

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

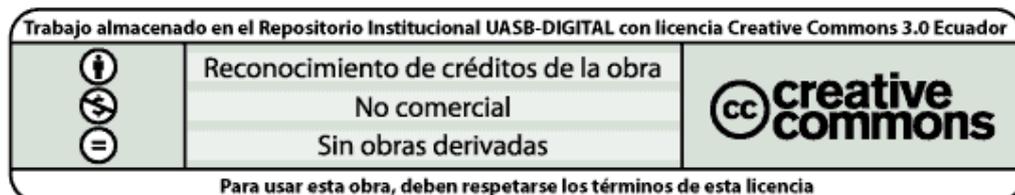
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

**La acción de repetición derivada del mal funcionamiento de la
administración de justicia**

Santiago Eduardo Galarza Rodríguez

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Santiago Eduardo Galarza Rodríguez, autor de la tesis intitulada “La acción de repetición derivada del mal funcionamiento de la administración de justicia”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster 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 formato virtual, electrónico, digital u 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 autor de la obra antes referida, Yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR,
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

**La acción de repetición derivada del mal funcionamiento de la administración de
justicia**

AUTOR: SANTIAGO EDUARDO GALARZA RODRÍGUEZ

TUTORA: VANESA AGUIRRE GUZMÁN

QUITO, 2016

RESUMEN

El trabajo que a continuación se desarrolla tiene por objeto el análisis del procedimiento previsto en los artículos 32 y 33 del Código Orgánico de la Función Judicial para la acción en contra del Estado por su responsabilidad en la inadecuada administración de justicia y el ejercicio de la acción de repetición por parte del Estado en contra del funcionario o funcionarios directamente responsables del daño ocasionado al particular.

Al efecto, se analiza pertinente doctrina, jurisprudencia y derecho comparado de las cuales se van desprendiendo conceptos básicos que nos ubican en el tema central de nuestro estudio.

Así, en el primer capítulo se establecen los conceptos de responsabilidad y de responsabilidad extracontractual del Estado. Asimismo, dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, se distingue y analiza la responsabilidad objetiva y subjetiva, sus características y connotaciones en cuanto a la carga de la prueba que impone cada una de ellas.

En el segundo capítulo se determinan las conductas típicas que, atento la Constitución de la República y la ley, originan la responsabilidad extracontractual del Estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia. Continúa este capítulo con el análisis del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala el procedimiento para la acción de responsabilidad extracontractual en contra del Consejo de la Judicatura.

Finalmente, pasamos al análisis del artículo 33 *ibídem* que regula el ejercicio de la acción de repetición, lo cual inicia con el tratamiento doctrinario de la figura de la repetición y del “llamamiento en garantía” al funcionario judicial responsable del daño, dentro del mismo proceso en contra del Consejo de la Judicatura por su responsabilidad extracontractual, circunstancia que genera algunas observaciones y objeciones que ponemos de manifiesto en nuestro estudio.

a Paqui, Antu y Fabi

AGRADECIMIENTO

A la Dra. Vanesa Aguirre Guzmán, sin cuya paciencia y guía no habría sido posible la elaboración de este trabajo.

Al personal docente y administrativo del área de Derecho, cuya vocación de servicio y trabajo hizo de mis días en las aulas de la Universidad Andina Simón Bolívar jornadas placenteras de estudio y socialización.

A mis queridos compañeros de aula, con muchos de los cuales se ha logrado sembrar una semilla de amistad a toda prueba.

Tabla de contenido

Capítulo primero

La responsabilidad extracontractual del Estado.....	11
1.1. La responsabilidad extracontractual.....	11
1.2. La responsabilidad extracontractual del Estado en la doctrina y en el derecho comparado.....	13
1.3. La responsabilidad extracontractual del Estado en el Ecuador.....	19
1.3.1. La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia ecuatoriana.	22

Capítulo segundo

La responsabilidad extracontractual del Estado por inadecuada administración de justicia.....	35
2.1. El mal funcionamiento de la administración de justicia	38
2.2. Conductas típicas del mal funcionamiento de la administración de justicia....	41
2.2.1. Error Judicial.....	42
2.2.2. Detención arbitraria.	48
2.2.3. Retardo injustificado o inadecuada administración de justicia.....	54
2.2.4. Violación de la tutela judicial efectiva y del debido proceso.	59
2.3. Declaración de la responsabilidad del Estado por la inadecuada administración de justicia.	65
2.3.1. Juicio contra el Estado por inadecuada administración de justicia.....	66
2.3.1.1. Legitimación activa y competencia	67
2.3.1.2. Legitimación pasiva.....	71
2.3.1.3. Trámite de la causa.....	73
2.3.1.4. Prescripción de la acción.....	73
2.3.2. Trámite por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria.	74
2.3.3. Repetición de lo pagado por el Estado.....	76
2.3.3.1. Inmediatez en el ejercicio de la repetición de lo pagado por el Estado.....	83
2.3.3.2. Llamamiento en garantía.....	85
2.3.3.3. Efectos del llamamiento en garantía.....	88

2.3.3.4. Sobre el procedimiento coactivo en contra del servidor judicial responsable.....	95
2.3.3.5. Responsabilidad personal de los jueces, fiscales y defensores públicos.....	96
Conclusiones.....	98
Bibliografía	102

Introducción

El artículo 11.9 de la Constitución de la República, en lo atinente a la materia del estudio propuesto, establece que “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” y que “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 responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”

Resulta un hecho cierto que pese a que la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 plasmó en su texto la acción de repetición del Estado en contra de los funcionarios públicos por cuya negligencia se veía abocado a pagar fuertes indemnizaciones a los particulares, no existe precedente alguno de que tal “derecho” haya sido ejercido exitosamente por el Estado por una inadecuada administración de justicia. Esta situación se mantiene pese a la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial en el año 2009, cuerpo legal que establece un procedimiento para el ejercicio de la repetición en caso de inadecuada administración de justicia; y, si a esto le sumamos que pueden ubicarse ciertas falencias en los trámites establecidos en los artículos 32, 33 y 34 del referido código, podemos prever que el ejercicio de la acción de repetición puede quedar como mero enunciado constitucional y legal sin eficacia práctica.

Recordemos que encontrándose la repetición del Estado prevista en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución, que habla sobre los principios que rigen el ejercicio de los derechos, podría deducirse que a tal potestad le es aplicable el principio de directa e inmediata aplicación (self executing) y que en esa virtud podía y debía el Estado ejercer la acción de repetición sin necesidad de legislación secundaria que lo regule, máxime cuando se prevé inmediatez en su ejercicio. Ahora, con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que regulan expresamente en algunos de sus apartados la acción de repetición derivada de la deficiente administración de justicia y de la violación de derechos, respectivamente, el Estado ya no tiene excusa para no ejercer, al menos en esos ámbitos, la acción de repetición en contra de los funcionarios y autoridades directamente

responsables. Sin embargo, la realidad es que no existe hasta la fecha caso alguno en que el Estado haya repetido exitosamente en contra de servidor judicial alguno por inadecuada administración de justicia lo que, entre otras razones, puede deberse a los desatinos que se advierten en los procedimientos que establecen las normas que en este estudio serán analizadas.

Capítulo primero

La responsabilidad extracontractual del Estado

1.1. La responsabilidad extracontractual.

Como lo recoge el argentino Manuel Ossorio en su “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, una de las acepciones del vocablo “responsabilidad”, señalada por la Real Academia Española, es la deuda, la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal; definición que para los juristas incurre en el error de confundir la obligación con la responsabilidad, pese a ser (en esencia) cosas distintas ya que la obligación tiene dos elementos: por una parte, la deuda considerada como deber y, por otra, la responsabilidad que representa la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de la obligación.¹ Sin embargo, esa concepción de responsabilidad es la más extendida y aceptada, precisamente, entre los juristas, así tenemos que para Cabanellas Torres, la responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.²

En el derecho civil, la responsabilidad es la obligación que tiene una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.³ La responsabilidad civil lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o por un tercero, por el que debe responderse.⁴ Para Cabanellas, la responsabilidad civil es el talión económico-jurídico: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello.⁵ El chileno Arturo Alessandri distingue que las fuentes de la responsabilidad son el incumplimiento del contrato (responsabilidad contractual), el delito y el cuasidelito (responsabilidad delictual y cuasidelictual) y la ley (responsabilidad legal); estas dos

¹ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Buenos Aires: Heliasta, 2006), 846.

² Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 341

³ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, t. II, (Santiago, Chile: Ediar Editores Ltda., 1983), 11.

⁴ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 847.

⁵ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 341.

últimas constituyen la responsabilidad extracontractual, siendo los delitos y cuasidelitos la fuente principal de la responsabilidad extracontractual.⁶ Para Ospina Fernández es el hecho ilícito el que se manifiesta a través del delito y del cuasidelito (o culpa) y anota que ninguno de ellos constituye por sí solo, fuente de obligaciones ya que suponen, además, la existencia de un daño o perjuicio del derecho ajeno, así como un vínculo o nexo de causalidad entre ese daño o perjuicio y el respectivo hecho ilícito.⁷

La responsabilidad extracontractual es aquella exigible por daños o perjuicios, por acto de otro y sin nexo con estipulación contractual alguna; evoluciona de lo subjetivo, que exigía siempre la prueba o demostración del dolo o culpa del agente responsable, a lo objetivo, al titular o dueño de la cosa que ha originado lo que debe resarcirse –en cuanto a la responsabilidad extracontractual estatal, como se verá más adelante–; se deriva de la producción de un daño ajeno a toda vinculación convencional, por culpa o dolo que no configuren una infracción penalmente sancionable.⁸ Se la conoce también como responsabilidad aquiliana, vocablo derivado de la *Lex Aquilia* romana, relativa al *damnum in jura datum* o el daño causado de manera injusta a los bienes de otro.

Ossorio advierte que la responsabilidad extracontractual de una persona puede estar ocasionada no en hecho u omisiones propias, sino en hechos ajenos, entre los que cabe señalar la que corresponde al Estado respecto a los actos de sus agentes.⁹

El colombiano Velásquez Posada ensaya una interesante ecuación para representar los presupuestos de toda forma de responsabilidad civil: $(R = C + c + D + N)$ donde R es la incógnita que tiene el juzgador para identificar si alguien es o no responsable de reparar un daño verificando, en primer lugar, si el demandado incurrió en una conducta (C), con culpa o dolo (c) en los casos de responsabilidad subjetiva; en segundo lugar, se probará que el demandante sufrió un daño cierto, personal y antijurídico (D) y, por último, que existe un nexo causal entre la conducta y el daño causado (N); señala Velásquez que en los casos de responsabilidad objetiva la culpa no es un requisito

⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, t. II, 11.

⁷ Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones* (Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 1998), 421

⁸ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 846 y 847.

⁹ Manuel Ossorio, *ídem*.

por lo que no es necesaria su existencia para hacer nacer la obligación de reparar los daños.¹⁰

Aquí cabe traer a colación que tanto en la responsabilidad civil como en la del Estado, se distingue recurrentemente la responsabilidad subjetiva –cuando se exige que en la conducta haya existido dolo o al menos culpa (negligencia), sea probándola o acudiendo a las presunciones legales- de la responsabilidad objetiva –en la que no es necesario ningún tipo de dolo o culpa. Cuando se señala que la responsabilidad es objetiva, por ejemplo, respecto de las actividades peligrosas, no es necesario acreditar ninguna culpa o dolo del agente que provoca el daño, basta probar la conducta por acto u omisión, el daño y el nexo causal.¹¹

1.2. La responsabilidad extracontractual del Estado en la doctrina y en el derecho comparado.

Cabanellas anota que, como persona de Derecho Público que es el Estado, sólo es posible hablar de su responsabilidad civil, lo que constituye un concepto relativamente moderno porque antiguamente el Estado, como soberano, o el soberano como Estado, eran irresponsables en cualquier ámbito.¹² La argentina María del Pilar Amenábar señala que la responsabilidad extracontractual permite exigir al Estado la indemnización de los daños y perjuicios causados por la actividad de los poderes públicos.¹³ Maurice Hauriou, referido por el argentino Cassagne, afirma que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado (junto con el contencioso-administrativo o justicia administrativa) es uno de los pilares en que se asienta la construcción de un derecho administrativo que procura garantizar los derechos de los ciudadanos frente a actos y hechos provenientes, en mayor medida, de la administración pública y sus entidades, que causan lesiones en el patrimonio

¹⁰ Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, (Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 2009), 16.

¹¹ *Ibidem*, 14.

¹² Guillermo Cabanellas de Torres, *ibidem*, 341.

¹³ María del Pilar Amenábar, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008), 92.

de las personas¹⁴, y en efecto es así, porque en la evolución de la responsabilidad estatal inicialmente regía el principio de la inmunidad soberana (irresponsabilidad estatal), para luego dar paso a la responsabilidad de los funcionarios y, por último, llegar a la responsabilidad directa y objetiva del Estado.¹⁵

En cuanto al fundamento de la responsabilidad del Estado, Amenábar señala que para su compatriota Cassagne, aquél yace en el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño; esa desigualdad requiere una justa restitución que si bien se gradúa de modo distinto según sea lícita o ilícita la actividad estatal, responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad; de impedir la subsistencia del desequilibrio; dicho de otra manera, la obligación de resarcir el perjuicio no se derivaría del daño, sino de la alteración del principio de igualdad, el resto de fundamentos son derivaciones de la referida alteración o constituyen principios complementarios, como en el caso del enriquecimiento sin causa.¹⁶ Continúa Amenábar citando también a Marienhoff, quien sostiene que la responsabilidad del Estado encuentra su fundamento en la existencia misma del Estado de Derecho y sus postulados; se trate de una actividad lícita o ilícita, el fundamento es el mismo: el complejo de principios inherentes al Estado de Derecho, como el respeto a la vida, a la integridad de la persona, a los derechos adquiridos, a los derechos esenciales reconocidos por el ordenamiento jurídico, a las garantías de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas, y a la libertad.¹⁷

El argentino Juan Carlos Cassagne señala que la responsabilidad contractual del Estado se rige básicamente por los principios clásicos del incumplimiento de las obligaciones convencionales; mientras que los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado se sintetizan en: a) la producción de un daño o perjuicio; b) la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño o perjuicio a la persona estatal que lo causó; c) el nexo causal o la relación de causalidad; y, d) la existencia de

¹⁴ Juan Carlos Cassagne, “Los Principios que Fundamentan la Responsabilidad Extracontractual del Estado y el Alcance de la Reparación”, en Juan Carlos Cassagne y otros, *Responsabilidad del Estado* (Buenos Aires: Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores. 2008) 46.

¹⁵ María del Pilar Amenábar, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, 82.

¹⁶ *Ibidem*, 129.

¹⁷ *Ídem*.

un factor de atribución. Nótese que estos elementos no refieren la licitud o ilicitud del acto dañoso. Por ello, afirma Cassagne, no basta con el daño para que la persona que lo sufre pueda reclamar una reparación patrimonial, sino que el perjuicio debe poder imputarse a un sujeto determinado, acreditando además el nexo causal entre la autoría y su producción. En este contexto, la mayor parte de sistemas jurídicos descansan sobre un factor de atribución que al inicio de la evolución de la teoría de la responsabilidad, se confundía con la imputabilidad del agente por su culpa o, incluso, por la antijuridicidad de su acto, lo que es propio de la responsabilidad extracontractual en el campo privado. Sin embargo, a decir del mismo autor, un análisis más profundo nos permite distinguir, por una parte, que si el Estado es responsable, aunque no se individualice el agente causante del daño ni se pruebe la culpa del funcionario o empleado y si, además, el Estado también responde por actos jurídicos legítimos (expropiación por causa de utilidad pública, revocación de concesiones, daños originados en la ejecución de obras públicas, etc.), el factor de atribución es algo diferente de la imputabilidad y de la antijuridicidad y viene a formar parte de un sistema integrado, como la “pieza maestra” de toda teoría de la responsabilidad¹⁸ ya que determina “la existencia o no de la responsabilidad y, además, tanto en el campo del derecho privado como en el del público, cuando los factores son objetivos, limitan o amplían la medida de la indemnización según se aplique un factor atributivo basado en el riesgo, en la garantía o en el sacrificio especial producido por una actividad legítima del Estado.”¹⁹

Amenábar, por su parte, afirma que la responsabilidad extracontractual de la administración pública es directa y no refleja del funcionario o agente estatal responsable, sea que el daño provenga de un acto lícito o ilícito; este principio se deriva de que los agentes públicos (funcionarios o empleados), no son mandatarios ni representantes del Estado, sino órganos que integran su estructura, son partes del mismo, a través de los cuales aquél debe obrar, de modo que su conducta, actuación o comportamiento le es directamente imputable al Estado.²⁰

¹⁸ Juan Carlos Cassagne, “Los Principios que Fundamentan la Responsabilidad Extracontractual del Estado y el Alcance de la Reparación”, en Juan Carlos Cassagne y otros, *Responsabilidad del Estado*, 50.

¹⁹ *Ibidem*, 51.

²⁰ María del Pilar Amenábar, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, 156.

El chileno Barros Bourie enumera los principales criterios de atribución de responsabilidad del Estado. Así, distingue (i) la responsabilidad por ilegalidad -que acoge la Constitución de Chile- en que la conducta ilegal del órgano es la más general de las condiciones de responsabilidad por daños causados por la administración del Estado; (ii) la responsabilidad por culpa, que constituye al menos una forma residual de responsabilidad de los órganos de la administración del Estado; al respecto, señala el autor chileno, que la culpa civil refiere el incumplimiento de deberes generales de cuidado en las interrelaciones, deberes de cuidado a los que también están sujetos los órganos estatales; recuerda, además, que la culpa civil es objetiva en cuanto responde a un estándar de cuidado que prescinde del juicio moral de reproche al sujeto que incurre en responsabilidad; (iii) la responsabilidad por falta de servicio, que en el ámbito de actividad de la administración pública cumple una función análoga a la responsabilidad por culpa en el derecho privado, que supone una valoración objetiva de la conducta de la administración y no un reproche personal al agente del daño, recordándose que la falta de servicio no es otra cosa que culpa en el servicio; (iv) la responsabilidad estricta (objetiva) por riesgo, que tiene por antecedente sólo el daño provocado por la actuación lícita y normal de la administración; y, (v) la responsabilidad por imposición desigual de cargas públicas, vinculada a la naturaleza de la función pública que tiene en su actividad la potestad de crear cargas a las personas en procura del bienes de interés general, muchas veces la carga privada en beneficio público puede atentar contra los derechos adquiridos y contra la igualdad de distribución de las cargas públicas, lo que da lugar a una acción indemnizatoria; esta sería la segunda forma general de responsabilidad de la administración prevista en la Constitución de Chile²¹ Por su parte, el colombiano Gil Botero ha dicho que la teoría de la responsabilidad del derecho público en la actualidad se deriva de todo tipo de actos, incluso de meros hechos originados en el actuar administrativo, y no solo de aquellos actos que han sido declarados ilegales, sino que también cabe un compromiso por los daños que provienen de la actuación lícita.²² El jurista colombiano cita al español Juan Miguel de la Cuétara, quien explica:

²¹ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago- Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 484- 487.

²² Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 2013), 29.

la doctrina actual, de la que son excelentes representantes de nuestro país (España) Leguina o García de Enterría, ha desarrollado este concepto de lesión como todo perjuicio antijurídico y situado en él la fundamentación del consiguiente deber de reparación. En palabras de Leguina, <<un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada -por imperativo explícito del ordenamiento- a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica>>. Siendo esto así, sólo resta la imputación a la actividad administrativa para que nazca, por la propia virtualidad de la nota de <<injusto>> (García de Enterría), el deber de resarcimiento.²³

Esta observación del español Miguel de la Cuétara, así como lo dicho por el chileno Barros Bourie, nos lleva a sostener que en España y Chile predomina la responsabilidad estatal objetiva por lo antijurídico del daño provocado o por la ilegal conducta del órgano estatal, respectivamente, situaciones en las que poco importa si la entidad, a través de sus agentes, actuó con dolo o culpa, línea objetiva que, como se verá más adelante, la acoge el Estado ecuatoriano, respecto de su responsabilidad extracontractual.

Los colombianos Luis Serrano y Claudia Tejada²⁴ sostienen que en España coexiste simultáneamente un régimen de responsabilidad objetiva, fundamentado en la teoría de la lesión para la responsabilidad de la administración pública (Art. 106.2, Constitución española)²⁵, con un régimen de responsabilidad subjetiva, basado en la falla del servicio, para la responsabilidad de la administración de justicia por error judicial y funcionamiento anormal de ese servicio (Art. 121, Constitución española)²⁶; mientras que en Colombia, a decir de estos autores, la responsabilidad de todos los órganos públicos, incluido el poder judicial, se gobiernan por la teoría del daño antijurídico en virtud del principio general de responsabilidad patrimonial del Estado que, en los siguientes términos, consagra el artículo 90 de la Carta Magna colombiana: “El Estado responderá

²³ *Ídem*.

²⁴ Luis Guillermo Serrano Escobar, Claudia Patricia Tejada Ruiz, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2014), 475.

²⁵ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado N° 311, 29 de diciembre de 1978: “Artículo 106 [...] 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”

²⁶ *Ibidem*: “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”

patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que hayan sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. Del texto constitucional colombiano se desprenden tres elementos necesarios para la responsabilidad del Estado en aquel país: la actuación del Estado, el daño o perjuicio antijurídico y el nexo causal entre el daño y la actuación del Estado.²⁷ Se observa, sin embargo, que para efectos de la acción de repetición es claramente subjetiva la responsabilidad del agente estatal frente al Estado en caso de ser éste condenado a la reparación patrimonial del daño.

En Argentina, la responsabilidad del Estado la regula directamente la Ley de Responsabilidad Estatal²⁸ en cuyo primer artículo se prevé que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa; en el artículo 2 se exime de responsabilidad al Estado cuando los daños y perjuicios se derivan de caso fortuito o fuerza mayor salvo que sean asumidos expresamente por el Estado por ley especial o cuando el daño se produce por el hecho de la víctima o de un tercero. Prevé además, requisitos de responsabilidad estatal por actividades ilegítimas y legítimas (Arts. 3 y 4, respectivamente). Finalmente, se establece que la actividad o inactividad de funcionarios o agentes públicos en ejercicio de sus funciones por cumplimiento irregular de las obligaciones legales que les están impuestas –incurriendo en culpa o dolo-, los hace responsables de los daños que causen. De lo anotado se desprende que en Argentina la responsabilidad objetiva y directa, en que se tiene por antecedente sólo el daño provocado por la actuación lícita de la administración pública, es el principio general; pero además se advierte que la legislación de ese país prevé también la responsabilidad por la ilegalidad del acto, traducida en la inobservancia de un deber normativo de actuación y también la responsabilidad subjetiva de los funcionarios y agentes públicos que en ejercicio de sus funciones cumplen de manera irregular sus obligaciones legales con culpa o dolo.

²⁷ Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 114-118.

²⁸ Argentina, Ley de Responsabilidad Estatal, sancionada el 2 de julio de 2014 por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina; y, promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014.

Este breve análisis del derecho comparado nos permite observar que a nivel latinoamericano y español no existe consenso en cuanto a la objetividad o subjetividad como factores de atribución de la responsabilidad estatal extracontractual; sin embargo, podemos advertir que la tendencia mayoritaria de los países –incluido el Ecuador- ha sido elevar el tema a nivel de principio constitucional.

Cabe finalmente distinguir que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad objetiva del Estado presenta otra connotación. Así, se establece para el Estado la obligación general *erga omnes* de respetar y de garantizar los derechos humanos de los individuos, siendo éstas las obligaciones primarias del Estado y, aquéllas de reparación, sus obligaciones secundarias. Las obligaciones primarias son objetivas y las secundarias subjetivas.

De esta forma, la noción de obligaciones *erga omnes* en relación con los derechos humanos se traduce en que el incumplimiento de una obligación internacional atinente a cualquiera de los derechos protegidos, ‘acarrea per se e ipso facto la configuración o el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado, más allá de la existencia de un daño (material o moral)’. Esta tesis es la que el actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio A. Cançado Trindade identifica como de responsabilidad objetiva o absoluta, que enfatiza el elemento de la diligencia debida por parte del Estado, del control que éste debe ejercer sobre todos sus órganos y agentes para evitar que, por acción u omisión, se violen los derechos humanos consagrados.²⁹

1.3. La responsabilidad extracontractual del Estado en el Ecuador.

En el Ecuador, la vigente Constitución de la República (CRE)³⁰, al referir los principios que rigen el ejercicio de los derechos, prevé en el artículo 11.9 que

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

²⁹ Mauricio Iván del Toro Huerta, *La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 668, <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/342/32.pdf>>

³⁰ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial (en adelante *R.O.*) N° 449 (20 de octubre de 2008), en adelante se la cita como *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.

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 responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Esta normativa constitucional, “base” de la responsabilidad estatal extracontractual en el Ecuador, contempla los elementos básicos señalados en líneas anteriores por el argentino Cassagne y por el colombiano Velásquez Posada, esto es, (i) la producción de un daño, (ii) su imputación jurídica a la entidad estatal que lo provocó y (iii) el nexo causal o relación de causalidad entre la actividad del Estado y el daño, elementos que, como se verá más adelante, los recoge también la jurisprudencia ecuatoriana.

A diferencia de lo que preveía la derogada Constitución Política de la República del Ecuador³¹ en su artículo 20, el artículo 11.9 de la CRE impone la obligación estatal de indemnizar no sólo las acciones sino también las omisiones de los funcionarios y servidores públicos en el desempeño de sus cargos que provoquen violaciones a los derechos de los particulares, posición que responde a la evolución misma de la responsabilidad del Estado que, como se dijo en líneas anteriores ha transitado a lo largo del tiempo desde la irresponsabilidad estatal hasta la responsabilidad directa y objetiva del Estado, ampliándose progresivamente su ámbito de responsabilidad. Esta nota

³¹ Constitución Política de la República del Ecuador (derogada), R.O. N° 1 (11 de agosto de 1998), en adelante se la cita como *Constitución de 1998*.

evolutiva de la responsabilidad extracontractual del Estado fue recogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en la sentencia de 5 de febrero de 2001 emitida dentro del caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile en la que sostuvo: “(...) 72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado...”³²

La CRE, además, señala no solo la responsabilidad estatal por actos ilegales o antijurídicos -a saber, la violación de derechos, la falta o deficiencia de prestación de servicios públicos y error judicial-, sino también, en general, por las acciones u omisiones de los servidores públicos en el desempeño de sus cargos, lo que engloba la licitud e ilicitud de tales acciones u omisiones. Cabe destacar que si la acción u omisión se produce fuera del desempeño del cargo del servidor público, debería entenderse que se trata de un hecho personal de aquél, sujeto, a no dudarlo, a su responsabilidad personal que no compromete la responsabilidad estatal.

Finalmente, en la norma constitucional del artículo 11.9, en particular en sus incisos segundo, cuarto y quinto, se distingue el régimen de responsabilidad objetiva respecto del deber estatal de reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos y de las acciones u omisiones de funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de sus funciones; así como en la responsabilidad del Estado 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, casos en que la responsabilidad depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto por lo que, poco importa si éste ha actuado con dolo o culpa.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>

El Código Civil ³³ establece, por su parte, los principios y las reglas que regulan la figura de la responsabilidad extracontractual entre sus artículos 2214 y 2237 del Título XXXIII sobre los “Delitos y Cuasidelitos” del Libro IV que, según cierta jurisprudencia, son aplicables tanto a las relaciones entre particulares como a las de éstos con el Estado. El sistema general de responsabilidad extracontractual que desarrolla el código sustantivo civil se basa en la responsabilidad subjetiva, sin embargo, la CRE, en línea con la evolución señalada por la doctrina, ha optado por la objetividad de la responsabilidad estatal, como lo analiza la jurisprudencia que se invoca en el acápite siguiente.

1.3.1. La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia ecuatoriana.

Si bien la responsabilidad extracontractual del Estado no ha recibido mayor análisis jurisprudencial a pesar de su importancia, consideramos necesario referirnos inicialmente a tres sentencias “hito” dictadas en casación y que constituyen verdaderos aportes doctrinarios al tema; cuyo orden de análisis obedece al corte netamente civilista de la primera de ellas, contrastado con el enfoque administrativista de la segunda sentencia que se analiza, para concluir con la posición ecléctica que arroja el tercer precedente jurisprudencial, con el cual coincidimos.

Así tenemos que en sentencia dictada el 29 de octubre de 2002 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia dentro del juicio ordinario que por indemnización de daños y perjuicios siguió el Comité “Delfina Torres Vda. de Concha” en contra de PETROECUADOR y otros³⁴ (en adelante “caso Delfina Torres”) se analiza, entre otros temas, que el artículo 2229 (anterior Art. 2256) del CC³⁵ prevé la

³³ Ecuador, Código Civil, en R.O. Suplemento N° 46 (24 de junio de 2005). En adelante se cita este Código como *CC*.

³⁴ Ecuador, ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de casación de 29 de octubre de 2002 publicada en Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, N° 10, p. 3011.

³⁵ “**Art. 2229.**- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Están especialmente obligados a esta reparación:

1. El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente;
2. El que dispara imprudentemente una arma de fuego;
3. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

responsabilidad civil extracontractual por actividades riesgosas o peligrosas en que la malicia o negligencia se presumen, lo que releva a la víctima de aportar los medios de prueba de la negligencia, descuido o impericia; correspondiendo entonces demostrar al demandado que el hecho acaeció por fuerza mayor, caso fortuito, por intervención de un elemento extraño o por culpa exclusiva de la víctima, esta es la llamada responsabilidad objetiva que, en el caso concreto, se atribuyó al Estado en el ámbito de los hidrocarburos, por considerarla una actividad de riesgo. En el referido precedente jurisprudencial, si bien se señala que la responsabilidad civil extracontractual es en esencia subjetiva ya que requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable de su configuración, se relievra la existencia de la teoría del riesgo y cómo ésta va ganando espacio en la responsabilidad por daños. En este sentido, se afirma que:

...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. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las Cortes Supremas de Francia, Argentina y Colombia. Nosotros coincidimos plenamente con esta posición, y esta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo, en vista de que la producción, industria, transporte y

-
4. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y,
5. El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios.”

operación de sustancias hidrocarburíferas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad. (...)

En la referida sentencia se establece como uno de los factores por los cuales la responsabilidad estatal evoluciona hacia la responsabilidad objetiva, el hecho de que la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima; bajo estas circunstancias, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba hacia quien se beneficia de la actividad riesgosa. También se anota que los elementos que configuran la existencia de la responsabilidad extracontractual son: a) el daño o perjuicio, material o moral; b) la culpa, demostrada o preexistente; y, c) el vínculo de causalidad entre el uno y el otro; nótese que no se establece la ilicitud del acto dañoso o la antijuridicidad del resultado como elementos de la responsabilidad extracontractual. Como se ve, esta línea jurisprudencial, de corte civilista, resulta limitativa al establecer que la objetividad en la responsabilidad extracontractual del Estado tendría lugar respecto de las actividades de riesgo que éste realiza y no podría aplicarse a los daños generados por otras actividades estatales en las que no esté presente el riesgo, para los cuales se aplicarían los principios de responsabilidad extracontractual previstos en el CC que necesariamente requieren que la culpa o el dolo del agente sean comprobados. En otras palabras, sería la presencia del riesgo y no otro factor, el determinante, según este precedente, para establecer si la responsabilidad estatal es objetiva o subjetiva.

Otra línea jurisprudencial, más de nuestros días y de corte administrativista, la establece la sentencia de 24 de agosto de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del conocido caso por el fallecimiento de la ex Ministra de Defensa del Ecuador, Guadalupe Larriva y de su hija en un accidente aéreo (en adelante “caso Larriva”), en la que se refiere también la idea de una creciente responsabilidad estatal en el derecho contemporáneo, así como la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado, por culpa, falta o falla del servicio público; sin embargo, se sostiene tajantemente que ninguna de las teorías sobre la responsabilidad privada -las recogidas en el CC- resultan aplicables a la responsabilidad administrativa, a la responsabilidad estatal. De hecho, establece que la responsabilidad estatal:

no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho

civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. En efecto, el derecho civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; tiene como fin inmediato el interés de los individuos; y las personas se encuentran colocadas en un plano de igualdad. En cambio, el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines. 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.

Cabe señalar que las prerrogativas de las entidades públicas que refiere el fallo, resultan inaplicables en lo que a la responsabilidad estatal extracontractual se refiere, ya que en este ámbito, quien goza de prerrogativas es el ciudadano. Tampoco resulta del todo acertado afirmar que el daño se produce (únicamente) porque la persona pública no actúa como debe hacerlo, o porque actúa mal o tardíamente, ya que el daño, como se ha visto, puede derivarse tanto del actuar ilícito del agente como del lícito.

De manera poco precisa, en el caso Larriva se señala que la responsabilidad estatal estaría basada en una culpa objetiva o anónima, o culpa objetivizada, sin reparar que es la responsabilidad extracontractual del Estado la que se “objetiviza”, en virtud del daño ocasionado y no del factor culpa, que pasa a un segundo plano. De esta premisa, la resolución concluye: “así se ha consagrado para la aplicación del derecho público en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, por medio de la teoría de la culpa objetiva administrativa o falla del servicio, la cual consta actualmente en el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República (...)”, confundiendo una responsabilidad administrativa con la responsabilidad civil -resarcitoria de perjuicios- prevista en la norma constitucional del artículo 11.9 de la CRE.

Esta imprecisión persiste a lo largo de la sentencia:

(...) características esenciales de este concepto de responsabilidad administrativa objetiva, las siguientes: 1) El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo,

patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar. 2) Esta responsabilidad administrativa objetiva engloba diferentes aspectos a considerar dentro de la consideración (sic) de por qué se produjeron tales deficiencias del servicio por parte del Estado, siendo particularmente relevante la consideración del riesgo que conlleva el servicio o actividad pública en cuestión. 3) Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se requiere la existencia de dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría. 4) Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues solo será aquel que sea antijurídico, para cuya calificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, así como a la verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo. 5.5.- El Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que (sic) en su actividad estatal desarrollada 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 tal actividad pública. (...) ³⁶

Como vemos, la línea que marca este precedente resulta contradictoria con alguna de la doctrina que se ha invocado. Si bien la naturaleza pública que ostenta la responsabilidad extracontractual del Estado impide en principio que pueda regirse directamente por las prescripciones del CC, existe la salvedad en caso de aplicación análoga de este último cuerpo legal para cubrir los vacíos del ordenamiento administrativo ³⁷ que en el Ecuador no son pocos.

La alegada incompatibilidad entre el derecho público y el derecho civil para regular el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, hace que el derecho público tenga que apartarse del criterio de culpa como factor de atribución de la responsabilidad frente a situaciones en que el Estado es evidentemente responsable; y es dicha incompatibilidad el origen del establecimiento de la responsabilidad directa y

³⁶ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de casación de 24 de agosto de 2012 publicada en Gaceta Judicial, Año CXIII, Serie XVIII, N° 12, p. 4952.

³⁷ Juan Carlos Cassagne, “Los Principios que Fundamentan la Responsabilidad Extracontractual del Estado y el Alcance de la Reparación”, en Juan Carlos Cassagne y otros, *Responsabilidad del Estado*, 49.

objetiva del Estado que responde a dos factores de atribución: a) la responsabilidad por actividad ilegítima (por la falta o el anormal funcionamiento del servicio público o el irregular cumplimiento de los deberes y obligaciones de los servidores públicos); y, b) la responsabilidad por actividad legítima (la configuración de un sacrificio especial provocado por acto legítimo o por el funcionamiento del servicio público).³⁸ Sin embargo, la sentencia en mención insiste en sostener que la responsabilidad estatal “administrativa” objetiva está basada en una culpa “especial objetivizada” que sería propia del derecho administrativo, pese a que la doctrina, como hemos visto, se aparta en estos casos del criterio de culpa. Esta sentencia también restringe la responsabilidad estatal a las actividades que colocan a los administrados en una situación de “riesgo de naturaleza excepcional”, incurriendo en la limitación que encontramos en la sentencia dictada en el “caso Delfina Torres” ya que no se podría aplicar la responsabilidad objetiva a las actividades estatales que no generen riesgo. Finalmente, a pesar de que la CRE no lo recoge expresamente, como sí lo hace la constitución colombiana, la línea que marca el precedente jurisprudencial referido sí considera necesario que el daño ocasionado sea antijurídico.

Una tercera línea jurisprudencial -que podríamos considerarla ecléctica, porque sin abandonar los principios de la responsabilidad civil privada del CC, acude a la doctrina administrativa sobre la responsabilidad extracontractual del Estado- fue adoptada en la sentencia de 11 de abril de 2007 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, dentro del “caso Andrade Bailón vs. EMELMANABI”, en la que se señala que la responsabilidad extracontractual del Estado, pese a la especialidad derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el derecho administrativo, hace parte de la construcción de una teoría general de la responsabilidad cuyos elementos se han trazado desde el derecho privado regulado por el derecho civil en el que los requisitos sustantivos para la procedencia de la responsabilidad extracontractual son la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y la relación causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido.

³⁸ *Ibidem*, 52.

Se establece, además, que existen algunos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Este precedente distingue que la responsabilidad es subjetiva, cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño; enfatiza que en el caso de las actividades riesgosas, la culpa se presume, de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la ley le exige en su actividad; y, por otro lado, la responsabilidad es objetiva, si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto por lo que poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa, o si la acción u omisión fueron lícitas o ilícitas. Asimismo, aclara 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, es decir, en la antijuridicidad del daño o perjuicio:

Así, es principio fundamental en la organización del Estado, la solidaridad y, en virtud de ella, los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales (...) que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos de los que somos titulares. (...) La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que, en apariencia, se encuentran en conflicto. De tal forma 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 restablecer el balance afectado...³⁹

Por ello, el fallo considera que las normas constitucionales, cuando asignan responsabilidad al Estado, no refieren al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o

³⁹ Ecuador, ex Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de casación de 11 de abril de 2007 publicada en Gaceta Judicial, Año CVIII, Serie XVIII, N° 4, p. 1618.

empleados públicos; además, si observamos esta posición, basta que se provoque un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas que implique un sacrificio individual intolerable, vale decir un daño antijurídico, para que nazca la obligación estatal de reparar los perjuicios provocados; de esta manera, podríamos afirmar que se abandona la teoría del riesgo como única fuente o base de la responsabilidad objetiva del Estado; y, por ello es que

...el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda 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 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. Ello no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues, como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política) (actual Art. 11.9, tercer inciso de la CRE) la calificación de la 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 importante aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecua, tampoco, a la idea de la culpa presunta, propia, por ejemplo, de la realización de actividades de riesgo o de la responsabilidad por actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar -presuponiendo la reversión de la carga de la prueba- que el efecto dañoso no se deriva de la negligencia, imprudencia o impericia de los sujetos a cargo de la actividad pública o, con más exactitud, que el comportamiento de estos sujetos se ha ajustado a las reglas jurídicas y técnicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de la que se trate. Sostener esta posición significaría considerar que los efectos de la actividad pública, socialmente intolerables por su injusticia o ilicitud, son irrelevantes, porque la conducta de los agentes públicos se ha arreglado a las formas determinadas por otros agentes públicos; y que, las Instituciones del Estado, con competencias normativas, son irresponsables frente a la deficiencia de la regulación y sus efectos dañosos.⁴⁰

⁴⁰ *Ibidem.*

En otras palabras, según nuestro ordenamiento jurídico, en que la CRE es la norma suprema, no es factor eximente de la responsabilidad extracontractual del Estado el que sus servidores hayan procedido dentro de las reglas y técnicas previstas para el desarrollo de una actividad pública de la que se origina un daño; tampoco lo es que el funcionario haya actuado sin dolo ni culpa; los factores eximentes son únicamente que el efecto dañoso se derive de fuerza mayor o caso fortuito, del hecho de un tercero o de la culpa de la víctima, como más adelante, en la misma sentencia, se señala:

...definido el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación de causa-efecto, de la actividad pública de la que se trate con el referido daño. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica. 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.⁴¹

Este factor eximente se encuentra previsto en el segundo inciso del artículo 52 de la CRE en cuanto a la interrupción de los servicios públicos en los siguientes términos: “(...) La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”; y, en lo que a nuestro estudio respecta, ha sido acogido, como veremos más adelante, en el artículo 33, inciso tercero del Código Orgánico de la Función Judicial⁴² que otorga al servidor judicial la posibilidad de demostrar que los actos que originaron el perjuicio no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o fuerza mayor. Por lo demás, la sentencia es acertada al sostener que es el restablecimiento del equilibrio en la distribución de las cargas públicas -como lo expuso

⁴¹ *Ídem.*

⁴² Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, en R.O. N° 544 (9 de marzo de 2009). En adelante se cita este código como *COFJ*.

Cassagne-⁴³ lo que obliga al Estado a reparar el balance afectado o daño que su actividad lícita o ilícita pudo provocar y no necesaria ni exclusivamente lo riesgoso de su actividad.

También acierta en señalar que la responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado es directa, lo que se debe a que la responsabilidad de los servidores públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública. Así, señala la sentencia que el comportamiento de un servidor público es, a efectos del régimen de responsabilidad estatal, atribuible al mismo Estado cuando se analizan sus relaciones con el administrado, lo que difiere del comportamiento personal e individual del funcionario para determinar su responsabilidad frente al Estado, por el inadecuado ejercicio de sus competencias, principio que genera el derecho a repetir de este último; sobre este punto, como se señala en el caso *Andrade Bailón vs. EMELMANABI*, la calificación de la culpabilidad del funcionario público determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tiene que asumir frente a los administrados.

Regresando a lo que puede considerarse como afectación injusta originada en la actividad pública, el fallo explica que esa característica se desprende ordinariamente de la vulneración de la igualdad material en la distribución de las cargas públicas, algo que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados; la afectación ilícita, en cambio, está ligada a los deberes constitucionales de los administrados, en cuanto nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional (o legal) que se lo haya impuesto.

Toda vez que las sentencias en los casos *Delfina Torres* y *Andrade Bailón vs. EMELMANABÍ* fueron emitidas al amparo de las normas que regulaban la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución de 1998, cabe establecer un breve parangón con las normas pertinentes de la vigente CRE:

⁴³ Citado por María del Pilar Amenábar en *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, 82.

Constitución de 1998	CRE (vigente)
<p>Art. 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.</p> <p>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.</p>	<p>Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...)</p> <p>9. (...)</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
<p>Art. 21.- Cuando una sentencia condenatoria sea 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 con la ley.</p>	<p>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.</p>

<p>Art. 22.- 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 Art. 24 (garantías del debido proceso). El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.</p>	<p>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 responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.</p>
--	---

Como se señaló en líneas anteriores, la CRE a diferencia de la Constitución de 1998, instaura la responsabilidad estatal derivada no solo de las acciones de funcionarios o empleados del Estado, sino también de sus omisiones. De hecho, la norma de la CRE prevé un ámbito más amplio de responsabilidad extracontractual del Estado al establecer la obligación de éste de reparar (en general) las violaciones a los derechos de los particulares atribuibles a sus funcionarios y servidores públicos. La norma de la Constitución de 1998 recogía la responsabilidad subjetiva del funcionario frente a las instituciones (estatales) para efectos de repetición, circunstancia que en la actualidad no se prevé en la CRE sino en normativa secundaria. Finalmente, se puede observar que la Constitución de 1998 refirió expresamente el recurso de revisión como único medio para reformar o revocar una sentencia condenatoria por la cual una persona que hubiere sufrido pena, pudiese reclamar indemnización al Estado, limitación que si bien no la recogió la CRE, consta en el COFJ, como se verá más adelante.

Una vez que nos hemos ubicado en el ámbito de la responsabilidad estatal extracontractual y que hemos inferido que en el Ecuador rige la teoría de la responsabilidad objetiva, según la cual el Estado debe reparar el daño causado por sus instituciones, entidades, agentes y funcionarios en el ejercicio de sus funciones, sin que la ausencia de culpa, negligencia o dolo en la conducta de éstos sea factor eximente de la

responsabilidad del Estado, corresponde pasar a analizar el tratamiento del tema en el campo específico de la inadecuada administración de justicia.

Capítulo segundo

La responsabilidad extracontractual del Estado por inadecuada administración de justicia

El artículo 11.9 de la CRE, a más de prever a nivel constitucional la responsabilidad extracontractual del Estado, coloca a éste, institucionalmente entendido, como el primer llamado a responder y 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 funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, sin enfocarse en la licitud o ilicitud de sus actos ni en la intencionalidad de sus agentes. Establece, además, por un lado, la obligación del Estado de repetir contra los (servidores públicos) responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas de éstos a que hubiere lugar; y, por otro, la obligación de repetir en contra de los servidores públicos, administrativos o judiciales una vez que se haya declarado la responsabilidad de éstos, por tales actos. También se observa que la norma constitucional identifica a los servidores judiciales como servidores públicos.

En este sentido, el segundo inciso del artículo 53 de la CRE señala que 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, el artículo 54 dispone que “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio,...”.

El artículo 326.15 de la CRE, aunque de manera indirecta, ubica a la justicia como un servicio público, al establecer la prohibición de “...la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia,...”; el artículo 15 del COFJ lo corrobora cuando establece que 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 este punto cabe señalar que conceptualmente no puede considerarse a la administración de justicia como un servicio público porque en estricto derecho ellos

emanan de las funciones estatales de ejecución. Dromi apunta que el servicio público “trata de las prestaciones públicas o cometidos estatales que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros, bajo fiscalización estatal”⁴⁴, lo que excluye a las funciones legislativa y judicial de la noción del servicio público. En este sentido, los administrativistas sostienen que la noción conceptual del servicio público ha atravesado por dos etapas que construyen la doble conceptualización con la que suele emplearse el término. Así tenemos que:

a) por un lado, una concepción amplia, omnicomprendiva, manejada por el creador de la Escuela aludida, LEÓN DUGUIT (1859-1928), quien desde una perspectiva social y finalista defiende la noción de servicio público como justificación misma del poder del Estado. La actuación de este último sólo se legitimaría en la medida en que satisficiera necesidades públicas y pudiera ser calificada como «servicio público». Como se puede comprender, se trata de una concepción más filosófica que jurídica que, hoy en día, entronca directamente con los postulados del Estado Social, en cuanto subraya el deber de los poderes públicos de garantizar la prestación de los servicios esenciales para la comunidad; b) por otro lado, una noción más estricta que toma como punto de partida las elaboraciones posteriores de los discípulos de DUGUIT, como JÈZE, BONNARD o ROLLAND. Desde este punto de vista, el servicio público se configura como una técnica concreta de gestión de aquellos servicios esenciales a los que antes aludíamos. De este modo terminó por definirse como «aquella actividad desarrollada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general que los individuos no pueden satisfacer aisladamente y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de Derecho Público»

(...) Partiendo de la acepción clásica estricta a la que acabamos de aludir, la noción jurídica de «servicio público» ha terminado por configurarse con apoyo en las siguientes notas:

Ha de tratarse de una actividad de carácter prestacional, con lo que queda al margen del concepto la eventual actividad de producción de bienes que puedan desarrollar los poderes públicos.

Estas prestaciones son de carácter fundamentalmente material o técnico, no implican el ejercicio de autoridad y tratan de procurar utilidades de las que pueden beneficiarse

⁴⁴ José Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 2 (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987), 4.

los individuos singularmente considerados (*uti singuli*, en terminología jurídico-administrativa). Queda así excluido lo que la doctrina italiana (ZANOBINI, ALESSI, GIANNINI), por oposición al concepto de «servicio público», denomina «funciones públicas», esto es, aquellas actividades desarrolladas por el poder público desde una posición de supremacía y destinadas a beneficiar a la colectividad en su conjunto (*uti universi*), como, por ejemplo, el mantenimiento de un ejército, el sistema judicial, la recaudación de tributos, etc.⁴⁵

Retomando el tema de nuestro análisis, señalemos que el Estado actúa a través de las personas y entidades del sector público previstas en el artículo 225 de la CRE y de aquellas establecidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público⁴⁶. El artículo 225 de la CRE determina que el sector público se conforma por:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Mientras que el artículo 3 de la LOSEP prevé que la administración pública está comprendida por:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional;
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales;
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado;
- y, 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales para la prestación de servicios públicos. (...).

⁴⁵ *Enciclopedia Jurídica*, Edición 2014, <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/servicio-publico/servicio-publico.htm>>

⁴⁶ Ecuador, Ley Orgánica del Servicio Público, en R.O. Suplemento N° 294 (06 de octubre de 2010). En adelante se cita esta ley como *LOSEP*.

El primer inciso del artículo 233 de la CRE, por su parte, establece que “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”. Congruente con ello, específicamente en la materia que nos ocupa, el tercer inciso del artículo 172 de la Carta Magna establece la responsabilidad de los jueces y juezas “por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”; esta norma prevé conductas culposas e ilegítimas como origen del deber de responder por el daño.

Del marco constitucional que se ha referido se desprende, entre otras cosas, la responsabilidad extracontractual general e institucional del Estado, establecida en el artículo 11.9; también la responsabilidad extracontractual directa y personal de los servidores públicos (Art. 233, CRE); y, la específica y personal de los jueces y juezas prevista en el artículo 172 de la CRE.

2.1.El mal funcionamiento de la administración de justicia

La CRE en su artículo 167 prevé 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”; y, aunque no todos los órganos de la Función Judicial administren justicia en sentido estricto, en sentido amplio todos ellos son actores en el proceso y están comprometidos con el deber nacional de procurar el logro del ideal de justicia.⁴⁷

El COFJ, por un lado, replica el precepto constitucional en su artículo 1 y, por otro, establece en el artículo 3:

Con el fin de garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y los demás principios establecidos en la Constitución y este Código, dentro

⁴⁷ Santiago Andrade, “Reforma judicial y administración de justicia”, en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, editores, *La transformación de la justicia* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 5, <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_La_transformacion_de_la_justicia.pdf>

de los grandes lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo, los órganos de la Función Judicial, en el ámbito de sus competencias, deberán formular políticas administrativas que transformen la Función Judicial para brindar un servicio de calidad de acuerdo a las necesidades de las usuarias y usuarios; políticas económicas que permitan la gestión del presupuesto con el fin de optimizar los recursos de que se dispone y la planificación y programación oportuna de las inversiones en infraestructura física y operacional; políticas de recursos humanos que consoliden la carrera judicial, fiscal y de defensoría pública, fortalezcan la Escuela de la Función Judicial, y erradiquen la corrupción.

Debe señalarse que el justiciable es el destinatario de esas políticas, por lo que el accionar de la Función Judicial se ha de dirigir a hacer efectivos esos derechos.⁴⁸

Dentro del contexto normativo que representan las normas constitucionales y la legislación señaladas, el COFJ prevé en su artículo 15, en concordancia casi literal con el artículo 11.9 de la CRE, que la administración de justicia es un servicio público y que en tal virtud, “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”; norma que establece la responsabilidad directa del Estado por los actos ilegítimos de la administración de justicia.

La norma legal repite que si una sentencia condenatoria es reformada o revocada, a través del recurso de revisión, el Estado debe reparar a quien sufrió pena como resultado de tal sentencia y que una vez declarada la responsabilidad de servidoras o servidores por tales actos, se tendrá que repetir contra ellos en la forma señalada en el COFJ.⁴⁹ Si bien el tercer inciso del artículo 15 del COFJ refiere el recurso de revisión como la vía idónea para que una sentencia condenatoria sea revocada o reformada y pueda generarse la obligación del Estado de reparar a la persona que sufrió pena como resultado de tal sentencia, en aplicación del mandato constitucional que prevé el artículo 11.9 de la CRE -en el que no se hace esa especificación- y que por supremacía constitucional prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico (Art. 424, CRE), consideramos que todo

⁴⁸ *Ibidem*, 6.

⁴⁹ Debe señalarse que al caso de reforma o revocatoria de una sentencia condenatoria previsto en el artículo 11.9 de la CRE, el COFJ agrega en su artículo 15, que tal reforma o revocatoria deben ser resultado de un recurso de revisión, circunscribiendo el caso únicamente al ámbito penal.

medio impugnatorio judicial o constitucional por el que se logre la revocatoria de una sentencia condenatoria, resulta idóneo para generar la obligación de reparación del Estado.

El inciso cuarto del artículo 15 del COFJ prevé que “Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos”. Finalmente, la norma invocada advierte que las juezas y jueces son responsables por el perjuicio que se cause por el retardo injustificado, la negligencia, la denegación de justicia o el quebrantamiento de la ley, de conformidad con lo que establece la Constitución y la ley.

Señalemos que la Corte IDH ha referido la debida diligencia (en casos de violencia contra las mujeres) como la necesidad de que los Estados no solo cuenten con un adecuado marco jurídico de protección, sino también con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención que permitan actuar eficazmente ante cualquier denuncia; esto no significa otra cosa que la actuación inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias frente a las denuncias, ya que la ineficacia judicial propicia un ambiente de impunidad que facilita la repetición de los hechos denunciados:

289. El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos.⁵⁰

En el primer inciso del artículo 32, el COFJ reitera que “El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>

del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso”; y, en el último inciso de dicha norma reproduce que si una sentencia condenatoria es reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, “o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria 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”, código adjetivo que, por cierto, ya no se encuentra vigente. En el artículo 33 del COFJ se establece el proceso de repetición de lo pagado por el Estado. Finalmente, en el artículo 34 del COFJ se prevé el procedimiento para sustanciar las causas por responsabilidad personal de jueces y juezas, de fiscales y defensoras y defensores públicos por indemnización de daños y perjuicios y por daño moral provocado por tales funcionarios; vale decir, por la responsabilidad civil de la que no están exentos como servidores públicos, según el artículo 233 de la CRE.

Esta normativa se analizará en líneas posteriores, sin embargo cabe señalar de manera general que resulta harto difícil catalogar o encasillar conductas u omisiones que den lugar a la responsabilidad estatal por el mal funcionamiento de la administración de justicia, de ahí los problemas que en la tipificación subjetiva de estas conductas se han originado en cuanto al “control disciplinario” de los funcionarios judiciales, especialmente en lo relativo al error inexcusable como causal de destitución prevista en el COFJ.

A continuación ensayamos una enumeración de las conductas que se derivan del texto constitucional (Art. 11.9, CRE) y del artículo 15 del COFJ, así como el análisis de sus características principales.

2.2. Conductas típicas del mal funcionamiento de la administración de justicia.

Comencemos por señalar que ha sido el COFJ el que ha acuñado en el capítulo III de su Título I, la frase genérica “mal funcionamiento de la administración de justicia” para englobar, referirse y desarrollar aquellas circunstancias que constitucionalmente se han previsto como fuente de responsabilidad extracontractual estatal por actividades judiciales.

El artículo 15 del COFJ, en concordancia con el artículo 11.9 de la CRE, determina, en su segundo inciso, las actividades ilegítimas que implican o que derivan en el “mal funcionamiento de la administración de justicia”, a saber: error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial y violaciones de los principios y reglas del debido proceso. El tercer inciso de la norma legal invocada dispone que si una sentencia condenatoria es 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 el propio COFJ. El último inciso de dicho artículo establece la responsabilidad de los jueces por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

2.2.1. Error Judicial.

A decir del español Guzmán Fluja, en la evolución que va desde la irresponsabilidad del Estado hacia su responsabilidad, quedó inicialmente al margen la administración de justicia debido a una serie de características que fueron consideradas como elementos excluyentes de la responsabilidad del Estado por los daños que ocasionara, a saber la independencia judicial y la inalterabilidad de la cosa juzgada.⁵¹ Sostiene, además, que en el proceso de gradual superación de la irresponsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia, la evolución del error judicial constituyó uno de los hitos esenciales.⁵²

El error judicial se concibe en sentido amplio como toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un juez incurre al fallar en una causa.⁵³

⁵¹ Vicente Carlos Guzmán Fluja, *La extensión del principio de responsabilidad del Estado a la actividad de la administración de justicia*, Vol. 3 (Santiago de Compostela: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, 1994), 108, <<http://hdl.handle.net/10347/2201>>.

⁵² *Ibidem*, 118.

⁵³ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 146.

En sentido restringido, se distingue el error judicial en materia civil, como aquel yerro manifiesto en la apreciación jurídica que se traduce en grave negligencia o en denegación de justicia y que no resulta reparable por algún medio jurisdiccional impugnatorio⁵⁴; y, el error judicial en materia penal, ligado estrechamente al caso constitucionalmente previsto en el último inciso del artículo 11.9 de la CRE, de reforma o revocatoria de una sentencia condenatoria por la que una persona hubiere sufrido pena como resultado de tal sentencia, en el cual se requiere, por un lado, que la sentencia condenatoria haya sido reformada o revocada y, por otro, que por dicha sentencia (errónea) la persona haya sufrido la imposición de una pena, circunstancias de las que se desprende un criterio de responsabilidad objetiva en que no trasciende el dolo ni la culpa del juzgador sino únicamente el que su decisión condenatoria haya sido reformada o revocada.

Consideramos erróneo asumir como un absoluto lo que sostiene Barros Bourie: que en materia civil el yerro judicial es únicamente aquel que resulta irreparable por algún medio jurisdiccional impugnatorio, puesto que su presencia estaría, en tal caso, limitada únicamente a las sentencias y resoluciones finales y definitivas emitidas en casación o en última instancia por los más altos tribunales de justicia; a nuestro entender en cualquier instancia procesal puede deslizarse un error judicial y no únicamente en las sentencias finales y definitivas que no admiten recursos ordinarios ni extraordinarios. Tampoco coincidimos del todo con la posición contraria sostenida por Mosset Iturraspe, para quien los recursos ordinarios y extraordinarios están previstos para corregir los errores en la apreciación de los hechos y del derecho aplicable, de donde, “la sentencia definitiva tiene, al menos en principio, una presunción de verdad y legalidad *res iudicata pro veritate habetur*. Quedaría pendiente la cuestión relativa a los perjuicios ocasionados por sentencias inferiores, con base en medidas tales como embargos, inhibiciones, de no innovar, secuestros, etc., durante el tiempo de su vigencia o sea hasta la revisión en una instancia superior. (...)”⁵⁵; este enfoque asume en cambio que sólo en las instancias inferiores se podría evidenciar la presencia de errores judiciales y no en las últimas y

⁵⁴ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 523-524.

⁵⁵ Jorge Mosset Iturraspe, *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, Tomo IV (Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 1982), 178.

definitivas instancias jurisdiccionales; al respecto, reiteramos que, a nuestro entender, en cualquier instancia y momento procesal pueden deslizarse errores judiciales.

El colombiano Gil Botero, en su obra “Responsabilidad extracontractual del Estado”, refiere un artículo del español Leopoldo Tolivar Alas sobre “La responsabilidad patrimonial del Estado-juez” en el que

describe cómo el Tribunal Supremo español le da un trato excepcional a la declaración del error judicial: “El error judicial es, por tanto, para el Tribunal Supremo, una equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley o el derecho, por basarse en normas derogadas, inexistentes o entendidas fuera de toda razón o sentido y ha de dimanar en una resolución injusta o equivocada, viciada de un error indisciplable, patente, indubitado e incontestable (...)⁵⁶

En esta línea, la jurisprudencia ecuatoriana ha dicho que el error judicial no se deriva 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 error debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo 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...(Tratado de Responsabilidad Civil, Ricardo de Ángel Yáñez, p. 492, 493)...⁵⁷

El error judicial previsto en el artículo 11.9 de la CRE y, concordantemente en el segundo inciso del artículo 15 del COFJ, engloba, a la luz de los criterios doctrinarios expuestos, a la negligencia, a la denegación de justicia, al quebrantamiento de la ley y a la reforma o revocatoria de una sentencia condenatoria, por las que, según el último inciso de dicha norma, son responsables los jueces.

⁵⁶ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 399.

⁵⁷ Ecuador, ex Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de casación de 29 de julio de 2002 publicada en R.O. N° 700 (8 de noviembre de 2002).

De conformidad con el artículo 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés)⁵⁸, “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 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”. En este sentido, el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁵⁹ determina que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”. Principios que han sido recogidos en el tercer inciso del artículo 15 del COFJ que, en concordancia con el quinto inciso del artículo 11.9 de la CRE, previó que si una sentencia condenatoria es reformada o revocada en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia.

La jurisprudencia constitucional ecuatoriana, invocando al chileno Juan Carlos Ferrada, ha establecido 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. (...) las consecuencias fundamentales del error judicial son: a) La responsabilidad patrimonial del Estado-Fisco, pues supone necesariamente una actuación errónea, dolosa o negligente del aparato judicial puesto en marcha por el supuesto delito; b) En lo que ahora interesa, la responsabilidad configurada, no requiere, para los tribunales de justicia en materia criminal, de una calificación previa de admisibilidad. El ciudadano, entonces, podrá intentar directamente ante el tribunal competente la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado⁶⁰

⁵⁸ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200ª (XXI) de 16 de diciembre de 1966; ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo N° 37 publicado en el R.O. N° 101 de 24 de enero de 1969.

⁵⁹ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; ratificada por el Ecuador mediante Decreto Supremo N° 1883, publicado en el R.O. N° 452 (27 de octubre de 1977).

⁶⁰ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009 publicada en R.O. Suplemento N° 602 (1 de junio de 2009).

No coincidimos con que la responsabilidad estatal patrimonial por revocatoria de sentencia condenatoria presuponga necesariamente una actuación errónea, dolosa o negligente del aparato judicial, porque la sentencia revocada puede derivarse también de una conducta lícita, incluso apegada a derecho del juzgador que actuó de conformidad con su sano saber y entender.

Nótese, asimismo, que según el precedente de justicia constitucional invocado la responsabilidad estatal derivada de la revocatoria de una sentencia condenatoria no requiere de una calificación previa de admisibilidad para intentarla directamente ante el tribunal competente. Esta circunstancia nos lleva a establecer, incluso en contra de la institución de la cosa juzgada, que no se requiere que la revocatoria de sentencia esté ejecutoriada para que se pueda iniciar la acción por responsabilidad estatal y que, incluso, se tomen medidas administrativo-disciplinarias en contra del funcionario judicial responsable de la sentencia revocada o reformada.

En nuestro país podrían adoptarse, a efectos de ensayar unas circunstancias objetivas para el error judicial (por error *in iudicando* o por error *in procedendo*), los vicios que describían las causales establecidas en el artículo 3 de la derogada Ley de Casación⁶¹ y que las replicó el Código Orgánico General de Procesos⁶² en su artículo 268, esto es, la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de: (i) normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión; (ii) preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conduzcan a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la decisión; de normas procesales que vicien el proceso de nulidad insanable o provoquen indefensión; (iii) normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios. También cuando (iv) la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación; y, finalmente, (v) cuando se resuelve en la sentencia lo que no es materia del litigio o se concede más allá de lo reclamado, o se omite resolver algún punto de la controversia, en este sentido el segundo

⁶¹ Ecuador, Ley de Casación (derogada), en R.O. Suplemento N° 299 (24 de marzo de 2004). En adelante se cita esta ley como *LC*.

⁶² Ecuador, Código Orgánico General de Procesos en R.O. Suplemento N° 506 (22 de mayo de 2015). En adelante se cita este código como *COGEP*.

inciso del artículo 140 del COFJ señala que el juez no puede ir más allá de lo exigido por las partes ni basar su decisión en hechos distintos de los que han alegado las partes. Bajo este marco, puede considerarse que la aceptación de un recurso de casación por parte de cualquiera de las salas de la Corte Nacional de Justicia, así como la aceptación de cualquier recurso ordinario que ponga fin de manera definitiva a un proceso, podría evidenciar la existencia del error judicial en los términos referidos por el COFJ en concordancia con la CRE. De hecho, estimamos que los parámetros que establece el referido artículo 268 del COGEP en cuanto al *error in iudicando* y al *error in procedendo*, han ido objetivando y delimitando, a través de la abundante producción de jurisprudencia nacional de casación, las características inicialmente subjetivas del error judicial. A lo dicho, hay que añadir que incluso varias sentencias de casación de la Corte Nacional de Justicia han sido anuladas por la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶³ estableciendo la presencia de errores judiciales en las sentencias “finales y definitivas” de la Corte Nacional de Justicia, lo que a nuestro entender también constituiría fundamento de una acción contra el Estado por inadecuada administración de justicia.

La Corte Constitucional ha resumido la existencia del error judicial en tres supuestos cercanos a las causales del 268 del COGEP: cuando hay errónea apreciación de los hechos; cuando existe mal encuadramiento en el ordenamiento jurídico de las circunstancias fácticas; y, cuando se utiliza erróneamente las normas legales.⁶⁴

Podemos afirmar que el error judicial, tanto en el ámbito civil como en el penal, se evidencia en toda aquella decisión judicial que es reformada o revocada por cualquier tribunal jurisdiccional de alzada en virtud de la aceptación de algún recurso impugnatorio vertical ordinario o extraordinario o por la Corte Constitucional en virtud de la aceptación de una acción extraordinaria de protección. La simple alegación de que existió error judicial de hecho o de derecho, *in iudicando* o *in procedendo*, no sería suficiente para

⁶³ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en R.O. Suplemento N° 52 (22 de octubre de 2009). En adelante se cita esta ley como *LOGJCC*.

⁶⁴ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 007-09-SEP-CC, de 19 de mayo de 2009 publicada en R.O. Suplemento N° 602 (1 de junio de 2009).

iniciar una acción por inadecuada administración de justicia, mucho menos si su alegación fue materia de algún recurso vertical desechado.

Ahora bien, partiendo de la posición expuesta, resulta necesario que la ley o la jurisprudencia expresamente establezcan las condiciones que debe cumplir el error judicial para generar la obligación del Estado de responder por él, como, por ejemplo, lo ha establecido en Chile la Corte de Apelaciones de Valdivia en sentencia pronunciada el 29 de abril de 2005, en la causa "Catalán contra Fisco", referida por nuestra Corte Constitucional, al decir que

...sólo una vez que se declare que la prisión preventiva fue injustificadamente errónea o arbitraria, como lo señala el artículo 19 No. 7, letra i) de la Constitución Política por parte de la Excma. Corte Suprema, el afectado tendrá derecho a ejercitar la acción a que se refiere dicha disposición a fin de ser indemnizado por el Estado respecto de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido y mientras esta declaración no exista, prematuro es deducir la demanda de autos, por cuanto la resolución que debe dictarse parte del tribunal antes mencionado es un requisito o condición previa para el ejercicio de la acción de reparación.⁶⁵

Sería insostenible que el Estado deba responder por cada decisión judicial que es revocada o revisada en virtud de la interposición de un recurso judicial o de una acción constitucional; para que el Estado asuma la responsabilidad por el error judicial, éste debe, no solo generar necesariamente una pena, un daño o perjuicio evidente, como se previó para el caso de la reforma o revocatoria de una sentencia condenatoria, sino también su existencia debería ser judicialmente declarada mediante providencia ejecutoriada que no admita recurso ulterior alguno.

2.2.2. Detención arbitraria.

El artículo 77 de la CRE, establece las garantías básicas que todo proceso penal en que se prive de libertad a una persona, debe observar. Así tenemos que

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

⁶⁵ *Ibidem.*

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 formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.

3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

6. Nadie podrá ser incomunicado.

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

b) Acogerse al silencio.

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.

10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aún cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.

11. La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas.

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.

Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley.

Frente a la inobservancia de esta normativa constitucional, surge la acción de *Hábeas Corpus* prevista en la CRE (Art. 89), como garantía jurisdiccional idónea no sólo para que la persona que se encuentra privada de libertad, ilegal, arbitraria o ilegítimamente, la recupere de inmediato, sino también para determinar, precisamente, la ilegalidad, la arbitrariedad o la ilegitimidad en la privación de libertad que sufrió el accionante. El objeto de esta garantía jurisdiccional, de conformidad con el artículo 43 de la LOGJCC, es la protección de la libertad, la vida, la integridad física y de otros derechos conexos del privado de libertad por autoridad pública, tales como no ser detenido ilegal, arbitraria o ilegítimamente, protección que garantiza que la detención se haga a través de mandato escrito y motivado de juez competente, excepto en caso de flagrancia.

El artículo 679 del Código Orgánico Integral Penal⁶⁶ dispone que:

Una persona detenida solo podrá ingresar en un centro de privación de libertad con orden de autoridad competente.

En la aprehensión por flagrancia deberán registrarse los hechos y circunstancias que la motivaron. La privación de libertad, en este caso, no excederá de veinticuatro horas.

El incumplimiento de estas obligaciones causará la imposición de la máxima sanción administrativa prevista por la ley a la o el servidor responsable, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil.

En el artículo 531 del COIP se detallan los requisitos obligatorios de la boleta de detención, que son: “1. Motivación de la detención. 2. El lugar y la fecha en que se la expide. 3. La firma de la o el juzgador competente.” En el artículo 532 se establece que la detención no puede durar más de 24 horas; además, la persona detenida tiene que ser informada sobre sus derechos (Art. 533, COIP).

La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que el sustento de la figura de la detención ilegal “es que una persona inocente, no debe asumir una carga pública que afecte injustificadamente sus derechos (vale decir una carga ilegítima), pero si es que en

⁶⁶ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en R.O. Suplemento N° 180 (10 de febrero de 2014). En adelante se cita este código como *COIP*.

los hechos ha sucedido así, el Estado tiene la responsabilidad de reparar los perjuicios ocasionados a consecuencia de su obrar, y para tal efecto resulta irrelevante que las actuaciones de los funcionarios que dieron origen a la vulneración del derecho sean legales o no”⁶⁷, posición que en el caso de detención arbitraria establece la responsabilidad objetiva del Estado frente a tal hecho.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la detención arbitraria, si bien podría derivarse en la práctica del error judicial y ser una consecuencia de éste, no implica, *per se*, error judicial como sí sucede con la sentencia condenatoria que es reformada o revocada.

En la emblemática sentencia de 7 de septiembre de 2004 dictada por la Corte IDH dentro del caso “Tibi vs. Ecuador”⁶⁸, se reseña, entre otras atrocidades, la detención por demás arbitraria que sufrió el ciudadano francés Daniel Tibi en la ciudad de Quito, quien sin orden judicial fue aprehendido y conducido a la ciudad de Guayaquil, donde permaneció ilegalmente detenido por 28 meses. Los representantes de Daniel Tibi señalaron que el concepto de “detención arbitraria” opera cuando, a pesar de estar satisfechos los requisitos constitucionales y legales, se verifica alguna circunstancia incompatible con los derechos y garantías protegidos por la Convención Americana.⁶⁹ La Corte IDH, entre las muchas violaciones que encontró, estableció que Daniel Tibi no tuvo conocimiento oportuno y completo de los cargos que se le imputaban en el auto cabeza del proceso y en los que se había sustentado, de hecho, su detención arbitraria.⁷⁰ Al establecer sus consideraciones, la Corte IDH sostuvo que para fijar la compensación por daño inmaterial en ese caso, se debía considerar que Daniel Tibi fue sometido a condiciones de reclusión inhumanas y fue torturado, lo cual le produjo intensos dolores corporales, sufrimientos y quebrantos emocionales, así como consecuencias físicas y psicológicas permanentes; además, las actuaciones que se siguieron en su contra no cumplieron con los requisitos del debido proceso (hubo detención ilegal y arbitraria, falta

⁶⁷ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Penal, sentencia de casación de 21 de septiembre de 2010. Expediente 1073, publicada en R.O. Suplemento N° 426 (10 de abril del 2013).

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, (numeral 3) en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>

⁶⁹ *Ibidem* (numeral 92.e)

⁷⁰ *Ibidem* (numeral 185)

de garantías judiciales y de protección judicial); consideró obvio que la persona sometida a detención arbitraria experimenta un profundo sufrimiento que se agrava si se toma en cuenta que, como en ese caso, no se investigaron los hechos relacionados con la tortura de que fue objeto la víctima.⁷¹ Esta consideración de la Corte IDH resulta importante ya que establece que la detención arbitraria provoca de hecho un profundo sufrimiento a quien la padece, es decir, un daño inmaterial que, acorde nuestro estudio, también puede ser materia de reparación por parte del Estado.

En su voto concurrente, el juez Sergio García Ramírez realiza un interesante pronunciamiento sobre la detención arbitraria de la que fue víctima Daniel Tibi, en los siguientes términos:

36. En el caso al que se refiere este Voto queda a la vista, una vez más, la gran falla en el inicio del procedimiento, o al menos la que con más frecuencia y contundencia victimó al inculpado -el 'presunto inocente'- y gravita sobre los restantes datos de la persecución que realiza el Estado: la detención arbitraria. No será fácil, a estas alturas, hallar normas que olviden predicar la legalidad de esta medida tan relevante, delicada y devastadora. Se ha querido rodearla de condiciones: que la detención se sustente en la ley, que provenga de autoridad competente, que sea judicial la autoridad ordenadora, que conste por escrito, que se exhiba al detenido.(...) La mayoría, si no la totalidad de los casos de ejecución extrajudicial, tortura, desaparición forzada, proceso irregular, etcétera, etcétera, se ven precedidos por una detención en la que no se observaron, ni remotamente, las condiciones que la legitiman y que permiten distinguir entre la acción del Estado que se ampara en la Constitución política, y el secuestro de un ciudadano, perpetrado por agentes 'de la ley' que imponen su voluntad personal a la voluntad general recogida en la norma.

38. Lejos de ser insólitos, parecen constituir mayoría -o por lo menos son muy numerosos y evidentes- los casos en que aparece la detención arbitraria. A partir de ahí el proceso puede convertirse en un laberinto colmado de trampas, que ciertamente no corresponde a la idea del enjuiciamiento -una idea 'ética', además de jurídica- que corre asociada al Estado de Derecho, y que constituye, de hecho, una de sus manifestaciones más elocuentes o una de sus negaciones más reveladoras. La descripción de lo que sucede en ese laberinto persecutorio -como se observa en el caso resuelto por esta sentencia de la Corte Interamericana- evoca con absoluta naturalidad

⁷¹ *Ibidem* (numeral 244)

las vicisitudes del inculpado José K, a quien Kafka pone a vagar por los vericuetos del proceso, sin saber de qué se trata y adónde le llevan.⁷²

No menos importante y dramático resulta el razonamiento que el juez Antonio Augusto Cañado Trindade plasma de manera magistral en su voto (concurrente) razonado, estableciendo paralelismos entre lo padecido por Daniel Tibi con lo relatado en “El Proceso” de Kafka y lo sufrido por su protagonista, Josef K.; con lo descrito por Antonio Gramsci en sus “Cartas de la Cárcel”; con el testimonio personal de Oscar Wilde en su obra “De Profundis”; con “El Extranjero”, de Albert Camus; con los “Recuerdos de la Casa de los Muertos” de Fiodor Dostoievski; obras universales que versan sobre el impacto de la detención arbitraria y la condición carcelaria en la conciencia humana.⁷³

2.2.3. Retardo injustificado o inadecuada administración de justicia.

Esta causal dice relación a la “mora procesal”, sobre la cual Cabanellas de Torres sostuvo que “la dilación en los trámites judiciales suele tener por consecuencia necesaria la pérdida de la facultad de procedimiento de la parte inactiva y la prosecución de las actuaciones sin ella o sin su presencia o intervención en esa fase del procedimiento. (...)”.⁷⁴

El artículo 75 de la CRE dispone que “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 concordancia, el artículo 169 *ibídem* recuerda que el sistema procesal se constituye en medio para la realización de la justicia; que las normas procesales deben consagrar los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y que harán efectivas las garantías del debido proceso. El artículo 77.9 de la CRE establece que “La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad”.

⁷² *Ibídem*, Voto Concurrente Juez Sergio García (numerales 36 a 38)

⁷³ *Ibídem*, Voto Razonado Juez A. Cañado Trindade (numerales 2 a 7)

⁷⁴ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 252.

Termina el numeral 9 del artículo 77 señalando que “Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.”

En este contexto, el artículo 20 del COFJ, al referir el principio de celeridad, ordena que “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”; finalmente establece que “El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley”. En el artículo 127 se dispone que “Las secretarias y secretarios y demás servidoras y servidores judiciales que demoraren de forma injustificada o negligente poner al despacho los expedientes de su oficina, o hacer la entrega que se les hubiere ordenado, serán destituidos”. El juez, por su parte, tiene el deber de “Resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos previstos en la ley” (Art. 129.3, COFJ); de velar por el pronto despacho de las causas (Art. 130.5, COFJ), de “Procurar la celeridad procesal, sancionando las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados” (Art. 130.9, COFJ); de “Rechazar oportuna y fundamentadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconveniciones, incidentes de cualquier clase, que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley, o con notorio propósito de retardar la resolución o su ejecución” (Art. 130.13, COFJ); además, le está prohibido al juzgador retardar o denegar sin justificación el despacho de los casos puestos a su competencia y conocimiento (Art. 128.5, COFJ). A esto se suma la obligación de los jueces de proseguir el trámite de los procesos dentro de los términos legales; de hecho, “Si se declarare el abandono de una causa o de un recurso por no haberse proseguido el trámite por el tiempo que señala la ley, como consecuencia de la incuria probada de las juezas o los jueces, y demás servidores y funcionarios que conocían de los mismos, éstos

serán administrativa, civil y penalmente responsables, de conformidad con la ley” (Art. 139, COFJ).

El COIP establece en el artículo 12.15 que “la persona privada de libertad, cuando cumpla la condena, reciba amnistía o indulto o se revoque la medida cautelar, será liberada inmediatamente, siendo necesario para ello únicamente la presentación de la orden de excarcelación emitida por la autoridad competente. Las o los servidores públicos que demoren el cumplimiento de esa disposición serán removidos de sus cargos, previo sumario administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar”.

El COGEP en el artículo 74 establece de manera general que “Si la ley no señala expresamente un término para dictar una determinada providencia, estas se expedirán dentro del término de tres días contados desde la petición que formule una parte, más un día adicional por cada cien folios a discreción de la o del juzgador”. El artículo 93 *ibídem*, dispone que

Al finalizar la audiencia la o al juzgador pronunciará su decisión en forma oral. Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral. Al ordenar la suspensión determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días. El incumplimiento del término para dictar sentencia será sancionado conforme con lo dispuesto por la ley.

En el artículo 22.5, el referido COGEP prevé como una de las causales de excusa o de recusación del juzgador, el “Retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia. Si se trata de la resolución, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial”. El artículo 149 del COFJ, por su parte, establece que “En la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales y tribunales, el despacho se realizará en el término de noventa días más un día por cada cien fojas, a partir de que se venza el término establecido en la Ley para resolver; luego de lo cual, a solicitud de parte, el recurso se remitirá a los conjuces que deberán despacharlo necesariamente en el término antes indicado”. La mora en el cumplimiento de estos términos no sólo genera el derecho del usuario a recusar al juez o jueces de la causa, sino también, que la recusación por falta de despacho constituye una falta disciplinaria leve según el artículo 149 inciso final, en correspondencia con el artículo 107.10 del COFJ. En este contexto, existiendo

la figura del juicio de recusación por retardo injustificado en el despacho, establecida en el artículo 22.5 del COGEP y de la recusación por demora en el despacho, prevista en el artículo 149 del COFJ, que además comportan procedimientos específicos previstos en esos cuerpos legales, resulta lógico pensar que el retardo injustificado previsto en el artículo 11.9 de la CRE, tampoco podría establecerse de hecho, sino mediante una actuación judicial que lo determine y establezca, ya sea una sentencia que acepte la demanda de recusación por demora en el despacho luego del procedimiento previsto en entre los artículos 22 y 28 del COGEP o en los términos que prevé el artículo 149 del COFJ.

En el caso de los secretarios y demás servidores judiciales, sería la sanción administrativa de destitución, en los términos del artículo 127 del COFJ, la que establecería la existencia cierta de la demora injustificada o negligente en poner al despacho los expedientes de su oficina.

En la sentencia del ya mencionado caso “Tibi vs. Ecuador”, la Corte IDH consideró, entre otras cosas, que el alegato del Estado (ecuatoriano) en el sentido de que las autoridades judiciales actuaron ágilmente aún a despecho de la complejidad y las características del asunto materia de la investigación y las posibilidades propias del Estado, no fue suficiente para justificar el retardo en el proceso al cual estaba sometido el señor Daniel Tibi. Los casi nueve años que habían transcurrido desde la aprehensión del señor Daniel Tibi pugnan con el principio de razonabilidad del plazo para resolver un proceso, sobre todo teniendo en cuenta que, según la ley ecuatoriana, aun cuando se dicte un sobreseimiento provisional la causa permanece abierta por cinco años, período durante el cual puede reabrirse la investigación si se aportan nuevas pruebas. La Corte IDH no encontró en los autos que el señor Tibi hubiera mantenido una conducta incompatible con su carácter de sindicado ni entorpecido la tramitación del proceso; por ello, la Corte concluyó que el Estado violó en perjuicio del señor Tibi, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, que establece el artículo 8.1 de la Convención Americana⁷⁵ que a la letra dice: “Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, (numeral 170).

competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, 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”.

Gil Botero sostiene que la garantía de un proceso justo en un plazo razonable o sin dilaciones injustificadas tiene directa relación con el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que es parte integrante del mismo. “Se trata, entonces, de una obligación de las autoridades judiciales, consistente en resolver los asuntos sometidos a su consideración en términos aceptables, porque si la finalidad es obtener una decisión justa, ésta no se obtiene si llega tardíamente (...), ello no significa que el derecho a un pronunciamiento en un término prudencial no pueda individualizarse y analizarse por separado”⁷⁶

El plazo razonable para que un individuo sea juzgado o puesto en libertad, está previsto como una de las características del derecho a la libertad personal en el artículo 7.5 del Pacto de San José en concordancia con el artículo 8.1 *ibídem* que sobre las garantías judiciales consagra que “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, 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”. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el “plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva”⁷⁷. En el análisis del caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, a efectos de determinar si los procedimientos judiciales internos que habrían afectado a los accionantes fueron realizados dentro de plazos razonables, la Corte IDH aplicó los factores que ha adoptado para tal determinación, a saber: a) la complejidad del caso sometido a conocimiento del Estado; b) la actividad procesal del interesado (conducta activa del interesado y su influencia en la demora del procedimiento;

⁷⁶ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 511.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (numeral 56), <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf>

y, c) la conducta de las autoridades judiciales, lo que torna al análisis del plazo razonable en una referencia individual para cada caso concreto.

Por otro lado, la inadecuada administración de justicia, atento el significado que la Real Academia Española otorga al vocablo “adecuado, da”⁷⁸, referiría a las condiciones, circunstancias u objetos que no son propios de la administración de justicia; en otras palabras, todo aquello que, en el caso ecuatoriano, contraría los principios de la administración de justicia contemplados en el artículo 168 de la CRE.

Así, la inadecuada administración de justicia estaría en el quebrantamiento de la independencia interna y externa de la Función Judicial, de su autonomía, de la unidad jurisdiccional, del acceso gratuito a la administración de justicia, de la publicidad de los juicios y sus decisiones; asimismo, en la inobservancia del sistema oral en la sustanciación de todos los procesos, que debe estar acorde con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Concordante y complementaria a esa enumeración constitucional, el COFJ en el Título I, Capítulo II (entre los Arts. 4 y 31) recoge otros principios cuyo quebrantamiento implicaría también inadecuada administración de justicia en los términos del artículo 11.9 de la CRE.

2.2.4. Violación de la tutela judicial efectiva y del debido proceso.

El español Javier Pérez Royo⁷⁹ señala que el Tribunal Constitucional de su país sostiene que la tutela judicial efectiva no puede consistir en la garantía del acierto de las decisiones de los jueces ya que las resoluciones acertadas son la finalidad que orienta todo el sistema procesal y judicial (ATC 22/1993, FJ 3.º); sino que, por el contrario, la tutela judicial efectiva es un derecho de contenido complejo que se proyecta en una serie de derechos que pueden ser ordenados en torno al acceso a la justicia, la obtención de un

⁷⁸ Diccionario de la Lengua Española- Real Academia Española: <<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=Uagad3UexDXX20nZ5uDD>>

⁷⁹ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007), 415.

fallo y la ejecución del mismo (STC 26/1983, FJ 2.º). En este sentido, la autora ecuatoriana Vanesa Aguirre, afirma que

El derecho a la tutela judicial efectiva se conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda-, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión. Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente, del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material.⁸⁰

El artículo 75 de la CRE prevé que “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”. Esta norma recoge los elementos y derechos que, según la doctrina invocada, componen el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, refiere el derecho al acceso gratuito a la justicia que, como se vio anteriormente, constituye también un principio de la administración de justicia; impone la obligación de que a través de ésta –de la administración de justicia- los derechos e intereses deben ser efectiva, expedita e imparcialmente tutelados, sin que exista indefensión; y, que las resoluciones judiciales deben obligatoriamente cumplirse. Cualquier restricción a estos derechos origina, pues, la responsabilidad del Estado prevista en el artículo 11.9 de la CRE.

En este mismo sentido se ha pronunciado la justicia constitucional que, sobre la tutela judicial efectiva, ha dicho:

...tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene

⁸⁰ Vanesa Aguirre Guzmán, *Tutela Judicial Efectiva*
<<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2013/06/17/tutela-judicial-efectiva>>

relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia. Bajo este entendido, la Corte considera que el derecho a la tutela judicial efectiva es sinónimo de eficiencia del sistema de administración de justicia. Un sistema es eficiente si el órgano jurisdiccional cumple con ciertas condiciones que le impone la Constitución y brinda a los ciudadanos un trato justo y equitativo, respetando en todas las fases de los procesos las garantías básicas del debido proceso, concluyendo con la expedición de una sentencia que sea oportuna, motivada y justa para las partes. (...) ⁸¹

La Corte Constitucional, además, ha señalado en otro de sus fallos ⁸² que el derecho a la tutela judicial efectiva guarda relación con los requisitos del artículo 8 del Pacto de San José, relativo a las garantías judiciales, esto es que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, 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, así como a la protección judicial dispuesta en el artículo 25 *ibídem*, esto es que las personas tienen derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso ante los jueces o tribunales competentes que las ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicho Convenio, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Por otro lado, el debido proceso, según Cabanellas de Torres, está determinado por el cumplimiento de los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de defensa y producción de pruebas. ⁸³

Para Gil Botero, no puede hablarse del debido proceso sin asimilarlo a la tutela judicial efectiva y viceversa, ya que para él “el debido proceso o tutela judicial efectiva

⁸¹ Ecuador, Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia No. 030-10- SCN-CC, dentro del caso No. 0056-10-CN, publicada en R.O. Suplemento N° 602 (10 de enero de 2011).

⁸² Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia No. 052-13- SEP-CC, dentro del caso No. 1079-11-EP, publicada en R.O. Suplemento N° 130 (25 de noviembre de 2013).

⁸³ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 109.

es un derecho de estructura compleja, ya que es comprensivo de diferentes garantías sustanciales y procedimentales indispensables para obtener una decisión justa”⁸⁴.

Para el colombiano Carlos Bernal Pulido en un Estado constitucional democrático existen dos maneras de fundamentar el carácter de derecho fundamental del debido proceso: como derecho fundamental autónomo y como garantía o derecho fundamental indirecto. Enfocado como derecho fundamental autónomo “el debido proceso protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse”⁸⁵. Como derecho fundamental indirecto o garantía, el debido proceso comporta “un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales...El respeto a los debidos proceso garantiza en la democracia el respeto a la libertad, la igualdad, los derechos políticos o de participación y los derechos sociales”⁸⁶. En la CRE, como veremos, el debido proceso está enfocado desde ese doble carácter ya que por un lado, como un derecho fundamental autónomo, protege la participación y el ejercicio del individuo en los procedimientos (Art. 76, CRE); y por otro lado, al debido proceso se vinculan otros derechos de protección como el derecho a la defensa, a la tutela efectiva, imparcial y expedita derechos e intereses, a la seguridad jurídica, entre otros.

El ecuatoriano Alberto Wray sobre el debido proceso señala que “La amplitud del concepto ha obligado a la doctrina constitucional estadounidense a distinguir entre el debido proceso sustantivo (substantive due process) y el propiamente procesal (procedural due process). El primero se refiere al contenido o a la materia del acto de poder, sea ley o decisión administrativa. El segundo alude a la forma o manera mediante la cual se llega a la adopción de las decisiones administrativas o judiciales con las que se limita o se afecta un derecho.”⁸⁷

⁸⁴ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 510.

⁸⁵ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 337.

⁸⁶ *Ídem*.

⁸⁷ Alberto Wray, “El debido proceso en la Constitución”, *Iuris Dictio*, V.1, N° 1 (2000): 36.

La justicia constitucional⁸⁸ ha señalado que el artículo 76 de la CRE establece un amplio abanico de garantías jurisdiccionales que configuran el derecho al debido proceso, el mismo que consiste en un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, constituyendo además una concreta disposición desde el ingreso al proceso y durante el transcurso de toda la instancia, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces; en tal sentido, señala la Corte Constitucional, una de las garantías básicas que aseguran estas condiciones mínimas para tramitar un procedimiento está en el derecho a la motivación, que responde a un requerimiento derivado del principio de legitimación democrática de la Función Judicial, pues no existe duda que la obligación constitucional de motivación de las resoluciones judiciales que tienen los operadores de justicia se sustenta en la exigencia intrínsecamente relacionada con los principios fundamentales de nuestro Estado constitucional de derechos y justicia.

En voto concurrente a la sentencia de la Corte IDH emitida en el caso “Tibi vs. Ecuador”, el juez Sergio García Ramírez se refirió al debido proceso como:

...una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculpado, así como objetividad, serenidad y voluntad de dar a cada quien lo suyo por parte del tribunal; en suma, fair trial. Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso.⁸⁹

⁸⁸ Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia No. 153-13- SEP-CC, dentro del caso No. 1523-12-EP, publicada en el R.O. Suplemento N° 526 (19 de junio de 2015).

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez (numeral 27).

El artículo 169 de la CRE dispone, entre otras cosas, que las normas procesales deben hacer efectivas las garantías del debido proceso, siendo éstas las contempladas en los siete numerales del artículo 76 *ibídem*, que recogen importantes principios jurídicos como la presunción de inocencia (Art. 76.2), el principio de legalidad (Art. 76.3), el *indubio pro reo* (Art. 76.5) y el principio de proporcionalidad (Art. 76.6). El debido proceso, como lo prevé la CRE, está garantizado también por el derecho de defensa (Art. 76.7) que incluye, a su vez, las garantías de no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del procedimiento; de contar con el tiempo y medios idóneos para la preparación de la defensa; de ser escuchado oportunamente y en igualdad de condiciones. El artículo 76.7 de la CRE garantiza la publicidad de los procedimientos, así como el acceso a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. Establece que nadie puede ser interrogado, ni siquiera con fines investigativos, por la Fiscalía General del Estado o por cualquier autoridad, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público. Consagra el derecho de la persona a contar con la asistencia gratuita de un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma en que se sustancia el procedimiento. En los procedimientos judiciales se prevé el derecho a ser asistido por un abogado de su elección o por un defensor público.

El derecho a la defensa, que prevé el referido artículo 76.7 de la CRE, también garantiza el derecho de presentar verbalmente o por escrito las razones o argumentos que la persona considere adecuados, así como el derecho de replicar los argumentos de las otras partes; de presentar pruebas y contradecir las que estén en su contra. Se prevé la aplicación del principio del *non bis in ídem* por el cual nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, los casos resueltos por la jurisdicción indígena serán considerados para este efecto. De igual manera se establece que los testigos y peritos están obligados a comparecer ante el juez o la autoridad a responder al interrogatorio respectivo. Asimismo, se consagra en la norma constitucional indicada, el derecho de la persona a ser juzgada por un juez independiente, imparcial y competente y no por tribunales de excepción ni por comisiones especiales. Se prevé que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas; señalando que no hay motivación si en la decisión no se invocan las normas o principios jurídicos en que se basa y no se explica la pertinencia de su aplicación a los hechos; la falta de motivación en los actos administrativos, resoluciones o fallos, acarrea la nulidad de los mismos, así como la

sanción a los servidores responsables. Por último, se señala que el derecho a la defensa también implica la garantía de poder recurrir (e impugnar) una resolución en cualquier procedimiento.

El artículo 94 de la CRE establece, entre otras cosas, que ha lugar la acción extraordinaria de protección contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución y que procede cuando se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal; la LOGJCC, en su artículo 58 añade que la acción extraordinaria de protección busca proteger los derechos constitucionales y el debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en las que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

El artículo 18 del COFJ, recoge textualmente la redacción del artículo 169 de la CRE en cuanto a que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

Finalmente, señalemos que sin bien es innegable la estrecha vinculación entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva, resultaría impreciso asumirlos como sinónimos, como lo hace Gil Botero ya que ésta, entendida *grosso modo* como la confluencia del acceso a la justicia, la obtención de un fallo y la ejecución del mismo, vendría a ser el fin; mientras que el debido proceso, concebido como un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales, refiere los medios para la obtención de ese fin.

2.3. Declaración de la responsabilidad del Estado por la inadecuada administración de justicia.

Como se ha dicho, el artículo 11.9 de la CRE y los artículos 15 y 32 del COFJ, de manera reiterativa y hasta casi textual, prevén la responsabilidad del Estado 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. Además, se establece que si una sentencia condenatoria es 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 el COFJ.

A continuación se analizarán los elementos y el procedimiento establecido para la acción contra el Estado por su responsabilidad derivada de la inadecuada administración de justicia, sus elementos, falencias, aciertos y los problemas que en su aplicación pueden presentarse.

2.3.1. Juicio contra el Estado por inadecuada administración de justicia.

El COFJ en su artículo 32 previó el siguiente procedimiento en contra del Estado por la inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria:

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.

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 arbitraria 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.

El primer inciso de la norma legal citada, repite de manera casi textual la fórmula utilizada en la redacción del inciso cuarto del artículo 11.9 de la CRE y del inciso segundo del artículo 15 del propio COFJ, aunque omite referir la figura de la detención arbitraria.

2.3.1.1 Legitimación activa y competencia.

Consideramos necesario establecer quiénes están activamente legitimados para proponer la acción por responsabilidad estatal, no sólo porque en el inciso tercero del artículo 32 la norma aborda expresamente el tema de la legitimación pasiva de la causa, sino también, y principalmente, a efectos de comprender la posterior vinculación de la entidad con el funcionario judicial directamente responsable y el papel de éste con el proceso en virtud de la figura del llamamiento en garantía.

Así, según el segundo inciso del analizado artículo 32 del COFJ, sólo la persona natural o jurídica que ha sido víctima del daño o ha sufrido menoscabo material o moral, o su mandatario o representante legal, o sus herederos, están legitimados activamente para iniciar la acción por el mal funcionamiento de la administración de justicia. Recordemos que uno de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado es la producción de un daño o perjuicio, de donde se tiene que si la mala administración de justicia no origina un perjuicio material o inmaterial para el usuario, no podría éste pretender la indemnización de un daño inexistente.

El segundo inciso de la norma fija también la competencia del juez de lo contencioso administrativo (Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo) del domicilio del actor para conocer y resolver la referida acción. En concordancia, debe señalarse que entre las atribuciones de los jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo (Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo) está la de conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la

reparación de los daños y perjuicios causados 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; y también, la de conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contencioso administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos (Arts. 217.9 y 217.14, COFJ)

La acción contra el Estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia, es de carácter indemnizatorio o resarcitorio del daño o perjuicio ocasionado. En este sentido, la norma legal del COFJ faculta demandar en el mismo libelo la indemnización de daños y perjuicios y la reparación del daño moral, ya que es legalmente permitido proponer en una misma demanda acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación (Art. 71, CPC).

Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia ha considerado erróneo demandar en un mismo libelo la acción indemnizatoria del Estado por error judicial y la acción de daño moral ya que

...son diferentes, pues la primera persigue la reparación del daño patrimonial directo ocasionado; en tanto que la segunda, persigue la reparación de los daños meramente morales que son de tipo extra patrimonial; en el primer caso, la responsabilidad es del Estado sobre el que descansa la obligación de una correcta administración de justicia, en tanto que en el segundo caso, la responsabilidad es necesariamente el agente causante del daño moral, es, ante todo, una responsabilidad subjetiva. Es el actor el que libremente elige qué tipo de acción ha de ejercer, incluso no existe limitación para que pueda emprender las dos acciones, pero, naturalmente, por separado, pues una y otra son autónomas, independientes y excluyentes; en la especie, es clara la intención del actor de exigir la reparación de daños morales. La acción de daño moral tiene que dirigírsela contra el responsable de aquel daño, pues el Art. 2232, inciso final del Código Civil, que la reparación de daño moral puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción ilícita del demandado, con lo cual se requiere la existencia de un nexo de causalidad entre el motivo que justifica el daño moral y que éste provenga del accionar o negligencia ilícita o culposa del agente causante del daño,

siendo este último el llamado por ley a responder. Como en este caso se ha demandado al Estado ecuatoriano, como si aquél fuese el causante del daño moral, sin ser realmente el llamado a responder en esta clase de acciones, pues la demanda, debió dirigirse contra el presunto autor del acto ilícito o culposo, en este caso el Juez...⁹⁰

Criterio jurisprudencial que choca con lo expresamente previsto en el artículo 32 del COFJ que faculta proponer las dos acciones de manera conjunta. Además, puede desprenderse del texto del inciso que se analiza que la exigencia de la reparación del daño moral es opcional y subsidiaria a la de indemnización de daños y perjuicios. En efecto, la norma establece como principal pretensión del afectado en su demanda, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, facultando, además, demandar en la misma vía la reparación del daño moral si se considera que se tiene derecho para ello.

La indemnización de daños y perjuicios señalada en el COFJ, refiere un detrimento material que sigue la regla general de las obligaciones prevista en el CC, según la cual la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (Art. 1572). Coincidente con ello, la doctrina enseña que se puede determinar el daño material “como a) el daño emergente o afectación del interés negativo, o cuando un bien de contenido económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima, o b) el lucro cesante o afectación del interés positivo que se traduce en un bien de contenido económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos y no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.”⁹¹ También se ha dicho que una antigua tradición escolástica trajo hasta nuestros días los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans* para medir el alcance del daño patrimonial indemnizable, comprendiendo el primero aquellas pérdidas efectivamente sufridas y los desembolsos realizados en atención al daño; mientras que el segundo, refiere las ganancias dejadas de obtener.⁹²

La reparación del daño moral, por su parte, se entiende como la indemnización compensatoria del perjuicio inmaterial prevista en el artículo 2232 del CC, según la cual “podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera

⁹⁰ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 23 de septiembre de 2010, expediente de casación 561, publicada en R.O. Suplemento N° 350 (16 de octubre de 2012).

⁹¹ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 162.

⁹² Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La Responsabilidad Civil Extracontractual* (Pamplona, España: Civitas, 2011), 344.

sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”; señala la norma que están obligados a tal reparación los que manchan la reputación ajena a través de difamación, o quienes causan lesiones, cometen violación, estupro o atentados contra el pudor, o provocan detenciones o arrestos ilegales, o procesamientos injustificados “y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes”. La reparación por daños morales puede reclamarse si el daño es el resultado inmediato de la acción u omisión ilícita del demandado.

Entendido esto, podemos afirmar que quien es detenido arbitrariamente o quien es privado de libertad mediante una sentencia que posteriormente es revocada, puede no sólo afrontar un daño emergente y lucro cesante, sino también sufrir daño moral en los términos previstos por el CC.

Como vemos, estas reparaciones se derivan de la vulneración de derechos, por lo que nada obsta para que el afectado pueda exigir en su demanda indemnizatoria la reparación integral del daño, en los términos previstos en el artículo 18 de la LOGJCC que alude aquello que en el ámbito civil comprende el daño emergente y el daño moral que puede afectar a las personas:

En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos

para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida. (...)

2.3.1.2 Legitimación pasiva.

De manera expresa se prevé en el tercer inciso de la norma analizada que el legitimado pasivo de la acción en contra del Estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia es el Presidente del Consejo de la Judicatura, pese a que la responsabilidad estatal prevista en el cuarto inciso del artículo 11.9 de la CRE implica una responsabilidad institucional del Consejo de la Judicatura y no de su más alto funcionario quien, además, no ostenta la representación legal de dicha institución. En efecto, el artículo 199 del COFJ, al establecer las funciones del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, aclara que éste representa a la función judicial y que ello no debe entenderse como la representación legal que, para fines de administración y gobierno, le corresponde al Presidente del Consejo de la Judicatura, hasta ahí no se presenta confusión alguna. Sin embargo, cuando el COFJ refiere las funciones del Presidente del Consejo de la Judicatura (Art. 269, COFJ), no contempla expresamente la representación legal de la entidad que, según el artículo 280.2 del COFJ, la tiene el Director General del Consejo de la Judicatura. Esta antinomia, nos lleva a establecer que la acción por el mal funcionamiento de la administración de justicia, debe dirigirse en contra del Presidente del Consejo de la Judicatura, por así disponerlo de manera taxativa el tercer inciso del artículo 32 del COFJ, y de su Director General, en calidad de representante legal de la misma, ya que es el Estado, vale decir, el Consejo de la Judicatura, el responsable por el mal funcionamiento de la administración de justicia, más allá de la responsabilidad personal que pueda tener cualquiera de sus agentes.

Finalmente, en la respectiva acción debe contarse con el Procurador General del Estado, so pena de nulidad procesal, por así disponerlo el artículo 6 de la Ley Orgánica

de la Procuraduría General del Estado⁹³ al decir que toda demanda o reclamo en contra de organismos y entidades del sector público, debe citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado, la omisión de tal requisito acarrea la nulidad del proceso. Si bien el Procurador General del Estado está facultado para intervenir como parte procesal en las controversias en que intervengan entidades del sector público sin personería jurídica, su presencia en el juicio por responsabilidad estatal por inadecuada administración de justicia se hace necesaria amén de lo expresamente dispuesto en el artículo 6 referido.

Nótese que el artículo 32 del COFJ no señala como legitimado pasivo del juicio contra el Estado por inadecuada administración de justicia, al funcionario judicial directamente responsable por el daño producido. De conformidad con el artículo 33 *ibídem*, la obligación del funcionario judicial responsable dentro del proceso es comparecer ante el llamamiento en garantía que le realice el Consejo de la Judicatura, a fin de aportar toda la prueba de que disponga para demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya (del funcionario), sino a fuerza mayor o a caso fortuito.

Contra el juez, el fiscal o el defensor público, el particular afectado podría iniciar directamente una acción civil (personal) de indemnización de daños y perjuicios y por daño moral por el perjuicio que se cause por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con el artículo 34 del COFJ⁹⁴ en concordancia con el tercer inciso del artículo 172 de la CRE⁹⁵, en la vía verbal sumaria y ante el juez de lo civil del domicilio de la parte demandada; esta acción por responsabilidad personal, sería excluyente de aquella por responsabilidad estatal prevista en el artículo 32 del COFJ y viceversa, en virtud del principio *non bis in ídem* por el cual

⁹³ Ecuador, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en R.O. N° 312 (13 de abril de 2004). En adelante se cita esta ley como *LOPGE*.

⁹⁴ “Art. 34.- PROCEDIMIENTO PARA SUSTANCIAR LAS CAUSAS POR LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE JUEZAS Y JUECES, FISCALES Y DEFENSORAS Y DEFENSORES PUBLICOS.- Las causas que, por indemnización de daños y perjuicios y por daño moral se propongan contra juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución y demás leyes aplicables, se sustanciarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio de la parte demandada, por la vía verbal sumaria y la acción prescribirá en 4 años desde que se consumó el daño.”

⁹⁵ “(...) 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”

no se puede juzgar dos veces por la misma causa⁹⁶, máxime cuando no se puede exigir doble indemnización por un mismo daño.

2.3.1.3 Trámite de la causa.

El inciso cuarto del artículo 32 del COFJ, señala que el trámite de la causa por el mal funcionamiento de la administración de justicia, será el previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo con las modificaciones constantes en el propio COFJ, que, como se verá más adelante, se establecen en el artículo 33.

A esta fecha, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁹⁷ se encuentra expresamente derogada por la Disposición Derogatoria Tercera del COGEP, cuerpo normativo procesal que regula, entre otros, el procedimiento contencioso administrativo desde el artículo 299 hasta el artículo 317 y desde el artículo 326 hasta el 331, debiendo considerarse que todas las acciones contencioso administrativas, según el artículo 327 del COGEP, deben tramitarse en procedimiento ordinario regulado desde el artículo 289 hasta el artículo 298 del cuerpo procesal referido. El procedimiento ordinario, regulado en el COGEP, así como sus reglas procesales pasan a ser aplicables a la acción por mal funcionamiento de la administración de justicia, atento lo previsto en el artículo 32, inciso 4 del COFJ con las modificaciones que al respecto contempla este último cuerpo legal, que dicen relación al ejercicio de la acción de repetición que se incorpora dentro del respectivo procedimiento contencioso administrativo y que se regula en el artículo 33 *ibídem*.

2.3.1.4 Prescripción de la acción.

En el inciso quinto del artículo 32 del COFJ, se prevé el plazo de cuatro años para la prescripción de la acción por mal funcionamiento de la administración de justicia a

⁹⁶ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 261.

⁹⁷ Ecuador, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (derogada), en R.O. N° 338 (18 de marzo de 1968). En adelante se cita esta ley como *LOJCA*.

contarse desde el último acto violatorio del derecho del perjudicado; tiempo de prescripción similar al establecido para las acciones por responsabilidad extracontractual prevista en el Título XXXIII sobre los “Delitos y Cuasidelitos” del Libro IV del CC (Art. 2235, CC) y que, en términos generales, resulta razonable; sin embargo, debe señalarse que en el caso de una sentencia condenatoria reformada o revocada, el plazo debería contarse desde que la providencia de revocatoria o reformativa de la sentencia condenatoria quede ejecutoriada.

2.3.2. Trámite por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria.

El último inciso del artículo 32 del COFJ, concordante con el artículo 11.9 de la CRE y con el artículo 15 del COFJ, refiere el supuesto de la reforma o revocatoria de una sentencia condenatoria en materia penal en virtud del recurso de revisión, regulado exclusivamente a partir del artículo 658 del COIP. La línea que adopta el COFJ está más en consonancia con la línea netamente penal que establecía la derogada Constitución de 1998 al prever en su artículo 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, situación que no fue así prevista de manera expresa en el artículo 11.9 de la CRE.

El inciso final del artículo 32 del COFJ también hace relación a quienes hubieren sufrido prisión preventiva -prevista a partir del artículo 534 del COIP- y hubieren sido sobreseídos o absueltos posteriormente mediante providencia ejecutoriada. En estos casos, el Estado debe reparar a la persona que sufrió pena como resultado de la sentencia reformada o revocada, reparación que incluye el daño moral.

Recuérdese al respecto que el derogado Código de Procedimiento Penal⁹⁸, referido en el inciso final del artículo 32 del COFJ, preveía en su artículo 416 que si la Corte Nacional, aceptando el recurso de revisión, revocaba o reformaba la sentencia recurrida, el injustamente condenado tenía derecho a una indemnización equivalente al cuádruple

⁹⁸ Ecuador, Código de Procedimiento Penal (derogado), en R.O. Suplemento N° 360 (13 de enero de 2000). En adelante se cita este código como *CPP*.

de los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta, correspondiente al año inmediato anterior de su privación de libertad, en proporción al tiempo que haya permanecido preso. Además, era obligación del Estado proporcionar al injustamente condenado un trabajo acorde con sus antecedentes, formación y necesidades; si no existía declaración de impuesto a la renta, la indemnización debía ser igual al cuádruple de una remuneración básica unificada del trabajador en general establecida al momento de ingresar a prisión, por todo el tiempo que hubiere permanecido privado de su libertad. Finalmente, se presumía de derecho que las indemnizaciones previstas en esa norma incluían ya el daño moral.

La remisión al derogado CPP, ocasionaba dudas en cuanto a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer las demandas indemnizatorias de responsabilidad estatal en caso de revocatoria o reforma de sentencia condenatoria. Así se desprende de la resolución de la Corte Constitucional N° 19 de 2 de abril de 2013,⁹⁹ mediante la cual, por razones de forma, se negó una consulta planteada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo que, con voto de mayoría, había resuelto inadmitir a trámite una demanda por daños y perjuicios basada en el artículo 32 del COFJ por considerar que carecía de competencia en razón de la materia. En opinión de la Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, el último párrafo del artículo 32 del COFJ excluía de la acción ante el Contencioso Administrativo, los casos en que un ciudadano hubiere sufrido prisión preventiva y posteriormente hubiere sido sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada porque, a su entender, se debía aplicar lo previsto en el CPP (Art. 418), que otorgaba competencia al juez penal que sentenció la causa. Por su parte, el juez del Tribunal Contencioso Administrativo que salvó su voto consideró que el artículo 418 del CPP era aplicable únicamente en los supuestos en que se presentara un recurso de revisión, que no era del caso que estaban conociendo.

Esta duda competencial desapareció cuando el CPP fue derogado por el COIP, que entró en vigencia ciento ochenta días después del 10 de febrero de 2014, fecha de su publicación en el Registro Oficial. El COIP no previó en sede penal trámite alguno de

⁹⁹ Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia No. 019-13-SCN-CC, dentro del Caso No. 0572-12-CN, publicada en R.O. Suplemento N° 932 (12 de abril de 2013).

indemnización en el supuesto de revocatoria o reforma de una sentencia condenatoria en virtud del recurso de revisión, por lo que en tal caso el Estado tiene que reparar a la persona que ha sufrido pena como resultado de tal sentencia, atendiendo las reglas generales del juicio por mal funcionamiento de la administración de justicia previstas en el artículo 32 del COFJ que establece la competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de dichas acciones.

Una vez que hemos analizado el artículo 32 del COFJ que prevé el procedimiento del afectado en contra del Consejo de la Judicatura por su responsabilidad derivada del mal funcionamiento de la administración de justicia, pasamos a analizar el procedimiento “paralelo” de repetición de la entidad en contra del funcionario directamente responsable del daño ocasionado al particular.

2.3.3. Repetición de lo pagado por el Estado.

Previamente, debemos señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 67 de la LOGJCC, se excluyen del procedimiento de repetición previsto en el artículo 33 del COFJ, los casos en que el Estado es condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos. En este sentido, por disposición expresa de la norma, el procedimiento de repetición establecido en la LOGJCC se aplica también para las servidoras y servidores judiciales. En tal virtud, si el error judicial, el retardo injustificado o la inadecuada administración de justicia, si la violación del derecho a la tutela judicial efectiva o las violaciones de los principios del debido proceso, son establecidas a través de un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos (v.g. la Corte IDH), la acción de repetición deberá seguir el trámite previsto entre los artículos 67 y 73 del Capítulo X del Título II De las Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales de la LOGJCC.

En lo que a nuestro estudio concierne, el inciso tercero del artículo 11.9 de la CRE establece la obligación del Estado de ejercer de manera inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las

responsabilidades civiles, penales y administrativas. El inciso quinto de la misma norma constitucional prevé que si “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 responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”. Esta redacción es acogida de manera casi textual en el inciso tercero del artículo 15 del COFJ, aunque la norma legal aclara que la reforma o revocatoria de la sentencia condenatoria debe tener su origen en un recurso de revisión, lo que legalmente la reduce únicamente al ámbito penal y guarda consonancia con lo que anteriormente preveía el artículo 21 de la derogada Constitución de 1998.

El texto de la CRE establece que la repetición es un derecho del Estado en contra de las personas responsables del daño producido; sin embargo, impone al Estado la obligación de ejercerlo de manera inmediata, por lo que más que un derecho, consideramos que el ejercicio de la acción de repetición es un deber ineludible e inmediato del Estado. Recordemos que, según Cabanellas de Torres, “derecho”, entre otras acepciones, comprende toda facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, la potestad de hacer o exigir cuanto la ley o la autoridad establecen a nuestro favor; las consecuencias naturales derivadas del estado de una persona o de relaciones con otros sujetos; también puede considerarse la acción sobre una persona o cosa¹⁰⁰. En este sentido, el CC en su artículo 11 permite la renuncia de derechos siempre que tal renuncia mire el interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

A la luz de las concepciones doctrinarias del vocablo “derecho”, podríamos afirmar que en la consideración constitucional de que la repetición es un derecho del Estado, existe una imprecisión ya que del texto del artículo 11.9 se desprende que es un deber de inmediato ejercicio. De hecho, el último inciso del artículo 68 de la LOGJCC, en cuanto a la repetición que el Estado debe ejercer cuando ha sido condenado a reparar en sentencia o auto definitivo emitido en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos, prevé que “en caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la

¹⁰⁰ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 117.

repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra”, lo que denota la obligatoriedad del Estado para ejercer la acción de repetición.

En ese contexto, más adecuado habría sido referirse a la repetición simplemente como una “acción”, entendida por Vécovi como un “derecho” o “poder” jurídico que se ejerce frente a los órganos jurisdiccionales del Estado para reclamar la actividad jurisdiccional; el profesor uruguayo invoca la doctrina moderna para decir que ésta considera a la acción como un derecho abstracto a reclamar la protección jurisdiccional, la que se realiza por medio del proceso porque la actividad jurisdiccional no funciona – normalmente- de oficio, sino a iniciativa de parte, conforme a los viejos principios romanos de *ne procedat iure ex officio* y *nemo iudex sine actore*.¹⁰¹ Finalmente, no olvidemos que en Derecho Público el Estado no es titular de derechos como lo explica el constitucionalista ecuatoriano Fabián Corral:

(...) Los derechos, todos los derechos, inclusive los más intrincados derechos políticos, radican en los individuos y provienen de su voluntad, de su consentimiento y adhesión. No nacen de realidades colectivas, ni de difusas utopías. Las personas humanas son los titulares originales del poder. El Estado recibe de los individuos, a través del pacto social originario, una serie de facultades derivadas, provisionales y revocables, que conforman las estructuras del mando y las formas de gobierno. El poder político es un préstamo condicionado, una concesión revocable cuya validez y vigencia dependen de que se cumplan los propósitos que justifican el contrato social: la preservación y protección de los derechos fundamentales, la libertad, la seguridad.

En la perspectiva propuesta, cabe distinguir lo que son los derechos individuales, los poderes concretos de cada persona, de lo que son las facultades del Estado, que usualmente se confunden con derechos. (...)¹⁰²

El principio que orienta la acción de repetición, lo encontramos en el artículo 2225 del CC, según el cual las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las

¹⁰¹ Enrique Vécovi, *Teoría General del Proceso* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2006), 6.

¹⁰² Fabián Corral, “Los ‘Derechos’ del Estado”, *El Comercio* (Quito), 17 de noviembre de 2011, <<http://www.elcomercio.com/opinion/derechos-del-1.html>>

que de ellas dependen, tendrán derecho a ser indemnizadas con los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito. Errado es considerar que la acción de repetición por responsabilidad extracontractual tenga su origen en la figura del pago de lo no debido, respecto del cual el CC prevé que quien por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado (Art. 2195); en la responsabilidad extracontractual estatal, *contrario sensu*, el Estado no paga por error, sino en cumplimiento de una obligación constitucional y legal de pago.

El artículo 67 de la LOGJCC determina que la “repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos”. La misma norma prevé que son servidores públicos los que trabajan, prestan servicios o ejercen un cargo en el sector público; expresamente se determina que esa norma también se aplica para las servidoras y servidores judiciales. Finalmente, el referido artículo 67 establece que la acción (de repetición) prescribe en tres años, contados desde el pago hecho por el Estado.

Según Eduardo Couture¹⁰³, el derecho de restitución (repetición) que tiene el Estado que ha pagado por el funcionario es, ni más ni menos, el derecho de reembolsarse que tiene el fiador: *si cuid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum co-mandati iudicium*. Claro que el jurista uruguayo realiza esta consideración desde la Constitución de su país en cuyo artículo 24 se prevé que el “Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”, mientras que el artículo 25 de la Carta Magna uruguaya dispone que “Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá

¹⁰³ Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*; El Juez, las Partes y el Proceso, Tomo III, (Buenos Aires: Depalma, 2003), 293.

repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación”¹⁰⁴, de lo que se desprende que en Uruguay, constitucionalmente conviven el sistema de responsabilidad objetiva del Estado frente al particular afectado, con el de responsabilidad subjetiva del funcionario frente al Estado, para efectos del ejercicio de la acción de repetición.

Autores colombianos consideran que la responsabilidad objetiva del Estado y la obligación de repetir contra el funcionario que causó el daño es, hoy por hoy, una exigencia imperativa de los Estados occidentales, consecuente con su función de proteger la realización y el respeto de los derechos fundamentales y de repetir contra los funcionarios negligentes o corruptos causantes del mismo, por lo que a la acción de repetición se le ha conferido un lugar estratégico en la sociedad.¹⁰⁵ Como lo señalan Carlos Molina y Martha Cañón¹⁰⁶, la Corte Constitucional colombiana, a través de sentencia C-832 de 2001, definió a la acción de repetición como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado; definición que, según los dos autores referidos, omite el requisito fundamental del dolo o la culpa grave que lo recoge el segundo inciso del artículo 90 de la Constitución de la República de Colombia.¹⁰⁷

Comparativamente, la CRE no prevé de manera expresa la antijuridicidad en el daño, aunque, como hemos señalado, no puede negarse que es antijurídico el daño que se deriva de la detención arbitraria, del error judicial, del retardo injustificado o de la inadecuada administración de justicia, de la violación del derecho a la tutela judicial

¹⁰⁴ Constitución de la República Oriental del Uruguay, <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const997.htm>>.

¹⁰⁵ Corina Duque Ayala, *La Acción de Repetición y su eficacia en el Derecho Colombiano y Comparado* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 9.

¹⁰⁶ Carlos Mario Molina Betancur y Martha Cecilia Cañón Solano, *La Acción de Repetición* (Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2008), 45.

¹⁰⁷ “Artículo 90

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

efectiva, de las violaciones de los principios del debido proceso y de una sentencia condenatoria revocada o reformada, porque en estos casos, la víctima no está obligada - por imperativo explícito el ordenamiento legal- a soportar la lesión de un interés patrimonial o de un derecho garantizado por la norma jurídica. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en Colombia, no es nuestra Carta Magna la que supedita la procedencia de la acción de repetición del Estado a la presencia del dolo o negligencia en el accionar del funcionario o servidor público, sino el COFJ en su artículo 33, como se verá luego. Por ello, se puede concluir que siendo objetiva la responsabilidad estatal frente al particular –en caso de detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, violaciones de los principios y reglas del debido proceso; o de reforma o revocatoria de sentencia condenatoria-, es subjetiva la responsabilidad del funcionario o servidor público frente al Estado que repite en su contra porque aquél debe demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor. Por otro lado, cabe mencionar que la naturaleza de la acción de repetición es eminentemente resarcitoria e indemnizatoria, es de carácter público y su finalidad es la protección del patrimonio y de la moralidad pública y la promoción del ejercicio de la función pública con eficiencia.¹⁰⁸

En Colombia, mediante Ley 678 de 3 de agosto de 2001¹⁰⁹ se reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. En la referida ley se definió a la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial que debe ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto; la misma acción se debe ejercer contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. Se contempló, además, la posibilidad de que el servidor o ex servidor público o el particular investido de una función pública puedan ser

¹⁰⁸ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 713.

¹⁰⁹ Colombia, Diario Oficial N° 44.509 de 4 de agosto de 2001.

llamados en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición. La Ley colombiana 678 de 3 de agosto de 2001, como lo señala Corina Duque, estableció en sus artículos 5 y 6 un listado de hechos que permiten presumir el dolo o la culpa grave en la conducta del funcionario.¹¹⁰

El chileno Barros Bourie señala que en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Art. 42 II) y en la Ley de Municipalidades (artículo 141 II), ambas de la república chilena, luego de establecerse la responsabilidad directa del órgano estatal respectivo, otorgan el derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal. Al respecto, el autor chileno reflexiona que en atención a que la regla concede acción restitutoria (de repetición) en contra del funcionario que ha incurrido en culpa, se supone que el órgano respectivo de la administración del Estado ya ha incurrido en responsabilidad frente al administrado.¹¹¹

De lo anotado se desprende que para la acción de repetición, en términos generales se requieren dos presupuestos iniciales: (i) que el Estado haya sido condenado mediante sentencia en firme o por acuerdo conciliatorio, a reparar el daño sufrido por un particular; y, (ii) que el Estado haya pagado al particular el monto determinado en esa sentencia o acuerdo conciliatorio. Sin embargo, estos dos requisitos no se cumplen en el proceso de repetición previsto en el segundo inciso del artículo 33 del COFJ, amén de la institución del “llamamiento en garantía” que se inicia sin que haya condena en firme en contra del Estado y sin que éste haya pagado indemnización alguna al particular demandante.

Así, el artículo 33 del COFJ dispone:

Art. 33.- REPETICION DE LO PAGADO POR EL ESTADO.- En los casos contemplados en el artículo anterior, el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales.

Una vez citada la demanda al Consejo de la Judicatura, éste pedirá al juzgado de la causa que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan

¹¹⁰ Corina Duque Ayala, *La Acción de Repetición y su eficacia en el Derecho Colombiano y Comparado*, 21.

¹¹¹ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 527.

intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado, y que se les cite en sus domicilios o en sus lugares de trabajo. Las servidoras o servidores tendrán las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, pero están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor. No se admitirá como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica.

Si en la sentencia ejecutoriada se declara que las servidoras o los servidores no han justificado su conducta, se dispondrá que el Estado pague la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral, y que de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo contra las servidoras o los servidores responsables para el reembolso de lo que el Estado deba pagar al perjudicado.

La norma transcrita, como se dijo, prescinde de los dos requisitos iniciales señalados en párrafo anterior, pero contempla un requisito necesario para la procedencia de la repetición del Estado en contra del funcionario judicial: que el funcionario haya (o no) actuado con dolo o negligencia, lo que no es oponible al particular afectado, como sí lo es que los perjuicios se hayan derivado de caso fortuito o fuerza mayor, del hecho de un tercero o de la culpa del propio afectado.

De la redacción de la norma se desprende la presunción de que la conducta del funcionario que originó el daño fue dolosa o negligente, porque corresponde a éste probar lo contrario y si lo hace, la acción de repetición del Consejo de la Judicatura en su contra, pierde sustento. Esta presunción, torna innecesaria la prueba del dolo o la negligencia.

2.3.3.1 Inmediatez en el ejercicio de la repetición de lo pagado por el Estado.

La inmediatez en el ejercicio de la acción de repetición que prevé la CRE, en lo que al mal funcionamiento de la justicia respecta, ha sido recogida en el artículo 33 del COFJ al establecer un procedimiento, el de repetición del Estado con llamamiento en garantía de los funcionarios responsables del daño producido, dentro de otro, el que el particular sigue en contra el Estado por inadecuada administración de justicia. Se contempla, además, la posibilidad de que existan varios funcionarios responsables que,

en tal caso, quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado por el Consejo de la Judicatura, más los intereses legales y las costas judiciales.

En la referida norma legal, el legislador previó como título de la misma, la “REPETICIÓN DE LO PAGADO POR EL ESTADO”, de lo que podría pensarse que para el ejercicio de la acción de repetición contra los funcionarios responsables del daño producido, se requiere no solo una condena judicial previa contra la entidad pública, materializada en una sentencia en que se haya establecido que el daño fue consecuencia de la conducta del servidor público, sino también que se haya fijado y pagado el monto de la indemnización al particular. Sin embargo, resulta impreciso hablar de “repetición de lo pagado” si para ejercer lo previsto en el artículo 33 del COFJ, no se requiere que el Estado haya sido condenado a pagar indemnización alguna, mucho menos que haya cancelado dicha indemnización, habida cuenta del “llamamiento en garantía” del funcionario, que la norma prevé en el procedimiento.

La acción de repetición, en el caso de mal funcionamiento de la administración de justicia, acorde lo previsto en el artículo 33 del COFJ, se activa una vez citado el Consejo de la Judicatura (el Estado) con la demanda por inadecuada administración de justicia, y no una vez que éste ha sido condenado al pago o que ha realizado el pago.

Por otro lado, la solidaridad en la obligación de reembolsar el monto pagado por el Consejo de la Judicatura, en el caso de existir varios funcionarios responsables, implica una solidaridad pasiva de éstos. Al respecto, señalemos que son obligaciones pasivamente solidarias aquellas que teniendo un objeto divisible, existen a cargo de varios deudores y colocan a cada uno de ellos en la necesidad de pagar la totalidad de la deuda.¹¹² Nuestro CC en su artículo 1527 prevé que si muchas personas contraen la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley –que es el caso en análisis-, puede exigirse a cada uno de los deudores el total de la deuda, entonces la obligación es solidaria o *in sólido*.

¹¹² Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*, 237.

En virtud de la solidaridad pasiva de los responsables, prevista expresamente en el primer inciso del artículo 33 del COFJ, el Estado podría dirigir la repetición en contra de todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, por la totalidad de lo adeudado, sin que éste pueda oponerle el beneficio de división (Art. 1530, CC). Además, la demanda intentada por el Estado contra alguno de los deudores solidarios no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido cumplida por el demandado (Art. 1531, CC). Por último recuérdese que el “deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas” (Art. 1536, CC).

2.3.3.2 Llamamiento en garantía.

El segundo inciso del artículo 33 del COFJ prevé lo que en doctrina se conoce como “llamamiento en garantía” que está estrechamente vinculado a una responsabilidad personal subjetiva del servidor frente al Estado por la cual aquél tiene que demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor.

En el artículo 57 del código adjetivo civil de Colombia se prevé que “quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación...”¹¹³ El administrativista del hermano país, Molina Betancur, ha señalado que existe unidad entre la actuación del servidor público y la de la administración y que los actos u omisiones de aquél son los actos u omisiones de ésta; sin embargo, resalta, que esa unidad se rompe si a la actuación del agente público que tiene algún nexo con el servicio se la califica como dolosa o gravemente culposa y causa un daño a un tercero, caso en el cual la acción u omisión no le es imputable a la

¹¹³ Colombia, Código de Procedimiento Civil, <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/apostilla_legalizacion/archivos/codigo_procedimiento_civil.pdf>

administración sino al servidor público que se ha desviado del cumplimiento de los cometidos estatales y es quien debe asumir la responsabilidad patrimonial que de allí se derive; y por lo tanto puede ser vinculado al proceso a través de figuras como el llamamiento en garantía.¹¹⁴

Barros Bourie, al referir la acción restitutoria (de repetición) que se deriva de la responsabilidad declarada del Estado, sostiene que tal declaración puede constar en una sentencia definitiva o en una transacción. En el caso de la sentencia, el órgano del Estado demandado debería estar en situación de llevar al mismo juicio que se sigue en su contra al funcionario que se tiene por responsable, en la medida que tanto la acción contra el órgano estatal como la de éste en contra del funcionario emanan directa e inmediatamente del mismo hecho, de modo que el juez esté en situación de declarar la culpa del funcionario en la misma sentencia que condene a la municipalidad, al Fisco o a otro órgano de la Administración del Estado. En el caso de la transacción, la falta o culpa del funcionario tendrá que ser declarada en el juicio especial que se siga en contra de este último.¹¹⁵

El llamamiento en garantía encuentra en el Ecuador una brevísima referencia en el artículo 1783 del CC que establece que:

El comprador a quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla.

Si el comprador omitiere citarle, y fuere evicta la cosa, el vendedor no estará obligado al saneamiento; y si el vendedor citado no compareciere a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción; a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa.

El artículo 1784 del mismo cuerpo normativo señala que si el vendedor comparece, debe seguirse solo contra él la demanda; sin embargo, el comprador puede intervenir en el juicio en cualquier momento para proteger sus derechos.

¹¹⁴ “Molina Betancur, C.C. (2008), Aspectos novedosos de la responsabilidad del Estado. Universidad de Medellín. Medellín, pp. 103 y 104”, en Corina Duque Ayala, *La Acción de Repetición y su eficacia en el Derecho Colombiano y Comparado*, 69.

¹¹⁵ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 528.

El segundo inciso del artículo 33 del COFJ, señala que citada la demanda al Consejo de la Judicatura, éste debe pedir al juez de la causa que se cuente como parte procesal con el servidor que intervino en el acto violatorio de los derechos del particular afectado y que, a tal efecto se le cite en el domicilio o en su lugar de trabajo. Se asegura que el servidor judicial llamado en garantía podrá ejercer su derecho a la defensa, recalándose su obligación de comparecer a juicio y demostrar con la prueba de la que disponga, que los actos que originaron los perjuicios no se debieron al dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor.

Del texto normativo se desprende con claridad que el legitimado pasivo del juicio por inadecuada administración de justicia o por revocatoria de sentencia condenatoria es el Consejo de la Judicatura, cuyo representante legal, según el artículo 280.2 del COFJ, es su Director General y no su Presidente. Y es, precisamente, esta institución, a través de su representante legal, a la que corresponde solicitar al órgano jurisdiccional contencioso administrativo competente que haga el llamamiento en garantía del servidor o servidores que hubieren intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado.

La norma no ha previsto el caso en que el Consejo de la Judicatura, demandado por inadecuada administración de justicia, omita solicitar el llamamiento en garantía de los funcionarios responsables de los actos violatorios; sin embargo, consideramos que tal situación no impediría que la institución, en caso de que se establezca mediante sentencia su responsabilidad por el mal funcionamiento de la administración de justicia, repita posteriormente, y en cuaderno separado, en contra de los funcionarios responsables, en la respectiva sede jurisdiccional contencioso administrativa, de conformidad con el artículo 11.9 de la CRE, en concordancia con el artículo 217.14 del COFJ. Además, como se ha dicho, más allá de ser un “derecho” del Estado, constitucionalmente previsto, cuya renuncia está vetada por el artículo 11 del CC¹¹⁶, el ejercicio de la acción de repetición es una obligación ineludible del Estado. Bajo el mismo supuesto, nada obsta para que el ciudadano perjudicado por el mal funcionamiento de la administración de justicia, solicite

¹¹⁶ “Art. 11.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”

en su demanda contra el Consejo de la Judicatura, el llamamiento en garantía de los funcionarios judiciales directamente responsables.

2.3.3.3 Efectos del llamamiento en garantía.

El ejercicio de la acción de repetición por parte del Consejo de la Judicatura en contra de los funcionarios judiciales responsables del daño producido, de conformidad con el artículo 33 del COFJ, se inicia dentro del juicio que el perjudicado presenta en contra de dicha entidad por el mal funcionamiento de la administración de justicia, con el llamamiento en garantía a tales funcionarios, solicitado por el Consejo de la Judicatura una vez que es citado con la demanda. Bajo estas circunstancias, debemos señalar la distinta naturaleza de las dos pretensiones que confluyen en el mismo procedimiento:

- a) La que tiene el particular en contra del Consejo de la Judicatura (Estado) por la indemnización del daño a él ocasionado a raíz del error judicial, del retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva o de las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.
- b) La que tiene el Consejo de la Judicatura para que el funcionario judicial comparezca y demuestre que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor.

En el procedimiento regulado en los artículos 32 y 33 del COFJ, el llamamiento en garantía genera el choque de la responsabilidad del Consejo de la Judicatura frente al particular, que es objetiva, con la responsabilidad del funcionario judicial frente al Consejo de la Judicatura, que es subjetiva porque depende del dolo o la negligencia de aquél; también origina un procedimiento tripartito: particular > Consejo de la Judicatura > funcionario judicial.

Hemos visto que el artículo 32 del COFJ regula el juicio del perjudicado en contra del Consejo de la Judicatura por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, o por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, vale decir, por la responsabilidad objetiva de la institución. Sin embargo, cuando volvemos la mirada a la

pretensión del Consejo de la Judicatura respecto del llamamiento en garantía y de la repetición en contra del funcionario judicial, que se ventila de manera simultánea en el mismo proceso, vemos que el segundo inciso del artículo 33 del COFJ, de manera incongruente con la responsabilidad objetiva del Estado, prevé que el funcionario debe comparecer y probar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor, lo que dice relación a la responsabilidad subjetiva del funcionario, con ello podría abrirse una puerta para que la responsabilidad institucional del Consejo de la Judicatura, que de conformidad con el artículo 11.9 de la CRE es objetiva, se subjetive e incluso pueda desaparecer en caso de que se considere probado que el funcionario no actuó con dolo ni con negligencia. Bajo esta hipótesis, resulta importante que el juzgador respectivo distinga y tenga claro que la actuación del funcionario judicial exenta de dolo o negligencia puede desvirtuar la acción de repetición del Consejo de la Judicatura en su contra, pero no la reclamación del particular en contra de la institución; sólo si el funcionario o la institución misma probaren que los daños se debieron a caso fortuito o fuerza mayor o al hecho de un tercero o la culpa de la propia víctima, la acción en contra de la institución sería improcedente. Téngase en cuenta que el hecho de un tercero o la culpa de la propia víctima eliminan el factor de imputabilidad del daño al Estado, necesario para accionar contra éste.

Si bien coincidimos con los criterios doctrinarios expuestos por el colombiano Molina Betancur y por el chileno Barros Bourie, referidos en líneas precedentes en cuanto a que los actos u omisiones del funcionario son los actos u omisiones de la Administración y que tanto la acción contra el órgano estatal como la de éste en contra del funcionario emanan directa e inmediatamente del mismo hecho, no creemos acertado considerar que la responsabilidad directa del Estado se rompa si el daño ha sido ocasionado por dolo o negligencia del agente público, ni que esta circunstancia exima al Estado de su responsabilidad objetiva frente al particular.

Partimos de que el artículo 11.9 de la CRE establece la responsabilidad objetiva del Estado frente al particular 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, así como también por la pena sufrida como resultado de una sentencia condenatoria que es reformada o

revocada, responsabilidad en la que es indiferente el dolo o la negligencia con que actuó el funcionario público, para el particular que sufrió el daño, siendo los únicos factores eximentes de responsabilidad del Estado (frente al particular), en términos generales, la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la propia víctima, como quedó anotado cuando referimos lo establecido por la ex Corte Suprema de Justicia en los casos “Delfina Torres” y “Andrade Bailón vs. EMELMANABÍ”. En base a lo particularmente dicho en la sentencia del caso “Andrade Bailón vs. EMELMANABÍ” sostenemos que la intencionalidad (culpa o dolo) del funcionario no deja de ser importante en el sistema de responsabilidad pues, como lo establece el artículo 11.9 de la CRE, la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos, es decir, su responsabilidad subjetiva, determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tenga que asumir frente a los administrados. En este contexto, el Estado no podría oponer al particular afectado, a fin de evadir o justificar la responsabilidad objetiva que la propia CRE le atribuye en el caso del artículo 11.9, las excepciones subjetivas que el funcionario público le pueda oponer al Estado a efectos de evitar la repetición en su contra, porque las responsabilidades de uno y de otro son, precisamente, de distinta naturaleza.

En cuanto a la fuerza mayor y el caso fortuito, como factores eximentes de responsabilidad del funcionario frente al Consejo de la Judicatura y de éste frente al particular afectado, debemos empezar señalando que la doctrina los considera supuestos de inimputabilidad frente al incumplimiento del deudor ya que éste se originaría en un hecho ajeno a él. Al respecto, la doctrina sostiene que la fuerza mayor y el caso fortuito configuran “un supuesto de inimputabilidad y consiguientemente estará fuera de cuestión la responsabilidad del deudor por las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación”¹¹⁷; lo que se relaciona con la teoría de la imprevisión y difiere en que mientras el caso fortuito y la fuerza mayor impiden absolutamente el cumplimiento de la obligación, los hechos que se enmarcan en la imprevisión no lo impiden pero hacen a la ejecución debida, excesivamente onerosa para el deudor.¹¹⁸

¹¹⁷ Jorge Joaquín Llambías, Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, *Manual de Derecho Civil: Obligaciones* (Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot, 2002), 78.

¹¹⁸ *Ibidem*, 86.

Si bien la fuerza mayor “alude a la acción ajena incontrastable que la voluntad del deudor no puede superar” y el caso fortuito al azar o casualidad originada en causas que se ignoran y que no se pueden prever ni evitar¹¹⁹, nuestro CC en el artículo 30 los trata como sinónimos y los define como “el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

El último caso referido ejemplificativamente en el artículo 30 del CC no puede alegarse como factor de justificación del funcionario judicial en la repetición que acciona el Consejo de la Judicatura en su contra, por expresa prohibición prevista en la parte final del inciso segundo del artículo 33 del COFJ, según la cual “No se admitirá como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica”, lo que guarda coherencia con el derecho a la objeción de conciencia previsto en el artículo 66.12 de la CRE¹²⁰. Recordemos que la objeción de conciencia ha sido definida como la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito, por lo que la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral, siendo reconocido por la Corte (de Colombia) que es posible objetar por razones de conciencia deberes laborales, educativos y profesionales, y con referentes normativos del bloque de constitucionalidad.¹²¹

La parte final del inciso segundo del artículo 33 del COFJ prohíbe, además, invocar como justificación del funcionario el error inexcusable que, más allá de constituir una infracción disciplinaria gravísima, susceptible de ser sancionada con la destitución (Art. 109.7, COFJ), es:

la notoria ineptitud o descuido al momento de administrar justicia por parte de la servidora o servidor judicial... Para que un error de derecho pueda ser calificado como inexcusable, es condición necesaria que exista un precepto jurídico que, siendo legítimo y estando vigente, contenga un mandato positivo o negativo que fuese

¹¹⁹ *Ibidem*, 78

¹²⁰ “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza.

Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar.”

¹²¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-728/09, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-728-09.htm>>.

claramente identificable, preciso y unívoco, es decir, no susceptible de interpretaciones jurídicas aceptables, caso en el cual, constituirá un error inexcusable cuando (sic) el operador de justicia se separe de toda interpretación admisible, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica.¹²²

La situación prevista en la última parte del segundo inciso del artículo 33 del COFJ, en cuanto al error inexcusable, coloca al funcionario judicial en un verdadero dilema. Digamos, por ejemplo, que un juez, dentro del juicio de expropiación de un inmueble, en cumplimiento estricto de lo previsto en el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas¹²³ -que, entre otras cosas, dispone que el juez, a fin de establecer el “justo precio” del inmueble expropiado, “está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad”- fija como valor del predio expropiado, el establecido por la dirección de catastros de determinada municipalidad, pero que éste resulta ser, dentro del mercado inmobiliario, escandalosamente ínfimo, irrisorio, al punto que se vuelve confiscatorio. Bajo estas circunstancias, al aplicar la referida norma, el juzgador vulneraría el derecho a la propiedad, garantizado en el artículo 321 de la CRE, lo que podría derivar en una demanda en contra del Estado en los términos de los artículos 32 y 33 del COFJ y estar sujeto –el juzgador- a la acción de repetición del Consejo de la Judicatura en su contra, sin que pueda alegar el error inexcusable como causa de justificación; pero, por otro lado, el no aplicarla, lo encuadraría dentro del error inexcusable por el que, muy probablemente sería destituido.

Retomando nuestro análisis, a la luz de lo establecido en el segundo inciso del artículo 33 del COFJ advertimos que pueden desprenderse tres escenarios previsibles:

- **Primer Escenario.**

¹²² Ecuador, Consejo de la Judicatura, Resolución de 22 de mayo de 2012 dentro de expediente disciplinario N° A-321-UCD-012-MAC (09-2011-CJ-DPS), <<http://www.juiciocrudo.com/documentos/Expediente-del-Consejo-de-la-Judicatura-contra-jueces-Juan-Nuniez-Luis-Legnia-y-Nicolas-Zambrano-%2822-may-2012%29.pdf>>.

¹²³ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en R.O. Suplemento N° 395 (4 de agosto de 2008). En adelante se cita esta ley como *LOSNCP*.

La comparecencia de los servidores que intervinieron en los actos violatorios de los derechos del perjudicado, tiene por finalidad demostrar que tales actos no se debieron a dolo o negligencia suya sino a caso fortuito o a fuerza mayor. Recordemos que el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la propia víctima, son las únicas circunstancias eximentes de la responsabilidad objetiva del Estado frente al particular afectado por lo que, probada por el funcionario llamado en garantía o por el propio Consejo de la Judicatura, la concurrencia de cualquiera de tales circunstancias, quedaría la institución -el Estado- exenta de responsabilidad, la pretensión del particular sería rechazada y, por lo tanto, el fundamento de la institución para repetir en contra del funcionario, desaparecería. En Colombia, la entidad pública no puede llamar en garantía al funcionario si dentro de la contestación de la demanda propuso las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor¹²⁴, lo cual resulta coherente si consideramos que esas son circunstancias eximentes de la responsabilidad objetiva del Estado.

- **Segundo Escenario.**

En un segundo escenario posible, podría el servidor judicial acreditar fehacientemente que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo ni a negligencia suya y, a pesar de aquello, que no se logre demostrar que tales actos se produjeron por fuerza mayor o caso fortuito. Como se dijo en líneas anteriores, nuestro CC establece que la fuerza mayor o caso fortuito -a los que se refiere como sinónimos- es el imprevisto imposible de resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. (Art. 30). Bajo estos supuestos, si bien subsistiría la responsabilidad objetiva del Consejo de la Judicatura de reparar el daño sufrido por el particular por la inadecuada administración de justicia, perdería sustento la acción de repetición que dicha institución ejercería contra el funcionario llamado en garantía al proceso.

¹²⁴ Colombia, Ley 678 de 2001, artículo 19 en Corina Duque Ayala, *La Acción de Repetición y su eficacia en el Derecho Colombiano y Comparado*, 70.

- **Tercer escenario.**

Es el que plantea el inciso final del artículo 33 del COFJ: si en la sentencia se declara que los servidores judiciales no justificaron su conducta, es decir, si se concluye que actuaron efectivamente con dolo o negligencia; y, si tampoco se acredita que los actos se debieron a fuerza mayor, caso fortuito, al hecho de un tercero ni a la culpa de la propia víctima, se dispondrá que el Consejo de la Judicatura (el Estado) pague al particular la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral, y que de inmediato la entidad estatal inicie el procedimiento coactivo contra los servidores responsables para el reembolso de lo que el Estado deba pagar al perjudicado.

El problema puede surgir si al interpretar literalmente la norma del tercer inciso del artículo 33 del COFJ, se supedita la procedencia del pago indemnizatorio del Consejo de la Judicatura al particular afectado, únicamente a que el servidor judicial no haya justificado su conducta –a que haya actuado con dolo o negligencia- lo cual, como señalamos en líneas precedentes, implicaría subjetivar la responsabilidad del Estado que, de conformidad con el artículo 11.9 de la CRE, es objetiva. El artículo 29 del CC distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

El dolo o negligencia prevista en el artículo 33 del COFJ se enmarca en el inciso segundo del artículo 29 del CC que refiere la culpa grave, la negligencia grave y la culpa lata, por lo que, dentro del proceso contra el Estado por inadecuada administración de justicia, bastaría que el servidor judicial acreditara que administró justicia con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, para que se considere justificada su conducta y, en consecuencia, el Estado no sea condenado al pago de indemnización alguna a favor del particular afectado.

Una correcta interpretación debe partir necesariamente de que el funcionario no solo tiene que demostrar que los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino también que éstos se originaron en caso fortuito o fuerza mayor, en el hecho de un tercero o en la culpa de la propia víctima.

2.3.3.4 Sobre el procedimiento coactivo en contra del servidor judicial responsable.

Como lo analiza Couture¹²⁵, el proceso jurisdiccional de ejecución presupone una declaración del derecho que lo motiva; comporta ejecución, tanto la actuación coactiva de entrega de la cosa al propietario, como la actuación coactiva del derecho del acreedor insatisfecho.

En el caso del último inciso del artículo 33 del COFJ, lo que origina el procedimiento coactivo del Consejo de la Judicatura en contra del funcionario judicial es la sentencia ejecutoriada en que se declara que éste actuó dolosa o negligentemente y que esa actuación ocasionó el daño al particular. Aquella resolución sería el “título de crédito” de ejecución inmediata en contra del funcionario judicial, pese a que la sentencia, como tal, no cumpla con las características propias de los títulos de crédito que usualmente facultan el inicio de una coactiva, tales como la incorporación, la legitimación, la

¹²⁵ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (Buenos Aires: Depalma, 1958), 445, <<http://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>>.

literalidad y la autonomía. En este contexto, resulta discutible que del establecimiento de la responsabilidad personal del funcionario judicial, pueda desprenderse en su contra una obligación de pago susceptible de ser perseguida por vía coactiva en contra de su patrimonio.

Sin embargo, no se requiere para el inicio del procedimiento coactivo en contra del funcionario, que el Consejo de la Judicatura haya pagado al particular la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral que le corresponde, basta con que se haya ejecutoriado la sentencia condenatoria en contra de la entidad por inadecuada administración de justicia.

Si observamos la redacción de la norma, establecido en la sentencia el derecho del particular afectado a que el Consejo de la Judicatura le indemnice los daños sufridos, dicho pago podría en la práctica no solo demorarse, sino además quedar supeditado al resultado del procedimiento coactivo que inicie la entidad en contra del funcionario judicial responsable. Frente a ello resulta preocupante la real eficacia del juicio por inadecuada administración de justicia iniciado en contra del Consejo de la Judicatura, máxime cuando la norma no ha previsto el muy probable escenario en que el funcionario judicial responsable, en virtud de la repetición intentada en su contra, no logre cubrir el monto de indemnización fijado en sentencia en contra del Estado, lo que a su vez podría llevar a que todo el proceso se empantane en un infructuoso juicio de insolvencia en contra del funcionario.

Bajo estas circunstancias, a fin de hacer efectiva la obligación indemnizatoria del Estado, prevista en el artículo 11.9 de la CRE, el procedimiento coactivo del Consejo de la Judicatura en contra del funcionario responsable debería iniciarse una vez que la entidad estatal haya cancelado al particular afectado las indemnizaciones reconocidas en sentencia.

2.3.3.5 Responsabilidad personal de los jueces, fiscales y defensores públicos.

Finalmente, el artículo 34 del COFJ establece que:

Las causas que, por indemnización de daños y perjuicios y por daño moral se propongan contra juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución y demás leyes aplicables, se sustanciarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio de la parte demandada, por la vía verbal sumaria y la acción prescribirá en 4 años desde que se consumó el daño.

Al respecto, consideremos que, en atención a la capacidad de pago del Estado frente a la del funcionario judicial responsable, el particular afectado va a preferir demandar directamente al Estado por los daños y perjuicios que cualquier funcionario judicial le pudiere ocasionar por una inadecuada administración de justicia, por lo que nos atrevemos a asegurar que el procedimiento previsto en el artículo 34 del COFJ por responsabilidad personal de los funcionarios judiciales, caerá muy pronto en desuso, máxime si tomamos en cuenta que en virtud del principio *non bis in ídem*, demandado personalmente el funcionario judicial con base en la referida norma, no podría demandarse al Consejo de la Judicatura acorde el procedimiento previsto en el artículo 32 *ibídem*, por los mismos hechos.

Conclusiones

Del análisis expuesto en este trabajo, podemos concluir, entre otras cosas, que el Estado, en virtud de su alto deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la CRE, es responsable por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; por ello debe, no sólo reparar las violaciones a los derechos de los particulares, sino también repetir en contra de los funcionarios responsables del daño producido. La responsabilidad estatal se torna constitucionalmente más evidente y directa en los casos de 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; y, también en caso de que una sentencia condenatoria sea reformada o revocada.

A no dudarlo, el artículo 11.9 de la CRE, prevé lo que en doctrina se conoce como la responsabilidad extracontractual del Estado. La norma constitucional determina que la responsabilidad estatal es, en los casos allí previstos, objetiva, ya que la obligación de reparar no depende de la culpa o dolo en el actuar del agente, sino del daño antijurídico provocado por la actuación de la administración, siendo las únicas circunstancias eximentes de tal responsabilidad el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa del propio afectado. Así se desprende del texto constitucional y así lo han entendido los tribunales ecuatorianos de justicia en los emblemáticos casos “Delfina Torres”, “Larriva” y “Andrade Bailón vs. EMELMANABI”.

El COFJ recoge en sus artículos 15 y 32, casi de manera textual, la responsabilidad estatal prevista en el artículo 11.9 de la CRE que, como se ha analizado, implica una responsabilidad objetiva del Estado y, a partir de ello establece el trámite contencioso administrativo que el particular afectado debe seguir en contra del Consejo de la Judicatura por la indemnización de daños y perjuicios e, incluso, el daño moral provocado por el mal funcionamiento de la administración de justicia.

Pero es en el procedimiento de repetición, previsto en el artículo 33 del COFJ, donde comienzan a advertirse incongruencias procesales y conceptuales que pueden

trastocar el principio de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado previsto en la CRE.

Hemos visto que el llamamiento en garantía del funcionario judicial al juicio por responsabilidad extracontractual del Consejo de la Judicatura derivado de la inadecuada administración de justicia, tiene por objeto, no sólo que el servidor demuestre que los daños ocasionados se debieron a fuerza mayor o caso fortuito, al hecho de un tercero o a la culpa del propio particular, lo que guarda coherencia con los artículos 11.9 y 52 de la CRE; sino también que justifique su conducta, esto es, que acredite que no actuó con dolo o negligencia. Queriendo justificar el porqué de este aspecto subjetivo introducido en la norma legal, nos hemos remitido a lo que la ex Corte Suprema de Justicia señaló en el fallo dictado dentro del caso “Andrade Bailón vs. EMELMANABÍ”, en el sentido de que la intencionalidad (culpa o dolo) del funcionario no deja de ser importante en el sistema de responsabilidad, ya que la calificación de la culpabilidad de los funcionarios públicos, es decir, su responsabilidad subjetiva, determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos asumidos frente a los administrados, con lo que queda claro que el dolo o negligencia, aspectos subjetivos previstos en el artículo 33 del COFJ, revisten importancia respecto, única y exclusivamente, de la relación procesal existente entre el Consejo de la Judicatura y el funcionario judicial a efectos de la acción de repetición. Nuestro análisis nos llevó a establecer que resultaría erróneo vincular y, peor aún, supeditar a la conducta del funcionario judicial, la responsabilidad del Consejo de la Judicatura frente al particular afectado por el mal funcionamiento de la administración de justicia.

En el tercer inciso del artículo 33 del COFJ, se advierten otras inconsistencias que en la práctica podrían restar eficacia al juicio en contra del Estado por inadecuada administración de justicia.

Así, si no se realiza un análisis jurídico integral y contextualizado del artículo 33, parecería que su inciso final condiciona la procedencia del juicio en contra del Consejo de la Judicatura por inadecuada administración de justicia, únicamente a que la actuación del servidor judicial hubiese sido dolosa o negligente, cuando la interpretación correcta nos debe llevar a establecer que las únicas circunstancias eximentes de la responsabilidad estatal, son la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa del particular

afectado; y, que la ausencia de dolo o negligencia en la actuación del funcionario judicial, eximen a éste de responsabilidad en la repetición ejercida en su contra por el Consejo de la Judicatura. En otras palabras, la ausencia de dolo o negligencia en el actuar del funcionario judicial no es oponible al particular afectado respecto de su pretensión en contra del Consejo de la Judicatura de que le reconozca los daños y perjuicios originados por el mal funcionamiento de la administración de justicia.

Finalmente, el inciso tercero del artículo 33 del COFJ, no establece de manera clara e inequívoca un aspecto que, desde nuestro análisis, lo consideramos necesario: que el procedimiento coactivo del Consejo de la Judicatura en contra del servidor judicial responsable del daño ocasionado al particular, se inicie una vez que la entidad haya efectivamente cancelado la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral reconocida en sentencia ejecutoriada a favor del particular. La redacción de la norma señala que ordenado en sentencia el pago de daños y perjuicios, el Consejo de la Judicatura debe iniciar de inmediato “el procedimiento coactivo para el reembolso de lo que el Estado deba pagar al perjudicado”, sin reparar en que dicha sentencia no constituye un título de crédito que justifique el inicio de una coactiva de la entidad sobre el patrimonio del funcionario personalmente responsable. De hecho, si asumimos que la sentencia que condena al Consejo de la Judicatura a indemnizar los daños sufridos por el particular podría constituir un título de ejecución a favor de éste y en contra de la entidad, mientras no se efectivice el pago no podría, en estricto derecho, constituirse en título de crédito ni de ejecución del Estado en contra del funcionario judicial responsable del daño ocasionado.

Las circunstancias analizadas en este trabajo, ponen de relieve las falencias procesales y conceptuales de la acción de repetición -en los términos en que está prevista en los artículos 32 y 33 del COFJ- que el Consejo de la Judicatura debe ejercer en contra de los funcionarios judiciales responsables del mal funcionamiento de la administración de justicia.

A la fecha de finalización del presente trabajo no existe caso alguno en que el Consejo de la Judicatura haya sido condenado al pago de indemnización a favor de un particular por el mal funcionamiento de la administración de justicia ni, por lo tanto, en que dicha entidad haya tenido que repetir en contra de algún funcionario judicial por su

dolo o negligencia. Consideramos que los artículos 32 y 33 del COFJ no contemplan un procedimiento idóneo ni eficaz para el juzgamiento de la responsabilidad objetiva del Consejo de la Judicatura derivada del mal funcionamiento de la administración de justicia ni para el ejercicio de la acción de repetición de la entidad en contra del funcionario o servidor judicial responsable.

Frente a ello creemos que es necesario adecuar el procedimiento previsto en el código referido, a la responsabilidad estatal objetiva establecida en el artículo 11.9 de la CRE. Esto es, distinguiendo y separando la acción del particular en contra del Consejo de la Judicatura por su responsabilidad objetiva en la inadecuada administración de justicia, de la acción de repetición que dicha entidad debería ejercer por cuerda separada en contra del funcionario judicial por su responsabilidad subjetiva respecto del daño ocasionado al particular, atenta la naturaleza diversa que cada una de tales acciones reviste.

Bibliografía

- Aguirre Guzmán Vanesa, *Tutela Judicial Efectiva*, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2013/06/17/tutela-judicial-efectiva>
- Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Tomo II, Santiago, Chile: Ediar Editores Ltda., 1983.
- Amenábar, María del Pilar, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- Andrade Ubidia, Santiago, Luis Fernando Ávila Linzán, editores, *La transformación de la justicia*, Quito: Ministerio de Justicia y Humanos, 2009, http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_La_transformacion_de_la_justicia.pdf
- Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago- Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- Cassagne, Juan Carlos y otros, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- Corral, Fabián, “Los ‘Derechos’ del Estado”, *El Comercio* (Quito), 17 de noviembre de 2011, <http://www.elcomercio.com/opinion/derechos-del-1.html>
- Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*; El Juez, las Partes y el Proceso, Tomo III, Buenos Aires: Depalma, 2003.

- Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Depalma, 1958, en <http://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>
- Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/342/32.pdf>
- Diccionario de la Lengua Española- Real Academia Española en <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=Uagad3UexDXX20nZ5uDD>
- Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Pamplona, España: Civitas, 2011.
- Dromi, José Roberto, *Manual de derecho administrativo*, Tomo 2, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987
- Duque Ayala, Corina, *La Acción de Repetición y su eficacia en el Derecho Colombiano y Comparado*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- Enciclopedia Jurídica*, Edición 2014, en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/servicio-publico/servicio-publico.htm>
- Gil Botero, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 2013.
- Guzmán Fluja, Vicente Carlos, *La extensión del principio de responsabilidad del Estado a la actividad de la administración de justicia*, Vol. 3, Santiago de Compostela: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, 1994, en <http://hdl.handle.net/10347/2201>
- Llambías, Jorge Joaquín, Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, *Manual de Derecho Civil: Obligaciones*, Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot, 2002.
- Molina Betancur, Carlos Mario y Martha Cecilia Cañón Solano, *La Acción de Repetición*, Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2008.

- Mosset Iturraspe, Jorge, *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, Tomo IV, Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 1982.
- Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 1998.
- Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires: Heliasta, 2006.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007.
- Serrano Escobar, Luis Guillermo y Claudia Patricia Tejada Ruiz, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2014.
- Velásquez Posada, Obdulio, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 2009.
- Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá: Editorial Temis S.A., 2006.
- Wray, Alberto “El debido proceso en la Constitución”, *Iuris Dictio*, V.1, N° 1 (2000): 36.

Normativa

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; ratificada por el Ecuador mediante Decreto Supremo N° 1883, Registro Oficial, N° 452, 27 de octubre de 1977.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés), Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200^a (XXI) de 16 de diciembre de 1966; ratificado mediante Decreto Ejecutivo N° 37, Registro Oficial, N° 101, 24 de enero de 1969.

Argentina, Ley de Responsabilidad Estatal, sancionada el 2 de julio de 2014 por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina; y, promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014.

Colombia, Código de Procedimiento Civil en http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/apostilla_legalizacion/archivos/codigo_procedimiento_civil.pdf.

Colombia, Ley 678 de la República de Colombia de 3 de agosto de 2001, Diario Oficial N° 44.509 de 4 de agosto de 2001.

España, Constitución Española, Boletín Oficial del Estado N° 311 de 29 de diciembre de 1978.

Uruguay, Constitución de la República Oriental del Uruguay, en <http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const997.htm>

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador (derogada), R.O. N° 1, Quito, 11 de agosto de 1998.

Ecuador, Código Civil, en Registro Oficial, Suplemento, N° 46, 24 de junio de 2005.

Ecuador, Código de Procedimiento Penal (derogado), en Registro Oficial, Suplemento, N° 360, 13 de enero de 2000.

Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, en Registro Oficial N° 544, 9 de marzo de 2009.

Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento, N° 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador, Código Orgánico General de Procesos en Registro Oficial, Suplemento, N° 506, 22 de mayo de 2015.

Ecuador, Ley de Casación (derogada), en Registro Oficial, Suplemento, N° 299, 24 de marzo de 2004.

Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en Registro Oficial, Suplemento N° 52, 22 de octubre de 2009.

Ecuador, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (derogada), en Registro Oficial, N° 338, 18 de marzo de 1968.

Ecuador, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en Registro Oficial N° 312, 13 de abril de 2004.

Ecuador, Ley Orgánica del Servicio Público, en Registro Oficial, Suplemento, N° 294, 6 de octubre de 2010.

Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento, N° 395, 4 de agosto de 2008.

Ecuador, Consejo de la Judicatura, Resolución de 22 de mayo de 2012 del Pleno del Consejo de la Judicatura dentro de expediente disciplinario N° A-321-UCD-012-MAC (09-2011-CJ-DPS), <http://www.juiciocrudo.com/documentos/Expediente-del-Consejo-de-la-Judicatura-contra-jueces-Juan-Nuniez-Luis-Legnia-y-Nicolas-Zambrano-%2822-may-2012%29.pdf>.

Sentencias:

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf

Corte Constitucional de Colombia:

Sentencia C-832 de 2001.

Sentencia C-728/09 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-728-09.htm>

Ecuador:

Corte Constitucional, Sentencia No. 007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009, en Registro Oficial, Suplemento, N° 602, 1 de junio de 2009.

Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia No. 030-10- SCN-CC, dentro del caso No. 0056-10-CN, en Registro Oficial, Suplemento, N° 602, 10 de enero de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia No. 052-13- SEP-CC, dentro del caso No. 1079-11-EP, en Registro Oficial, Suplemento, N° 130, 25 de noviembre de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia No. 153-13- SEP-CC, dentro del caso No. 1523-12-EP, en Registro Oficial, Suplemento, N° 526, 19 de junio de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia No. 019-13-SCN-CC, dentro del Caso No. 0572-12-CN, en Registro Oficial, Suplemento, N° 932, 12 de abril de 2013.

Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de casación de 24 de agosto de 2012. Gaceta Judicial, Año CXIII, Serie XVIII, N° 12, p. 4952.

Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Penal, sentencia de casación de 21 de septiembre de 2010. Expediente 1073, en Registro Oficial, Suplemento, N° 426, 10 de abril del 2013.

Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 23 de septiembre de 2010. Expediente 561, en Registro Oficial, Suplemento, N° 350, 16 de octubre de 2012.

Ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de casación de 29 de octubre de 2002. Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, N° 10, p. 3011.

Ex Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de casación de 11 de abril de 2007. Gaceta Judicial, Año CVIII, Serie XVIII, N° 4, p. 1618.

Ex Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de casación de 29 de julio de 2002, en Registro Oficial, N° 700, 8 de noviembre de 2002.