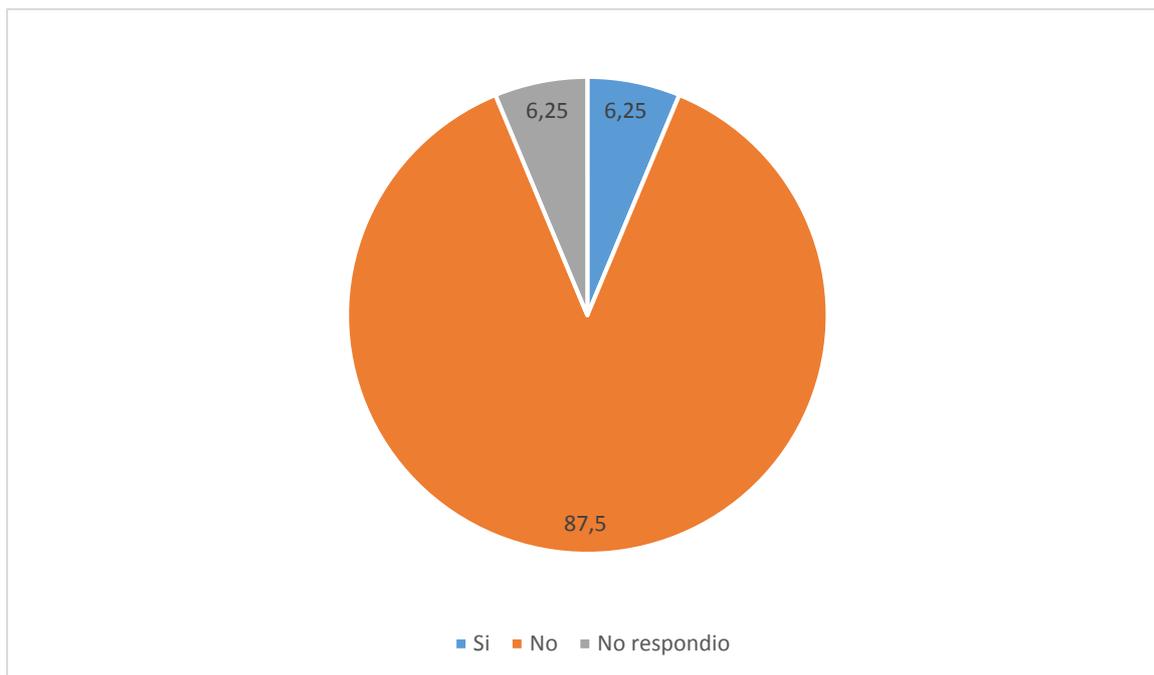
¿Conoce usted casos en los que la justicia ecuatoriana haya condenado al Estado por error judicial? En caso de que su respuesta sea afirmativa, ¿puede citar algún ejemplo?

CUADRO 5

| | FRECUENCIA | % |
|---------------------|------------|---------------|
| Sí | 1 | 6,25 |
| No | 14 | 87,5 |
| No respondió | 1 | 6,25 |
| TOTAL | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 5**Análisis**

La mayoría correspondiente al 87,5 % no conoce casos en los que la justicia ecuatoriana haya condenado al Estado por error judicial. Solo un mínimo porcentaje (6,25 %) dijo que sí y fue un caso donde una persona fue condenada a 12 años de pena privativa de la libertad y luego fue absuelto al probarse su inocencia. En igual porcentaje, un 6,25 % no contestó esta pregunta, con esto podemos advertir que en el país no existirían muchos casos donde el Estado haya sido condenado por error judicial, o al menos no son hechos públicos y por esto no se conoce.

PREGUNTA n.º 06

¿Conoce usted casos en que la Procuraduría General del Estado haya iniciado juicios de repetición en contra de jueces que hayan incurrido en error judicial? En caso de que su respuesta sea afirmativa puede citar algún ejemplo.

CUADRO 6

| | FRECUENCIA | % |
|---------------------|------------|---------------|
| Sí | 3 | 18,75 |
| No | 12 | 75,00 |
| No respondió | 1 | 6,25 |
| TOTAL | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

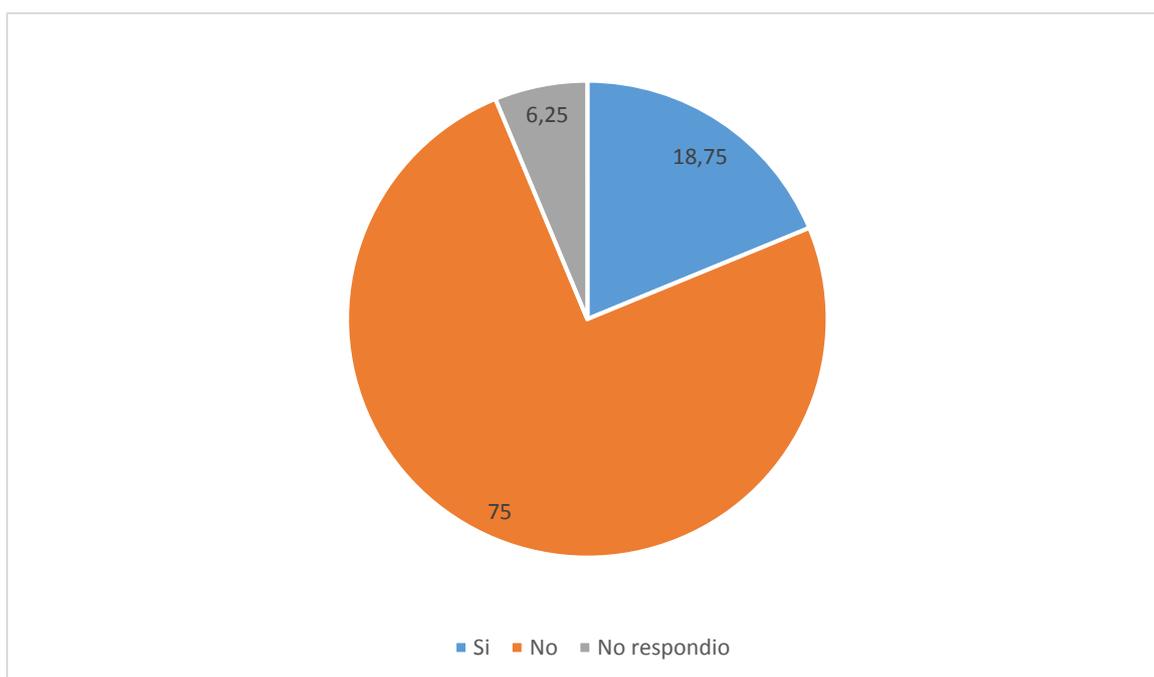


Gráfico 6

Análisis

La mayoría de encuestados (75 %) dijo no conocer casos en que la Procuraduría General del Estado haya iniciado juicios de repetición en contra de jueces que hayan incurrido en error judicial. Un 18,75 % señaló que sí conocía de estos casos, mientras que solo un 6,25 % no respondió. Esto guarda relación con los resultados obtenidos en la pregunta anterior, cuando la mayoría dijo no conocer casos en los que la justicia ecuatoriana haya condenado al Estado por error judicial. Por tanto, si no existen estos casos, la Procuraduría General del Estado no ha iniciado juicios de repetición en contra de jueces, toda vez no se estaría dando estos tipos de errores.

PREGUNTA 07

¿Conoció usted algún proceso donde se haya ventilado una eventual reparación por error judicial? Si la respuesta es afirmativa, cite ejemplos.

CUADRO 7

| | FRECUENCIA | % |
|---------------------|------------|---------------|
| Sí | 4 | 25,00 |
| No | 10 | 62,5 |
| No respondió | 2 | 12,5 |
| TOTAL | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

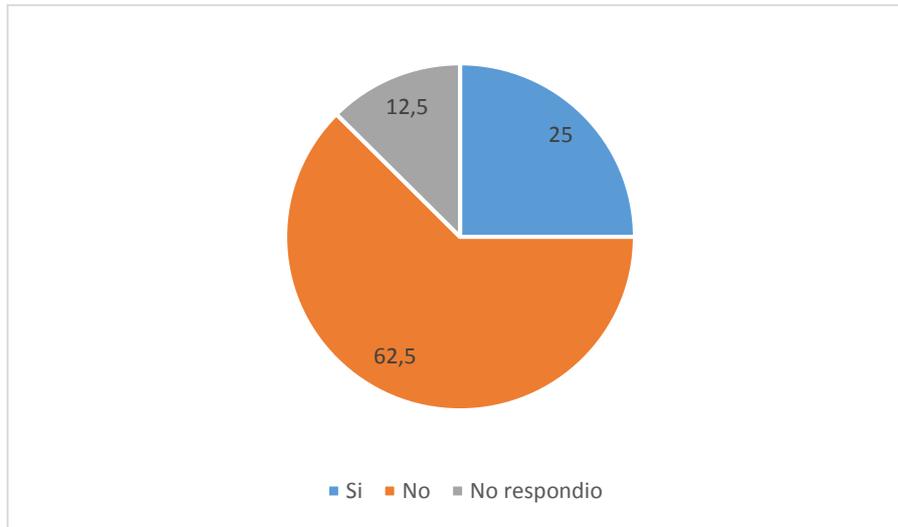


Gráfico 7

Análisis

La mayoría de encuestados (62,5 %) respondió no conocer un proceso en el cual se haya ventilado una eventual reparación por error judicial. Esto guarda relación con los resultados obtenidos en las dos preguntas anteriores, cuando la mayoría manifestó no conocer casos en los que la justicia ecuatoriana haya condenado al Estado por error judicial y que no conocen casos en que la Procuraduría General del Estado haya iniciado juicios de repetición en contra de jueces que hayan incurrido en error judicial. Siendo así queda evidenciado que los procesos que existirían sobre reparación integral por error judicial serían mínimos.

PREGUNTA 08

¿Cuáles son las limitaciones u omisiones que usted considera están presentes en la legislación vigente en relación con el error judicial y su reparación?

CUADRO 8

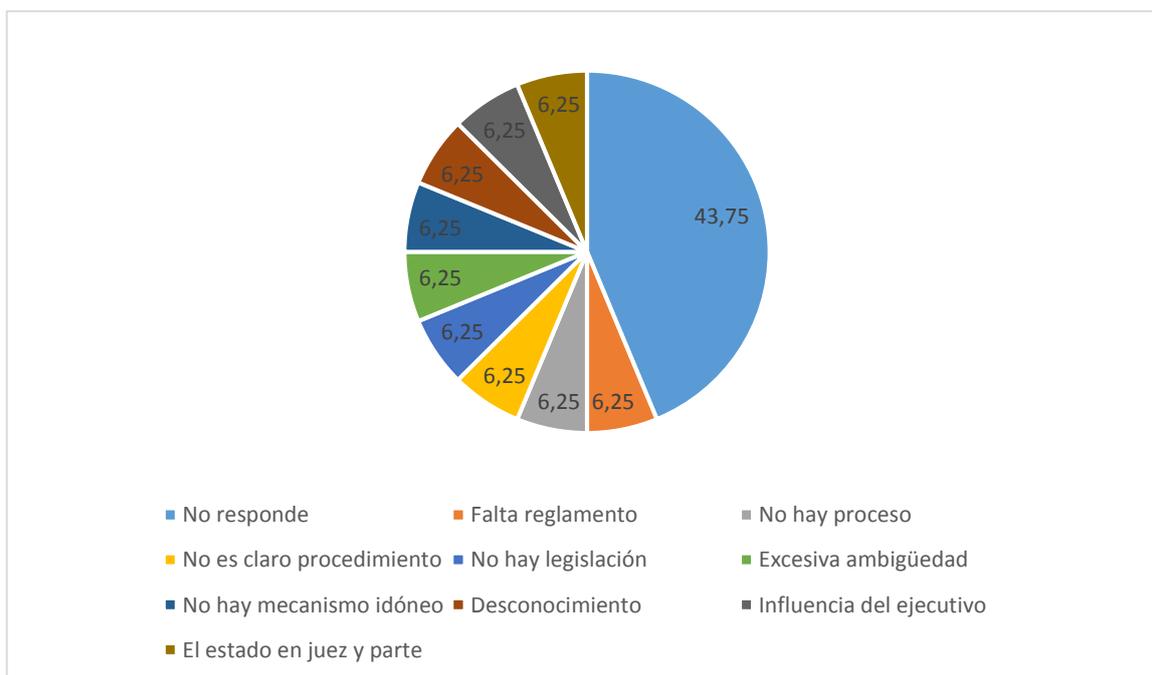
| | FRECU ENCIA | % |
|----------------------------------|----------------|-------|
| No responde | 7 | 43,75 |
| Falta reglamento | 1 | 6,25 |
| No hay proceso | 1 | 6,25 |
| No es claro procedimiento | 1 | 6,25 |
| No hay legislación | 1 | 6,25 |
| Excesiva ambigüedad | 1 | 6,25 |
| No hay mecanismo idóneo | 1 | 6,25 |
| Desconocimiento | 1 | 6,25 |
| Influencia del ejecutivo | 1 | 6,25 |
| El Estado es juez y parte | 1 | 6,25 |

| | | |
|--------------|-----------|---------------|
| Total | 16 | 100,00 |
|--------------|-----------|---------------|

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 08



Análisis

En estas respuestas se advierte que existe una falta de conocimiento con relación a este tema, toda vez que la mayoría (43,75 %) no respondieron a la pregunta. De ahí hubo siete alternativas con el mismo peso 6,25 %, quedando claro que los entrevistados responden sin hacer mayor análisis sobre la pregunta. Pero se podría agrupar cinco respuestas a una falta de procedimiento, legislación, mecanismos o regulación específica sobre la materia (31,25 %). Esto permitiría deducir que es necesario regular de una manera precisa el tema del error judicial y su reparación integral.

SECCIÓN C: OPINIONES Y CONDUCTA

PREGUNTA 01

¿Considera usted que en la actualidad los ciudadanos ejercen el derecho de demandar al Estado por error judicial en todos los casos en que ello fuere posible?

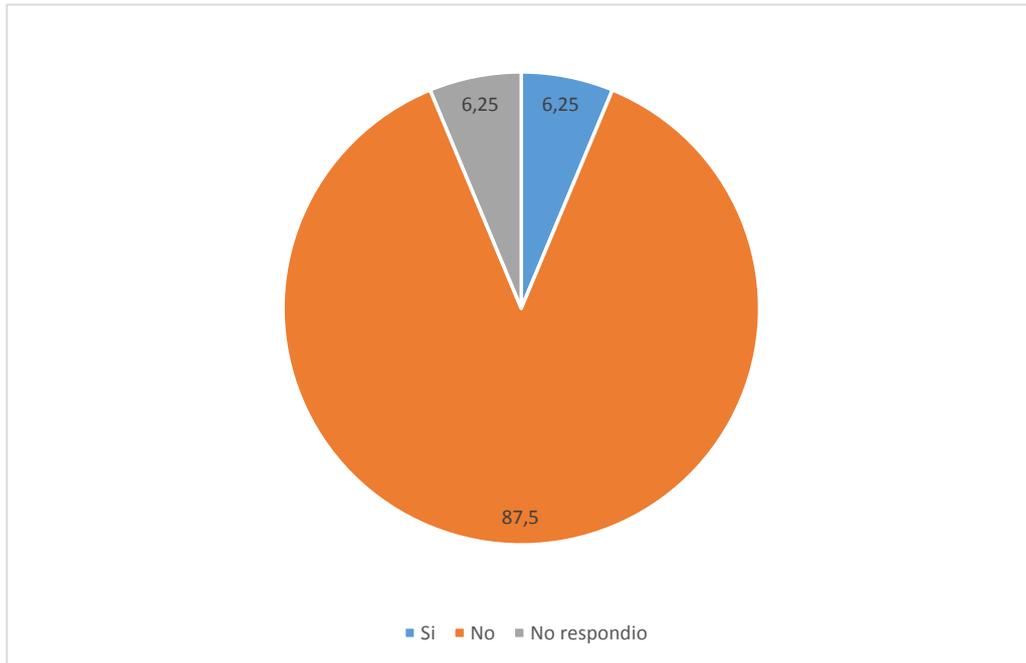
CUADRO 9

| | FRECUENCIA | % |
|---------------------|-------------------|---------------|
| Sí | 1 | 6,25 |
| No | 14 | 87,5 |
| No respondió | 1 | 6,25 |
| Total | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 9



Análisis

La mayoría absoluta (87,5 %) considera que los ciudadanos no ejercen el derecho de demandar al Estado por error judicial. Esto significa que no es que no exista el error judicial, sino que existiendo, la mayoría de ciudadanos no ejercen este derecho debido a muchos factores. Por otro lado, un mínimo porcentaje correspondiente al 6,25 % dijo que sí, y en igual porcentaje no respondieron. Por lo que queda claro que los procesos por errores judiciales son mínimos, pero que deberían ser muchos más, pues el problema existe.

PREGUNTA 02

¿Cuáles factores considera usted que influyan para que los ciudadanos se abstengan de reclamar reparación al Estado por error judicial?

CUADRO 10

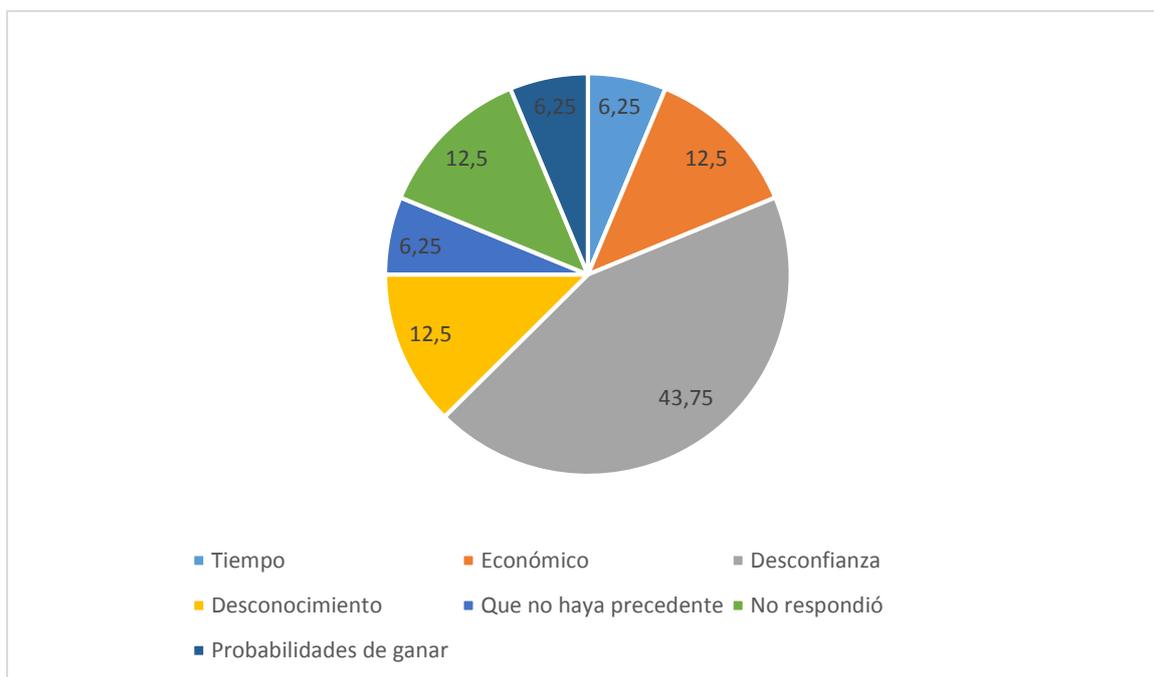
| | FRECUENCIA | % |
|--------------------------------|------------|-------|
| Tiempo | 1 | 6,25 |
| Económico | 2 | 12,5 |
| Desconfianza | 7 | 43,75 |
| Desconocimiento | 2 | 12,5 |
| Que no haya precedente | 1 | 6,25 |
| No respondió | 2 | 12,5 |
| Probabilidades de ganar | 1 | 6,25 |

| | | |
|--------------|-----------|---------------|
| Total | 16 | 100,00 |
|--------------|-----------|---------------|

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 10



Análisis

Los factores que inciden para que los ciudadanos se abstengan de reclamar reparación al Estado por error judicial, serían la desconfianza con un 43,75 %, ya que la justicia no le da probabilidades de ganar. Por otro lado, el 12,5 % de los encuestados atribuyen el factor económico, otro 12,5 % al factor desconocimiento, las causas para abstenerse de reclamar la reparación. Hubo tres respuestas con un porcentaje igual 6,25 % que señalan que el factor tiempo, la falta de precedentes y las probabilidades de ganar son causas de esta abstención.

Los datos obtenidos en esta interrogante guardan relación con los datos obtenidos en la pregunta anterior cuando una mayoría dijo que los ciudadanos no ejercen el derecho de demandar al Estado por error judicial. Al respecto, se señaló que los casos de error judicial son muchos más, de los que piden su reparación en la vía judicial, sino que los ciudadanos no ejercían este derecho. Los factores como la desconfianza, explican que los ciudadanos no creen en la justicia y consideran que sus pretensiones no van a ser acogidas. Otros factores son el económico y al desconocimiento, el primero relacionado a los recursos que debe invertir, lo que sumado a la desconfianza desmotivan que los ciudadanos ejerzan este derecho.

PREGUNTA 03

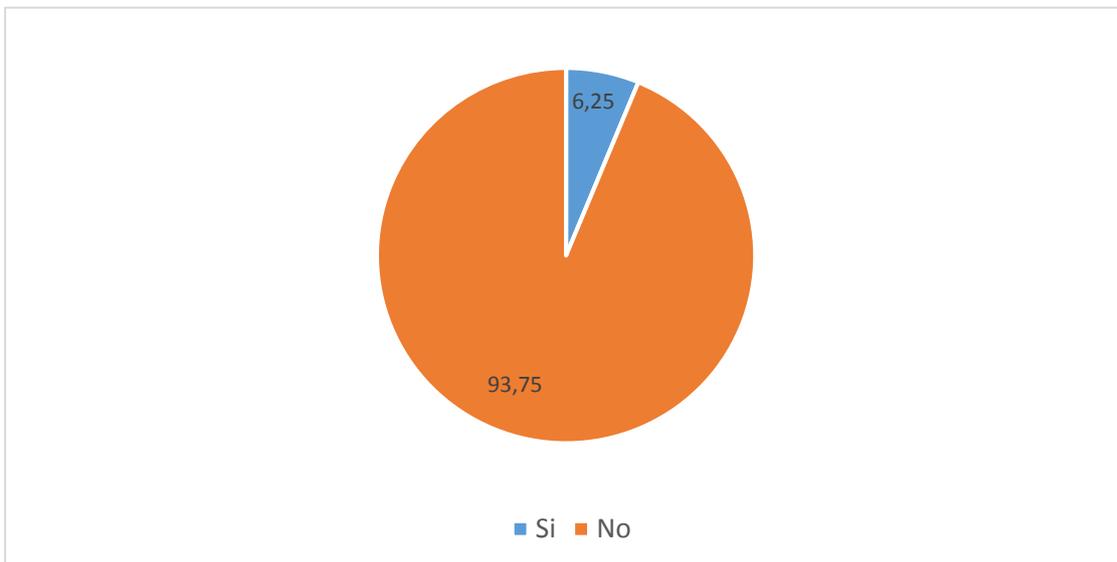
¿Considera usted que la administración de justicia perderá confiabilidad si el Estado es condenado por error judicial?

CUADRO 11

| | FRECUENCIA | % |
|--------------|------------|---------------|
| Sí | 1 | 6,25 |
| No | 15 | 93,75 |
| Total | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 11**Análisis**

El 93,75% sostiene que la administración de justicia no perderá confiabilidad si el Estado es condenado por error judicial, lo que significa que así el Estado pierda en este tipo de procesos, la confiabilidad que tiene la ciudadanía a la administración de justicia sería la misma. Los encuestados perciben que determinar la responsabilidad de la justicia no los hace perder confianza pues solo estaría evidenciando el reconocimiento de que los jueces no son infalibles y pueden equivocarse.

PREGUNTA 04

¿Estima usted posible que, en la actualidad, los tribunales podrían actuar con suficiente independencia y autonomía para sancionar un caso de error judicial?

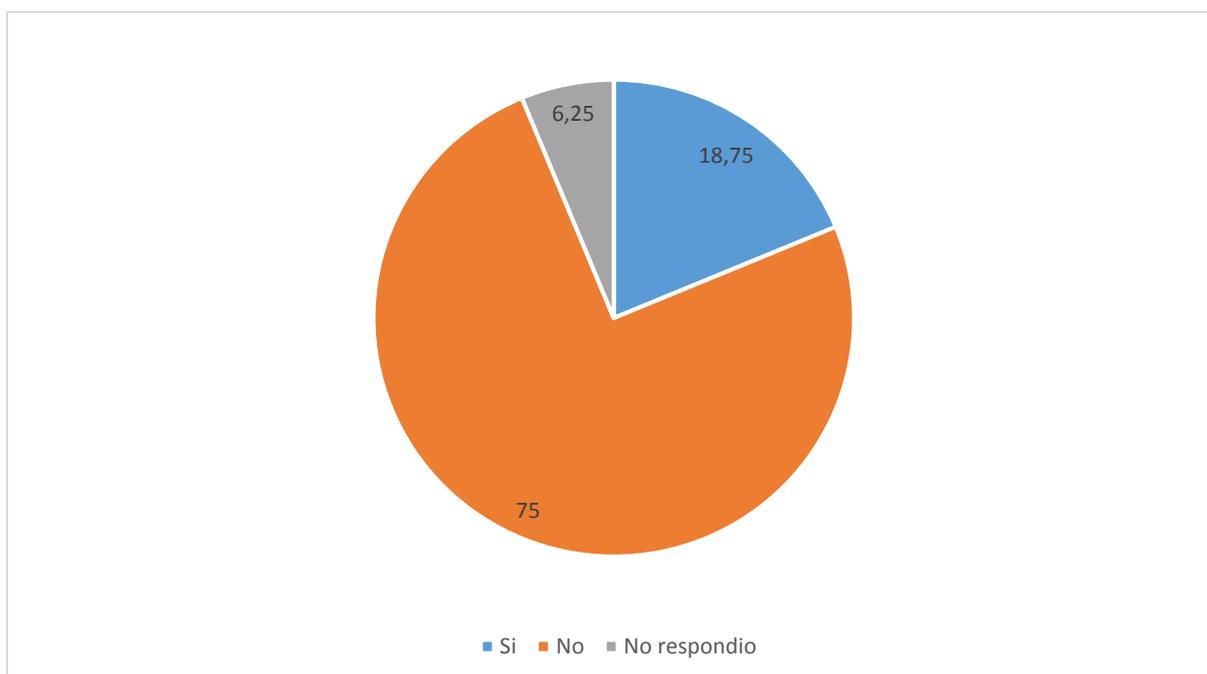
CUADRO 12

| | FRECUENCIA | % |
|---------------------|------------|---------------|
| Sí | 3 | 18,75 |
| No | 12 | 75,00 |
| No respondió | 1 | 6,25 |
| Total | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Grafico 12



Análisis

La mayoría de encuestados, es decir, un 75 % considera que los tribunales no podrían actuar con suficiente independencia y autonomía para sancionar un caso de error judicial. Es decir, se aprecia un factor de desconfianza para que los ciudadanos puedan reclamar este derecho, factor este que se pudo advertir en los datos obtenidos en la pregunta número 2. Por lo que queda claro que todo ello desmotiva al ciudadano a no iniciar acciones legales contra el Estado en casos de errores judiciales al creer que su causa no va ser atendida al desconfiar de las autoridades.

PREGUNTA 05

Si usted debe conocer un proceso de reclamación al Estado por error judicial, ¿Cuáles serían los elementos que deberán concurrir indispensablemente para declarar procedente la responsabilidad del Estado?

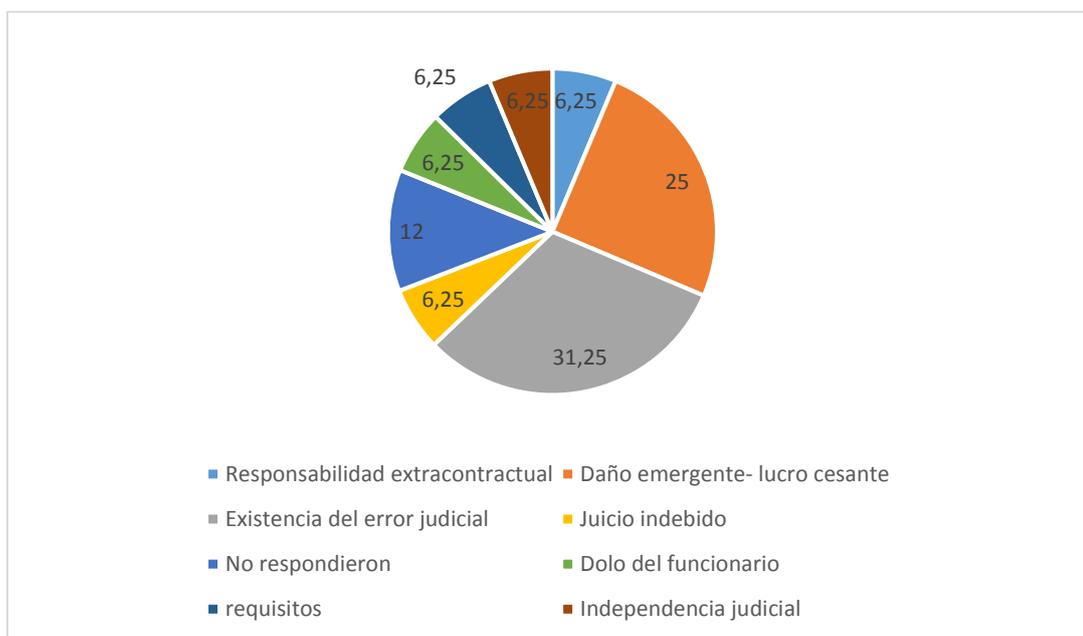
CUADRO 13

| | FRECUENCIA | % |
|---|------------|---------------|
| Responsabilidad extracontractual | 1 | 6,25 |
| Daño emergente-lucro cesante | 4 | 25 |
| Existencia del error judicial | 5 | 31,25 |
| Juicio indebido | 1 | 6,25 |
| No respondieron | 2 | 12,5 |
| Dolo del funcionario | 1 | 6,25 |
| Requisitos | 1 | 6,25 |
| Independencia judicial | 1 | 6,25 |
| Total | 16 | 100,00 |

Fuente: Encuesta a profesionales del derecho.

Elaboración: Marcelo Farfán Intriago.

Gráfico 13



Análisis

La mayoría simple, correspondiente al 31,25 % considera que la existencia del error es un elemento que deberán concurrir indispensablemente para declarar procedente la responsabilidad del Estado. Le sigue con un 25 % el daño emergente-lucro cesante, después se tuvieron seis respuestas cada una con 6,25 %. Una vez más, se aprecia diversidad de respuestas, algunos que no han contestado, y entre los que sí lo han hecho no se han dejado entender, como cuando señalan como elemento a la “independencia judicial” o “requisitos”, por lo que una vez más queda evidenciado la falta de formación

y cultura jurídica de los abogados relacionados al tema del error judicial y su reparación.

6.2. Análisis de los resultados

CRUZAMIENTO

SECCION B: CONOCIMIENTO NORMATIVO

En la **pregunta 01**, se les preguntó a los entrevistados acerca de su conocimiento sobre la época desde que existe la figura del error judicial en el ordenamiento jurídico, en la **pregunta 02** sobre los elementos que debe concurrir en la resolución para considerar que se ha incurrido en este error. Además, en la **pregunta 03** respecto a los elementos que conforman la reparación integral, siendo una constante en estas tres preguntas que las respuestas fueron diversas, no existiendo uniformidad de criterio.

Algunas de las respuestas no satisfacían las preguntas, sumados a ellos que algunos no respondían, por lo que podemos establecer que los abogados tienen una regular formación y cultura jurídica con relación al tema del error judicial y su reparación por las características de especialidad de estas materias.

En la **pregunta 05**, la mayoría absoluta 87,5 % respondió que no conoce casos en los que la justicia ecuatoriana haya condenado al Estado por error judicial, mientras que en la **pregunta 06**, la mayoría absoluta, correspondiente al 75 % dijo no conocer casos en que la Procuraduría General del Estado haya iniciado juicios de repetición en contra de jueces que hayan incurrido en error judicial, mientras que en la **pregunta 07**, la mayoría absoluta (62,5 %) respondió que no conoce algún proceso donde se haya ventilado una eventual reparación por error judicial.

Siendo así, podemos establecer:

a) No existirían casos en que el Estado haya sido condenado por error judicial, ya que por un lado la mayoría no conoce casos en que la justicia haya condenado al Estado. Esto guarda relación cuando la mayoría refiere que no conoce casos en los que se haya iniciado juicios de repetición contra jueces, es decir, justamente por error judicial, mientras que la mayoría tampoco conoce que se hayan iniciado procesos por estos asuntos,

b) Contrario *sensu*, lo que se comprueba con evidencia empírica es que los ciudadanos consideran que no existen procesos por error judicial que se hayan seguido contra el Estado. Una de las razones para que esto suceda es la desconfianza que se

tiene en el poder judicial, los costos del acceso a la justicia, la falta de procedimientos específicos y claramente regulados.

SECCIÓN C: OPINIONES Y CONDUCTAS

En la **pregunta 01** la mayoría, correspondiente al 87,5 % considera que los ciudadanos no ejercen el derecho de demandar al Estado por error judicial, mientras que en la **pregunta 02** la mayoría del 43,75 % señaló como factor para reclamar por este error a la desconfianza y a la falta de una regulación adecuada sobre esta materia.

Por ello podemos establecer que: a) que los ciudadanos no ejercen este derecho por la desconfianza que tienen a las autoridades, b) que si los ciudadanos ejercerían este derecho existirían más procesos en contra del Estado para que se reparen los daños causados a sus derechos fundamentales.

6.3. Conclusiones de la investigación de campo

1. El error judicial y su reparación integral es una materia especializada que no se encuentra regulada normativamente de manera adecuada en el sistema jurídico ecuatoriano.

2. Los procesos que existen contra el Estado respecto al error judicial y su reparación es mínimo debido a que los ciudadanos no ejercen este derecho por una serie de razones como la desconfianza, la falta de regulación legal, los altos costos de los procesos, etc.

3. Los ciudadanos no demandan al Estado por error judicial debido a la desconfianza, así como a los factores económico, desconocimiento, probabilidades de ganar, etc.

Conclusiones

La hipótesis planteada al inicio de esta investigación de tesis fue que en la República del Ecuador ha existido una posición conservadora, marcada por un desinterés, o desconocimiento del concepto frente al desarrollo del derecho sustantivo que defina de manera precisa lo que se debe entender por error judicial, y como consecuencia de ello se determine una reparación integral.

Este estudio se ha enfocado en buscar y evidenciar los casos en los que el Estado ecuatoriano ha sido condenado por responsabilidad extracontractual derivada del error judicial y a cuánto asciende el monto fijado por su reparación. Sin embargo, de la investigación efectuada, esto es, mediante la búsqueda y análisis de casos y encuestas, se ha confirmado la hipótesis de que no existe una sola sentencia ejecutoriada en la que se haya ordenado la reparación por error judicial y, consecuentemente, no existe ningún monto que el Estado haya reparado a los ciudadanos por dicho título de imputación. En este sentido, ante la falta de un desarrollo jurisprudencial y doctrinario dentro del Estado ecuatoriano, las conclusiones surgidas en el presente trabajo se orientan en justificar los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial y la importancia de su reconocimiento mediante la jurisprudencia de la CNJ.

Existen varias sentencias en las que la CNJ ha definido al error judicial mutando términos y expresiones del Tribunal Supremo Nacional de España, pero no existe ninguna sentencia en la que se haya determinado la responsabilidad del Estado ecuatoriano por error judicial; por lo tanto, las sentencias que mencionan al error judicial no constituyen un precedente eficaz dentro del territorio nacional.

Para configurar la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano por error judicial, no es indispensable que alguna Sala de la CNJ lo reconozca como tal, puesto que la existencia del error judicial tiene que ser declarada por el juez contencioso administrativo y no como un requisito de procedibilidad que provenga de otro juez; caso contrario, la exigencia que algún juez de cualquier órgano de la justicia determine el error judicial conllevaría equivocadamente a creer que dentro del proceso contencioso administrativo basta con probar la existencia de la sentencia que contenga tal declaratoria, sin ser necesaria la probanza del daño y los otros requisitos necesarios para que se determine la responsabilidad del Estado por este título de imputación.

Al no existir definiciones conceptuales jurídicas o un desarrollo jurisprudencial, que al menos contemple los presupuestos para configurar el error judicial y distinguirlo

de los demás títulos de imputación respecto de la deficiencia de la prestación del servicio público de la justicia, el ciudadano, sobre quien ha recaído el daño derivado de la decisión judicial errónea, no tiene ninguna orientación jurídica para presentar una demanda certera en contra del Estado por error judicial.

El ciudadano, al no tener claro el concepto jurídico o elementos que configuren cada uno de los títulos de imputación por responsabilidad extracontractual del Estado por la deficiencia de la prestación del servicio público de la justicia, puede demandar de forma incorrecta y con ello no se posibilita el acceso a la reparación integral como derecho que le corresponde, es decir, no se condena al Estado.

Por lo tanto, es nuestra recomendación que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ debe determinar el concepto jurídico y presupuestos de cada uno de los títulos de imputación de conformidad al mandato constitucional contenido en el art. 11, num. 9 y 32 del COFJ, para que los ciudadanos puedan conocer perfectamente las características de cada uno de los títulos de imputación y no siga operando la incertidumbre al presentar una demanda por cualquiera de estos títulos.

Así las cosas, los presupuestos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial deben ser reconocidos jurisprudencialmente, presentando como un aporte de la investigación la siguiente propuesta: a) La existencia de una sentencia en firme de la CNJ en la que se haya corregido error judicial; b) la existencia del daño cierto, personal y probado; c) probar que el daño es efectivo, material e individualizado; d) Nexo de causalidad entre el daño y error judicial; y, e) el carácter objetivo del error judicial. El cumplimiento de estos presupuestos tiene como consecuencia la determinación mediante sentencia dentro de un proceso contencioso administrativo de la existencia de un error judicial que el Estado debe reparar.

Del mismo modo se advierte que, cualquiera que sea el título de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, por deficiencia en la prestación del servicio público de justicia, no existe un parámetro para fijar los montos de las indemnizaciones, lo que limita aún más el derecho a la obtención de la reparación integral. Esto es, porque si bien, el error judicial se encuentra señalado en la Constitución como hecho indemnizable por parte del Estado cuando ha prestado deficientemente el servicio público de la administración justicia, en dicho cuerpo normativo no aparecen establecidos los parámetros, montos o cantidades que deberán pagarse al ciudadano afectado por concepto de reparación.

Al no existir parámetros o indicadores que permitan establecer con precisión o cuantificar el daño ocasionado e indemnizable (el *quantum*, definido como cantidad, cuantía, proporción correspondiente a cada interesado, importe de una indemnización, suma reclamada en una demanda), es imperioso que, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, se remitan a las sentencias dictadas en la Corte IDH, como un referente, atendiendo al hecho de que los Estados están sometidos a los convenios internacionales de conformidad a lo establecido en el art. 426 de la Constitución.

No debemos descuidar que, las implicaciones que puede acarrear la falta de confianza en el Estado y en la ley son de gran trascendencia, entre ellas el escaso apoyo y credibilidad por parte de la opinión pública y la concertación de una situación social de inestabilidad e inseguridad jurídica, con clara afectación de la tutela judicial efectiva.

Como corolario de lo expuesto, debemos enfatizar el acierto de que un Estado que no reconoce ni repara sus propios errores y, peor aún, que evade el verdadero sentido de su propia legislación, no tendrá jamás el prestigio que todo país requiere para alcanzar a efectivizar el denominado “Estado constitucional de derechos y justicia”. Las personas necesitan tener confianza en el ordenamiento jurídico al cual se encuentran sometidos, el mismo que debe darle todas las oportunidades para el ejercicio de sus derechos, materializando de este modo los valores contenidos en el texto fundamental de la nación ecuatoriana.

Bibliografía

- Abril, Pedro S. *Aristóteles ética nicomaquea*. Ciudad de México: Porrúa, 1981.
- Accatino Scagliotti, Daniela. “La fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”. *Valdivia: Revista de Derecho* 15, n.º 2 (2003): 9-35.
- Acceso a la Justicia en Iberoamérica. *Lineamientos para una guía de buenas prácticas*. Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos y Ministerio de Justicia de Chile, 2008.
- Acuña Iza, Diana Elizabeth. *Guía jurídica para la tramitación de los juicios por responsabilidad extracontractual del Estado en casos de error judicial en materia civil, Informe de Investigación*. Ibarra: PUCE-Escuela de Jurisprudencia, 2012.
- Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Sudamérica. “Justicia ecuatoriana experimenta avances importantes hasta el 2016”. 12 de enero de 2017. Edición electrónica.
- Agüero, Mirta Nohemí. *Responsabilidad del Estado y de los magistrados por error judicial*, 2.ª ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
- Aguirre Guzmán, Vanessa. “El derecho a la tutela judicial efectiva”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 14 (II semestre de 2010): 5-43.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2014.
- Álvarez, Tabio F. *Procedimiento contencioso-administrativo*. La Habana: Edit. Librería Martí, 1958.
- Ampuero, Iván Hunter. “El principio dispositivo y los poderes del juez”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXXV (2010): 149-88.
- Andrade Ubidia, Santiago, Luis Fernando Ávila Linzán y José Vicente Troya, eds. *La transformación de la justicia*. Quito: MJDH, 2009.
- Andrade Ubidia, Santiago. *Material de clase de la cátedra de Negocios Jurídicos*. Quito: PUCE, 2000.
- Andrade Ubidia, Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: UASB-E / CEN, 2009.

- Aragón Reyes, Manuel. “Encuentro sobre «la vinculación del juez a la ley»”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 95 (1997): 331-6.
- . “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1997): 179-204.
- . “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”. En *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, 163-203. Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 1998.
- . “La vinculación de los jueces a la ley”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 37 (1997): 141-61.
- Astudillo Reyes, César; *Ensayo de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. Ciudad de México: UNAM-IIIJ. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1326>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”. *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano XV*. (2009): 775-93.
- . *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro, ed., *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: MJDH, 2008.
- Bacigalupo, Enrique. *Sobre la vinculación del juez penal a la ley. La rigurosa aplicación de la ley según el art. 2º del Código Penal*. Buenos Aires: Ed. José Jiménez Villarejo, 1995.
- Balbín, Carlos F. *Curso de derecho administrativo*, t. I. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- Ballén Murcia, Humberto. *Recurso de casación civil*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2005.
- Barrientos, Rosaura. *Correcta valoración de pruebas*. Ciudad de México: Poder Judicial, 2013.
- Barros Bouriem, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2006.
- Barsallo, Pedro A. *El servicio público de administración de justicia*. Panamá: Universidad de Panamá, 2002.
- Beristain, Carlos M. *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: MJDH, 2009.
- Bermeo Guango, Aníbal Fabián. *Supremacía constitucional*. Cuenca: Universidad de Cuenca, 2010.

- Biblioteca Virtual de la Fiscalía General de la República. Cuba. *El Juez*.
<<http://www.fgr.cu/BibliotecaJuridica/>>.
- Blasco Esteve, Avelino. “La responsabilidad patrimonial de la administración en el derecho español”. En *Serie Praxis 100*, 43-4. Ciudad de México: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.
- Blasco, Francisco. “Sobre la necesidad de la formación de los jueces”. *Revista Jueces para la democracia*, n.º 38 (julio de 2000): 17-24.
- Bobbio, Noberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Debate, 1991.
- Bordalí Salamanca, Andrés. “La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena”. *Revista Chilena de Derecho* 40, n.º 2 (2013): 609-34.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia Jurídica HZ*, 3.ª ed. Ciudad de México: FCE, 2003.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- Caballero Ochoa, José Luis. “Los órganos constitucionales autónomos: Más allá de la división de poderes”. *Anuario del Departamento de Derecho de La Universidad Iberoamericana*, n.º 30 (2001): 153-73.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. VI. Buenos Aires: Heliasta, 1994.
- Calamandrei, Piero. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Ciudad de México: Oxford University Press, 2000.
- Calero Jaramillo, Eduardo. *Derechos humanos en perspectiva*. Guaranda: Casa de la Cultura del Ecuador, 2012.
- Canales Aliende, José M. *El servicio público de la justicia: Actualidad y perspectivas*. Madrid: Universidad Complutense, 1995.
- Cano-Maillo Rey, Pedro Vicente. “Estatuto jurídico del juez”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4 (2002): 1774-6.
- Canosa Usera, Raúl. *Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta*. Santiago de Chile: Ius et Praxis, 1998.
- Cappelletti, Mauro. *¿Jueces legisladores?* Lima: Communitas, 2010.
- . *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas, 2009.
- Caputi, M. Claudia. *Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

- Carmona Quintana, Esteban. *La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2015.
- Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Traducido por Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1994.
- Cassagne, Juan C. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- . *La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho*. Buenos Aires: Ed. El Derecho, 2000.
- . *Servicio público y policía*. Buenos Aires: Ed. El Derecho, 2006.
- Castro de Cifuentes, Marcela. “La responsabilidad civil objetiva: Componente indispensable para la modernización del derecho de daños”. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, vol. 2, 33-56. Bogotá: Temis, 2010.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas. “Fortalecimiento de las capacidades de diálogo y coordinación para la transformación de la justicia en Bolivia”. <<http://www.cejamericas.org/28-acerca-de-ceja/194-instituciones-del-sistema-de-administracion-de-justicia-boliviano-pnud-y-ceja-comparten-herramientas-para-mejorar-la-gestion-judicial-y-agilizar-causas>>. CEJA, 2014.
- Cevallos, Gissela, Zoila Alvarado, y Washington Astudillo. “La intermediación y la concentración como principios constitucionales en la legislación ecuatoriana”. *Revista Polo del Conocimiento*, II, n.º cobre6 (2017): 329-44.
- Chapus, René. *Derecho administrativo general*. París: Montchrestien, 1985.
- Chiovenda Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*, vol. II. Buenos Aires: Edic. Jurídicas Europa, 1949.
- Chiovenda, José. *Principios de derecho procesal civil*, t. I. Madrid: Reus, 1922.
- Cienfuegos Salgado, David. *Responsabilidad estatal y error judicial en México*. Ciudad de México: Lex, Difusión y Análisis, 2000.
- Cobrerros Mendazon, Edorta. “Funcionamiento anormal de la administración de justicia e indemnización”. *Revista de Administración Pública*, n.º 177 (septiembre-diciembre de 2008): 31-69.
- Colautti, Carlos E., *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.
- Consejo de la Judicatura. *Rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura, enero 2015-enero 2016*. Quito: Consejo de la Judicatura, 2016. <www.funciónjudicial.gob.ec>.

- Consejo Transitorio de Participación Ciudadana y Control Social, Informe, Julio 2018, Quito-Ecuador.
- Converset, Juan Manuel. "Poderes del juez en el proceso civil". *Revista internauta de práctica jurídica*, n.º 12 (2003): <http://www.ripj.com/art_jcos/artjuridicos/art.12_13_14/poderes%20del%20juez%20pro_civil.htm>.
- Correa, Rodrigo P. *Poder judicial y democracia: A rescatar el espíritu del espíritu. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, n.º 38. (2004).
- Courtis, Chistian. *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2006.
- Couture, Eduardo. *Vocabulario jurídico con referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- De Ángel Yagüez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 1993.
- De Cupis, Adriano. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 2.ª ed. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1970.
- De la Oliva Santos, Andrés, y Diego Palomo Vélez. *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- De la Rúa, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- De la Torre Díaz, Francisco Javier. *Ética y deontología jurídica*. Madrid: Dykinson, 2000.
- De Lorenzo, Federico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología crítica de la justicia*. En *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, 81-128. Madrid: Trotta, 2009.
- Decap Fernández, Mauricio. "El juicio oral y los principios de intermediación y contradicción". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal de México* (2002): 57-76.
- Del Burgo, Ángel Martín. *La justicia como problema: El juez como administrador del derecho*. Barcelona: Bosch, 2001.
- Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- Doménech, Gabriel. "El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial". *Revista de Administración Pública*, n.º 199 (2016): 171-212.

- Domínguez Martínez, José M. *La justicia como servicio público: La importancia de la perspectiva económica*. UNIRIOJA, n.º 12 (2013): 1-5.
- Dromi, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Gaceta Jurídica, 2004.
- Ducci Claro, Carlos. “Responsabilidad civil”. En *Derecho civil, parte general*, 168-72. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Duce, Mauricio. “Condena de inocentes y litigación en juicio oral: Resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial”. *Revista Sistemas Judiciales* 17, n.º 21 (2012): 16-29.
- Durán, Fernando. *La responsabilidad del Estado*. Cuenca: Centro de Impresión JPI, 2010.
- Echandia, Devis. *Compendio de derecho procesal*, t. I. Madrid: Aguilar, 1966.
- . *Nociones generales del derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966.
- El Universo. “Causas laborales, las más represadas”. *El Universo* (Guayaquil). Sección Política, 26 de marzo de 2012. <<http://eluniverso.com/2012/03/27/1/1355/causas-laborales-mas-represadas-ll.html>>.
- Enciclopedia en línea ECURED. Entrada léxica: Juez. Apartado: Origen: <<http://www.ecured.cu/index.php?title=Juez&oldid=1671042>>.
- Enciclopedia Jurídica en línea. Edición 2014. Entrada: “Autoridad”. <www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/autoridad.htm>.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. <www.omeba.info/version-electronica/>. Edición electrónica.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla de la República de Colombia. *Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa-Universidad Sergio Arboleda, 2007.
- Estevill, Luis Pascual. *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Bosch, 1990.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitucionalismo experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta. 2014.
- García Cantero, Gabriel. *Seguridad jurídica*. Madrid: Reus, 1960.
- García Cuadrado, Antonio M. *Derecho, Estado y Constitución*. Quito: Ed. Club Universitario. 2010. <<http://www.editorial-club-universitario.es/libro.asp?.ref=4560>>.
- García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*, 5.ª ed. Madrid: Civitas, 2000.

- García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Pamplona: Civitas, 2009.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo II, La Responsabilidad Patrimonial de la Administración*. Madrid: Civitas, 1982.
- García Falconí, José. *La obediencia debida*. Quito: Derecho Ecuador, 2014.
- García Goyena, Florencio, y José Luis Lacruz. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza: Cometa, 1974.
- García Ramírez, Sergio. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de Reparaciones, en La Corte IDH, un cuarto de siglo: 1979 a 2004*. San José de Costa Rica: Corte IDH, 2005.
- García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes, 1993.
- García Villegas, Mauricio, y César Rodríguez Garavito, eds. *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, 2003.
- Garrido Montt, Mario. *La indemnización por error judicial en Chile*. Talca: Universidad de Talca, 1999.
- Garza, Andrés. *La responsabilidad del Estado por daño especial*. Bogotá: Universidad Nueva Granada, 2011.
- Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*, 5.^a ed. Bogotá: Temis, 2011.
- Giménez Sánchez, Isabel, y Sancho Íñiguez Hernández, “Encuentro sobre la ‘vinculación del juez a la ley’”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 95 (1997): 331-6.
- Giraldo Gómez, Johanna. “Análisis jurídico: Sobre la naturaleza jurídica de la administración de justicia y el derecho a la huelga”. <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/opinion/analisis-juridico/item/2882-analisis-juridico-sobre-la-naturaleza-juridica-de-la-administracion-de-justicia-y-el-derecho-a-la-huelga-johanna-giraldo-gomez>. Edición electrónica.
- Goldschmidt, Werner. *Justicia y verdad*. Buenos Aires: La Ley, 1978.
- Gomá Lanzón, Ignacio. “¿Justicia material o populismo judicial? (El notario del siglo XXI)”. *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 68 (2016): 6-11.

- Gómez, Carlos. *Jueces para la Democracia y Administración de Justicia*. Madrid: Jueces para la Democracia, 2017.
- Gómez Martínez, Carlos. *Las razones para la formación del juez*. Madrid: CEJAMERICAS, 2015.
- Gómez, Manuel D. *El servicio de la Administración de Justicia: Perspectiva de futuro*. Valencia: Sociedad Económica, 1987.
- González Molina, Oscar. *Responsabilidad del Estado*. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, 2006.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. I. Lima: Ara, 2003.
- . *Tratado de derecho administrativo*, t. II. Buenos Aires: FDA, 2006.
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2011.
- Guzmán, Vicente. *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*. Malaga: Tirant lo Blanch, 1994.
- Henao, Juan Carlos. *El daño*. Bogotá: UEC, 1998.
- . *Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, en Congreso Internacional de Derecho Público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Bogotá: UEC, 1997.
- Hernández Terán, Miguel. *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Guayaquil: EDINO, 1992.
- Herrendorf, Daniel E. *El poder de los jueces, cómo piensan los jueces que piensan*, 3.^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Hitters, Juan Manuel. *Responsabilidad del Estado por error judicial*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- Höffner, Josef. *Doctrinal social cristiana*. 2.^a ed. Traducido por Monserat Herreo Colonia: Ordo Social, 1943.
- Hutchinson, Tomas, dir. *Tratado jurisprudencial y doctrinario: Derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Ibañez, Perfecto. “Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)”. *Jueces para la democracia*, n.º 46 (2003): 57-66. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409555>.
- Ibarlucía, Emilio A. *El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2013.

- Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú y la Fundación Debido Proceso Legal (DPLF, por sus siglas en inglés): <www.dplf.org/es/resources>.
- Irisarri Boada, Catalina. *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000.
- Jinesta Lobo, Ernesto. “La interpretación y aplicación directa del derecho de la Constitución por el juez ordinario”. *Iustitia*, 10, n.º 118-219 (1996): 118-23.
- Josserand, Louis. *Derecho civil: Teoría general de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch, 1951.
- Kennedy, Duncan. *Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.
- Kiper, Claudio M. *Proceso de daños*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Landa Arroyo, César. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C-n.º 26:02-02-1996; Serie C-n.º 39:27-08-1998*. Lima: Palestra, 2005.
- Larrea Holguín, Juan. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*, t. V. Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello, 2005.
- Larroucau Torres, Jorge. “Tres lecturas de la buena fe procesal”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21 (2013). Edición electrónica.
- Laserre, Bruno. *Recursos*. París: Enciclopedia Dalloz, 1985.
- Laurent Richer, *Perjuicio reparable*. París, Dalloz: Puissance Publique, 1992.
- Letieri, Alberto. *Política y sociedad: Pensamiento clásico*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2002.
- Leuschner Luque, Erick. “La motivación de las decisiones judiciales y el amparo constitucional: Una salida a la crisis institucional del poder judicial en el Ecuador”. *Revista Jurídica* (2006): 2-29.
- Llamas Pombo, Eugenio. “Formas de reparación del daño”. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, vol. 2, 57-114. Bogotá: Temis / Pontificia Universidad Javeriana, 2010.
- Long, Marceau, Prosper Weil, Guy Braibant, P. Delvolvé, y B. Genevois. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá: Librería del Profesional, 2000.
- López Cárdenas, Carlos Mauricio. *La acción de grupo: Reparación por violación a derechos humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011.

- López Freire, Ernesto. *La responsabilidad objetiva en la Constitución Política del Ecuador*. Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito / Ediciones Legales, 2003.
- López Guerra, Luis. “La modernización de la justicia como servicio público”. *Revista Derecho Política*, n.º 47 (2000): 11-26.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*, 2ª. ed. Bogotá: Universidad de los Andes / Legis, 2006.
- . *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis, 2004.
- López Morales, Jairo. *Responsabilidad del Estado por error judicial*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2007.
- López Olvera, Miguel Alejandro. *La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial*. Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2007.
- Los Arcos Vidaurreta, Jesús. *Responsabilidad de los jueces*. Buenos Aires: Zavalia, 2011.
- Maiorano, Jorge Luis. *Responsabilidad del Estado por errores judiciales: Otra forma de proteger los derechos humanos*. Buenos Aires: La Ley 2008.
- Maldonado Gómez, Tomás. “La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado social de derecho”. *Actualidad Jurídica* (2009): 54-92.
- Malem, Jorge, Javier Ezquiaga, y Perfecto Ibañez. *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico, 2009.
- Manga, Germán. “Los paros de la justicia contra los colombianos”. *Semana*, 02 de febrero de 2016. <<http://www.semana.com/opinion/articulo/paros-en-el-sistema-judicial-son-ilegales-y-daninos-opinion-de-german-manga/459037>>.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.
- Martínez Molina, Dunia. *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: CCPT / CEDEC, 2011.
- Martínez Muñoz, Juan Antonio. “Sobre el sentido del derecho natural”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º XXXI (1998): 155-98.
- Martínez Rave, Gilberto. *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988.
- Marty, G. *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*. Ciudad de México: Ed. José M. Cajica Jr., 1952.

- Marzeaud, Henri, y André León Tunc. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil contractual*. Buenos Aires: Edic. Europa-América, 1963.
- Maya Díaz, Natalia. *La responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional*. Bogotá: Universidad Javeriana, 2000.
- Mayo, Jorge, y Juan Prevot. “La carga de la prueba en los juicios de daños y perjuicios”. *RCyS* 9, n.º 8 (2007): 14-22.
- Mera Giler, Alexis Javier. Escrito presentado por el señor Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, en el juicio contencioso administrativo signado con el n.º 13801-2011-0295 del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 4 con sede en Portoviejo, 20 de febrero de 2014.
- Mejía Salazar, Álvaro. *La oralidad y los principios del procedimiento*. Quito: Ius et Historiae, 2018.
- Mogrovejo Jaramillo, Diego. “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º (2009): 71-93.
- Molina Betancur, Carlos Mario. “La responsabilidad extra-contractual del Estado por error judicial en Colombia”. *Opinión Jurídica* 3, n.º 6 (2004): 13-36.
- Montaña Pinto, Juan, ed. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. II. Quito: CCPT / CEDEC, 2011.
- Montaña Plata, Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: UEC, 2002.
- Montero Aroca, Juan. *Responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Libertad, 1906.
- Monzón Valencia de Echevarría, Loreta. *La pretensión indemnizatoria en el proceso contencioso administrativo*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L., 2009.
- Morales Godo, Juan. “La función del juez en una sociedad democrática”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. Escuela de Postgrado 4, n.º 1 (2010): 1-34.
- Morales, Juan. “Discurso de presentación del acto de rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura”, Quito: s. e. 2010.
- Morán Sarmiento, Rubén. *El Código Orgánico de la Función Judicial y su incidencia en el Procesalismo Civil*, Guayaquil: Edilex, 2012.
- . *Derecho procesal civil práctico, principios fundamentales del derecho procesal*, t. I, 2.^a ed. Guayaquil: Edilex, 2011.
- Moreno, Rogelio. *Diccionario de ciencias penales*. Buenos Aires: Ad Hoc., 2001.

- Mory Príncipe, Freddy. *La investigación del delito. El policía, el fiscal, el juez: Derechos fundamentales del imputado*. Lima: Rodhas SAC., 2011.
- Mosset Iturralde, Jorge. *El error judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- Muñozcano, Antonio. *La ética como principio en la formación del juez*. Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2015.
- Nader Olfale, Richard Farid. “Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado de Colombia”. *Advocatos*, n.º 15 (2010): 55-71.
- Navarro Solano, Sonia. *Programa de Mejoramiento de la Administración de Justicia en Costa Rica*. San José: Org. Sistemas Judiciales, 2009.
- Ochoa Rodríguez, Guillermo A. *La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcance y efectos en nuestra legislación*. Quito: UASB-E, 2012.
- Organización de las Naciones Unidas. *Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, 2014.
- Ortíz Ortíz, Eduardo. “La responsabilidad civil de la Administración Pública: Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública”. En *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, coordinado por Manuel Clavero Arévalo, 775-810. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1997.
- Ortiz Navacerrada, Santiago. “El proceso de error judicial”. *Revista de Actualidad Civil*, n.º 14 (1989): 326-31.
- Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 31.ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Oteiza, Eduardo. *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*. En *Poderes y deberes del juez. Homenaje a J. Ramiro Podetti*, 213-36. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni 2004.
- Oyarte, Rafael. *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito: CEP, 2014.
- Palomo Vélez, Diego. “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”. *Estudios Constitucionales* 8, n.º 2 (2010): 465-524.
- Parada, Ramón. *Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Parejo, Alfonso. *Administrar y Juzgar: Dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993.

- Pásara, Luis. *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad, Fundación para el debido proceso e Instituto de Defensa Legal, 2014.
- . *La justicia ecuatoriana en tiempos de cambio: La designación de jueces de la Corte Nacional 2017*. Washington: Fundación para el Debido Proceso. 2018.
- Passarini, Leandro. *Responsabilidad del Estado con referencia a la actividad jurisdiccional*. Rosario: Universidad Abierta Interamericana, 2004.
- Paz Menéndez, Sebastián. “El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la administración. Criterios de actuación y valoración”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 38 (2016): 1-40.
- Pazmiño, Katty. *Análisis del sistema de justicia en el Ecuador como un servicio público en el territorio*. Quito: FLACSO Ecuador, 2012.
- Penagos, Gustavo. *El daño antijurídico*. Santa Fe de Bogotá: Doctrina y Ley, 1997.
- Peñuela, David Alejandro. “Hacia una definición más omnicomprendensiva del elemento daño”. *La República* (Bogotá), 21 de enero de 2013.
- Pérez del Valle, Carlos. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Lima: Grijley, 2005.
- Pérez Ragone, Álvaro y José María Salgado, “Giuseppe Chioventa”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* 7, n.º 2 (2017): 104-36.
- Pico I Junoy, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Buenos Aires: Abedo-Perrot, 2001.
- . *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2002.
- Podetti, Ramiro. *Tratado de los actos procesales*. Buenos Aires: Ediar, 1995.
- Pontificia Universidad Javeriana, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Bogotá: Temis / Pontificia Universidad Javeriana, 2010.
- Ramírez de Arellano, Pilar C. *La administración de Justicia como servicio público* (Coru) *Tribuna Jurídica*. Coruña.
 <<http://www.laopinioncoruna.es/coruna/2010/03/28/administracion-justicia-servicio-publico/370487.html>>.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Ciudad de México: Grijalbo, 2000.
- Real Academia Española. *Diccionario esencial de la lengua española*. Madrid: Espasa Calpe 2006.

- Rodríguez, Arturo Alessandri. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2005.
- Rodríguez, Claudia. *Responsabilidad del Estado por error judicial*. Buenos Aires: AD-HOC S. R. L., 1999.
- Rodríguez, Sonia. *La justificación de las decisiones judiciales. El art. 120.3 de la Constitución española*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis, 2002.
- Rojas, Enrique. *Derecho administrativo de Costa Rica*. Ciudad de México: Rojas Francos y Asociados, 2005.
- Rojas, Valeria. “La reparación integral: Un estudio desde su aplicación de protección en el Ecuador”. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012.
- Román, S.A. c/ Estado Nacional-Ministerio de Educación y Justicia” Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Publicado en La Ley t. 1995-B 437.
- Romboli, Roberto. *El juez preconstituido por ley*. Lima: Palestra, 2005.
- Rougevin-Baville, Michel. *La responsabilidad administrativa*. París: Les Fondamentaux, 1992.
- Rousseau, Jean Jacques. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. París: Frimin-Didot, 1758.
- . *Euvres complètes*. París: Gallimard, 1995.
- Saavedra Becerra, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Ibáñez, 2008.
- Saavedra, Susana. Cuarto conversatorio rumbo a la Cumbre de la Justicia. <<http://magistratura.organojudicial.gob.bo/index.php/2013-05-07-15-28-56/noticias/887-invitation-a-cuarto-conversatorio-rumbo-a-la-cumbre-de-justicia>>.
- Sáez, Carlos Raúl. *Apostillas en torno al tema de la responsabilidad, Separata de Prudentia Iuris*. Madrid: El Derecho, 1983.
- Sagués, Néstor Pedro. *El derecho constitucional a la reparación*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2013.
- . *Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno*. Lima: Diakonia, 2003.

- Salinas Ugarte, Gastón. *Responsabilidad civil contractual*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2011.
- San Martín Castro, César. *La corte suprema: Historia y perspectivas*. Lima: Justicia Viva, 2009.
- Santofimio, Jaime. *Tratado de derecho administrativo, derechos de víctimas y responsabilidad del Estado*. Bogotá: UEC, 2017.
- Segura, Manuel. *Problemas interpretativos e indeterminación del derecho*. *Dereito*, n.º (2013): 673-83
- . “Sobre la interpretación del derecho”. *Isonomía*, n.º 24 (2006).
- Sempértegui V., Leonardo. *El derecho de acceso a la justicia*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- Serrano Butragueño, Ignacio. “El error judicial”. *Boletín*, n.º1668 (1937): 108-30.
- Serrano, Fernando. *La interpretación conforme a la Constitución*. Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2008.
- Silva Sánchez, Jesús María. “Hay jueces en Berlín. (y en Karlsruhe)”. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho* (2007): 1-6.
- Sistema Digital. “La justicia como servicio público”. *Temas para el debate*, n.º 247 (2015). <<http://www.fundacionsistema.com/la-justicia-como-servicio-publico/>>.
- Soros, George, y Tucker Carlsson. “Justice is the new front in war on global poverty”. *Financial Times* (2013).
- Tajadura Tejada, Javier. *Teoría y realidad constitucional*. Madrid: UNED, 2001.
- Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, 2.ª ed. Bogotá: Legis, 2007.
- Taruffo, Michelle. “La verdad en el proceso”. *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 40 (2013): 239-48.
- Taruffo, Michelle, y Bruno Cavallone. *Verifobia: Un diálogo sobre prueba y verdad*. Lima: Palestra, 2012.
- Teissier, Jorge. *La responsabilidad civil del Estado*. París: Plus, 2012.
- Tejeiro, Octavio A. “Oralidad y escritura: Contrariedad o complementariedad”. En *Puesta en práctica del Código General de Procesos*, editado por María del Socorro Rueda, 325-45. Bogotá: Legis / Universidad de los Andes, 2018.
- Ticona, Víctor. “La justicia en el Perú”. *CEJA* (2006). <<https://sistemasjudiciales.org/revista/revista-n-5-gestion-judicial-y-administracion-de-tribunales/dossier/>>.

- Torres, Luis Fernando. *Debate constitucional con jurisprudencia*. Quito: FR Ediciones, 2016.
- . “Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado”, *Debate Constitucional*, n.º 8, Sección Judicial. Quito: Fundación Hanns Seidel/ Corporación Autogobierno y Democracia, 2009.
- Trigo Represas, Félix, y Marcelo López Mesa. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Trompson, José, coord. *Acceso a la justicia y equidad: Estudio en siete países en América Latina*: San José de Costa Rica: Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Traducido por Rolando Tamayo y Salmorán. *Isonomía*, n.º 18 (2003): 47-75.
- Vacca González, Víctor. *El rol del juez en el nuevo modelo constitucional ecuatoriano*. Quito: Función Judicial, 2016.
- Valdivia Olivares, José Miguel. “Nuevas fronteras de la falta de servicio”. *Gaceta Jurídica*, n.º 301 (2005): 7-25.
- Valeriano Hernández, Martín. *El error judicial, procedimiento para la indemnización*. Madrid: Civil, 1995.
- Valiente, Tomás Francisco. *A orillas del Estado*. Madrid: Taurus, 1996.
- Van Rompaey, Leslie. *Hacia una jurisprudencia principalista*. <<http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-4/23-revista/revista-4/42-revista4-jurisprudencia-principalista>>. Consulta: 9 de julio de 2015.
- Velásquez Posada, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis, 2009.
- Vescovi, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- . *Teoría general del proceso*, 2ª. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.
- Vigo, Rodolfo Luis. *De la ley al derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 2005.
- Xiol Ríos, Juan Antonio. *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*. Madrid: Edisofer, 2005.
- Yagüez, Ricardo de Ángel. *Tratado de responsabilidad civil*. Sentencias de 27 de noviembre de 1987; 29 de enero, 13 de abril; 16 de junio de 1987; 29 de enero, 13 de abril y 16 de junio de 1988.

Zaffaroni, Raúl. *Dimensión política de un poder judicial democrático*. Quito: V&M Gráficas, 2009.

Zavala Egas, Jorge. *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad*. Guayaquil: s. e., 2009.

—. “El servilismo, la ignorancia y la vergonzosa disciplina que impone el Consejo de la Judicatura de Transición denunciados y delatados por un coordinador en funciones”. *Leviatán Judicial*, n.º 1 (2012). Edición electrónica.

—. “La farsa de la democracia ecuatoriana sin jueces independientes”. *Leviatán Judicial*, n.º 2 (2012).

Zela Villegas, Aldo. *La tutela preventiva de los derechos*. Lima: Palestra, 2008.

Norma y Jurisprudencia

Chile. Corte Suprema de Chile, Sentencia del 2 de junio de 1983. R. T 8, Sección 5ta., 11.

Colombia. Consejo de Estado colombiano, Sección tercera, 2 de octubre de 1996. Ponente Dr. Carrillo Ballesteros. Expediente 11337.

Colombia. Consejo de Estado colombiano. Sentencia n.º 2639 del 2 de mayo de 2002, expediente 13262.

Colombia. Consejo de Estado colombiano. Sentencia del 4 de octubre de 2001, expediente 11365.

Colombia. Consejo de Estado Colombiano. Sentencias de 2 de febrero de 1984, exp. 2744, 8 de marzo de 1984 exp. 28465 y 21 de octubre de 1999 exp. 11815.

Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 10 de marzo de 2005, radicado 15182. Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamar.

Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 5 de diciembre de 2005. Radicado 15830. Consejero ponente Ruth Stella Correa.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia n.º C-037, 5-02-1996, Mag. Pon. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º C-663 de 2000. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia n.º C-228 del 3 de abril de 2002, Expediente D-3672, actor: Ricardo Damies González.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia colombiana. (1993). Sentencia emitida por la Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968. Juez Ponente Fernando Hinestrosa. Bogotá, Colombia: G. J., T. CXXIV, N° 2297 a 2299.
- Colombia. Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 16 de Septiembre de 1999, Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque, *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXIX, número 338.
- Colombia. Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 17 de julio de 1990. Magistrado Ponente Gustavo de Greiff Restrepo. Anales del Consejo de Estado, t. CXX, 31.
- Colombia. Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 3 de Febrero de 2000, Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp 14.787.
- Constitución Política de la República de Ecuador. Registro Oficial 2 del 13 de febrero de 1997, última modificación: 11 de agosto de 1998.
- Ecuador, Ley de Modernización del Estado, Ecuador, Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008 (Montecristi, 2008)
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política. Guayaquil, Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998, última modificación: 17 de diciembre de 2004.
- Ecuador. Asamblea Nacional del Ecuador, Exposición de motivos del Código Orgánico General de Procesos. Quito: Lexis, 2014.
- Ecuador. Asamblea Nacional, Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506, del 22 mayo de 2015. Última modificación el 31 de mayo de 2017. Quito-Ecuador.
- Ecuador. Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, título tercero, art. 419 y 420, Registro Oficial Suplemento 360, Quito, del 13 de enero de 2000.
- Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544. Quito, 9 de marzo de 2009.
- Ecuador. Código Orgánico de Organización Territorial. Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010, última modificación: 29 de diciembre de 2017.
- Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Ecuador. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Última modificación el 25 de enero de 2017.

- Ecuador. Congreso Nacional. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial 312 del 13 de abril de 2004.
- Ecuador. Congreso Nacional, Código Civil. Quito, Ecuador, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, última modificación: 22 de mayo de 2016.
- Ecuador. Congreso Nacional del Ecuador, Ley 2003-13, Promulgada en el Registro Oficial 146, Quito, del 13 de agosto de 2003.
- Ecuador. Consejo de la Judicatura, Resolución 143-2015, Quito del 25 de mayo de 2015.
- Ecuador. Corte Constitucional [Sentencia n.º 001-SDC-CC-2011 de 16 de noviembre de 2011], en Registro Oficial Suplemento 601 de 21 de diciembre de 2011.
- Ecuador. Corte Constitucional. Resolución de la Corte Constitucional 135. Quito, Ecuador, Registro Oficial Suplemento 352 del 13 de octubre de 2014.
- Ecuador. Corte Constitucional [Sentencia n.º 0035-2009-SEP-CC. Héctor Canino Marty en contra de la Compañía PEZCAZUL S. A.], en ROS 117 del 27 de enero de 2010.
- Ecuador. Corte Constitucional, Julia Celmira Jaramillo Jiménez, Presidenta subrogante del Tercer Tribunal Penal de Loja, ST.007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, 19 de mayo de 2009: sentencias de reparación integral: 0015-09-SIS-CC= R; 003-09-SIS-CC.
- Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia n.º 309-16-SEP-CC.
- Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia n.º 007-09-SEP-CC. Caso n.º 0050-08-EP 19-05-2009, Quito, 2009.
- Ecuador. Corte Constitucional. Resolución 167. Caso n.º 0534-10-EP.
- Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia n.º 016-10-SCN-CC, publicada en el Registro Oficial 272 del 06 de septiembre de 2010.
- Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia del 20 de enero de 1999.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Gaceta Judicial. Año CXI. Serie XVIII, n.º 10. Página 3716. Quito, 14 de abril de 2009.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución n.º 246-2012, Recurso extraordinario de casación n.º 139-2010.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución n.º 324-2013 dentro del Recurso de Casación 276-2010.

- Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente n.º 457, 39, 2 de octubre de 2009.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Caso n.º 764-2010. Quito, Ecuador, Registro Oficial, Edición Especial n.º 301, 10 de abril de 2015.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Delito de violación proceso n.º 206-2009. Quito, Ecuador, Expediente n.º 206, Registro Oficial Suplemento 6, 19 de abril de 2016.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Recurso n.º 267-2007. Quito, Ecuador: Expediente de casación n.º 160, Registro Oficial, Edición Jurídica n.º 43 de 9 de mayo de 2016.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. [Sentencia n.º 290-2000 de 6 de julio de 2000]. Gaceta Judicial Serie XVII, n.º 3.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Recurso de Casación n.º 58-2014. Expediente de Casación 127.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución n.º 760-2016, Recurso de Casación n.º 600-2012.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo: Expediente de Casación 93, Registro Oficial, Edición Jurídica 101, 20 de mayo de 2016.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia. Recurso de revisión penal. Quito, Ecuador, Gaceta Judicial n.º 15, 11 de junio de 1987.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia. Presupuestos del recurso de revisión penal. Quito, Ecuador, Gaceta Judicial n.º 15, 16 de junio de 1987.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Juicio n.º 252-1999. Quito, Ecuador, Expediente de Casación n.º 187, Registro Oficial 83, 23 de mayo de 2000.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Juicio n.º 252-1999. Quito, Ecuador: Expediente de Casación n.º 187, Registro Oficial 83 de 23 de mayo de 2000.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Expediente de casación n.º 229, Registro Oficial 43, 19 de marzo de 2003.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia, Expediente de Casación 229, Registro Oficial 43 de 19 de marzo de 2003.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo: Expediente de Casación 84. Registro Oficial Suplemento 220 de 23 de junio de 2010.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Gaceta Judicial 8 de 10 de septiembre de 2009.

- Ecuador. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Expedido mediante el Decreto Ejecutivo n.º 2428, 18 de marzo de 2002.
- Ecuador. Expediente de Casación n.º 168, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.
- Ecuador. Expediente n.º 4500-98, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Ecuador. Fallo del Recurso de Casación n.º 121-07, publicado en la Gaceta Judicial 8, 10 de septiembre de 2009.
- Ecuador. Ley de Casación. Ecuador: Registro Oficial 192, 18 de mayo de 1993.
- Ecuador. Ley de Casación. Quito: Registro Oficial Suplemento 299, 24 de marzo de 2004.
- Ecuador. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.
- Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 52 del 22 de octubre de 2009.
- Ecuador. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Ecuador, Registro Oficial Suplemento 595, 12 de junio de 2002.
- Ecuador. Ley Orgánica del Servicio Público. Ecuador. Registro Oficial Suplemento 294, 6 de octubre de 2010.
- Ecuador. Ley Reformativa de la Ley Notarial, Ley s/n, sexto suplemento del Registro Oficial 913 de 30 de diciembre de 2016.
- Ecuador. Pleno del Consejo de la Judicatura. Reglamento del Concurso Público de Méritos y Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social, para la Renovación Parcial de la Corte Nacional de Justicia. Quito, Ecuador, Resolución 113-2014.
- Ecuador. Pleno del Consejo de la Judicatura. Reglamento del Concurso Público de Méritos y Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social, para la Renovación Parcial de la Corte Nacional de Justicia. 2014.
- Ecuador. Pleno del Consejo de la Judicatura. Reglamento del Concurso Público de Méritos y Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social para la Renovación Parcial de la CNJ. 2014.
- Ecuador. Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura. Ecuador, ROS 152, 27 de diciembre de 2013.
- Ecuador. Resolución de la Corte Constitucional 351, Registro Oficial Edición Especial n.º 852 de 24 de enero de 2017.

Ecuador. Resolución de la Corte Constitucional 278 publicada en el Registro Oficial Suplemento 712 del 15 de marzo de 2016.

Ecuador. Resolución de la Corte Constitucional n.º 351 publicada en el Registro Oficial Edición Especial 852 del 24 de enero de 2017.

Ecuador. Resolución de la Corte Constitucional n.º 42, publicada en el Registro Oficial Edición Especial 797 del 26 de septiembre de 2012.

Ecuador. Resolución n.º 108-2012. Reglamento Sustitutivo de Concursos de Méritos y Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social, para la Selección y Designación de Servidoras y Servidores de la Función Judicial. Consejo de la Judicatura. Quito. Ecuador. 11 de septiembre de 2012.

Ecuador. Resolución n.º 228-08. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Ecuador. Resolución n.º 229-2002 de 29-10-2002; y, Aclaración de 25 de noviembre de 2002. Registro Oficial 43 de 19-03-2003: Actor: Comité Delfina Torres Viuda de Concha vs. Petroproducción y Petrocomercial.

Ecuador. Resolución n.º 63-2001, Registro Oficial 307 de 17-04-2001. Perjudicados de construcción vial vs. Consejo Provincial de Chimborazo.

Ecuador. Sala Civil Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º 20-2004 de 5 de febrero de 2004. Registro Oficial 411 de 1 de septiembre de 2004. Actor: Medardo Luna vs. Autoservicios Ecuatorianos C. A. AECA.

Ecuador. Sala de Laboral de la Corte Provincial de Manabí. Caso n.º 13371-2015-0091. Portoviejo, Ecuador: Providencia notificada en el casillero judicial electrónico 1304548587 con fecha 19 de mayo de 2017.

Ecuador. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 158-2002. Registro Oficial 700, 8 de noviembre de 2002.

Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia: Gaceta Judicial Serie XVIII n.º 4.

Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Proceso n.º 62-2005.

Ecuador. Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia. Fallo dictado dentro del proceso n.º 17741-2013-0250 el 9 de febrero de 2017.

Ecuador. Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, número de proceso 17741-2013-0250, 09 de febrero de 2017.

- Ecuador. Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, expedida el 13-04-2004 publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII n.º 14.
- Ecuador. Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 16 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente: Ricardo.
- Ecuador. Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 3 de febrero de 2000, Magistrado Ponente: Alier Eduardo.
- Ecuador. Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 2008, dentro de la causa n.º 553-2006
- Ecuador. Sentencia n.º 022-10-SIS-CC, Pleno de la Corte Constitucional, Registro Oficial 364-5, 17-1-2011.
- Ecuador. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Expediente de Casación 12, Registro Oficial Suplemento 121 de 02 de febrero de 2010.
- Ecuador. Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 157-2006. Registro Oficial 98, 5 de junio de 2007.
- Ecuador. Tribunal Contencioso Administrativo de Quito. Juicio n.º 17811-2014-0336.
- Ecuador. Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario de Manabí y Esmeralda con Sede Portoviejo, Sentencia dictada el 31 de mayo de 2017. Juicio n.º 130801-2014-0258.
- Ecuador. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencia 697/2016 de 6 septiembre 2016, Rec. 20665/2015. Diario La Ley 8905.
- España. Sala Penal del Tribunal Supremo de España. Sentencias de fecha 19 de junio de 1991 y Sentencia de fecha 31 de octubre de 1991. Caso Aranzadi.
- Francia. Carta Europea sobre el Estatuto del Juez, aprobada por el Consejo de Europa con fecha 10 de julio de 1998.
- Francia. Consejo de Estado Francés. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993. Expediente 8163. CP: Juan De Dios Montes Hernández.
- México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- México. Corte Suprema de México, Semanario Judicial de la Federación Mexicana. México, Segunda Sala, 1985.

Organización de Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez contra la República de Honduras. San José de Costa Rica: Corte IDH, Sentencia del 29 de julio de 1988.

Organización de Estados Americanos. Corte IDH. (1998). Sentencia del caso Consuelo Benavidez. Sentencia del 19 de junio de 1998.

Organización de los Estados Americanos, CADH. Pacto San José de Costa Rica (Costa Rica: 1969).

Perú. Congreso de la República de Perú. Ley 24973. Lima, Perú: Gaceta Jurídica 1988. Resolución n.º 086.