



UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y  
SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

“EL ERROR JUDICIAL: LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y SU  
RECLAMACIÓN ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL”

**Autor:** Luis Felipe Serrano Vázquez

**Director:** Dr. Marlon Tiberio Torres Rodas

Monografía previa a la obtención  
del Título de Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la  
República y Licenciado en  
Ciencias Políticas y Sociales.

Cuenca - Ecuador  
Marzo 2015



## Resumen

El error judicial se encuentra con plena vigencia en nuestro sistema jurídico, siguiendo el lineamiento de un sistema de responsabilidad objetiva que tiene el Estado para con sus administrados. Esta institución jurídica de notable trascendencia tiene como premisa la idea de que nadie puede alcanzar la perfección, lo que es decir que todos somos propensos a errar, no se puede decir lo contrario de los Señores Jueces que en su noble pero compleja función se encuentran día a día en el lindero que separa lo justo de lo injusto y en muchas ocasiones lo legal de lo ilegal.

Por esta idea surge la noción del error judicial, que no es otra cosa que el desacierto o falencia constante en una providencia, dictada por un órgano jurisdiccional, yerro que la convierte en injusta o desacertada, en pleno desapego del ordenamiento jurídico vigente, que causa un daño y que ha de ser originadora de la responsabilidad del Estado. Sin embargo no todo error es originador de responsabilidad estatal por lo que existen ciertos aspectos, así como eximentes de responsabilidad que limitan a esta institución.

Bajo estos postulados surge la necesidad de Jueces totalmente probos y estudiosos que conozcan de las causas bajo los más ponderados criterios de justicia e imparcialidad, que obren en estricta observancia al ordenamiento jurídico vigente pero por sobre todo a la Carta Magna y los Derechos Humanos.

### Palabras clave:

- Error Judicial
- Responsabilidad Estatal
- Responsabilidad Objetiva
- Error Inexcusable
- Daño



## Abstract

The judicial error can be found in full force in our Legal System, by following the guideline of a system of objective responsibility that the Federal State has with its administrator. This Legal Institution of remarkable transcendence and grandeur has the premise idea that nobody can achieve perfection; that means that all individuals are prone to commit mistakes. The same statement cannot be said of the Judges that in their noble, but complex role find themselves daily in the border line that separates what is just from what is unjust, and in many circumstances, what legal from what is not.

The idea of judicial error arise from by the development of this notion, which is not other than the constant inaccurate failure in a providence, dictated by an jurisdictional system, mistake that transforms it into unjust and inaccurate; in full disagreement of the active judicial system that causes a tremendous damage and might be originated by the sole responsibility of the Federal State. However, not every error is originated by the federal State Responsibility so there are certain aspects, as well as strict liabilities that limit this institution.

Under these postulates the need arises to fully upright capable and knowledgeable judges who know the causes under the most weighted criteria of justice and impartiality, and act within strict accordance to the existing law but above all to the Constitution and Human Rights.

### Keywords:

- Judicial Error
- State Responsibility
- Strict Liabilities
- Inexcusable error
- Damage



## Tabla de contenido

Capítulo 1: Responsabilidad Estatal: Aspectos Introdutorios.....	11
1.1 Concepto de responsabilidad .....	11
1.2 Antecedentes históricos.....	12
1.2.1 Estado irresponsable .....	14
1.2.2 Estado responsable.....	15
1.3 Función y fundamentos de la responsabilidad.....	18
1.4 Sistemas de responsabilidad .....	20
1.4.1 Responsabilidad subjetiva .....	20
1.4.2 Responsabilidad objetiva .....	23
1.5 El Daño.....	29
1.5.1 Concepto.....	29
1.5.2 Consideraciones generales. ....	30
1.5.3 La prevención del daño .....	31
1.5.4 El Estado y el daño .....	32
1.5.5 Características .....	33
1.5.6 Clases de Daño .....	35
1.5.6.1 Patrimonial.....	36
1.5.6.2 Extrapatrimonial.....	37
1.6 Reparación: generalidades .....	39
Capítulo 2: El Error Judicial .....	41
2.1 El error judicial: concepto .....	41
2.2 El error circunstancia connatural al ser humano.....	43
2.3 Elementos de la responsabilidad en el error judicial.....	45
2.3.1 Error Inexcusable.....	45
2.3.1.1 Generalidades: .....	45
2.3.1.2 Concepto: .....	51
2.3.1.3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Error Inexcusable... 53	
2.3.1.4 Crítica a la exigencia del error inexcusable .....	57
2.3.2 El Daño en el Error Judicial: características.....	63
2.3.2.1 Características comunes de la responsabilidad estatal.....	63



---

2.3.2.2 Manifiesto .....	63
2.3.2.3 Unívoco.....	64
2.3.2.4 Objetividad.....	64
2.3.3 Nexo causal: imputabilidad al Juez .....	64
2.4 Clases de error.....	67
2.4.1 Error in procedendo.....	67
2.4.2 Error in iudicando.....	68
Capítulo 3: Responsabilidad Derivada del Error Judicial .....	70
3.1 Quienes administran justicia comprometen al Estado .....	70
3.2 Deberes del Juez .....	76
3.3 Clases de responsabilidad: breve referencia cada una.....	82
3.3.1 Responsabilidad civil.....	83
3.3.2 Responsabilidad administrativa.....	83
3.3.3 Responsabilidad penal .....	84
3.3.4 Responsabilidad personal.....	84
3.4 Concurrencia de responsabilidades.....	85
3.5 Eximentes de responsabilidad.....	86
3.6 La Responsabilidad estatal por error judicial, en sentido amplio y en sentido restringido .....	89
3.7 Algunos postulados en torno al error judicial .....	90
3.8 Responsabilidad en las Altas Cortes .....	101
3.9 No es lo mismo error judicial e inadecuada administración de justicia .....	101
3.10 Ideas sobre los riesgos que debe soportar el sometido a la administración de justicia.....	103
Capítulo 4: Derecho de Repetición.....	106
4.1 Generalidades .....	106
4.2 El deber de promoverlo.....	109
4.3 Requisitos .....	110
Capítulo 5: Tramitación Judicial y Requisitos Generales de Viabilidad de la Acción ..	111
5.1 Presupuestos.....	111
5.1.1 Cumplimiento de los requisitos legales: ideas generales .....	111
5.1.2 La precisión del error en la demanda.....	112
5.1.3 Pretensión.....	112



---

5.1.4 Recursos contra la providencia causante del daño .....	113
5.1.5 Providencia firme .....	115
5.1.6 Prueba .....	115
5.2 Legitimación activa y pasiva .....	118
5.3 Competencia.....	120
5.4 Procedimiento.....	121
5.5 Prescripción .....	123
Anexos .....	124
Anexo 1: Resolución de casación en relación al error judicial, publicada en Gaceta Judicial año CIII, serie XVII, No. 10, página 3134.....	124
Anexo 2: Diagrama Procedimental .....	126
Anexo 2.1 .....	126
Anexo 2.2.....	126
Bibliografía.....	127



## Cláusula de Derechos de Autor

*Luis Felipe Serrano Vázquez*, autor de la monografía “EL ERROR JUDICIAL: LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y SU RECLAMACIÓN ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL”, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, 5 de marzo del 2015

A handwritten signature in blue ink, reading 'Luis Felipe Serrano Vázquez'.

Luis Felipe Serrano Vázquez

010539006-6



## Cláusula de Propiedad Intelectual

*Luis Felipe Serrano Vázquez*, autor de la monografía “EL ERROR JUDICIAL: LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y SU RECLAMACIÓN ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 5 de marzo del 2015

A handwritten signature in blue ink, reading "Luis Felipe Serrano Vázquez".

Luis Felipe Serrano Vázquez

010539006-6





## Dedicatoria

*A mi señor padre Doctor  
Luis Felipe Serrano  
Cordero, por enseñarme que  
la abogacía existe para  
luchar por la justicia, lucha  
que por sobre todo está  
dirigida a amparar a quien  
más lo necesita.*

*A mi familia, el pilar de mi  
vida.*



## Agradecimiento

*Por cada aporte brindado a esta investigación, un agradecimiento muy especial al Señor Doctor Pablo Mariano Cordero Díaz, caballero, profesional y hombre de bien. Bajo el mismo texto, el más sincero sentimiento de gratitud al Señor Doctor Marlon Tiberio Torres Rodas, quien con total amabilidad, empeño y responsabilidad se ha encargado de dirigir de esta investigación.*



## Capítulo 1: Responsabilidad Estatal: Aspectos Introdutorios

### 1.1 Concepto de responsabilidad

Para enfocarnos en el entendimiento de lo que comprende el término responsabilidad, recurramos a su etimología, así su origen en latín lo tiene en la palabra “responsum”, forma latina del verbo responder que a su vez etimológicamente procede del verbo latino respondere, “re” que significa volver a un punto anterior y “spondere” que significa someterse u obligarse, dándonos como resultado el compromiso de retornar las cosas a un estado anterior; y, por ende la responsabilidad: la cualidad de responder por los compromisos. (Anders, 2014)

Por su parte el Diccionario de la Real Academia Española nos ilustra señalando que se entiende por responsabilidad: “Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.” (Real Academia Española, 2014)

Ya en el ámbito del Derecho, el mismo diccionario señala que es la: “Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.” (Real Academia Española, 2014)

Por su parte Guillermo Cabanellas, adentrándose en la responsabilidad del Estado nos da algunas ideas muy concretas que considero son de relevante aporte a la investigación, aclara que al hablar de esta persona de Derecho Público, solo podemos hablar de responsabilidad civil. Lo que lleva a la necesidad de citar su definición de responsabilidad civil: “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.”. (Cabanellas de la Torre, 2014). Es más, nuestra anterior Corte Suprema de Justicia, se pronuncia con jurisprudencia el 10 de diciembre del 2009, considerando cuarto, señalando:

*Resulta indispensable que esta Sala se refiera a lo que constituye la responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto el caso que nos ocupa se refiere a aquella. Al efecto, cabe señalar que antiguamente existía el criterio de que el poder público no debía ser responsabilizado de sus actos por razones de soberanía, entonces se consideraban como conceptos contrapuestos responsabilidad y soberanía. En la actualidad en cambio, está consagrado el Principio de Responsabilidad del Estado y consecuentemente la justiciabilidad de sus actuaciones. Con respecto al Estado, como persona de derecho público que es, sólo es posible hablar de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que por medio de sus agentes cause... (DAÑOS Y PERJUICIOS, 2009) (ESILEC, 2014)*



Adicionalmente el profesor Arturo Alessandri explica que: “es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar al daño sufrido por otra.”. (Alessandri, 1987)

Si bien adentrarse en una definición resulta complejo, pues puede no contemplar lo que en realidad domina el término que se pretende definir, no obstante resulta imperioso intentarlo haciendo lo posible por explicar que comprende la responsabilidad; así, como se la mire, no es otra cosa que la obligación de reconocer, reparar, resarcir el daño causado a consecuencia de un acto ajeno al Derecho, causado por sí o por otra persona, cuando no exista causa legal que lo exima. Me sumo a lo que indica el Dr. Cabanellas al decir que la reparación se realiza “en lo posible” pues es claro que en muchos casos aunque se lo intente no se va a poder responder (pretendiendo satisfacer) con lo mismo que en un inicio se afectó, me explico con un ejemplo sencillo: cuando de joven prestas un balón a tu amigo y te lo revienta, y el promete devolverte uno nuevo hay casos en los que no habrá problema pues por conveniencia el nuevo, por el simple hecho de serlo estará en condiciones eficaces, pero a su vez habrá casos en los que el apego emocional, las experiencias vividas o el simple hecho de saber que alguien especial te lo regalo harán que aunque te pague con uno o más nuevos no llene tus expectativas. Cosa similar ocurre en el ámbito jurídico en el que la persona titular de un Derecho puede verse afectado y solo la restitución de ese Derecho en exactas condiciones llenara sus expectativas, o mejor dicho le dará la tranquilidad que tenía con anterioridad.

## 1.2 Antecedentes históricos

El tema de la responsabilidad es conocido ya desde tiempos muy remotos teniendo como antecedente a la “venganza”, es decir desquitarse por una malicia causada, a criterio del autor Ángel Martínez Sarrión, la venganza no se la tomaba como una manifestación de odio, sino más bien como una necesidad de hacer justicia a mano propia, por la falta de un organismo que intervenga, sin embargo el carácter de subjetivo que tenía esta forma de responsabilidad derivó por lo general en un abuso por parte del agredido devolviendo siempre con un poco más la agresión ocasionada. (López J. , 2007)

La crítica literaria y profesora de Teoría de la Literatura en la Universidad de Barcelona, Nora Castelli, comenta que la situación antes indicada da paso a la denominada Ley del Talión, “ojo por ojo, diente por diente” que nos da un cierto grado de proporcionalidad en la responsabilidad. Se la recoge en el famoso Código de Hammurabi de 1790 A.C. (aproximadamente), con ejemplos como el caso de robo en el que se le cortarían las manos al culpable, o el hecho de que si se quebraba el hueso de un hombre, se quebraría el hueso de su agresor, o si un hombre ha reventado el ojo de un hombre libre, se le reventará un ojo, si ha reventado el ojo de un esclavo de un hombre libre, pagará la mitad de su precio (del precio del esclavo). (Nora, 2014)



También tenemos manifestaciones bíblicas al respecto, pues en el Libro del Éxodo 21:12 se ha plasmado: “el que hiera a otro y lo mate, morirá”. O en el 21:28 del mismo libro: “Si un buey cornea a un hombre o a una mujer y los mata, este será muerto a pedradas. Su carne no podrá comerse, pero el dueño del buey quedará libre.”. (Exodo, 1512 A.C. aproximadamente)

Luego se llega a la conclusión de que en muchos de los casos, de nada serviría al agredido el causar a su agresor el mismo mal, con lo que surge la etapa de la compensación, que tenía lugar mediante una indemnización por bienes “equivalentes” al daño. Esta responsabilidad al decir de Claudio Contreras Moreno, en sus inicios fue producto del acuerdo de voluntades, poco a poco la autoridad va interviniendo, fijando los valores a regir por tal concepto, dando un paso gigante a lo que constituye la composición reglada. Con esto se van sentando los cimientos que dan lugar al resarcimiento de tipo económico por el daño (entiéndase el daño privado) causado.

Recuerdo que desde las primeras horas de clase de la carrera de Derecho se nos enseñó a los alumnos que nuestro sistema legal es Romanista por excelencia, y en eso coinciden sin distinción los profesionales del Derecho, en pro de este antecedente y recogiendo uno de los aspectos más influyentes en el tema de la responsabilidad tenemos la Ley Aquilia del siglo III A.C.<sup>1</sup> la que llena el vacío legal existente con respecto al “daño injustamente causado”, denominado por los romanos “damnum iniuria datum”, que al decir de Contreras: “Comprende todos los daños ocasionados a las cosas, que debían suceder por un hecho contrario a Derecho. Si bien, en un principio, se admitía únicamente para daños intencionales, luego se amplió para hechos culposos” (Contreras, 2009), por ejemplo: si se mata a un esclavo o a una res ajena, la condena era pagar el mayor valor que el esclavo o el animal hubieran tenido en el año anterior al hecho ilícito. Para esta ley, llamada también Derecho de daños, la finalidad de la responsabilidad civil es lograr la reparación del daño, siendo este el elemento esencial que debe estar presente para que se origine la obligación de resarcir. (Rodríguez, 2009) El avance que demuestra esta normativa, hace que sea el antecedente más importante de la responsabilidad civil extracontractual, denominada responsabilidad aquilina, denotando un tinte de supuestos frente a los cuales ha de existir responsabilidad, constituyéndose en la base más sólida sobre la que el principio de responsabilidad se ha sentado; sin embargo, aún no alcanza la plenitud de la que se reviste aquel axioma símbolo de la responsabilidad extracontractual: “todo aquel que genere un daño debe resarcirlo”.

En la Edad Media bajo la influencia de la Iglesia Católica se tiende a moralizar la responsabilidad civil, dándole a la irresponsabilidad, un sentido similar al pecado.

---

<sup>1</sup> Se denomina Ley Aquilia pues tiene su origen en un plebiscito (decisión de la plebe de Roma) que se votó a propuesta del tribuno Aquilio.



Es en el Derecho francés, en el que la culpa<sup>2</sup> nace ya como elemento de la responsabilidad civil, la intervención de este elemento, da campo abierto a las situaciones sobre las que ha de existir responsabilidad. El Código Civil Napoleónico, nacido con posterioridad a la Revolución Francesa, precisamente en 1804 demuestra palmarias características en torno a la responsabilidad extracontractual, a ser resumidas según Jorge Bustamante Alsina así:

- a) La obligación general de responder por el daño causado.
- b) La imputabilidad del daño con el único fundamento que es la culpa: no hay responsabilidad sin culpa.
- c) La culpa puede ser incluso sin intención como por simple negligencia o imprudencia.
- d) Al ser la culpa la obligación de no dañar a otro, esta convierte al acto ejecutado en esas condiciones, en ilícito.
- e) Sin daño no hay responsabilidad civil.
- f) La obligación de responder es una sanción que pretende resarcir el daño causado mas no reprimirlo. (Contreras, 2009)

Características que, como podemos notar implican un importante avance respecto de: a) La culpa, b) La ilicitud y c) El daño.

Situación similar recoge nuestro Código Civil de 1860, en su art. 3204 inciso 1: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.". Manteniéndose así hasta la presente fecha (art 2229). (ESILEC, 2014), (Código Civil, 1860).

### 1.2.1 Estado irresponsable

Ya adentrándose en un intento de dar a conocer lo relevante sobre la historia de la responsabilidad estatal es inevitable empezar indicando que los Estados como lo conocemos en su inicio fueron totalmente irresponsables, es decir despreocupados o desinteresados de lo que significa responder o hacer frente a un daño que la administración pública cometiese a sus administrados.

El historial de esta situación se remonta al Estado monárquico y absolutista en el que el poder de la autoridad provenía de Dios, convirtiéndose su voluntad en ley, el monarca así solo ante él rendiría cuentas, de esta manera no le estaba dado siquiera el errar; la clásica fórmula importante en relación al tema, viene a ser "The King can do not wrong", que traducido al español no es otra cosa que "el Rey no comete error" (entiéndase por rey, el soberano). Eternicemos adicionalmente la tan conocida frase del mandatario Luis XIV "El estado soy yo", palabras que por sí solas definen la situación vivida en aquel entonces. (Arévalo, 1999)

---

<sup>2</sup> La culpa en términos muy sencillos implica la inobservancia de la debida diligencia que debe imprimirse en determinados actos.



El Dr. Jairo López, citando al publicista Ricardo Bono, al respecto indica que en la evolución de la responsabilidad, en una primera no se encuentra rasgo alguno de responsabilidad, en la que ni cerca se estuvo de hablar de resarcimiento por errores judiciales, aproximadamente hasta los siglos XIV y XV, hasta cuando se produce la desintegración del sistema jurídico medieval y el hombre pasa a ser ente de Derechos y obligaciones.

Ulteriormente, un ligero avance surge, empieza a hablarse de una reparación al injustamente juzgado, pero en limitados casos, más que nada como un acto de buena fe del príncipe, pero no como Derecho positivo. Con esto nace una etapa intermedia, precedente a la codificación, en la que se opta por criterios considerados a la condición de persona, ante lo cual de a poco, pero iba cediendo el concepto de la soberanía del monarca. (López J. , 2007)

Empieza ya a tratarse irresponsabilidad, con un mejor fundamento, esto es en la soberanía estatal (ya no la del monarca), concretamente en el hecho de que las funciones del personero estatal eran de simple ejecución de la ley, y que por lo mismo no se podía causar daños susceptibles de reparación. De existir algún descarrío sería responsabilidad del funcionario nada más. Así y como dice Héctor Arévalo Reyes: “En el Derecho francés la única posibilidad que entonces se ofrece a la víctima es comprometer la responsabilidad del propio funcionario autor del daño, la cual le es exigible en los términos del Código Civil, y ante los tribunales ordinarios...” (Arévalo, 1999).

Adentrarse en nuestro ordenamiento es similar a lo citado, pues la norma Constitucional de 1906 en su Art. 25 reza: “Los funcionarios o empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren...”, de la lectura de la norma emana una limitada regulación sobre la responsabilidad sin dejar de mencionar su limitación respecto al responder únicamente del funcionario. Adicionalmente el art. 109 señala que “Los Magistrados y los Jueces son responsables de su conducta en el ejercicio de sus funciones, de la manera que determinen las leyes...”. (ESILEC, 2014), (Constitución, 1906) Las Constituciones de 1929 y 1946 se pronuncian en igual sentido por lo que no estimo necesario entrar en su análisis.

### 1.2.2 Estado responsable

En esta etapa marca su presencia en Francia, el Tribunal de Conflictos con el denominado “Fallo Blanco” del 8 de febrero de 1873 que reza:

*“La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público, no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular, esta responsabilidad tiene reglas especiales que varían según necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los Derechos del Estado con los intereses privados” (Arévalo, 1999)*



Fue aproximadamente en esos años, cuando la Ley Constitucional Austriaca (de los primeros países en hacerlo), recoge la responsabilidad civil del Estado por los perjuicios que causaren sus órganos de poder, siempre que se causaren de forma culposa, y en 1872 mediante reglamentación de esa normativa se extiende esa responsabilidad a funcionarios judiciales. Sin embargo, es Uruguay el primer país que consagró la responsabilidad por acto jurisdiccional, en su Constitución de 1830. Por lo demás, la mayoría de países europeos se negaban a reconocer este tipo de responsabilidad hasta inicios del siglo XX. Se la reconoce en Prusia en 1909, en Alemania en 1910 (siempre que medie la culpa), luego también en Italia por la jurisprudencia y la doctrina, hasta 1947, año en el que se la reconoce en norma constitucional expresa. En Estados Unidos, en 1946 los particulares reciben ya la facultad de demandar por los perjuicios causados por delitos y cuasi delitos de funcionarios públicos. (López J. , 2007)

A criterio del autor referido en párrafos anteriores (Héctor Arévalo), es a fines de la primera guerra mundial (1914), cuando aparece un Estado de tipo intervencionista (Arévalo, 1999); esto es, a mi criterio y en términos muy generales un Estado que toma parte ya en ciertas actividades no solo controlándolas sino otorgando al ciudadano seguridad; sea mediante normas o jurisprudencia pero empieza ya a reconocerse el principio de la responsabilidad patrimonial, se sientan así las primeras bases de un Estado responsable por los actos u omisiones de sus funcionarios, quedando de lado la sola responsabilidad civil del funcionario, que hasta ese entonces era la única que tenía cabida.

No se puede dejar de referir a Colombia que sorprende con su avance legislativo, pues es en 1896 cuando acoge este tipo de responsabilidad, por el hecho ilegal de sus funcionarios. Por lo demás, países como Chile y Perú no lo hacen sino hasta 1964. (López J. , 2007)

En la normativa ecuatoriana, no había un avance significativo, pero es en la Carta Magna de 1967, cuando considero se dio un paso agigantado en la responsabilidad estatal, así el art. 3 regula la responsabilidad de todo órgano del poder público, o el art. 27 que es totalmente garantista al regular:

*“Responsabilidad.- El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.*

*No obstante lo establecido en el inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes.”* (ESILEC, 2014), (Constitución, 1967)





Como se puede apreciar se ha dejado atrás el hablar de la responsabilidad del funcionario “con sus bienes”, por la garantía del Estado y sus entidades de “indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados”. Además tiene inicio con ello la responsabilidad del funcionario frente al Estado por su actuación dolosa o por culpa grave.

Por último, dicho cuerpo normativo dentro de su capítulo II “De los Derechos de la Persona”, en el art. 28, inciso final, establece que: “El Estado pondrá empeño en devolver la honra a quien por error judicial u otra causa hubiere sido acusado, juzgado o sentenciado.”. (ESILEC, 2014), (Constitución, 1967) Es esta la primera ocasión que la normativa ecuatoriana recoge al error judicial haciendo énfasis en la necesidad de que el Estado haga lo posible en el intento de devolver la honra al ciudadano afectado por el mismo.

La Constitución de 1979, por su parte, en el art. 20 se pronuncia de forma muy similar que al citado art. 27 de la Constitución de 1967, con una ligera diferencia, y es que en su inciso segundo es totalmente expreso al consagrar el Derecho de repetición, indicando que:

*“Las entidades antes mencionadas, en tales casos, tienen derecho de repetición y hacen efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, judicialmente declarados, hubieren causado los perjuicios.” Como se puede apreciar de la norma, la repetición tiene como requisito el actuar con dolo o culpa grave.* (ESILEC, 2014), (Constitución, 1979)

Considero que existe un avance y una especie de retroceso en esta Constitución pues por una parte regula en el art. 21, la responsabilidad del Estado frente al penado en los casos de reforma o revocatoria de sentencia condenatoria por efecto del recurso de revisión, pero así mismo deja de regular sin citar en lo absoluto al error judicial. Cabe indicar que el art. 93 ibídem, regula la responsabilidad personal del Juez o Magistrado para con las partes, por el retardo injustificado de la administración de justicia. (ESILEC, 2014), (Constitución, 1979)

La Constitución de 1998, contiene en los artículos 20 y 21 normas casi idénticas a las de los artículos de igual numeración de la constitución de 1979, por lo que no merece más análisis, no así lo referente a la regulación sobre el error judicial pues, es en el art. 22 el legislador sabiamente retoma la regulación al respecto, y va más allá pues lo hace de manera expresa, así:

*“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. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.”* (ESILEC, 2014), (Constitución, 1998)



Esta norma que por cierto es muy clara, contiene ya un paso muy importante en la responsabilidad Estatal por error judicial, además de regular la repetición al funcionario responsable en términos generales, dejando de lado la repetición únicamente en casos de dolo o culpa grave.

El 29 de julio del 2002, la III Sala Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia del Ecuador, emite resolución jurisprudencial referente al error judicial; definiéndolo, tal como lo veremos más adelante, (Véase anexo 1). (ESILEC, 2014) (Error Judicial, 2002)

Por último la Constitución vigente desde el año 2008, se pronuncia al respecto en el art. 11, señalando como algunos de los principios en el ejercicio de los Derechos a:

- a) La obligación tanto del Estado, sus delegatarios, concesionarios y quien actúe en ejercicio de una potestad pública, de 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, en el desempeño de sus cargos.
- b) El Derecho de repetición, a ser ejercido de manera inmediata, en contra de los responsables del daño, el progreso de esta norma está en el hecho de que consagra adicionalmente la posibilidad de que tengan lugar también, responsabilidades civiles, penales y administrativas.
- c) La responsabilidad del Estado por error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, etc.
- d) La responsabilidad del Estado por indebida privación de la libertad. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

### **1.3 Función y fundamentos de la responsabilidad**

Si bien al hablar de la función de la responsabilidad, como primera idea que se nos vienen a la mente es la de ser una sanción, una represión. Considero que a diferencia del campo penal, no se la debe ver de esa manera sino más bien como una función resarcitoria, esto es que pretende reparar, volver las cosas a su estado anterior, para de esta manera lograr, o acercarse en mayor medida a cumplir con uno de los deberes primordiales del Estado, como el de garantizar el goce efectivo de los Derechos, así como el principio del buen vivir, la justicia, la tutela efectiva de los Derechos, y un sin número más.

Al decir del Abogado Claudio Contreras Moreno, una función adicional es la demarcatoria, por la cual se establece el límite de lo permitido y lo prohibido, lo normal y lo perjudicial, lo corriente y lo nocivo, etc. considero a estas dos funciones, las más notables.



Sobre el fundamento de la responsabilidad, los autores concuerdan en que se reduce a:

- La Justicia: por la que existe la necesidad de volver a un estado anterior el daño causado.

Al decir del Dr. Juan Carlos Cassagne<sup>3</sup>, este es el principal fundamento, lo que explica de la siguiente manera:

*“Como la justicia consiste en una relación de igualdad, la ruptura de ésta exige la correspondiente compensación o reparación (...), pues resulta injusto que no se reconozca la responsabilidad estatal por los daños ocasionados por sus órganos, de un modo parecido a lo que acontece en las relaciones inter-privadas, pero con distinto fundamento, reglas y alcance.*

*Los perjuicios deben ser reparados en función de la naturaleza de la actividad (contractual y extracontractual y, dentro de ésta última, tanto por la actuación legítima como ilegítima).*

*La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución, la cual si bien se gradúa de un modo distinto según provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde siempre a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio...”. (Cassagne, 2014)*

Jairo López, señala que: “...La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta un principio de derecho natural, de aquellos que han de servir para ilustrar a la Constitución...”. (López J. , 2007)

Adicionalmente considero que no se puede dejar de pensar que el fundamento también es prevención de extralimitaciones y arbitrariedades del poder público.

El fundamento constitucional lo encontramos en el art. 226, por el que los servidores públicos pueden ejercer únicamente las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la Ley; y, en el art. 172, regula, primero que los Jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y a la Ley, segundo la obligación de los servidores judiciales de aplicar el principio de la debida diligencia en todo proceso, y tercero, la responsabilidad de los Jueces por el perjuicio que se cause el retardo, negligencia, denegación de justicia o la transgresión de la ley. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

---

<sup>3</sup> El Abogado Juan Carlos Cassagne forma parte del estudio jurídico Cassagne Abogados, de Argentina. En una de sus publicaciones da una clara idea de la justicia como fundamento de la responsabilidad. De ahí la inclinación por mencionarlo en esta obra.



También considero como fundamento, el respeto a variados Derechos constitucionales, tales como: la honra, integridad, la igualdad formal, material y no discriminación, el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y recibir atención motivada, el Derecho a la propiedad, entre otros.

El principal fundamento legal, lo tenemos en el Código Orgánico de la Función Judicial, en el art. 15 al consagrar el principio de la responsabilidad, por el que la administración de justicia como servicio público debe ser prestada de conformidad con la Constitución y la ley. El art. 21 al consagrar el principio de probidad, por el que se exige al funcionario judicial la observancia de una conducta diligente, recta, honrada e imparcial. Así como el cumplimiento de los deberes de los servidores judiciales establecidos en el art. 100, etc. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

#### 1.4 Sistemas de responsabilidad

Hablar de este tema es pretender encaminarse en tratar aquel criterio en el que se basa nuestra legislación para reparar el daño producido. Son dos los sistemas de responsabilidad a saber, con marcadas diferencias cada uno. El someterse, o acoger el uno o el otro puede ser determinante a la hora de administrar justicia o a la hora de irrogar o no daños al administrado, etc. Por ejemplo, ¿Por qué Juan tiene que responder por un daño causado a Pedro?, frente a esta interrogante tenemos dos respuestas:

- 1) Por el hecho de que causo el daño intencionalmente o por un descuido.
- 2) Porque el daño es el efecto de una actividad riesgosa de Juan.

En el primer caso estamos frente a la responsabilidad subjetiva y en el segundo, frente a la objetiva. (Contreras, 2009) Seamos más específicos:

##### 1.4.1 Responsabilidad subjetiva

La responsabilidad subjetiva<sup>4</sup> implica la erogación de un daño por motivos de culpa o dolo en el actuar. De esta manera la responsabilidad existe, solo si se prueba que en el daño ocasionado medió el dolo o la culpa del tercero. Así todo lo que no esté contemplado en este ámbito deberá ser soportado por la víctima del daño. (Contreras, 2009)

Para este tipo de responsabilidad importa la acción humana, la conducta del individuo que ejecuta el daño, dicho de otra manera, la causa que genera el daño es la conducta humana, así la denominación de subjetiva halla su fundamento en el hecho de que para saber si hay este tipo de responsabilidad hay que analizar la conducta del sujeto (López J. , 2007). Llamada también teoría de la culpa, pues es inherente a ella la apreciación de la culpabilidad sin dejar de lado la imputabilidad del individuo, si estos factores no concurren en la persona, no hay responsabilidad. (Morán, 2009)

<sup>4</sup> La subjetividad en una acepción genérica, implica criterios, ausencia de veracidad, injerencia de un modo de ver las cosas o de pensar, ajeno al objeto mismo.



Entonces no es suficiente que una persona sufra daño a consecuencia del hecho de otra para que nazca la obligación de reparar, sino que es necesario que provenga de un hecho doloso o culposo. En conclusión la existencia del daño no es suficiente mientras no esté de por medio un hecho sea doloso o culposo. (Serrano, 2003)

Lo que hace este sistema es imponer un conjunto de reglas limitantes en las cuales se enmarca la responsabilidad. Así, la función resarcitoria de la responsabilidad nace, por la conducta ilícita del sujeto dañoso.

En un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, tenemos cuatro elementos a saber:

- a) Una acción u omisión
  - b) Culpa o dolo
  - c) Daño
  - d) Relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa y el daño.
- (Contreras, 2009)

Nuestro Ordenamiento de Derecho Civil sigue este sistema, lo que se demuestra de la siguiente manera:

- a) Partimos de que las fuentes de las obligaciones constituyen acorde a nuestro ordenamiento: ley, contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, de estas, interesan al tema, las dos últimas.
- b) Tanto delitos como cuasidelitos (civiles), constituyen hechos ilícitos, y causantes de un daño esto es contrarios a la ley. (Serrano, 2003)
- c) Tomamos, asimismo la parte pertinente del art. 1453 del Código Civil: “Las obligaciones nacen (...) a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos...”. (ESILEC, 2014)
- d) El delito civil conlleva la intención de causar el daño, esto a la luz del Código Civil Ecuatoriano, está comprendido por el dolo. Mientras que el cuasidelito civil no conlleva esa intención, por lo que está comprendido por la culpa<sup>5</sup>.
- e) En el lineamiento planteado, el principio rector de la culpa extracontractual, en nuestro Ordenamiento Civil lo recoge el art. 2214: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización...”. Ratificándolo el art. 2229 que reza: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a la malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.”. (ESILEC, 2014) (Código Civil, 2005)

---

<sup>5</sup> Culpa, con fines netamente explicativos es sinónimo de la diligencia aplicada, o al contrario sensu, negligencia, de descuido, etc. Para mejor entendimiento de la misma, así como del dolo véase el art. 29 del Código Civil.



La suma de estas nociones, nos lleva a la siguiente conclusión: en el ámbito del Derecho Civil puro, se recoge el sistema de la responsabilidad subjetiva pues para que se origine la obligación de indemnizar debe estar de por medio una intención de causar daño (dolo) o la inaplicabilidad de la diligencia debida (culpa), la ilicitud del hecho o acto, y un daño, que siempre debe ser consecuencia inmediata del hecho o acto.

Esto se robustece con la sentencia de la ex Corte Suprema de Justicia, emitida el 19 de marzo del 2003 y publicada en Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730; que, en su considerando décimo primero (parte pertinente), nos da los cuatro elementos para que exista responsabilidad civil extracontractual:

*“Para que exista responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, se requiere que concurren los siguientes elementos. a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral y d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño.”* (Responsabilidad Civil Culposa, 2013; ESILEC, 2014). Lo subrayado es intencional.

Por ende estos elementos, son presupuestos a ser considerados sea por las partes a la hora de demandar o contestar una demanda y por el Juez al acogerla o desecharla, cuando verse sobre responsabilidad.

Todo lo cual, se ratifica por la jurisprudencia ecuatoriana, proveniente de la I Sala Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia, emitida el 29 de octubre 2002, publicada en Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3011, misma que en la parte pertinente, reza:

*“...La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias (...) Sencillamente la culpa consiste en la omisión de la conducta exigible al actor del hecho. Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles. Pero si bien no existe el propósito previsible de causar el daño, como en el supuesto doloso, se alcanza igualmente el resultado negativo por no haber tenido el sujeto el cuidado de adoptar las medidas necesarias para impedirlo. La "culpa" y el "dolo" no son conceptos contrapuestos sino más bien diferenciados en cuanto a la manera de actuar, pero en definitiva ambas actitudes causan daño (...) Otro de los presupuestos que debe concurrir para la responsabilidad civil*



*extracontractual es la relación de causalidad entre el hecho y el daño. El principio de que debe haber una relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño es claro e indiscutible...*" (CUASIDELITO: DAÑO O PERJUICIO POR CULPA, 2002) (ESILEC, 2014)

No se puede dejar de mencionar que si bien, este sistema es el acogido en nuestro ordenamiento civil, existen también manifestaciones de responsabilidad objetiva, como los artículos del Código Civil ecuatoriano que se refieren **a daños causados por el hecho ajeno** y de los cuales deben responder los padres de los menores, los tutores o curadores, los daños causados por los animales, de los cuales deben responder sus dueños o poseedores, los daños causados por la ruina de un edificio, de los que deben responder los dueños o poseedores de la construcción o edificio, también la jurisprudencia, como veremos más adelante, ha indicado que acoge la responsabilidad objetiva civil, en términos generales, en caso de que, actividades de alto riesgo o peligrosidad sean las generadoras del daño.

#### **1.4.2 Responsabilidad objetiva**

Frente a esa concepción subjetivista de la responsabilidad esta la teoría del riesgo o el sistema de la responsabilidad objetiva, coinciden todos los autores al señalar que surge como consecuencia del acercamiento entre las personas y el desarrollo de la humanidad que nos ha envuelto en una sociedad cada vez más tecnificada, situaciones que hacen imposible negar que los riesgos o perjuicios están de por medio en los distintos tipos de relaciones, no solo por una actitud dolosa o de culpa sino en general por el desarrollo común de cualquier tipo de actividad sea económica, social, política, etc.

Mediante éste sistema, se deja de lado ese interés por la conducta del sujeto, por la culpabilidad, entonces: ¿Qué es lo que importa para este sistema?, la respuesta es sencilla, pues lo que importa son las consecuencias dañosas. Es decir, "quién crea el riesgo debe sufrir las consecuencias si el riesgo llegara a realizarse; en consecuencia, quién con su acto causa daño, debe reparación aunque no haya concurrido el dolo o la culpa" (Serrano, 2003), basta con que se produzca el daño para que se indemnice.

Es un claro beneficio el que otorga esta teoría pues en el ámbito de la actividad probatoria en un juicio, no hay nada que probar en relación a los elementos dolosos o culposos, y solamente hay que establecer la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño resultante. (Serrano, 2003)

La sentencia de casación señalada en párrafos anteriores, esto es, la dictada el 29 de octubre 2002, también toca el tema referente a la responsabilidad objetiva, así:

*"...El mundo actual y el que se aproxima con su extraordinaria y progresiva acumulación de riesgos exige una mayor defensa de los valores del hombre, creados por una técnica que si bien por un lado*



facilita todo, por otro lado atenta contra todo. La multiplicidad de contingencias reales de peligros y riesgos que actualmente se advierten desdibujados por la insatisfacción y al margen de toda idea resarcitoria, llevó a una lenta evolución de elementos y conocimientos que facilitaron a los sistemas jurídicos más avanzados a ingresar a regímenes de socialización de riesgos conducentes a que la víctima del riesgo no quede desamparada. Esto dio origen a la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Es el riesgo provecho, que tiene su origen en la máxima romana **ubi emolumentum ibi Ilus** (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad) (...) **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.** (...) 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.” (CUASIDELITO: DAÑO O PERJUICIO POR CULPA, 2002) (ESILEC, 2014). Lo subrayado así como la negrita es de mi autoría.

Este sistema se centra entonces en la causalidad y ya no en la culpabilidad, deja atrás la subjetividad del Derecho convirtiéndolo en algo objetivo, social, de plena efectividad, haciendo que quien genere un riesgo, responda por las consecuencias. (Contreras, 2009)

De esta manera, el clásico aforismo se extiende, convirtiéndose más o menos en algo así: “todo aquel que genere un daño debe resarcirlo, indistintamente de la existencia de dolo o culpa de su parte”.

García de Enterría, a tratar sobre la legislación española e insertado en el Derecho Administrativo, señala:

*“La responsabilidad de la administración se formula, en efecto, como una responsabilidad directa, no como un simple sistema de cobertura de daños causados por actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos que es como aparece en los ordenamientos norteamericano, inglés, alemán e italiano” (Arévalo, 1999)*

Como argumentos que defienden este tipo de responsabilidad, señalados por Consuelo Devis en su obra “Fundamentos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado”, tenemos:





- 1) Que el Derecho Civil, y considero que en general el Derecho mismo, debe superar esa concepción individualista, y abrir campo a lo que se conoce como el interés colectivo. El que la indemnización de un daño dependa sea del dolo o la culpa, es estar sometido al interés particular, dejando de precautelar ese interés colectivo y el bien común.
- 2) La necesidad de olvidarse que la idea de la culpa crea en la persona mayor autorresponsabilidad con respecto de su comportamiento.
- 3) La responsabilidad objetiva, va de la mano con la justicia y la equidad, que deben ser la meta de todo ordenamiento jurídico, puesto que facilita a la víctima de un daño la obtención de la reparación, ya no favoreciendo (como en el sistema subjetivo) al autor del daño, por la complejidad de probar la existencia de la culpa. (López J. , 2007)

Además considero preciso indicar que, con este sistema queda atrás la concepción del Estado irresponsable, asumiendo responsabilidad y haciéndole frente a los casos en los que exista algún defecto, en el servicio público.

Un excepcional argumento es el que señala Héctor Arévalo, al referirse a las cargas públicas, nos dice que no es posible pretender creer que el individuo está en igual condición que la administración, entonces hay un desequilibrio entre el particular y la administración, el particular está en inferioridad de condiciones, soporta una mayor carga, y frente a esta corresponde a la administración devolver el equilibrio, lo que se hace mediante la responsabilidad objetiva. (Arévalo, 1999)

Como indica el Dr. Rubén Morán Sarmiento, este sistema prioriza la defensa del agraviado, y las necesidades de reparación antes que la conducta del infractor. (Morán, 2009)

Este es el sistema recogido por la Constitución ecuatoriana del 2008, por tres motivos que considero los principales:

Primero: debido a que de la simple lectura del art. 11 de la Constitución, especialmente los cuatro últimos incisos se nota que no existe condicionamiento alguno a la responsabilidad estatal, más que acciones u omisiones que violen de Derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, y ya centrándonos en el error judicial, su simple cometimiento.

Segundo: siguiendo la concepción de la teoría del riesgo, así como la de las cargas públicas, no es posible que un ente superior como lo es el Estado libere su responsabilidad o la limite a casos de culpa o dolo.

Tercero: el pronunciamiento del más alto Tribunal de Justicia del país, emitido en vigencia de la constitución de 1998, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 16 de Noviembre del 2007 y



publicado en Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 2053, considerando quinto:

*“QUINTO: Determinado el esquema básico de interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, es preciso efectuar el mismo análisis respecto de la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado, prevista, principalmente, en el artículo 20 de la Constitución Política; se enfatizará en lo que, a la fecha, es un criterio reiterado de esta Corte en la materia, que constituye un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento en la interpretación del régimen. A este respecto, se ha señalado que la responsabilidad extracontractual del Estado hace parte, -pese a la especialidad derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el Derecho Administrativo-, de la construcción de una teoría general de la responsabilidad (...) **De otra parte, 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.** i) La relación causal entre el hecho ilícito y el daño considerados, se ha de calificar con criterios de razonabilidad por parte de los juzgadores, en cada caso concreto. Esta Sala entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido enunciadas por la doctrina, son una guía importante para el juzgador; pero no limitan su facultad de calificar los hechos relevantes consideradas las circunstancias específicas de los asuntos puestos a su consideración.- Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Público, la doctrina más calificada resalta, y así lo asume esta Sala, que **existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de los actos o hechos de las personas que lo representan, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. (...) Por ello, cuando el Estado y sus Instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, están llamados a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en el comportamiento de quienes representen a aquél. En efecto, esta norma, en su parte pertinente, establece: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia... de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos". **De la misma manera, cuando el referido artículo 20 ibídem hace referencia a la "prestación deficiente de servicios públicos" no*****



*califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente, sino al defecto funcional del servicio.- b) Consecuencia del enunciado precedente 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. (...) c) **La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa.** En tal virtud, el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por los actos o hechos de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia, según el régimen previsto en los artículos 2220 y siguientes del Código Civil. Esto se debe a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y del cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública. **El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado.** Cosa distinta es la revisión de este comportamiento, personal e individual, para determinar la responsabilidad del funcionario o empleado frente al Estado, por el inadecuado ejercicio de sus competencias. (...) e) **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 claro 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 de 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..." (INDEMNIZACION POR REMOCION DE CARGO, 2007) (ESILEC, 2014). Negrita y subrayado son de mi autoría.*

Empatando esto, con la realidad actual, de la Constitución del 2008 tenemos a manera de conclusión y resumen, ciertos elementos y circunstancias propios de esta responsabilidad:



- 1) Si bien la jurisprudencia citada versa sobre la Constitución de 1998, no es menos cierto que tiene plena vigencia y aplicabilidad con la Constitución del 2008, pues como se desprende de los antecedentes históricos analizados, la norma persigue el mismo fin, sin mayor variación, cualquiera que sea se suspende en lo formal. En concreto, el actual artículo 11 se asemeja en gran medida al anterior artículo 20, por lo que para efectos de un mejor entendimiento de la jurisprudencia en mención, léase artículo 11 de la Constitución de la República, donde diga artículo 20 de la Constitución Política.
- 2) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de los actos o hechos de las personas que lo representan, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad. Por esta razón, el artículo 11 de la Constitución no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos. Tampoco califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación del servicio correspondiente, sino al defecto funcional del mismo.
- 3) Consecuencia del enunciado anterior es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, debe ser considerado como objetivo, pues no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad.
- 4) La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa. Por esta, el comportamiento de un funcionario o empleado público es atribuible al Estado.
- 5) El daño indemnizable no es cualquiera, esto significa que no es ilimitado, este debe enmarcarse en ciertos requisitos (a ser analizados más adelante, el tema “el daño”).
- 6) Además del daño, debe haber una especie de vinculación, esto es una relación causa-efecto, de la actividad pública de la que se trate con el daño. Se trata, así, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica.

Apoya la concepción de la responsabilidad objetiva constitucional, el Dr. Vinicio Palacios Morillo, en su publicación “Responsabilidad Objetiva del Estado”, en la que principalmente señala:

*“Responsabilidad Objetiva.- Es aquella que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes que hubiesen ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a los particulares; y, para establecer esta clase de responsabilidad no se requiere probar el dolo o culpa del funcionario público, es suficiente con la demostración de la existencia del daño y el vínculo de causalidad entre el perjuicio ocasionado y la acción del Estado; y, esto tiene su razón de ser, porque la persona afectada se*



*encuentra en una situación de desventaja frente al poder público.”*  
(Palacios, Derecho Ecuador, 2014)

Son 3 elementos para que exista responsabilidad civil extracontractual objetiva:

- Un hecho o acto que viole Derechos,
- Que exista daño patrimonial o moral, que se enmarque en las características inherentes a este tipo de responsabilidad; y,
- Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto y el daño.

## 1.5 El Daño

### 1.5.1 Concepto

La palabra daño viene del latín “damnum”, que significa “condena” o “castigo”, aunque ya en la actualidad existe la tendencia generalizada a que se lo trate como sinónimo de perjuicio y en ese sentido ha sido definida por el Diccionario de la Real Academia Española, así: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.”. (Real Academia Española, 2014)

Si bien no está corroborado, se dice que la noción de daños y perjuicios en la antigua Roma, hace referencia a la acción que buscaba la condena (daño de damnum) por los perjuicios irrogados.

Guillermo Cabanellas nos enseña: “...Mas particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes” (Cabanellas de la Torre, 2014)

Héctor Arévalo R. dice: “consiste en la mengua, la disminución patrimonial sufrida por una persona”. (Arévalo, 1999)

El abogado Claudio Contreras añade a la concepción general ciertas ideas, como el hecho de que el daño no necesariamente implica pérdida de un Derecho, basta con que la víctima sea privada de una ventaja o beneficio legítimo y lícito.

Además la jurisprudencia emitida el 28 de febrero de 2001 por la II Sala Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia del Ecuador, y publicada en Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1293, se ha pronunciado acogiendo la definición del tratadista Arturo Alessandri, que nos dice:

*“Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificantes que sean, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley no las considera...”* (DAÑO MORAL, 2001) (ESILEC, 2014)



Las pocas definiciones citadas, considero suficientes para tener como idea básica, que el daño es una afección que sufrimos sea en nuestra persona o en nuestros bienes como consecuencia de determinada actividad de un tercero.

### 1.5.2 Consideraciones generales.

Conocidos son los 3 principios universales del Derecho, que se los debemos al Jurisconsulto Ulpiano<sup>6</sup>, estos son: honeste vivere (vivir honestamente), suum cuique tribuere (dar a cada quien lo suyo) y alterum non ledere (no hacer daño a otro). En la antigua Roma, a partir de estos 3 postulados rectores, era posible saber cómo comportarse ante cualquier situación. (Contreras, 2009) El último de los cuales nos impone una conducta apegada a las normas de convivencia social, éticas, morales y legales. Un camino de rectitud, de dirigirse conforme a Derecho, diferenciando lo bueno de lo malo, adecuado de inadecuado, etc. para así obrar en las mejores condiciones.

Contradecir este principio, en concreto no es otra cosa que una actitud irresponsable; y pues, uno de los efectos que esta conlleva, es por regla general el daño. Iluminarse por el mentado principio, comporta una guía en el actuar humano para una consiguiente vida de paz.

En épocas anteriores, con relación a la responsabilidad, la tendencia se inclinaba por señalar que lo primordial a tomarse en consideración era la conducta del responsable y el juzgamiento de su actuación, pero con el avance del Derecho y la tutela del mismo, cambia esta errónea noción y empieza ya aceptarse aquella por la cual, lo primordial no es sino la víctima y el daño sufrido por esta, así queda de lado esa concepción, que podríamos definir como atascada. (Bermúdez, 1998) En este sentido surge como deber del Estado y por ende del funcionario a cargo de la Administración de Justicia Contencioso Administrativa, el de proteger los más altos ideales de la justicia, naciendo una búsqueda, (que considero debería ser implacable) del daño a indemnizar. Me explico, se debe propender tal como señala la norma Constitucional, 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, para ello el funcionario que se encuentre en el ejercicio de juzgar la acción de daños y perjuicios contra el Estado, ha de ver si existe o no realmente un daño, para que en el caso de existirlo disponer sin duda, su indemnización.

El daño es un elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual, tal como señalé al tratar los temas responsabilidad subjetiva y objetiva.

---

<sup>6</sup> Domicio Ulpiano (en latín, Gnaeus Domitius Annius Ulpianus), se cree que nace aproximadamente en el año 170, fue un jurista romano tutor, consejero y prefecto del pretorio del emperador Alejandro Severo. Conocido especialmente por su definición de justicia como la continua y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde (Wikipedia, 2014).



En una de sus publicaciones, Andrés Ospina nos dice que la constatación del daño “debe hacerse de entrada”. Y añade que se supera aquel axioma que reza “No hay responsabilidad sin culpa”, evolucionando a: “no hay responsabilidad sin daño”. (Ospina, 2003)

Además, el daño puede recaer tanto sobre personas naturales, como sobre personas jurídicas de Derecho público y privado, y también estas, pueden ser sujetos activos del daño. Adicionalmente, sus efectos pueden recaer sobre el patrimonio (bienes materiales) y fuera de este, como en los daños extrapatrimoniales (daño moral). Dos elementos a mencionar al hablar del daño, un primero, el hecho físico o tangible, objetivo, y el segundo la ubicación de ese hecho en el mundo del Derecho, el segundo no es sino el efecto legal del primero (resarcimiento). Cabe una interrogante previa, antes de continuar con el tema, ¿Sobre qué recae el daño?: la respuesta es muy genérica: pues recae sobre intereses humanos jurídicamente tutelados, todos ellos de diversa índole. Por otro lado, no basta con haberlo sufrido pues deberá constar en juicio, esto es deberá ser probado y más aún declarado judicialmente. (Morán, 2009)

### 1.5.3 La prevención del daño

Hablar de este tema nos lleva a concebir una legislación no solo de tipo sancionadora, sino preventiva, una protección al individuo de posibles daños a los que podría estar expuesto, necesitamos para ello la imposición de reglas de conducta que busquen una adecuada relación entre los distintos individuos que componen la sociedad, preveniendo sobre todo en las actividades que importen altos riesgos. Esta teoría de la prevención busca un ordenamiento comprendido por medios que sirvan en la prevención de la consumación de los daños. Con ello de a poco, pero en pasos afianzados, obtener cuidado, diligencia y en general medidas de precaución. En el ámbito público inclusive, se requeriría de la intervención de cada ente administrativo, para que en la ejecución de cualquiera de sus actividades no se promuevan riesgos de ninguna índole, para proporcionar una debida, oportuna y eficaz prestación de servicios públicos. (Morán, 2009)

En el plano procesal, la implementación de acciones sumarias, para que una vez probado el resultado dañoso, se imponga de manera inmediata la obligación de indemnizar. (Morán, 2009) Si bien, esto resulta muy beneficioso a fin de evitar complicados litigios innecesarios, todo lo cual se lograría con Legisladores y Jueces capacitados conocedores del Derecho, la moral, la ética, psicológicamente idóneos y por sobre todo con nobleza en su actuar, lamentablemente recomendarlo, o legislarlo implica un grave riesgo, por la influencia de situaciones como la subjetividad, arbitrariedad, la falta de imparcialidad, independencia del juzgador, etc.

En ocasiones será necesaria, una normativa sancionadora: sí, a fin de que el individuo pueda conocer y concientizar (no temer) las consecuencias de sus actos.



#### 1.5.4 El Estado y el daño

Al decir de Rubén Morán, el Derecho por más amplio que sea, no brinda la solución a todos los problemas, por ende en ocasiones escapan de éste situaciones dañosas y que alteran la paz, en flagrante detrimento de los valores morales de la sociedad, situación que implica el hecho de que el individuo deba mantenerse “a la defensiva”. Así, es necesaria la formación de un nuevo hombre, que no haga daño al hombre, a su hábitat, que no se destruya a sí mismo. El hombre, no es merecedor de un daño, pero de ocurrir, atañe a su razón de ser y su esencia el que se lo repare.

Recordemos que el Estado representa y tutela el interés público, por lo que debe velar para que los daños que afecten ese interés, queden indemnes. Por supuesto que el interés está por encima del particular, pero esto jamás significará que el particular no sea objeto de protección estatal, todo esto se pone en relevancia con la declaración de un sin número de Derechos, principalmente Constitucionales en nuestro ordenamiento. El centro de todo ordenamiento ES EL HOMBRE, a quien debe confluir el Derecho y la justicia, para poder alcanzar una verdadera vida digna y de respeto al ser humano. (Morán, 2009)

El Estado frente a las actuaciones dañosas tiene una obligación pura y simple de indemnizar, pero si vemos las cosas desde su perspectiva y la de quienes lo representan, más ya no la del individuo, podemos notar el perjuicio que sufre por tales indemnizaciones, grandes pérdidas económicas de recursos que en muchos casos podrían tener un destino eminentemente productivo, social o de otra índole. Para evitarlo, hoy en día el Ecuador parece haber tomado medidas todo, menos ortodoxas, pues en el ámbito judicial los fallos demuestran falta de capacitación, conocimiento, criterio, de aplicación de la sana crítica, de experiencia, de independencia, etc. no se diga en otros ámbitos en los que por ejemplo pretenden “actualizarse”, con modernos sistemas informáticos, que en muchas de las ocasiones causan problemas al usuario, no alineados al ordenamiento jurídico, que dan lugar a trámites interminables, duplicidad de trabajo para el funcionario, perjuicios al usuario, etc. además se aprecia falta de motivación en las resoluciones administrativas, imposición de criterios sin fundamento legal o peor aún en pleno pisoteo de la normativa vigente, no se puede conocer de todo, pero en trámites comunes eso es con lo que el abogado, el pasante, en fin el usuario enfrenta, no imagino cómo será el día a día para quienes se encuentren en contacto continuo con la administración.

El deber del abogado patrocinador de la entidad pública en el juicio contencioso administrativo, así como del delegado de la Procuraduría General del Estado, es el de defender en las mejores condiciones a su patrocinada pero siempre con respeto al Derecho, una plena defensa del Derecho y no de intereses institucionales, en forma cegada. Además en los casos de notar la culpabilidad o dolo del funcionario, hacer efectiva su responsabilidad sin dilación alguna a fin de que el Estado no sea afectado.





La solución, si bien no se la puede asegurar, pero estimo a manera de consejo, situaciones como:

- 1) Capacitación de funcionarios.
- 2) Moralidad y ética de los funcionarios.
- 3) Ingreso mediante VERDADEROS concursos de oposición y méritos, con reglamentación que realmente vea lo mejor para la colectividad y no para intereses de unos pocos.
- 4) En el caso de la contratación, que de igual manera se vea al individuo más apto para el cargo y no simples favores o los denominados “pagos de deudas políticas”.
- 5) La selección de muy buenos abogados para los departamentos jurídicos de las instituciones públicas.
- 6) La implementación y concientización de verdaderos Jueces conocedores del Derecho, la sociedad, la vida, la probidad, etc.

Estas, entre otras.

Concluyo el tema con 3 frases que considero importantes:

- La prestación del servicio implica que se lo haga en las mejores condiciones.
- El funcionario estatal debe ser capacitado, lleno de ética, de pasión por lo que hace y por servir al ciudadano sin distinción.
- En la responsabilidad estatal, importa reparar el daño por sobre otros intereses meramente patrimoniales estatales o del gobierno de facto.

### 1.5.5 Características

El principio de la responsabilidad estatal objetiva, recogido en el Art. 11 de nuestra Constitución, existe en respaldo de las violaciones de Derechos en general por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, de manera que toda circunstancia que implique violación de Derechos es sinónimo de responsabilidad, a diferencia de la Constitución Política de Colombia que en su art. 90 regula esta responsabilidad pero bajo la condición de un daño antijurídico:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las 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.” (ESILEC, 2014)*

Si bien nuestro sistema no acoge este término, pero la afcción de particular, esto es el daño, para que genere responsabilidad, acorde a la doctrina, debe estar rodeado de ciertas características, así se ha pronunciado la Sala de



Contencioso Administrativo de la anterior Corte Suprema de Justicia del Ecuador, que emite jurisprudencia en la que nos da ideas claras sobre el daño, en sentencia de fecha 11 de abril 2007, publicada en Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1618, considerando quinto:

*“...e) Es jurídicamente relevante el daño cierto, sea este actual o futuro: se entiende por daño cierto, la afectación probada a un interés jurídicamente protegido; es actual, el daño que ya se ha producido, v. gr., el daño emergente; y, es futuro, el daño que objetivamente se espera, v. gr., el lucro cesante; f) Si se afecta el patrimonio de las personas, se considera que el daño es material; en tanto que si la afectación se refiere a cualquier aspecto extrapatrimonial de la persona, el daño es moral; (...) Se ha insistido que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene origen en la injusticia o ilicitud de la afectación en las personas, bienes o el ambiente, originada en la actividad pública; por ello, es necesario clarificar el sentido que se adopta al referirnos a la injusticia o ilicitud de la afectación, es decir, delimitar lo que ha de entenderse por daño indemnizable. En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. Ahora bien, la calificación de un hecho como "afectación injusta" es una materia sujeta al criterio judicial, según las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control en base a la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación. Sin embargo, parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas. Se trata, entonces, de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados. En lo que se refiere a una "afectación ilícita", el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administrados, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto. En este caso, el deber jurídico de soportar la carga pública no podría provenir únicamente de normas de rango inferior, pues, de otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado que ejerce potestades normativas. Así, por ejemplo, es evidente que no se puede esperar que el administrado deba soportar la expropiación de sus bienes sin el pago del justo precio, aunque legal o reglamentariamente se hubiese admitido esta posibilidad. En este caso ejemplificativo, la expropiación practicada de la manera en que se ha regulado, supone una afectación ilícita en el patrimonio del administrado que debe ser reparada en razón de la responsabilidad extracontractual del Estado como legislador. e) 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...". (INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EL ESTADO POR ACCIÓN DE SUS EMPLEADOS, 2007) (ESILEC, 2014)Lo subrayado es intencional.

Es decir que el daño debe ser:

Cierto: esto implica aseverar que el daño es real, efectivo, que existe (certidumbre), no se puede aceptar un daño eventual o hipotético (incertidumbre). No solo el daño actual es cierto, también el daño futuro (certidumbre), esto es el que si bien no se ha producido pero todo indica que ocurrirá inevitablemente. El daño futuro<sup>7</sup> por lo general (no siempre) se traduce en el lucro cesante. No importa que el monto sea incierto, indeterminado o de difícil evaluación.

Injusto: esto es, lo que no es justo o equitativo (Real Academia Española, 2014), para este efecto justicia<sup>8</sup> es: "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi", "La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde". La jurisprudencia en análisis deja a la libertad del juzgador el enmarcar el acto en justo o injusto, lo que considero arriesgado pues puede sumergirse en una nefasta subjetividad, sin embargo con la preparación continua de los Jueces, y en el marco de una idónea y competente administración de justicia, no sería un miedo que recorra por las venas del ciudadano. Además, la sabia jurisprudencia precisa que, se limita esta enmarcación, sujetándola a las reglas de la sana crítica y advirtiendo que puede ser objeto de control en base a la motivación que haya recibido.

Ilícito: la carga pública a ser soportada por el ciudadano ha de merecer regulación por sobre todo Constitucional, cuyo quebrantamiento hará efectiva la responsabilidad estatal.

Directo: esto tiene íntima vinculación con el nexo causal, entonces el daño tiene que ser consecuencia del obrar de la administración. Por ejemplo no puedo demandar al Estado daños y perjuicios porque un individuo se apropió de mis tierras por la fuerza, bajo el argumento de que se afecta a mi Derecho a la propiedad. Otro sería el caso en el que en un proceso judicial, en el que el Juez declare sin lugar la demanda en plena violación de Derechos Constitucionales y legales, en cuyo caso hay responsabilidad directa.

### 1.5.6 Clases de Daño

Si bien, varias clasificaciones existen en relación al daño, como la que lo divide en directo e indirecto, cierto e incierto, o en reparable e irreparable, de difícil

<sup>7</sup> Plantear una acción requiere de un interés "efectivo y actual", en este sentido se ha pronunciado la doctrina, situación que comprende al interés futuro, dejando de lado al interés eventual, en este último caso en el que debe negarse la acción. (Mazeaud, 2008)

<sup>8</sup> Considero al igual que muchos autores, de las mejores definiciones que ha recibido la justicia, a la elaborada por el jurisconsulto Ulpiano.



reparación, eventual o contingente, presente o futuro, sin embargo la más importante es la que apunta a dividirlo en: patrimonial y extrapatrimonial.

### 1.5.6.1 Patrimonial

El daño patrimonial o material, es aquel que recae sobre bienes o Derechos de carácter patrimonial, esto es susceptibles de valoración pecuniaria, apreciables en dinero.

Afecta a la persona económicamente, deviene en la disminución de su patrimonio. En esta línea, siempre que se haya conjugado los demás elementos de la responsabilidad y las características que deben rodear a cada uno, habrá lugar a indemnización, por leve que sea el daño. (Mazeaud, 2008).

Es una afectación que desenlaza en una pérdida o merma de ingresos de la víctima. (Arévalo, 1999)

El Juez y las partes, para corroborarlo se harán una interrogante ¿sin el daño el actor estaría en una mejor situación económica?, si la respuesta es positiva, es claro que estamos frente a Derechos patrimoniales violentados. Si es negativa estaremos o bien frente a otro tipo de daño o a la inexistencia del mismo. Esta interrogante no es una fórmula absoluta pero la considero una conveniente guía para el obrar judicial.

Puede comprender también una lesión física o corporal, pudiendo así afectar a la persona misma o a sus bienes, (Contreras, 2009) aunque medito que si bien no es imposible, tampoco es nada común que en temas de responsabilidad estatal, ocurra.

El daño patrimonial se refleja en un hecho físico, que lesiona un interés económico de la persona, expresado en un bien de su propiedad. (Contreras, 2009)

La Jurisprudencia ecuatoriana emitida por la I Sala Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia el 29 de octubre del 2002, y publicada en Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3011, en su parte pertinente nos ilustra diciendo:

*“El daño material existirá siempre que se cause a otro, un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante...”* (CUASIDELITO: DAÑO O PERJUICIO POR CULPA, 2002) (ESILEC, 2014)



El daño de esta clase, comprende 2 rubros: daño emergente y lucro cesante, que si bien no son sencillos de definir, es importante dar a relucir, por lo menos una idea de lo que comportan, partamos de una frase que nos la trae el tratadista Héctor Arévalo en su obra "Responsabilidad del estado y de sus Funcionarios": "*Daño emergente*: sacar de mi bolsillo y *lucro cesante*: no recibir dinero". (Arévalo, 1999)

-Daño Emergente: es el "Valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados." (Real Academia Española, 2014). En este sentido no es otra cosa que el valor del bien que ha sido afectado por el daño, así como los gastos o costos en que incurre la víctima. A mayor abundamiento, la definición que cito a continuación es totalmente clara:

*"El daño emergente es un tipo de perjuicio material. Consiste en la pérdida efectiva -pasada, presente o futura- de un bien económico que se encontraba en el patrimonio de la víctima. En consecuencia, comprende una amplia cantidad de rubros, desde la destrucción total de un objeto, hasta las erogaciones o desembolsos patrimoniales que la víctima realiza o tendrá que realizar producto del hecho dañoso..."* (Universidad de los Andes, 2014)

Héctor Arévalo, nos da una idea más sencilla aun, diciendo que el daño emergente es lo que uno paga con su dinero y siempre está representado por gastos que el perjudicado asume. (Arévalo, 1999)

-Lucro cesante: Héctor Arévalo nos dice que "es la ausencia de ingresos por el hecho dañoso". Al igual que al tratar el daño emergente nos da una idea espontánea para entenderlo: dice que es cuando no me entra dinero al bolsillo (Arévalo, 1999). Es decir todo rubro que se ha dejado de percibir a consecuencia del daño.

Guillermo Cabanellas nos dice que es la: "Ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para propios intereses.". (Cabanellas de la Torre, 2014)

Por último, el Diccionario de la Real Academia Española lo define diciendo: "Ganancia dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento de una obligación, por la infracción de un deber, o por un sacrificio patrimonial legítimo. Normalmente debe ser indemnizada por el causante del daño." (Real Academia Española, 2014)

### 1.5.6.2 Extrapatrimonial

El daño extrapatrimonial o moral tiene una acepción muy distinta, pues recae sobre los sentimientos, afectos o creencias de la víctima. (Contreras, 2009) Es una afectación de orden psicológico, subjetiva, sentimental, espiritual, personal, que tiene como fin el de compensar (no resarcir) lesiones causadas por el daño. (Arévalo, 1999) Para entenderlo, nuestros celebres juriconsultos del



máximo órgano de administración de justicia han emitido variada jurisprudencia con ideas totalmente claras al respecto:

La II Sala Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia del Ecuador, el 21 de Junio de 2007, publicado en Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 1802:

*“SEXTO.- La doctrina y jurisprudencia nos permiten establecer los siguientes elementos del daño moral y la acción: 1) daño moral es el que proviene de toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana...”.* (DAÑO MORAL, 2007) (ESILEC, 2014). Lo subrayado es intencional.

Por otro lado, la jurisprudencia mencionada al definir al daño, esto es la emitida el 28 de febrero de 2001 por la II Sala Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia del Ecuador, y publicada en Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1293, se ha pronunciado acogiendo la definición del tratadista Arturo Alessandri, que nos dice:

*“...el que consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico. El daño moral consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos creencia o afectos”.*

Concluye esta sentencia, con lo siguiente:

*“En síntesis, el daño moral es la molestia, perturbación, dolor, sufrimiento, menoscabo, en suma, la acción u omisión que pueda estimarse ilegítima y lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones específicas que detenta una persona, que en forma de reparación se determina por una indemnización pecuniaria o económica, sin perjuicio de otro tipo de satisfacciones como publicaciones y desagravios públicos, pero cuyo monto en nuestra legislación sólo comprende el daño emergente...”.* (DAÑO MORAL, 2001) (ESILEC, 2014) El subrayado es de mi autoría.

La jurisprudencia muy amplia por cierto en este tema, nos guía con un fallo más a saber, ya mencionado con anterioridad, pronunciado por la I Sala Civil y Mercantil de la anterior Corte Suprema de Justicia del Ecuador, publicado en Registro Oficial 38, del 1 de Octubre del 2009, que en la parte atinente al tema reza:

*“TERCERO: Cuando el Legislador introdujo mediante Ley No. 171, publicada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984, la normativa relativa a la indemnización por daño moral, consideró que existen “(...) innumerables actos ilícitos lesionan bienes morales, jurídicamente protegidos, sin embargo de lo cual, en virtud de las actuales normas,*

*quedan sin reparación alguna...". Fue evidente, pues, la intención de ampliar el campo de ciertas obligaciones extracontractuales que hasta esa fecha, no tenían forma de ser reclamadas. El autor del proyecto puesto a consideración del H. Congreso Nacional, el Dr. Gil Barragán Romero, señala respecto a este tema lo siguiente: "El daño moral parte del ataque a bienes esenciales de la personalidad, que causan una alteración del equilibrio espiritual de quien llega a sufrirlo. La alteración consiste en padecimientos que perturban la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado y, como consecuencia, producen un modo de estar anímicamente perjudicial, diferente de aquél en que la persona se hallaba anteriormente... Las denominaciones de los sufrimientos que lesionan intereses no patrimoniales son dolor, angustia, aflicción física o espiritual, humillación. En rigor, ninguno de tales estados del espíritu es el daño mismo sino su consecuencia. Es de la esencia de un sufrimiento de esta clase haberse afectado al interés jurídicamente reconocido de otra persona..." (Elementos del daño moral, Guayaquil, Edino, 1995, p. 84). (...) En definitiva, tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que los daños que una persona puede sufrir en su patrimonio muchas veces pueden rebasar el orden de lo meramente material, y que surgirá el deber de indemnizar para quien ha ocasionado el daño...." (Daño Moral, 2008) (ESILEC, 2014). Lo subrayado es intencional.*

Queda claro entonces que este tipo de daño es el que afecta a situaciones como la moral, lo espiritual, sentimientos, afectos, creencias, etc. de la persona<sup>9</sup>.

## **1.6 Reparación: generalidades**

La reparación a la hora de hablar de la responsabilidad, es de vital importancia, y designa a todo remedio pecuniario o no pecuniario, en beneficio del perjudicado por el daño. En términos generales, sus propósitos, son: 1.- compensar los detrimentos causados por el daño, 2.- satisfacer el interés del perjudicado. 3.- prevenir la consumación del daño. Hoy en día se pretende cambiar a la denominada teoría de la responsabilidad por la de la reparación, que no busca sino una reparación socialmente justa a los daños sufridos. (Morán, 2009)

El resarcimiento del daño, debe tener estrecha relación con el perjuicio ocasionado, en teoría no puede superar ese límite, pues de lo contrario se estaría avalando en enriquecimiento sin causa. La reparación debe comprender íntegramente, todos y cada uno de los perjuicios irrogados (Ospina, 2003), concretamente en relación al tema de estudio, el Código Orgánico de la Función Judicial, es totalmente claro, en su art. 32 inciso 2:

---

<sup>9</sup> No preciso necesario entrar en más análisis, pues abordando este tema, pretendo más que nada dar una idea al lector sobre el daño moral, ya que éste en su integridad está revestido de complejidad, de un sin número de criterios, pronunciamientos, regulación, etc.



*“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.”* (ESILEC, 2014) (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

En conclusión, la reparación integral ha de comprender la indemnización por daños y perjuicios<sup>10</sup>, que a su vez comprende el daño emergente y el lucro cesante y en los casos que tenga lugar, el daño moral.

---

<sup>10</sup> El art. 1572 del Código Civil establece: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento...” (ESILEC, 2014), (Código Civil, 2005)





## Capítulo 2: El Error Judicial

### 2.1 El error judicial: concepto

Aislando estos dos términos (error judicial), tenemos que la palabra error, etimológicamente proviene de del latín “error” que a su vez proviene del verbo “errare”, que no es otra cosa que fallar, no dar en el blanco, equivocarse; por su parte la palabra judicial viene de dos raíces latinas, “ius” que significa Derecho y “dicare” que significa decir, indicar, exponer, enunciar. (Anders, 2014)

La palabra error ha sido definida por el Diccionario de la Real Academia Española como “Concepto equivocado o juicio falso”, “Acción desacertada o equivocada.” o “Cosa hecha erradamente.” y la palabra judicial como “Perteneiente o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura.” (Real Academia Española, 2014)

Por lo que sin más preámbulos, el error judicial, en sentido lato, no es otra cosa que aquel desacierto o equivocación a la hora de enunciar o aplicar el Derecho, cometido por la administración de justicia.

El Dr. Guillermo Cabanellas, nos dice que el error judicial es: “en sentido amplio, toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un juez o tribunal incurre al fallar en una causa.” (Cabanellas de la Torre, 2014).

La legislación Colombiana, muy avanzada en temas de responsabilidad estatal, lo ha denominado como error jurisdiccional y en su Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, art. 66 lo define diciendo: “Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.”. (Congreso de la República de Colombia, 1996)

El Dr. Héctor Arévalo R. autor colombiano, nos dice: “Se trata de un error que da origen a la responsabilidad del estado y de los funcionarios en relación a las actuaciones jurisdiccionales contrarias a la ley”. Aporta con dos ideas ciertas, indicando que, la figura del error judicial, incluye aspectos como:

- El que la administración de justicia obre en ejercicio de un pretendido Derecho pero que en realidad no tiene.
- El que ejercite un Derecho que tiene, pero obra alejado del procedimiento legal, optando por uno distinto. (Arévalo, 1999).

En esta línea, el tratadista Jairo López Morales, al recoger los criterios de la jurisprudencia colombiana, señala que, el error judicial puede responder a:

- 1) Una errónea apreciación de los hechos,
- 2) Una desfasada subsunción del hecho en el Derecho; o,
- 3) A una grosera utilización de la normativa jurídica.



La JURISPRUDENCIA ECUATORIANA se ha pronunciado de manera totalmente clara, acogiendo la definición del tratadista Ricardo de Ángel Yáñez en la sentencia dictada por la III Sala de lo Civil y Mercantil de la anterior Corte Suprema de Justicia, publicada en Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3134, considerando primero, parte pertinente:

*"...El error judicial no dimana de la simple revocación o anulación de las resoluciones judiciales, debiéndose entender por error judicial toda decisión o resolución, dictada por los órganos de la Administración de Justicia, injusta o equivocada, pero el yerro debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan 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..."* (Error Judicial, 2002) (ESILEC, 2014)<sup>11</sup>

El jurista mexicano, Dr. Jaime Marroquín Zaleta, en una de sus publicaciones, denominada: "EL ERROR JUDICIAL INEXCUSABLE COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA", proporciona una definición del error judicial, acogiendo para el efecto, la realizada por el Dr. Valeriano Hernández Tavera Martín:

*"Es la equivocación crasa y palmaria cometida por un juez, magistrado o sala de magistrados, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, siempre que dicha equivocación haya alcanzado firmeza, no sea debida a culpa del perjudicado y haya causado daños efectivos, valuales e individualizados."*<sup>12</sup>. (Marroquín, 2001)

Por otra parte, el Jurista español Mariano Espinosa de Rueda, en su publicación "Responsabilidad por el funcionamiento de la administración de justicia", señala:

*"La doctrina entiende que el error judicial solo puede afirmarse de resoluciones, incluso providencias (...) dictadas por Jueces y Magistrados en el ejercicio de su jurisdicción, es decir, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, o adoptando medidas cautelares, frente a las que se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley, y que evidencien la desatención del juzgador por tratarse de un yerro manifiesto e indiscutible, ya sobre los hechos declarados probados, ya sobre el derecho aplicado, que sea determinante del sentido de la resolución, que haya provocado daños*

<sup>11</sup> Véase la resolución completa en anexo 1.

<sup>12</sup> La misma definición ha sido acogida por el pleno de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en fecha 25 de octubre 2013, en el Documento de Trabajo, denominado "La independencia de los jueces y el régimen disciplinario."



*indemnizables y que no sea debido a dolo o culpa del perjudicado.”.*  
(Espinosa de Rueda, 2003)

Miguel López Olvera, acoge la definición de David Cienfuegos Salgado, quien posee una acepción más genérica y totalmente aplicable a nuestro ordenamiento: “el error judicial se concibe como la equivocación de un juez o magistrado cometida en ejercicio del servicio público de administración de justicia, generadora de un daño.” (López M. , año desconocido)

Tenemos entonces una conclusión indudable, pues el error judicial, viene a ser: toda providencia dictada por un órgano jurisdiccional, injusta, desacertada o equivocada, ejecutoriada, en pleno desapego del ordenamiento jurídico vigente, causante de un daño y que ha de ser originadora de la responsabilidad del Estado.

Para concluir el tema, debemos distinguir los elementos<sup>13</sup> comunes de las definiciones indicadas:

- 1) Providencia contentiva de una falencia.
- 2) Debe provenir de un funcionario con facultad jurisdiccional.
- 3) Firmeza de la providencia.
- 4) Ausencia de los eximentes de responsabilidad.
- 5) Daño.

## **2.2 El error circunstancia connatural al ser humano**

Conocido es que el ser humano es falible por naturaleza, lo que es decir que es un ser imperfecto, que está en el borde entre hacer las cosas bien y las equivocaciones. Si bien parecería ser éste, un tema intrascendente, pero no es así. Para explicarlo traigamos a consideración algunos aspectos:

- a) El aforismo “errare humanum est”, que significa que “errar es de humanos”, nos da a entender que es parte del hombre el equivocarse.

Pero si bien lo es, y hay que aceptarlo, los errores deben ser utilizados como una enseñanza a fin de que no se los repita. La mentada frase, ingresa en el lenguaje común de las personas como un mecanismo que no pretende justificar todo tipo de error sino aquellos comunes, aceptables no dañinos o dañinos en un mínimo grado. Así como pretende prevenirlos. (Wikipedia, 2014)

- b) Si bien la responsabilidad frente a un error es algo latente, no es una regla absoluta pues existen excepciones que se refieren puntualmente a los casos en que no se genera responsabilidad por concurrir ciertas causas eximentes.

---

<sup>13</sup> Todos estos elementos serán analizados a lo largo de esta investigación.



- c) El tema también denota su trascendencia, en la necesaria apreciación de características que rodeen al error a fin de que este sea causante de responsabilidad.
- d) Además, deben tomarse en cuenta las características que deben rodear al daño generado por este error.
- e) Ha sido incluso nuestra jurisprudencia (la citada al definir al error judicial) la que ha acogido el aforismo antes indicado:

*“...El error judicial de que trata el Art. 22 de la Constitución tiene que ser inexcusable; no puede ser el simple error de aplicación, de interpretación, de criterio, porque sería exigir la perfección que en el orden humano es inalcanzable, y contraría aquel principio de humanum errare est...”.*  
(Error Judicial, 2002) (ESILEC, 2014)

- f) Debe tenerse presente un particular, y es el hecho de que por su noble, aunque compleja función el Juez es propenso cotidianamente al error, pero también debe notarse que el compromiso adquirido por éste al ser nombrado para su cargo, conlleva una gran responsabilidad, aptitud, conocimientos, etc.
- g) Por último, cabe añadir que el aforismo está incompleto, pues en su plenitud reza: “errare humanum est, sed perseverare diabolicum” o sea “errar es humano, pero perseverar (en el error) es diabólico.” (Wikipedia, 2014)

Queda claro que si bien, el error puede llegar a ser comprensible en ciertos casos pero éste ha de ser una forma de enseñanza para mejorar en nuestras actuaciones futuras, en este sentido vela el aforismo. Sin embargo el continuar estancado en ese error demuestra, la maldad que estuvo de por medio al cometerlo.

En relación con este tema el Dr. José García Falconí, proporciona un comentario y llama a una interesante reflexión a los señores Jueces:

*“Puede equivocarse un juez justo*

*Por supuesto que sí, errores se cometen, desviaciones se presentan, pero debemos enfrentarlos y corregirlos, conscientes de que la Función Judicial es un poder integrado por seres humanos, que aspiramos ser capaces, honrados y bien preparados; por esa razón compañero juez no debemos desanimarnos por un error o una desviación por grave que sea o parezca ser, por el contrario debe motivarnos para la superación personal y el perfeccionamiento de todos los órganos que lo integran.”*  
(García J. , Derecho Ecuador, 2005)



## 2.3 Elementos de la responsabilidad en el error judicial

Al tratar el tema de la responsabilidad objetiva se llegó a una conclusión unívoca, en el sentido de que son tres elementos para que exista responsabilidad civil extracontractual objetiva: a) Un hecho o acto que viole Derechos; b) Que exista daño y c) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto y el daño. Sin embargo al tratar de la responsabilidad por error judicial existen ciertas particularidades a saber, que son:

- a) El error debe tener el carácter de inexcusable (según ciertos criterios).
- b) El daño debe estar envuelto de características, como lo son, aquellas comunes a la responsabilidad estatal, y el ser manifiesto, unívoco y objetivo.
- c) Nexo causal.

### 2.3.1 Error Inexcusable

#### 2.3.1.1 Generalidades:

La jurisprudencia ecuatoriana, citada en párrafos anteriores, emitida en vigencia de la Constitución Política de 1998 se pronunció en el sentido de que el error judicial como fuente de responsabilidad estatal debe estar revestido del carácter de inexcusable. También, como una causa de sanción administrativa al funcionario judicial ecuatoriano está contemplado este tipo de error<sup>14</sup>.

El error inexcusable parecería ser un tema sencillo, lamentablemente reviste de complejidad no solo por lo difícil que resulta definirlo sino por las implicaciones que conlleva, sus consecuencias, la subjetividad que lo rodea, etc. No dudo al decir, que ha infundido temor no solo en la administración de justicia sino también en la doctrina, es una de las instituciones que estimo merecen un profundo análisis y respeto por lo que representa en la sociedad. El solo abordar este tema me ha hecho pensar en lo irresponsable que sería no tratarlo de manera amplia e intentando dejarlo, por lo menos ligeramente claro y de ser este el caso, aportando con ciertos criterios y críticas de carácter constructivo. Veamos:

#### 1.- No existe una noción del error inexcusable:

Si bien la doctrina no recomienda que un cuerpo normativo contenga definiciones, no es menos cierto que una institución sin regulación, sin limitaciones, con total campo abierto a la subjetividad resulta nociva a los más altos Derechos de las personas.

---

<sup>14</sup> En el referéndum y consulta popular del mes de febrero 2011, es la ciudadanía, la que decide que en el numeral 7 del art. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial se inserte al error inexcusable como una infracción disciplinaria, productora de destitución del servidor judicial. A mi criterio la decisión es tomada con total desconocimiento de la institución del error inexcusable, sin saber siquiera de lo que se trata, menos aun de sus efectos.



Es innegable que la institución del error inexcusable tiene ya varios años de existir, pero no en nuestra legislación. Es decir, que para el Ecuador se trata de algo nuevo. Dicho esto, resulta necesaria una regulación idónea sobre los requisitos, para que un error tenga la característica de inexcusable, o quizá tomar el riesgo y definirlo.

2.- La noción de error inexcusable debería ser unificada:

En línea con el planteamiento anterior, está otro gran problema, debido a que se debe propender a que la noción del error inexcusable se unifique, que siga una misma dirección a fin de que cuando un juzgador<sup>15</sup> tenga sobre sí la obligación de decidir sobre la existencia del mismo, no dude en distinguirlo para así poder sancionarlo o negar su existencia según el caso.

3.- Es un posible afectante de la independencia de la función judicial:

Según muchos abogados y tratadistas, esta figura es una de las formas de intromisión en la Función Judicial, esto es de atentar a su independencia. La idea de que el Consejo de la Judicatura pueda hacer un análisis de las actuaciones judiciales a fin de determinar si ha existido o no flagrante violación de la normativa vigente, para así decidir sobre la destitución de un funcionario, resulta atentatorio a la independencia del Juez, que pierde en ciertos casos su libertad de actuar, su libertad de fallar (en apego a la ley). Me siento adherido a esta concepción, para los casos en los que exista duda sobre la existencia o no del error inexcusable, pero así mismo soy partidario de la aplicación de la sanción cuando un funcionario actúe en total desvío de la ley o en violación a principios fundamentales, a sus más altos deberes, a la ética, etc.

Recordemos que Código de Procedimiento Civil, consagra como uno de sus principios: “Art. 2.- El poder de administrar justicia es independiente; no puede ejercerse sino por las personas designadas de acuerdo con la ley.”. (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005)

Lo mismo hace el Código Orgánico de la Función Judicial:

*“Art. 8.- PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.*

*Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.*

*Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa,*

---

<sup>15</sup> Entiéndase en este caso como juzgador, un Juez o la institución de régimen disciplinario, o en su caso el pleno del Consejo de la Judicatura.



*civil y/o penal, de acuerdo con la ley.*” (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

No basta con eso pues es la norma fundamental la que también lo recoge:

*“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:*

*1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley...”* (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

Es incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que cuando no se configura esta institución, la intromisión del ente administrativo con la sanción de destitución: “resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho”.<sup>16</sup> (Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, 2008)

#### 4.- Una institución que ha generado incertidumbre:

El temor e incertidumbre que ha generado el error inexcusable en el funcionario judicial, es latente. En el día a día (los funcionarios consientes y responsables) saben que su actuar debe ser en las mejores condiciones, sin embargo también saben que en ocasiones pueden cometer deslices, como señalaba en temas anteriores todos estamos sujetos a errar y esto hace que los funcionarios en su actuar antes que poder desenvolverse con naturalidad, deban estar sometidos al temor que le genera esta sanción disciplinaria. Lo que desemboca en providencias temerosas, múltiples traslados, disposición de sentar razones actuariales, etc. todo lo que desemboca en un evidente maltrato al principio de celeridad procesal.<sup>17</sup> Todo esto, opaca aquella importante frase de inspiración que dice: “No por miedo a errar vas a dejar de luchar”.

La periodista ecuatoriana Estefanía Celi, en uno de sus artículos para el diario EL COMERCIO manifestó:

*“...cuando se creó, ese ente se encarga de sancionar a jueces, fiscales y judiciales, que cometan infracciones administrativas.*

(...)

<sup>16</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos emite un fallo muy importante en torno al error inexcusable, al que entraré en un ligero análisis más adelante.

<sup>17</sup> Hoy en día creo yo, que se utiliza al señor secretario de una judicatura como un medio para liberar responsabilidades, el Juez ya no quiere ser el quien revise el proceso y despache un escrito, encontramos con la frase “previo a proveer lo que corresponda, el actuario siente razón a cerca de...”.



*La Veeduría Internacional a la reforma a la justicia, en su informe final presentado en 2012, recomendó la eliminación de esa figura, pues puede "enmascarar acciones disciplinarias que suponen auténticas revisiones jurisdiccionales".*

*Para Enrique Herrería, director del Observatorio de Derechos y Justicia, el error inexcusable es un mecanismo de sanción para los jueces que "se manifiestan en un fallo contra un funcionario del Gobierno".*

(...)

*No obstante, la aplicación del error inexcusable y la injerencia del Ejecutivo en los jueces en Ecuador es observada por la fundación para el Debido Proceso, en su último informe 2013. "La atmósfera se complica más con el cambio constante de operadores judiciales y el excesivo números de procesos judiciales, muchos iniciados por causales muy generales." (Celi, 2014)*

En el mismo artículo, se recoge un criterio del presidente del Consejo Nacional de la Judicatura ejerciente de funciones para esa fecha, Dr. Gustavo Jalkh (2014), acerca de lo que es el error inexcusable: "...Doctrinariamente, constituye el error craso de derecho que viola una norma expresa y que produce un daño a un derecho...". (Celi, 2014)

Los temas tratados en la publicación realizada por Celi, demuestran la incertidumbre y temor que genera el error inexcusable no solo en el Ecuador sino en las diversas organizaciones (incluso internacionales).

Por otro lado, el investigador y catedrático Paúl Córdova, en un artículo para el diario *EL TELEGRAFO*, dice:

*"Las y los servidores judiciales requieren que sus condiciones de trabajo tengan garantías de independencia interna y externa para que se encuentren seguros en su desempeño profesional, sin ningún tipo de interferencias ni presiones de cualquier naturaleza. El régimen disciplinario debe ser entendido y utilizado como un mecanismo que contribuya al mejoramiento y perfeccionamiento de la justicia (...). Las atribuciones en materia de control disciplinario deben sustentarse en reglas claras, transparentes, no discrecionales, de conformidad a la Constitución y el derecho, sin lugar a interpretaciones subjetivas ni relativas..."*

*...Los procesos de investigación que puedan iniciarse por efecto de esta falta gravísima encuentran una primera dificultad: nuestra normativa no define con claridad los elementos constitutivos del error inexcusable; por otro lado hace falta una noción objetiva sobre qué se juzga al momento de su análisis y qué aspectos de la conducta del servidor es lo que se sancionaría.*





(...)

*Cuando revisamos la doctrina sobre este tema, encontramos que una corriente jurídica de autores sostiene que no se trata de señalar los desaciertos como factor que demuestre el error inexcusable, porque los indicios de verdad que se utilizan en procesos no generan exclusivamente certezas; sino que se busca identificar la falta de prudencia y observancia a cuestiones indiscutibles que puedan propiciar decisiones que rompan el ordenamiento jurídico. Esta clase de premisas doctrinarias dificultan aún más el estudio del error inexcusable porque advierte que para su sanción se deben demostrar que en la conducta de los servidores se ponga de manifiesto una arbitrariedad, una culpa evidente o un error irrefutable, todo lo cual supera el ámbito de los aciertos y desaciertos con respecto a criterios o discrepancias adoptadas entre el operador jurídico y la autoridad administrativa.*

(...)

*Es un deber ineludible del Consejo de la Judicatura y de la Corte Nacional de Justicia aprobar las reglamentaciones correspondientes para aclarar todas las dudas y vacíos que existen a la hora de juzgar por error inexcusable a los operadores judiciales, con la finalidad de que los problemas en su utilización durante el procesamiento de los procesos disciplinarios no pueda convertirse en un mecanismo de afectación de la independencia judicial.” (Córdova, 2014). Lo subrayado es intencional.*

Son de felicitar muchos de los criterios vertidos en esta publicación; vamos así, con este apoyo, trazando ya lo que constituye el error inexcusable, teniendo el aporte de que implica: una decisión con falta de prudencia u observancia en cuestiones indiscutibles, que atente el ordenamiento jurídico.

En una publicación del diario El Universo, bajo el título “Jalkh: Quitar ‘error inexcusable’ necesita reforma”, tenemos también la concepción del Consejo de la Judicatura en funciones:

*“Para eliminar la figura de ‘error inexcusable’ de la legislación, como lo sugiere el informe elaborado por la veeduría internacional encabezada por Baltazar Garzón, se requiere de una reforma constitucional, según Gustavo Jalkh, presidente del Consejo de la Judicatura (CJ).*

(...)

*En una exposición ofrecida por el funcionario en la sede de Diálogo Interamericano, en Washington, Jalkh señaló que dicha causal es constitucional y que “como funcionarios públicos debemos aplicar lo que las normas dicen, no podemos eludir responsabilidades”.*



*Esta declaración la realizó como respuesta a una pregunta de Enrique Herrería, miembro del Observatorio de Derechos de Justicia. El ex legislador planteó que esa causal “es amplia, injurídica y permite que el CJ subjetiva y discrecionalmente sancione a los jueces, particularmente en los cuales hay intereses políticos del Estado”.*

*Según Herrería, en el Código no hay una definición objetiva de la figura del ‘error inexcusable’, “por lo que no se sabe lo que es y sería como juzgar algo que no está tipificado”.*

(...)

*“Existen errores inexcusables, en los que podría haber falta de motivación suficiente, como lo establece el mismo Código Orgánico de la Función Judicial y cuyas consecuencias pueden ser llamados de atención, de multas o suspensión si es que las consecuencias son gravísimas, tangibles...”, manifestó el representante de la Judicatura... (Diario El Universo, 2013)*

Claro está y todos concordamos en que el funcionario judicial debe obrar en las mejores condiciones, pues bajo su manto se encuentra uno de los deberes y responsabilidades más grandes que existe, como es administrar justicia. Queda claro además, que la regulación abierta esto es, sin debida reglamentación, da campo abierto a la arbitrariedad, subjetividad, y en los casos de injerencia política, a la corrupción.

De darse algún tipo de normatividad, esta debe ser óptima, sea que se lo haga mediante norma o que se pronuncien los más altos Tribunales de Justicia, tiene que ser una regulación objetiva, imparcial, que vele por los intereses de la colectividad y no de una parte de ella, que vele por el responsable y no por el irresponsable, por el justo y no por el injusto, etc.

##### 5.- No se tiene presente el fin de la sanción de destitución por incurrir en error inexcusable:

El verdadero fin de esta institución es como lo señala el Dr. Jaime Marroquín Zaleta, es el de prevenir las conductas que puedan derivar en la prestación de un servicio público deficiente, concretamente pretende corregir y prevenir la desatención a situaciones de carácter indiscutible, que genere una resolución esperpéntica, absurda, que rompa la armonía del orden jurídico. (Marroquín, 2001). Lamentablemente parece ser otra la visión que ha tenido el Consejo de la Judicatura, pues la resolución de fecha 20 de abril 2012 del entonces Consejo de la Judicatura de Transición, en el trámite disciplinario seguido en contra del Dr. Eduardo Moreno Muñoz, señala que el error proveniente de cualquier Juzgador puede hacer responsable patrimonialmente al Estado, por lo que se deben aplicar las medidas preventivas necesarias. (Trámite Disciplinario, 2012). A mi criterio esto lo que hace es identificar un pleno interés



por evitar la responsabilidad estatal y no refleja esa meta de la prestación de un servicio público de calidad.

### 2.3.1.2 Concepto:

Una vez proporcionadas ciertas ideas sobre el error inexcusable, veamos su concepto:

Planteamos ya, que error es un desacierto o equivocación. Y lo inexcusable, según el Diccionario de la Real Academia Española es lo “Que no puede eludirse con pretextos o que no puede dejar de hacerse. I Que no tiene disculpa.” (Real Academia Española, 2014)

En sentido lato es un desacierto o un juicio falso, cometido en una circunstancia en la que no existe pretexto para haberlo hecho.

En fallo de la Corte Interamericana, citado anteriormente, señala que:

*“...Conforme a la doctrina del TSJ, el error judicial inexcusable ha sido entendido como "aquél que no puede justificarse por criterios jurídicos razonables", lo cual le confiere el carácter de falta grave que amerita la máxima sanción disciplinaria, esto es, la destitución". Se ha señalado además que "se trata de un concepto jurídico indeterminado o indefinido, por lo cual se requiere en cada asunto particular ponderar la actitud de un juez y de acuerdo a ello y a las características propias de la cultura jurídica del país, establecer el carácter inexcusable de la actuación del funcionario judicial". En ese contexto, ha sido jurisprudencia reiterada considerar que "incurre el juez en error inexcusable o injustificable cuando, por ejemplo, establece una condena a muerte o a pena perpetua de presidio o cuando dicta una medida de embargo sobre una plaza pública, por citar algunos casos de extrema gravedad en [el] ordenamiento jurídico [venezolano]...” (Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, 2008)<sup>18</sup> El subrayado es de mi autoría.*

Por otra parte, el Dr. José García Falconí en una publicación en la página web “Derecho Ecuador”, textualmente, en lo pertinente, dice:

*“...Se lo entiende como equivocación o desacuerdo, que puede dimanar de un falso concepto sobre lo que una cosa es realmente o de ignorancia de la misma (...) se exige que el desatino sea de aquellos que no puedan excusarse, esto es que quien lo padece no puede ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculpar dicho error, en este caso ocasionado por un operador de justicia.*

<sup>18</sup> TSJ: Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.



*De lo anotado se desprende, que el error inexcusable, se lo puede denominar a la ignorancia atrevida, y en este caso el error cometido no se puede excusar...” (García J. , Derecho Ecuador, 2013)*

A mayor abundamiento podríamos decir que es una clase de error, caracterizado por ser injustificable, que no se puede fundamentar, aceptar, justificar, que no es susceptible de pretexto lógico alguno.

Mas a profundidad y para el ámbito meramente administrativo (sanción disciplinaria), el Dr. Marroquín, dice: “Es una equivocación crasa, cometida culposamente por un Juez, magistrado o grupo de magistrados, que cause un daño significativo.” El autor, además profundiza en los elementos de su definición, primero lo craso del error, indicándonos que el desacierto debe ser palmario y elemental, perceptible socialmente por la injusticia que conlleva, esto es situado fuera del área de las opciones o decisiones asidas racionalmente. Segundo, la culpa en el funcionario, manifestada en la ausencia de conocimientos, la falta de actualización de los mismos, falta del cuidado debido en sus resoluciones. Y tercero, el daño, pues el error para ser inexcusable debe haber causado un daño significativo (no necesariamente económico). (Marroquín, 2001). Insisto la definición es aplicable al error inexcusable como causante de sanción administrativa y nada más.

En el segundo punto, esto es de la culpabilidad, quiero hacer un énfasis pues el autor indicado, señala que serían buenos factores para determinar la inexcusabilidad del error, los siguientes:

- Factores personales: edad, estado de salud, fama pública, etc.
- Factores profesionales: preparación, estudios, etc.
- Factores laborales: antigüedad, carrera judicial, quejas administrativas, actividad docente, aspectos cualitativos en sus fallos, etc.
- Factores externos: carga laboral, complejidad del asunto, tiempo de la resolución, etc. (Marroquín, 2001)

Considero que estas ideas son muy buenas a fin de que el Consejo de la Judicatura ecuatoriano pueda guiarse al respecto. Así como jamás dejar de obviar el contenido del art. 110 del Código Orgánico de la Función Judicial, que trata de las circunstancias constitutivas a ser tomadas en cuenta al momento de calificar una infracción disciplinaria como susceptible de suspensión o destitución, estas son:

*“... 1. Naturaleza de la falta;*

*2. Grado de participación de la servidora o servidor;*

*3. Haberse cometido el hecho por primera vez o en forma reiterada;*

*4. Tratarse de hechos que constituyan una sola falta o una acumulación de faltas;*



5. Los resultados dañosos que hubieran producido la acción u omisión; y,

6. Otros elementos atenuantes o agravantes que consten del sumario disciplinario.”. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

### 2.3.1.3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Error Inexcusable

Ya más en el fondo, tenemos un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitido en sentencia del 5 de agosto de 2008 en el denominado Caso Apitz Barbera y otros en contra de Venezuela. El proceso, que da lugar a este fallo, tiene origen en la destitución de los ex-Jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Venezolana Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera, el 30 de octubre de 2003, por haber incurrido en error inexcusable. El fallo es muy extenso, motivo por el cual para esta investigación he tomado lo más relevante del mismo, esto es los puntos 2, 84(primer párrafo), 85 (primero, segundo y cuarto párrafos), 86 (primer párrafo), 89 (último párrafo), 90 (primer párrafo), 91, en los cuales, entiéndase por SPA: Sala Político Administrativa, por TSJ: Tribunal Supremo de Justicia y por CFRSJ: Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, instituciones pertenecientes a la República Bolivariana de Venezuela.

*“2. (...) La Comisión alegó (...) que se los destituyó "por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable cuando lo que existía era una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada, en grave violación de su derecho a un debido proceso por la falta de motivación de la decisión que los destituyó y sin que tuvieran a su disposición un recurso sencillo, rápido y efectivo que se pronunciara sobre la destitución de que fueron objeto".*

*(...)*

*84. Al respecto, la Corte resalta que el derecho internacional ha formulado pautas sobre las razones válidas para proceder a la suspensión o remoción de un juez, las cuales pueden ser, entre otras, mala conducta o incompetencia[90]. Ahora bien, los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior[91]. Ello preserva la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva, sólo ejerce una función judicial diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario.*

*(...)*



85. En cuanto al derecho interno, la Corte observa que el TSJ ha exigido diferenciar el control que debe existir sobre los jueces en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción disciplinaria<sup>[92]</sup>, valorar la gravedad de la falta<sup>[93]</sup> y determinar una sanción proporcionada <sup>[94]</sup>. Asimismo, el Estado presentó un informe en el que si bien se exponen 5 casos donde la declaración del error judicial inexcusable por parte del órgano de revisión condujo a la destitución de los jueces inferiores por parte de la CFRSJ<sup>[95]</sup>, ésta indicó que le corresponde revisar si "se está ante un error judicial de tal magnitud que acarree la destitución"<sup>[96]</sup>.

<sup>[92]</sup> Por ejemplo, en un caso de destitución de una jueza que llegó al conocimiento de la SPA, ésta señaló: "El criterio jurídico de la [jueza sancionada] era razonable y estuvo fundado en una decisión dictada en el ejercicio legítimo de sus funciones, es decir, [...] no configurándose en ningún momento la falta grave que le imputó la [CFRSJ], con la finalidad de aplicarle la máxima sanción, es decir, la destitución de su cargo. En consecuencia, la [CFRSJ] invadió competencias correspondientes al ámbito jurisdiccional y en tal sentido, le violó la garantía constitucional a la autonomía e independencia de que era titular la jueza sancionada, al momento de dictar la citada medida"...

(...)

<sup>[94]</sup> Así, en otro caso la SPA consideró que "si bien se debe sancionar la falta disciplinaria de un funcionario judicial, la sanción impuesta debe ser siempre cónsona con el ilícito cometido, de modo de equilibrar la exigencia que se debe hacer al juez con los derechos que también le asisten. En tal sentido y con base en los poderes inquisitivos del juez contencioso-administrativo, se estima que la sanción impuesta por el Tribunal Disciplinario del extinto Consejo de la Judicatura no sólo resultó desproporcionada, sino además, inmotivada, pues basó su contenido fundamentalmente en la transcripción que se hiciera de la sentencia emanada del juzgado superior que conociera en alzada (...) la infracción por ella cometida, de ser el caso, podría configurar una causal que diera lugar a otro tipo de sanciones, como podría ser la amonestación, o de ser preciso, porque se considere de mayor entidad que aquella, la sanción de suspensión..."

(...)

"86. En suma, para el derecho interno y para el derecho internacional por un lado se encuentran los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares, cuyo fin es controlar la corrección de las decisiones del juez inferior; y por otro, el control disciplinario, que tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público. Por esta razón, aun cuando existiera una declaración de error judicial inexcusable por parte de un órgano de revisión, debe analizarse la gravedad de la conducta y la



*proporcionalidad de la sanción[97]. Este tipo de revisión exige una motivación autónoma para determinar la existencia de una falta disciplinaria.”.*

(...)

89. (...) [99] *En este punto resulta relevante lo afirmado por el señor Jesús María Casal Hernández en el sentido de que la CFRSJ "prescindió del examen relativo a la gravedad del error judicial inexcusable, que es indispensable para poder infligir la sanción máxima de destitución. El principio de proporcionalidad y el respeto al derecho a la defensa o al debido proceso legal, así como a la autonomía del juez, obligaban a efectuar dicho análisis"...*

90. (...) *la Corte considera que la motivación debía operar como una garantía que permitiera distinguir entre una "diferencia razonable de interpretaciones jurídicas" y un " error judicial inexcusable " que compromete la idoneidad del juez para ejercer su función, de tal forma que no se sancione a los jueces por adoptar posiciones jurídicas debidamente fundamentadas aunque divergentes frente a aquellas sustentadas por instancias de revisión.”.*

91. *Al no haber ocurrido lo anterior, la situación real fue que el proceso disciplinario terminó siendo de mero trámite. Por consiguiente, la Corte considera que el Estado incumplió con su deber de motivar la sanción de destitución, violando con ello las "debidas garantías" ordenadas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Apitz, Rocha y Ruggeri...”. (Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, 2008)*

Con las consideraciones citadas y muchas otras adicionales, por unanimidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que el Estado venezolano no garantizó el Derecho de los funcionarios judiciales, a ser juzgados por un Tribunal imparcial, independiente, a ser oído dentro de un plazo razonable, el deber de motivación, y derivado de las debidas garantías lo que constituye una violación del artículo 8.1<sup>19</sup>, 1.1<sup>20</sup>, 2<sup>21</sup> y 25.1<sup>22</sup> de la

<sup>19</sup> El art. 8, numeral 1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos reza:

*“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 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.” (ESILEC, 2014), (Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 1984)*

<sup>20</sup> El art. 1, numeral 1:

*“Obligación de Respetar los Derechos*

*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona*



Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. (Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, 2008)

Si bien para entender claramente la resolución indicada, se necesita de una lectura completa de la misma<sup>23</sup>, sin embargo de estos fragmentos importantes, podemos obtener algunas conclusiones:

- 1) El error inexcusable no puede ser una simple deducción del hecho de que una decisión haya sido revocada por el juzgador ad quem. Me explico, la determinación del error inexcusable no puede basarse en que un juez cometió un error y su providencia fue revocada, pues existen un sin número de casos en los que esto ocurre. Creer lo contrario sería creer también que cada juzgador de primer nivel le deba absoluto temor al que sus providencias sean revocadas.
- 2) La sanción al funcionario por su actuar indebido, es algo que indudablemente debe ser aplicado, sin embargo siempre debe hacerse en pleno apego al principio de proporcionalidad, pues al ser el error inexcusable uno de los causantes de la sanción más severa al servidor judicial, se tiene que velar por el que necesariamente deba establecerse la sanción de destitución al funcionario que la merezca, en base a un criterio objetivo, y a reglas preestablecidas.
- 3) El Código Orgánico de la Función Judicial, en su art. 131, regula las facultades correctivas de jueces y juezas, y es en el numeral 3 que establece, como una de ellas:

*“Declarar en las sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación o el error inexcusable de servidoras y servidores judiciales, y*

---

*que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”* (ESILEC, 2014), (Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 1984)

<sup>21</sup> El art. 2, reza:

*“Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*

*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”* (ESILEC, 2014), (Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 1984)

<sup>22</sup> Art. 25, numeral 1:

*“Protección Judicial*

*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”* (ESILEC, 2014), (Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 1984)

<sup>23</sup> Como indique con anterioridad el fallo de la Corte Interamericana es en extremo extenso, por lo que pretendo hacer lo posible para explicar las conclusiones que de éste, derivan.





*comunicar al Consejo de la Judicatura a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones;"* (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

En virtud de esta norma, el Juez que estimare la actuación de un funcionario se encuentra viciada por error inexcusable, puede<sup>24</sup> comunicar al Consejo de la Judicatura a fin de que este organismo dé la respectiva tramitación. En el caso de ocurrir este particular, el órgano sancionador debe tener algo muy claro, y es que la motivación, o el simple hecho de haber declarado el Juez la existencia del error inexcusable no es motivo suficiente para la destitución, el proceso administrativo sancionador, requiere de un trámite propio, un debido proceso, que cumpla cada una de las exigencias legales, reglamentarias y por sobre todo constitucionales. En esa línea la providencia que resuelve la sanción debe tener motivación propia, independiente de la del Juez que ordenó que se ponga en conocimiento del Consejo de la Judicatura. Si bien el auto que dispuso que se ponga en conocimiento no es vinculante al organismo sancionador, sin embargo en apego total a la sana crítica podría creo yo, ser un indicio en contra del procesado. Si bien todas las decisiones de los poderes públicos deben ser motivadas, la motivación en el error inexcusable requiere de cierta especialidad. Que no deje lugar a duda de su existencia.

- 4) Es necesario saber determinar con claridad, que no es lo mismo "diferencia razonable de interpretaciones jurídicas" y un " error judicial inexcusable". El primer caso la palabra razonable, es la que marca la diferencia, pues viene a ser lo aceptable, justificable, en fin lo excusable.

### **2.3.1.4 Crítica a la exigencia del error inexcusable**

Como comenté y justifiqué en temas anteriores, nuestro sistema tratándose del error judicial es de responsabilidad objetiva. Por esta responsabilidad, en resumen basta la prueba del daño, y la imputabilidad al funcionario, para que se origine la responsabilidad.

Cierta parte de la doctrina y algunas legislaciones, han acogido la idea de la necesaria inexcusabilidad del error a fin de que proceda la responsabilidad estatal por error judicial, indicando que no todo error puede ser causante de la misma, que el error es connatural al ser humano, que aceptar la responsabilidad por cualquier error sería afectar al Estado, exigir la perfección, etc. estoy de acuerdo con algunas de las aseveraciones, como la máxima "errare humanum est", en que nadie es perfecto, en que el error está latente en la función de administrar justicia. Sin embargo jamás podré estar de acuerdo en el hecho de que se llegue al extremo de exigir el carácter de inexcusable del error. Veamos algunos fundamentos constitucionales de lo afirmado:

Art. 424 inciso 1:

---

<sup>24</sup> Si bien es una facultad del Juez, a mi criterio resulta más que nada una obligación de tipo ética.



*“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)*

Art. 426:

*“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.”*

*Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*

*Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)*

Art. 427:

*“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)*

Entre otras cosas, la supremacía constitucional implica que la normativa vigente en el país no puede limitar el alcance de las normas de la Constitución de la República. La efectiva vigencia del Derecho constitucional se halla en el respeto a las normas, valores y principios constitucionales, a su exaltación y no a su limitación.

De la normativa citada tenemos:

- 1) Primeramente, toda la regulación y actos del poder público deben seguir la línea de la Constitución, so pena de carecer de eficacia.
- 2) Todos estamos sometidos a la Constitución.



- 3) Jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, deben aplicar de manera directa la norma constitucional y las previstas en los instrumentos internacionales de Derechos humanos que sean más favorables a las establecidas en la Constitución.
- 4) Los Derechos Constitucionales y los instrumentos internacionales de Derechos humanos son de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los mismos.
- 5) En caso de duda las normas constitucionales deben interpretarse en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los Derechos.

Por lo tanto, limitar la responsabilidad estatal a la existencia de un error inexcusable es privilegiar otro tipo de intereses, ajenos a la Constitución, se estaría restringiendo el alcance de su normatividad, esto es su efectividad.

El artículo 11 *ibídem*, es una de las normas de mayor relevancia y avance normativo en nuestro ordenamiento, esto, por el sin número de Derechos y garantías que consagra. Para este tema, tomaré partes específicas del mismo:

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

*(...)*

*3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

*Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.*

*Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*

*4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.*

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

*6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.*



(...)

*8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.*

*Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*

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

*El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.*

(...)

*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..." (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)*

De esto, tenemos:

Que se corrobora el hecho de que los Derechos y garantías constitucionales y en los instrumentos internacionales de Derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial.

- 1) Que no se puede exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.
- 2) Que ninguna norma puede restringir Derechos y garantías constitucionales.
- 3) Que el contenido de los Derechos debe **DESARROLLARSE DE MANERA PROGRESIVA**, a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Jamás restringirse, coartarse, en fin limitarse.
- 4) Tiene el carácter de inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.



- 5) El más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los Derechos constitucionales.
- 6) El Estado, está obligado a reparar las violaciones a los Derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.
- 7) En esa orientación, 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.

Como principales fundamentos legales tenemos, el inciso primero del art. 32 inciso del Código Orgánico de la Función Judicial:

*“JUICIO CONTRA EL ESTADO POR INADECUADA ADMINISTRACION 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.”* (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

- 1) La norma es también del todo clara, consagra la responsabilidad del Estado frente a tales instituciones jurídicas y no establece limitación. Véase por ejemplo que en ordenamiento jurídico colombiano, el art. 67 consagra expresamente los presupuestos del error jurisdiccional, lo que denota que se requeriría por lo menos de una LEY para limitar el ejercicio de un Derecho de esa magnitud (lo que también puede ser visto como restrictivo de los Derechos constitucionales):

*“...El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:*

*1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70...*

*2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.”* (Congreso de la República de Colombia, 1996)

El art. 4 del Código Orgánico citado, en su inciso primero es totalmente claro:

*“PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.”* (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)



- 2) La disposición constitucional es aplicable, sin ser restringida, menoscabada o inobservada y SIN NECESIDAD DE QUE SE ENCUENTRE DESARROLLADA en otras normas de menor jerarquía.

En el plano netamente gramatical:

De la lectura de la norma constitucional o legal denota que la intención del legislador fue únicamente la de responder frente a daños causados por sus funcionarios, sin pretender jamás limitar la responsabilidad a factores subjetivos, sin que ello implique hablar de una responsabilidad ilimitada del Estado. Por ese mismo motivo he pretendido señalar los factores que rodean al error judicial a fin de que sea entendido a plenitud, como es y no como se busque que sea.

Por otro lado, exigir la inexcusabilidad es una flagrante demostración de involución, implica decir el Estado responde solo si hay un error totalmente craso o injustificable, pues de lo contrario aunque dañe a alguien el obrar de su funcionario, éste no ha de responder; me pregunto: ¿es eso lógico?, la respuesta es sencilla, NO LO ES, ¿dónde quedaría la responsabilidad objetiva? Lo necesario es que el error sea causante de un daño cierto, injusto, ilícito, directo, manifiesto, unívoco y por sobre todo objetivo.

Por último, cabe indicar que la doctrina también ha criticado la exigencia del error inexcusable, por ejemplo:

- 1) El ecuatoriano, Dr. José García Falconí indica:

*“...el error inexcusable, se lo puede denominar a la ignorancia atrevida, y en este caso el error cometido no se puede excusar; más aún la doctrina señala que será impenetrable o mítico encontrar error inexcusable para hacer derivar la responsabilidad personal del funcionario, por el conjunto de limitaciones que se le han puesto para que la noción se vuelva operante en la realidad.”.* (García J. , Derecho Ecuador, 2013)

Por otro lado, el colombiano Héctor Arévalo, cita al tratadista Vicente Guzmán Fluja, que nos da una idea clara de la noción que deberíamos tener a cerca del error, dice:

*“...el error judicial no se produce como consecuencia de la simple revocación o anulación de una resolución judicial si se considerase así, todo recurso interpuesto con éxito daría lugar a un error judicial (cuando, precisamente, el sistema de recursos tiene por objeto evitarlo en lo posible). Esto nos lleva a aseverar que no todo error contenido en una resolución judicial constituye error judicial.*

*Lo expuesto pone de manifiesto el carácter absolutamente excepcional del error judicial porque como tal no puede reputarse de cualquier equivocación sino una especialmente trascendente, de forma que la falta de adecuación entre lo que se resolvió y lo que debió resolverse sea tan*



*ostensible que cualquiera persona, por supuesto versada en Derecho, pueda advertirlo.”. (Arévalo, 1999)*

Considero que esta visión resulta ecléctica, esto es no llega al extremo de la exigibilidad del error inexcusable, ni a la idea de que todo error genera responsabilidad, que es a lo que se debe propender.

Existen suficientes razones para que quede claro que no es necesario que el error judicial sea inexcusable para que genere responsabilidad estatal.

### **2.3.2 El Daño en el Error Judicial: características**

El daño en el error judicial debe estar rodeado de importantes características a fin de que sea causante de responsabilidad, que si bien no han sido contempladas en la ley, la doctrina y la jurisprudencia las han acogido a fin de poder diferenciar cuando estamos frente a un verdadero daño. Así deberá reunir las siguientes:

#### **2.3.2.1 Características comunes de la responsabilidad estatal**

Es decir que deben concurrir aquellas características citadas al hablar del tema las características del daño, deber ser:

- Cierto,
- Injusto,
- Ilícito; y,
- Directo.

Adicionalmente considero importante citar 3 características que más que nada pretenden robustecer a las ya indicadas, estas son:

- Manifiesto
- Univoco
- Objetivo

#### **2.3.2.2 Manifiesto**

El Diccionario de la Real Academia Española nos dice que manifiesto es: “Descubierto, patente, claro.” (Real Academia Española, 2014).

El Dr. Cabanellas: “Evidente, indudable, patente. | Claro. | Descubierto. | Innegable.” (Cabanellas de la Torre, 2014).

El referir a que el daño sea manifiesto no es otra cosa que sea notorio, evidente, visible, notable o distinguible.



### 2.3.2.3 Unívoco

Por esta característica, se pretende que el hecho, como se lo mire siempre apunte en una misma dirección, esto es que causó un daño y no una distinta. Dicho de otra manera, el acto o hecho del Juez, cualquiera sea quien lo mire bajo un criterio de justicia y rectitud, lo ha de distinguir como causante de un daño.

### 2.3.2.4 Objetividad

Considero que la objetividad es uno de los términos de gran connotación en el mundo del Derecho y la gran mayoría lo entendemos, sin embargo a la hora de definirlo, muchos no pasan de la frase “sé que significa pero no sé cómo explicarlo”, y con total sinceridad me apego a esta idea pues no es sencilla de definir, incluso esto se observa al acudir al Diccionario de la Real Academia Española nos dice que objetividad es la cualidad de objetivo, y que objetivo es lo “Perteneiente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir.”, definición que no nos deja claro que implica esta palabra (Real Academia Española, 2014).

El Dr. Cabanellas aporta en gran medida con una excelente definición, diciendo que es la: “Actitud crítica imparcial que se apoya en datos y situaciones reales, despojada de prejuicios y apartada de intereses, para concluir sobre hechos o conductas.” (Cabanellas de la Torre, 2014).

Con la definición citada en el párrafo anterior, se puede afirmar que el daño en el error judicial debe ser tal, que visto por cualquier persona, bajo la luz de la imparcialidad y la justicia, y alejado de la sombra que implica el interés y el prejuicio se note que es en sí mismo un daño y no otra cosa, que no es solo una molestia, un desagrado del justiciable. Esto es, que el daño es tal y no ninguna otra cosa, analizando las circunstancias fuera del marco de la subjetividad.

### 2.3.3 Nexo causal: imputabilidad al Juez

Esta característica es tan simple como decir, el daño debe ser consecuencia del obrar (acción u omisión) del Juez.

Siendo más concreto, no basta con que se sufra un perjuicio para que tenga origen la responsabilidad estatal, se necesita de un elemento más pues es necesaria una relación de causalidad (causa - efecto) entre el acto del funcionario público y el perjuicio. Los hermanos Henri y León Mazeaud indican algunos aspectos en relación al tema como el que la causa es el acto del funcionario (inadecuado) y el efecto es el perjuicio. En esta línea serán resarcidos únicamente los perjuicios que sean consecuencia de ese actuar.





Al sentir de la teoría del riesgo, el perjuicio tiene que provenir de un hecho del funcionario, si el perjuicio no puede atribuirse al demandado, este último tiene que ser exonerado.

Entonces surge una interrogante en el sentido de que ¿Cuándo puede afirmarse que un hecho es causa del perjuicio?, añaden los autores, una doble complejidad a saber previo a responderla, una primera que dice que un hecho no es por lo general la única causa de un perjuicio y una segunda que dice que un hecho no produce de inmediato todos los perjuicios. Para explicarlo hacen referencia a los autores alemanes que tienen una firme conclusión: basta preguntarse si la intervención de la persona es la causa del perjuicio (Mazeaud, 2008).<sup>25</sup>

En ese mismo sentido está redactada la parte pertinente del art. 11 de la Constitución de la República:

*“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 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.”* (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

Nótese que para la norma constitucional, basta que se produjere la violación de Derechos por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o basta con que se produjere el error judicial para demandar la reparación. Visto desde otra perspectiva, la violación de Derechos, es la causa y el daño que esta produzca es el efecto.

Con estas ideas podemos apreciar que la importancia del nexo causal está en que es determinante de responsabilidad, o dicho al contrario, la falta de relación de causalidad lleva a la exención de responsabilidad. Determinar la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño queda en manos del juzgador (Contreras, 2009), lo que deberá hacerse con el mejor de los criterios ponderando los mal altos Derechos.

---

<sup>25</sup> Los Hermanos Mazeaud tratan el tema de la responsabilidad civil desde la óptica de la teoría subjetiva principalmente, que trasladadas a esta investigación, junto con algunas ideas que otorgan sobre la teoría del riesgo, ayudan a explicar el tema del nexo causal a plenitud.



Debe entonces probarse la vinculación causa-efecto entre la persona y el hecho, además será parte de la carga de la prueba establecer que fue el acto de esa persona el que generó el daño. Tratándose de la responsabilidad objetiva, el centro de la atribución de la autoría no está en la determinación de la persona, sino en el condicionante jurídico, así por ejemplo: padre-hijo, curador-pupilo, funcionario-Estado. (Contreras, 2009)

Ya con profundidad en el plano del Derecho Administrativo, es un tema de los menos tratados doctrinaria y jurisprudencialmente por el temor que revisten su sin número de ramificaciones, por lo que la mayoría de los autores concluyen y no van más allá de decir que el vínculo de causalidad entre el hecho dañino y el daño es lo que importa. A lo que me sumo, buscar más de esta fórmula básica, considero sería buscar limitar la responsabilidad estatal cuando el fin de ésta es que los daños a los particulares sean resarcidos generándoles así un mínimo de seguridad jurídica, jamás será o debería ser el fin, el de eludir la responsabilidad, sin que esto implique responder a caprichos del particular.

El Dr. Jairo López Morales, nos ilustra con algunos criterios, citando a los tratadistas alemanes, indica que para la determinación de la causalidad se debe elaborar un cálculo de probabilidades y solo se reconoce como causa del daño aquella que se halla en conexión adecuada con el resultado, en este sentido, la causa debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas. Añaden que frente a la interrogante: ¿hasta dónde deberá ser llevado el nexo causal?, la respuesta no puede basarse en reglas abstractas y corresponderá al juzgador cimentar su propia y libre convicción, ponderando todas las circunstancias que rodean al caso. Dichos tratadistas, indican que en los casos de daños por omisión, tiene lugar la indemnización cuando existía el deber jurídico de no incurrir en esa desatención, la simple obligación moral o de hombría de bien no es suficiente.

El mismo autor dice que por la sola circunstancia de que la conducta del agente tenga nexo con el servicio, sea nexo objetivo, temporal, espacial, instrumental o simplemente inteligible, hace que el daño causado se imputable al Estado. (López J. , 2007).

Para concluir el Dr. Héctor Arévalo, nos da unas muy claras recomendaciones para determinar si el hecho del funcionario tiene nexo con el servicio. Para ello nos enseña la clasificación de los nexos en perceptibles e imperceptibles.

- Nexo perceptible: el que se puede captar sensorialmente. Puede ser:
  - Nexo espacial: pues si el funcionario ejecuta el hecho dañoso dentro del espacio asignado para el ejercicio de sus funciones. Este nexo viene a ser ya una leve indicación de la relación del actuar con el servicio. En el caso del error judicial ha de ser, en la jurisdicción del Juzgador.
  - Nexo temporal: si el funcionario ejecuta el hecho dañoso, dentro del horario de sus funciones, sumado este al anterior va dando ya ideas claras del vínculo de



la actividad con el servicio. En el caso del error judicial ha de ser, en horas de labor del Juzgador.

-Nexo instrumental: el daño se ocasiona con un instrumento de propiedad del Estado. Viene a ser el indicio que más orienta para asegurar un nexo entre el hecho y el servicio, es decir que esta clase de nexo casi que por completo conduce a deducir el vínculo con el servicio. En el tema que nos ocupa, ha de ser la providencia judicial.

- Nexo imperceptible: existe, pero no lo podemos apreciar de manera directa, resulta de deducciones, presunciones, de la lógica. Puede ser:

-La impulsión del servicio: esto es que el hecho dañoso se produjere en el marco de la prestación del servicio. En el tema que nos ocupa, en el ejercicio de la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

-La voluntad, querer, la intención del agente de prestar un servicio: para explicarlo el autor pone un ejemplo y es la injerencia de un agente de tránsito para solucionar un congestionamiento vehicular, el agente que se encontraba de vacaciones, por su actuar (indicando que se trata de un agente de tránsito) lamentablemente provoca una colisión, entonces ¿hay falla del servicio?, ¿hay nexo con el servicio? Y la respuesta es: Sí, pues aunque se encontraba de vacaciones, la intención era la de prestar el servicio, resumiendo sus obligaciones, del servicio que le correspondía prestar al Estado. En el caso del error judicial no es otra que la intención de administrar justicia.

Concluye el actor, indicando que nosotros frente al caso concreto debemos preguntarnos: ¿hubo nexo espacial?, ¿hubo nexo temporal?, ¿hubo nexo instrumental?, ¿hubo la impulsión del servicio?, ¿hubo la intención del agente de prestar un servicio? Si la respuesta es en su mayoría positiva, hay nexo con el servicio, si es en su mayoría negativa no lo hay, y por último si las respuestas son unas positivas y otras negativas, será necesario en base a la sana crítica, el saber si se ha establecido. (Arévalo, 1999)

## 2.4 Clases de error

El actuar judicial puede estar viciado por dos tipos de defectos:

- Errores in procedendo; y,
- Errores in iudicando

### 2.4.1 Error in procedendo

Hace referencia a un defecto en el procedimiento, a vicios en los que incurre el Juez en el plano procesal. Afecta las garantías constitucionales y legales del debido proceso. Es un error en la forma. (Bermúdez, 1998)

Este tipo de errores tiene, en el ordenamiento jurídico variadas soluciones, que tienen como objeto la invalidación de este tipo de actuaciones procesales con



falencias, como la nulidad, la convalidación o saneamiento, el recurso extraordinario de casación, etc. (Bermúdez, 1998). Sin embargo hay casos en los que por falta de conocimiento, de criterio, arbitrariedad, etc. ni siquiera estos remedios son suficientes para que un proceso judicial se desarrolle con normalidad.

El tratadista Enrico Tulio Liebman señala que son errores in procedendo aquellos en los que incurre el Juez en el curso del procedimiento, en la formación de una sentencia, cuando inobserva las normas que reglan las formas y modalidades de su actuación. Añade que son violaciones a la ley procesal, y que toda violación de la ley procesal puede ser indirectamente la causa del pronunciamiento de una sentencia injusta. (Bermúdez, 1998)

En otras palabras el Juez se aparta de aquel sistema procesal que le ha otorgado el ordenamiento jurídico. Encontrándonos frente a lo que la doctrina conoce como violación indirecta de la ley sustantiva.

#### 2.4.2 Error in iudicando

Hace referencia a un defecto en el juzgamiento, en la decisión plasmada en la providencia judicial, estando en este caso frente a una violación directa de la ley sustantiva.

Liebman al respecto dice: que son aquellos en los que se incurre en la decisión que juzga, sobre el fondo de una pretensión. Es por lo general este tipo de error el que genera responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, (Bermúdez, 1998) jamás desmereciendo el caso de que exista responsabilidad por error in procedendo.

Se trata de un error en el fondo de la providencia judicial, por el que la ley sustantiva no ha sido recogida o ha sido recogida de manera indebida.

Al decir de Jairo López, el error in iudicando consiste en no aplicar una ley aplicable, así como en aplicar incorrectamente los principios lógicos de apreciación de los hechos y subsunción en el Derecho, todo lo cual tiene como consecuencia obvia una sentencia injusta. (López J. , 2007)

Este error puede ser:

- Iuris o de Derecho: cuando ha existido ignorancia o desconocimiento en las normas que conforman la decisión, o su interpretación equivocada, en general al Derecho aplicable a la providencia.

*“El de iuris se produce cuando el aplicador selecciona indebidamente una o varias normas jurídicas; interpreta o integra éstas, apartándose de las reglas que para tal efecto se establecen en los ordenamientos jurídicos aplicables, o bien, dicta su resolución contraviniendo, de*



*cualquier forma, una o varias normas jurídicas vigentes...*" (Marroquín, 2001)

El autor citado en el párrafo anterior, sobre este tipo de error hace una aclaración y dice que, el juzgador al interpretar una norma, construye la verdad y, en consecuencia, no se puede hablar de discordancia entre la resolución y la verdad. Sin embargo, en materias en las que la interpretación es reglada, si el juzgador se aparta de la hermenéutica jurídica, sí se produce la referida discordancia, pues no puede construir la verdad, apartándose de la ley. Es similar lo que ocurre con la integración de una norma por analogía, ya que la ley solo permite a este método, en determinados casos. (Marroquín, 2001)

- De facto o de hecho: cuando ha existido ignorancia o desconocimiento de los supuestos fácticos que conforman la decisión, o su interpretación equivocada, es decir de hechos materia del juzgamiento. (Bermúdez, 1998)

*"El error judicial de facto se produce cuando el juzgador cambia equivocadamente los hechos materia de la litis, o altera cualquier otro hecho relacionado con las actuaciones del juicio."* (Marroquín, 2001)



## Capítulo 3: Responsabilidad Derivada del Error Judicial

### 3.1 Quienes administran justicia comprometen al Estado

En Colombia, en la ley estatutaria de la administración de justicia (artículos 12 y 13) se establece de manera totalmente precisa, quienes ejercen la función jurisdiccional, así por ejemplo: la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria, el Congreso de la República, en las acusaciones y faltas disciplinarias que se formulen contra el Presidente de la República, de Magistrados, los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley, etc. (Congreso de la República de Colombia, 1996)

Tratando este tema, el Dr. Martín Bermúdez dice que: “La regla general es que quienes impartan justicia sean aquellos funcionarios que pertenecen a la rama jurisdiccional del poder público”, pero añade que la Constitución (colombiana), permite que por excepción, ciertos funcionarios no vinculados a esa rama, ejerzan ese tipo de funciones y por ende pudiendo comprometer la responsabilidad del Estado. (Bermúdez, 1998).

Situación igual ocurre en el Ecuador. En el que tenemos el art. 178 de la Constitución de la República, que establece:

*“Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:*

- 1. La Corte Nacional de Justicia.*
- 2. Las cortes provinciales de justicia.*
- 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.*
- 4. Los juzgados de paz...”* (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

En principio la enumeración de la norma parecería ser lo bastante clara, claridad que se desvanece cuando dice “sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución”. De igual manera, el art. 167 *ibídem*, establece: “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.”. Lo que da campo abierto a que se sumen a ellos otros órganos, esto debe hacerse con total objetividad. En el título IV *ibídem*, denominado “Participación y Organización del Poder”, capítulo cuarto llamado “Función Judicial y Justicia Indígena”, nos da las pautas para hacerlo, en las siguientes secciones:

- Sección segunda: Justicia Indígena
- Sección cuarta: Organización y funcionamiento
- Sección sexta: Justicia ordinaria



- Sección séptima: Jueces de Paz
- Sección octava: Medios alternativos de solución de conflictos

También, el título IX, capítulo II “Corte Constitucional”. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

**De lo mentado, tenemos que comprometen la responsabilidad del Estado:**

1) La justicia ordinaria

De conformidad a los artículos 182, y 186 de la Constitución de la República, está integrada por:

- a) Jueces de la Corte Nacional.
- b) Conjueces de la Corte Nacional
- c) Los Jueces de la Corte Provincial.
- d) Los Jueces Cantonales. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

No cabe duda alguna de que ellos ejercen funciones jurisdiccionales, esto es que administran justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Por lo que no es necesario entrar en más análisis.

2) Corte Constitucional

También los Jueces de la Corte Constitucional ejercen jurisdicción y además son responsables de su obrar:

*“Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional...”.* (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

*“Art. 431.- Los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones...”.* (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

3) Jueces de Paz

Con la Constitución 2008, en aras de garantizar uno de los deberes primordiales del Estado, como lo es el asegurar una cultura de paz, surge una nueva figura de administración de justicia, progresista y que pretende una forma de solucionar conflictos, diferente a las que hemos conocido, la justicia de paz, que está consagrada de forma expresa como un órgano jurisdiccional en el artículo 178 antes citado. Y regulada de manera más específica en el artículo 189 ibídem. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)



Por otro lado, el art. 170 del Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 170 al hablar de la estructura de los órganos jurisdiccionales señala:

*“...Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado. Serán los siguientes: las juezas y jueces de paz...”*. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

De igual manera su jurisdicción es reconocida por el art. 5 del Código de Procedimiento Civil. (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005)

#### 4) Justicia Indígena

La misma Constitución, en su preámbulo, reconoce las raíces milenarias de los pueblos, las diversas formas de religiosidad y espiritualidad, así como las diferentes culturas existentes en el país.

Por su parte, el título segundo, que trata de los Derechos, en su capítulo cuarto, denominado “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, el artículo 57 reconoce y garantiza a los pueblos indígenas, (entre otros) sus Derechos a mantener, desarrollar y fortalecer libremente sus tradiciones ancestrales y formas de organización social, así como sus propias formas de convivencia, de generación y ejercicio de la autoridad, al ejercicio, creación y desarrollo de su Derecho propio (consuetudinario), siempre que no vulnere Derechos constitucionales. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su art. 5 reconoce el Derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas, en el art. 11 el Derecho a practicar sus tradiciones y costumbres ancestrales, en el art. 27 consagra el debido reconocimiento de sus leyes, art. 34 que regula el Derecho a promover, desarrollar y mantener sus costumbres o sistemas jurídicos, conforme a la normas de Derechos Humanos. Y el art. 40 que consagra:

*“Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.”*. (Naciones Unidas, 2008)

De igual manera el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, reconoce entre otros el Derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, así como el respeto de los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la sanción de los delitos cometidos por sus





miembros. (ESILEC, 2014), (Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1999)

En observancia a todos estos ideales, la norma normorum ha acogido también a la justicia indígena como forma de administración de justicia. Regulándola de manera más específica en el art. 171, que dispone que autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercen funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y su Derecho propio, dentro de su ámbito territorial. De esta manera, en busca de solucionar sus conflictos internos, dichas autoridades aplicarán normas y procedimientos autóctonos, pero estos no deberán ser contrarios a la Constitución ni a los Derechos Humanos. La norma consagra además, la obligación del Estado de garantizar el respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

Por otra parte, el art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, al tratar sobre los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, en su parte pertinente dispone:

*“La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.*

*Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.”.* (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

El art. 346 ibídem, ratifica lo establecido en el art. 171 de la Constitución: “...Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario...”. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Esto va más allá pues ha sido el citado Código Orgánico, el que ha reconocido a la justicia indígena como un servicio público:

*“Art. 17.- PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.*

*El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos*



*indígenas ejercen sus autoridades...". (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)*

También existe regulación al respecto en el Código de Procedimiento Civil:

*"Art. 5.- La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen (...) las autoridades de los pueblos indígenas.". (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005)*

## 5) El arbitraje

La Constitución de la República reconoce al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, así:

*"Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.*

*En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.". (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)*

El ya mencionado art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece: "Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.". (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Asimismo, el art. 17 ibídem al regular sobre el principio de servicio a la comunidad, dispone:

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

*El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público...". (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)*

De igual manera interviene el Código de Procedimiento Civil:

*"Art.5.- La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la*



*Constitución de la República y sus leyes propias: (...) los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje...". (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005)*

Y con el art. 17 que reza: “Ejercen jurisdicción convencional los jueces árbitros.”. (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005)

El Dr. Héctor Arévalo R. hace una crítica respecto a la responsabilidad estatal, en relación con el arbitraje diciendo que: la responsabilidad debería ser asumida por las partes quienes voluntariamente decidieron someter el conocimiento del litigio a determinados particulares. (Arévalo, 1999) Sin embargo, la normativa ecuatoriana es ajena a dicha idea pues ha sido totalmente clara al decidir regular al arbitraje como un servicio público<sup>26</sup>. Además considero que el particular o la entidad si deciden voluntariamente someterse al arbitraje, al árbitro, al medio alternativo de solución de conflictos, etc. pero jamás deciden someterse al error en el que puedan incurrir, ni firman una cláusula de exención de responsabilidad o algo que se le parezca. Incluso podría decirse que se someten a la decisión arbitral pero no a la violación de sus Derechos. Crítica similar la hace el autor Martín Bermúdez Muñoz (Bermúdez, 1998).

Jairo López, indica que en ocasiones “...el mal funcionamiento de la administración de justicia se le atribuye a particulares habilitados por las partes para administrar justicia...”, y cita como ejemplo a los árbitros, mediadores, etc. que constituyen mecanismos alternativos creador por el legislador para solucionar conflictos. Los árbitros, pueden dictar fallos llamados laudos arbitrales, que constituyen verdaderos actos jurisdiccionales, tal como si se tratara de una resolución de un Juez o Tribunal, esto porque los árbitros se hallan investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, es decir que transitoriamente forman parte de la rama judicial. Concluye el autor expresando: “En su ejercicio pueden comprometer no sólo su propia responsabilidad, sino también la del Estado.”. (López J. , 2007)

Para concluir este tema, considero conveniente decir que nuestra sociedad, rezagada en cierto sentido, no ha experimentado, o por lo menos no tengo conocimiento de casos en los que se exija responsabilidad de Jueces de paz, árbitros, por justicia indígena o constitucional. Por lo que el abogado que tome la iniciativa de reclamar la responsabilidad en estos casos, debe tener precaución, diligencia y objetividad al hacerlo, en concreto, queda clara la existencia de la responsabilidad y el Derecho a exigirla, pero no del todo aspectos procesales o criterios al respecto. Reflexiono por mi parte, indicando que de existir algún tipo de reclamación en este sentido, el juzgador debe obrar colocando siempre en un altar a la norma constitucional, priorizando el respeto a los Derechos del individuo, y con un incansable análisis del nexo causal con

<sup>26</sup> Recordemos que el art. 11 de la Constitución de la República es claro al disponer la obligación del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, de reparar las violaciones a los Derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.



el servicio público, así como del supuesto daño causado y de la injusticia que lo revista.

### 3.2 Deberes del Juez

El administrador de justicia posee una de las funciones más nobles y complejas dentro de la sociedad, pues a su cargo ha de estar el dar a cada quien lo que le corresponde, lo que resulta complejo.

Como se indicó anteriormente el ser humano en general y el Juez por lo dificultoso de su función es propenso a errar, sin embargo de lo cual, el último de los nombrados debe tener presente sus principales obligaciones (por lo menos estas), así como imprimir todo el cuidado posible en cada una de sus providencias a fin de que se apeguen al Derecho. En este sentido, he considerado conveniente indicar algunos de los deberes que deben ir de la mano con un administrador de justicia a fin de que este realice una idónea labor y que el servicio que presta sea de calidad. Unos de estos deberes son de tipo moral y ético y otros contemplados en la legislación.

El Dr. José García Falconí, en la publicación indicada al tratar el tema “El error circunstancia connatural al ser humano”, ha indicado algunos criterios a considerar:

*“...El Juez es el árbitro designado por la sociedad a través de los órganos competentes del Estado, para juzgar la conducta humana, por esta razón la fe de un pueblo en la justicia, como valor esencial de la democracia, debe ser mantenida por quienes desempeñamos la función de juez en los más altos niveles de la responsabilidad pública; esto es el desempeño de la función judicial requiere un alto grado de autolimitaciones en el ejercicio de los derechos del juez.*

*Al respecto del juez John J. Parker del Tribunal de Apelaciones para el Cuarto Circuito del Sistema Federal de los Estados Unidos de América dijo hace cincuenta años lo siguiente: "No soy de los que piensa que un hombre deja de ser hombre y un ciudadano cuando se convierte en Juez, y que debe retirarse de la vida como si entrase en un monasterio"..." (García J. , Derecho Ecuador, 2005)*

Más adelante concreta 5 características que deben rodear a un Juez a fin de que goce de la confianza de la sociedad:

- Laborioso,
- Prudente,
- Sereno,
- Imparcial; y,
- Cuidadoso



Continúa su comentario, aportando valiosos consejos como que el Juez debe dejar de ser ritualista (esclavo de las formalidades), pensar en el respeto al ser humano y la tutela de sus Derechos fundamentales, además debe ser un Juez de cuyas resoluciones emane la justicia ecuatoriana, pues dice que solo así se fortalecerá la seguridad jurídica (García J. , Derecho Ecuador, 2005). Para concluir su publicación, el autor llama a una reflexión:

*“Estimados compañeros judiciales, (...) redoblemos nuestros esfuerzos, para que siendo humanos podamos superar las flaquezas de esa condición natural, y mediante el estudio y actualización de conocimientos seamos para honra y confianza del Ecuador una Función Judicial ejemplar.*

*Logremos que la Administración de Justicia cumpla eficazmente con su labor esencial de protección de los derechos de los ciudadanos frente a los actos violatorios de los mismos; esto es el juez debe cumplir con su misión constitucional y democrática de proteger los derechos de los ciudadanos que viven en el país, en el marco de una justicia independiente, eficaz y confiable, recordando lo que constantemente manifiesta el compañero Luis Muñoz Pasquel, Presidente de la Federación Nacional de Judiciales del Ecuador: "La Justicia no está al servicio del sistema sino del ser humano".”.* (García J. , Derecho Ecuador, 2005) Lo subrayado es mío.

Adentrándose en el campo legal existen un sin número de normas que guían el obrar del Juez, veamos las principales en relación al tema:

La Constitución de la República regula en su art. 83, los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, así las principales a relucir son:

- 1) Acatar y cumplir con la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.
- 2) Ama killa, ama llulla, ama shua. No ser ocioso, no mentir, no robar.
- 3) Colaborar a mantener la paz y la seguridad.
- 4) El respeto a los Derechos Humanos.
- 5) Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular.
- 6) Administrar el patrimonio público honradamente y con apego a la ley.
- 7) Practicar la justicia y la solidaridad.
- 8) El servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, acorde con la ley.
- 9) Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética.
- 10) Respetar las diferencias étnicas, sociales, de género, de identidad sexual, etc.
- 11) Participar en la vida cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

El art. 168, regula el deber de aplicar en el ejercicio de sus atribuciones, principios como:



- 1) Independencia interna y externa.
- 2) Gratuidad de la administración de justicia.
- 3) Publicidad.
- 4) Oralidad, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

El art. 75, consagra:

- La necesidad de la aplicación del principio de tutela efectiva, imparcial y expedita de los Derechos e intereses de toda persona, así como los principios de inmediación y celeridad. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

El art. 76 consagra la obligación de asegurar un debido proceso, y consagra un sin número de garantías, todas ellas a ser empleadas a raja tabla por el juzgador, entre las principales:

- 1) Presunción de inocencia.
- 2) Principio de legalidad. Que incluye el que, cualquier juzgamiento se realice únicamente ante autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
- 3) Las pruebas en los procesos deben ser obtenidas o actuadas con sujeción a la Constitución y la ley.
- 4) Proporcionalidad.
- 5) Nadie podrá ser interrogado, sin la presencia de un abogado. Así como el Derecho a ser asistido por un abogado.
- 6) Non bis in ídem.
- 7) Motivación: la norma es clara pues, señala que habrá motivación únicamente si en la resolución se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.
- 8) Impugnación. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

Por otro lado, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su art. 100, consagra los deberes de las servidoras y servidores de la Función Judicial, de los principales, tenemos:

- 1) Cumplir y de manera personal sus funciones, además de ello deberá hacerse con honestidad, diligencia, celeridad, eficiencia, lealtad e imparcialidad.
- 2) Tener la debida cortesía con sus compañeros, así como con los usuarios del servicio.
- 3) Ejercer su autoridad con responsabilidad y velando por la ejecución de las órdenes que haya impartido.
- 4) Participar en los programas de formación profesional y de capacitación.
- 5) Poner en conocimiento del órgano judicial respectivo las irregularidades que puedan perjudicar a la Función Judicial. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)



De las diferentes infracciones disciplinarias contempladas en el mismo Código Orgánico, se pueden colegir algunos deberes:

- 1) No incurrir en negativa o retardo injustificado leve en la prestación del servicio.
- 2) No acudir a su trabajo en estado de ebriedad o bajo el efecto de sustancias estupefacientes; o consumirlas en el mismo.
- 3) El no incurrir en el hecho de no firmar intencionalmente actas, providencias o diligencias judiciales.
- 4) No retener indebidamente documentos, procesos o bienes de la Función Judicial o de terceros que se encuentran en la dependencia donde trabaja o estén bajo su responsabilidad.
- 5) No introducir extemporáneamente documentos al proceso o sustituirlos, o extraerlos.
- 6) No intervenir en las causas que debe actuar con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

El art. 129, ha regulado las facultades y deberes genéricos de los Jueces, de los cuales podemos señalar:

- 1) Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente.
- 2) Resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos legales y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la Función Judicial.
- 3) Denunciar ante las autoridades competentes los casos de ejercicio ilegal de la abogacía.
- 4) Requerir de toda autoridad pública o de instituciones o personas privadas el auxilio necesario para el ejercicio de sus funciones.
- 5) Cuando estime que se encuentra frente a un delito, disponer que se remitan los antecedentes necesarios a la Fiscalía. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

El art. 130 por su parte consagra las facultades jurisdiccionales de los Jueces, que en muchos casos deben ser vistos más como un deber que como una facultad, principalmente en relación al tema, son:

- 1) Propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de Derecho.
- 2) Vigilar que los servidores judiciales y las partes litigantes, cumplan con las funciones de su cargo y los deberes impuestos por la Constitución y la ley.
- 3) Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales ocurridos con inobservancia de formalidades no esenciales.
- 4) Ordenar de oficio, la práctica de las pruebas necesarias para el esclarecimiento de la verdad.
- 5) Buscar la conciliación de las partes.
- 6) Rechazar los pedidos que reiteren otros propuestos con anterioridad por cualquier litigante y por la misma razón.



- 7) Rechazar de forma oportuna y fundamentada las pretensiones de cualquier clase, que evidencien abuso del derecho o fraude a la ley, o intención notoria de retardar la resolución o ejecución. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

No nos olvidemos del art. 140, que al tratar el tema: “omisiones sobre puntos de Derecho”, regula el deber del Juez de aplicar el Derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Este mismo dispone que al resolver, no podrá pasar de un límite esto es los hechos fijados por las partes. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009) Menos puede olvidarse el antecedente de dicha norma, esto es el art. 280 del Código de Procedimiento Civil: “Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho.”. (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005)

Además de estos deberes podríamos mencionar la obligación de aplicar un sin número de principios dispersos en los diferentes cuerpos normativos, enseñados por el Dr. Kaiser Machuca Bravo, en su cátedra de Derecho Procesal Civil, como: igualdad procesal, imparcialidad, resolución y obligatoriedad, concentración, lealtad y probidad, carga procesal, valoración, preclusión, contradicción, congruencia o consonancia, etc. (Machuca, 2012)

Jamás podríamos olvidarnos de Eduardo Couture, el decálogo del abogado y sus 10 premisas: estudia, piensa, trabaja, lucha, se leal, tolera, ten paciencia, ten fe, olvida y ama tu profesión.

Si bien son incontables los deberes del juzgador, muchos de ellos se los puede resumir en:

- a)** Responsabilidad
- b)** Rectitud
- c)** Pasión por el trabajo
- d)** Honradez
- e)** Respeto
- f)** Capacitación continua (estudio periódico de la ley)
- g)** Independencia
- h)** Imparcialidad
- i)** Justicia
- j)** Equidad
- k)** Igualdad
- l)** Conocimiento amplio de la ley
- m)** Promover el bien común
- n)** Solidaridad
- o)** Ejercer la profesión con sujeción a la ética

Y porque no decir, el forjamiento de un criterio idóneo que tienda al respeto de los más altos principios, normas y valores consagrados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. (Machuca, 2012)





Imprescindible resulta, en esta parte de la investigación, referirse más a profundidad al deber de la motivación, para lo cual es el Dr. Jorge Zavala Egas quien considera algunos aspectos; en cita a Manuel Atienza, indica que los órganos aplicadores del Derecho, por lo general no tienen que explicar sus decisiones sino justificarlas, de estas 2 labores la primera se orienta a indicar una relación de los antecedentes que sirven para saber porque se tomó una decisión, y la segunda a valorar la decisión adoptada. En este sentido la tendencia es la de que el Juez propenda a expresar el valor jurídico de la decisión, a dar la razón jurídica que pretenda justificar ante el Derecho la decisión judicial. La decisión ha de indicar lo que debe hacerse a partir de una norma (deber ser), una valoración de los hechos desde la perspectiva de normas jurídicas para así llegar a una conclusión también normativa (que en la medida de lo posible debe llevar el mayor grado de justicia).

Aporta Zavala, con ciertos criterios que ayudan a concluir si la argumentación utilizada por el Juez constituye una decisión justificada, para lo que debe pasar un “test de racionalidad”, verificándose aspectos como la consistencia, coherencia, universalizabilidad, consecuencias y lo correcto de la decisión.

- La consistencia se la halla en la medida en la que la decisión se integre lógicamente en el ordenamiento jurídico, que sea compatible con el mismo.
- La coherencia, en cambio aparece cuando el fallo se adecua a los principios más intensos del ordenamiento jurídico (Derechos fundamentales), cuando la interpretación que se dé a una norma, sea acorde con los mismos.
- La universalizabilidad, la justificación se halla cuando el principio aplicado pueda y deba ser también aplicado en casos análogos, la fuerza de convicción de la resolución ha de ser tal que frente a casos sustancialmente idénticos el juzgador no dude en optar por un razonamiento igual.
- Las consecuencias, derivadas de la decisión no pueden poner en peligro bienes o situaciones valiosas para el ordenamiento jurídico.
- Lo correcto de la decisión, se configura cuando el criterio que se adoptó es el idóneo, y además este ha sido adecuadamente aplicado.

El mismo escritor dice además: “La motivación debe constituir la justificación en Derecho de la decisión adoptada por el Juez (...) el fallo se produce como resultado del razonamiento del juzgador fundamentado en Derecho.”. Consuma 2 interesantes ideas:

- 1) No existe en el mundo del Derecho acto racional alguno (legítimo) que carezca de motivación.
- 2) La ausencia de motivación el más puro sinónimo de la arbitrariedad (Zavala, 2010)

Además la decisión judicial como conclusión o resultado de un silogismo, debe responder a premisas que guarden la respectiva sindéresis con las constancias procesales, la normativa, los hechos y las pruebas aportadas por las partes. (Machuca, 2012)



Desde la óptica del Juicio por daños y perjuicios en Contra del Estado por Error Judicial, estas circunstancias, deben ser observadas a profundidad por el respectivo Tribunal Contencioso Administrativo.

Por último, el mismo Código Orgánico de la Función Judicial regula cual ha de ser el perfil del servidor de la función judicial (art.37), requiriendo de:

- Profesionalidad del Derecho con una sólida formación académica,
- Capacidad para interpretar jurídicamente,
- Capacidad de razonar jurídicamente,
- Trayectoria personal éticamente irreprochable,
- Dedicado al servicio de la justicia,
- Vocación de servicio público,
- Iniciativa,
- Capacidad innovadora,
- Creatividad; y,
- Compromiso con el cambio institucional de la justicia. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

### 3.3 Clases de responsabilidad: breve referencia cada una

En relación al error judicial, tenemos en nuestra legislación 3 tipos de responsabilidad a saber: civil, administrativa, penal y dentro del primer tipo de responsabilidad, la responsabilidad personal del Juez.

Si bien existe un amplio bagaje de manifestaciones de las diferentes clases de responsabilidad, pretendo únicamente enunciar las principales, con un mínimo de ideas al respecto.

Recordemos que el art. 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, es muy claro al tratar el principio de responsabilidad y disponer:

*“...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.*

(...)

*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.*

*Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la*



*Constitución y la ley.*". (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

### 3.3.1 Responsabilidad civil

En el primer capítulo, se trató a profundidad este tipo de responsabilidad, por lo que viene a ser innecesario retomar el tema. Únicamente para refrescarlo, cito la definición de responsabilidad civil que nos da el autor Rubén S. Stiglitz:

*"Es la obligación concreta y puntual que surge para una persona, de reparar un daño a otro a consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo (acción u omisión), o por el incumplimiento de una obligación."*. (Morán, 2009)

Teniendo presente como se dijo anteriormente que a efectos de responsabilidad civil estatal, no está de por medio el dolo o culpa. Siendo así: la obligación concreta y puntual que surge para el Estado, de reparar un daño causado a consecuencia de violaciones de Derechos de los particulares por las acciones u omisiones de sus funcionarios.

### 3.3.2 Responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa hace relación a los casos en los que el actuar del funcionario público no se adecúa a lo que las normas que regulan su proceder, disponen.

El Dr. Miguel López Olvera, en su obra "La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Error Judicial", dice:

*"La responsabilidad administrativa se da cuando algún funcionario, en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, "no se ajusta a las obligaciones previstas en la ley", y por los actos u omisiones que afecten los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que rigen en el servicio público."*. (López M. , año desconocido)

La principal regulación de esta responsabilidad se encuentra en el Código Orgánico de la Función Judicial, en el capítulo VII "PROHIBICIONES Y REGIMEN DISCIPLINARIO":

*"Art. 104.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.- Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubieren lugar..."*. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)



El capítulo IV contiene, en términos generales las prohibiciones a los funcionarios judiciales, las diferentes infracciones en las que podrían incurrir, así como sus sanciones, prescripción, acción disciplinaria, requisitos de la denuncia, etc.

### 3.3.3 Responsabilidad penal

Existe también responsabilidad penal para los Jueces y Árbitros. Podrían ser sancionados con una pena privativa de la libertad, al subsumir su actuar en lo prescrito en el Código Orgánico Integral Penal. En el cuerpo normativo indicado, en el capítulo denominado “Delitos contra la Responsabilidad Ciudadana”, en la sección primera, de nombre “Delitos contra la Tutela Judicial Efectiva”, en el artículo 268, bajo la figura del prevaricato:

*“Art. 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.*

*Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses.”. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico Integral Penal, 2014)*

Entonces Jueces y Árbitros, podrían estar sometidos a la pena privativa de la libertad de 3 a 5 años, así como a la inhabilitación de ejercer su profesión u oficio durante 6 meses, cuando en la sustanciación de las causas:

- Fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes.
- Procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe.
- Procedan contra ley expresa, dejando de hacer lo que manda.
- Conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogados o procuradores.

### 3.3.4 Responsabilidad personal

Veamos la normativa al respecto, en la Constitución de la República:

*“Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.*

*Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.*



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." (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008). Lo subrayado es intencional.

En el Código Orgánico de la Función Judicial, los últimos incisos del art. 15 antes indicado, y también el:

*"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."* (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Enunciadas estas normas, corresponde indicar que en determinados casos, los Jueces han de responder personalmente es decir de manera directa, con su propio patrimonio, sin intermediación, etc.

Se trata de responsabilidad civil, de igual manera objetiva. Lo que significa que, por la carga que conlleva su función, el Juez responde bajo la luz de la teoría del riesgo, la norma es clara, e indica que, basta con que ocasione perjuicio sea por negligencia, retardo, denegación de justicia o infracción de la ley, para que se configure esta clase de responsabilidad.

### **3.4 Concurrencia de responsabilidades**

En muchas ocasiones en las que el Juez podría enfrentarse no solo a un tipo de responsabilidad de las indicadas, sino a 2 de ellas o incluso todas (civil, administrativa y penal). Es decir que el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece una especie de excepción al principio non bis in ídem.

Partiendo de la responsabilidad administrativa, tenemos que el artículo 104 del Código Orgánico de la Función Judicial de manera precisa dispone la sanción por las infracciones disciplinarias que cometan, independientemente de las responsabilidades civiles o penales existentes. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

En el ámbito penal tenemos el numeral 9 del artículo 5 del Código Orgánico Integral penal, que dispone:

*"...9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos*



*resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio...". (ESILEC, 2014), (Código Orgánico Integral Penal, 2014)*

Para ahondar, el art. 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, regula que todo las servidor de la Función Judicial será administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

En relación a ello, el Dr. Jairo López, cita al Dr. Hernando Devis Echandía quien dice: "Examinaremos en este punto en forma muy breve: Si el funcionario es responsable personalmente, ¿deja de serlo el Estado? De ninguna manera, pues la responsabilidad de aquel no elimina la de este...". (López J. , 2007) Quedando claro que no porque existe la una responsabilidad se anula la otra.

En una línea similar se pronuncia el Dr. Rubén Morán quien previo a recomendar que las acciones se ejerzan principalmente en contra del Estado, por ser este ente la máxima persona jurídica universal que engloba a todas y cada una de las funciones y funcionarios, nos indica que si bien nuestro ordenamiento prevé una acción directa en contra del funcionario, sin embargo la Constitución de la República no exime por este hecho de la responsabilidad del Estado como tal, es decir que el perjudicado puede perseguir al funcionario sin que nada se oponga a que demande al Estado. (Morán, 2009)

Con esto queda justificado que pueden concurrir:

- Administrativa-penal
- Administrativa-civil
- Penal-civil
- Administrativa-civil-penal

Al tratar de la responsabilidad del Estado, cabe exclusivamente la responsabilidad civil.

De encontrarse en el caso de la concurrencia de la responsabilidad estatal y la responsabilidad personal del Juez, hay que tener en cuenta que no porque existe responsabilidad personal se exime de responsabilidad al Estado, pensar lo contrario sería un absoluto retroceso al denominado "Estado irresponsable".

### **3.5 Eximentes de responsabilidad**

Veamos lo que dicen importantes tratadistas:

Los hermanos Henri y León Mazeaud, en su obra "Elementos de la Responsabilidad Civil", nos enseñan que para comprometer la responsabilidad civil, no solo basta con que el actor haya sufrido el perjuicio, y que este



provenga de un hecho del demandado, sino que se requiere una condición más, esto es el vínculo de causalidad, entre el hecho y el perjuicio, requisito reconocido incluso desde el antiguo Derecho romano y francés. La lógica nos enseña que se debe reparar solo lo que sea consecuencia del obrar o de la omisión, pero no más allá. Siguiendo este planteamiento, tenemos que cuando el perjuicio no puede atribuirse al demandado, este forzosamente tiene que ser exonerado.

Continúan los autores indicando que la relación de causalidad en la teoría del riesgo, es muy compleja y trae un sin número de problemas, pero en procura de evitar dificultades, basta preguntarse si: ¿la intervención de una persona (demandado) es o no causa del perjuicio?

Realizan un profundo análisis y llegan a la conclusión de que existen, principalmente, los siguientes eximentes: la causa extraña, esto es cuando el perjuicio se debe a una causa ajena al demandado; hecho de la víctima; hecho de un tercero; fuerza mayor y caso fortuito, casos en los que el vínculo de causalidad falta íntegra o parcialmente (Mazeaud, 2008).

El Dr. Héctor Arévalo, nos dice de manera más concreta que son causales de exoneración de la imputabilidad, la culpa exclusiva de la víctima, el hecho determinante o exclusivo de un tercero, y la fuerza mayor. Añade que en estos casos se exonera la responsabilidad del Estado.

Sobre estos casos explica que, deben ser la causa efectiva del daño, y este no debe provenir del hecho exclusivo de la víctima. Nos recuerda además que son 3 los presupuestos básicos de la responsabilidad del Estado, el hecho dañoso proveniente del funcionario, el daño y el nexo causal, y dice que obviamente, si existe culpa por acción u omisión de la víctima, quedaría desvirtuado el primer presupuesto. Siempre que se quiera hablar de la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, la culpa debe ser total. De ser parcial, únicamente se puede hablar de responsabilidad compartida y no de exclusión. (Arévalo, 1999)

El tratadista Jairo López M. dice:

*“...para la estructuración del elemento NEXO CAUSAL, es decir, para que el daño le sea imputable al Estado, es necesario que la causa probada del hecho dañino en contra el Estado no haya sido ajena, esto es, que el riesgo se aprecie como eficiente y determinante y no se haya demostrado ni el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y/o fuerza mayor (causas de inimputabilidad del Estado)...”.* (López J. , 2007)

El reconocido autor Ramón Meza Barros en su obra “Manual de Derecho Civil”, destina un capítulo completo a tratar el tema referente a las causas eximentes y atenuantes de responsabilidad, dice que en la normativa chilena (igual ocurre en Ecuador), no se han regulado de manera expresa las causas eximentes de responsabilidad. Se encarga de señalar que la exención de responsabilidad es



aplicable cuando el hecho no es imputable al agente. Enumera dichas causas, así:

- El caso fortuito, cuando es causa única del daño.
- Fuerza mayor, considero que también, cuando sea causa única del daño.
- La culpa de la víctima, cuando esta es la causa exclusiva del daño; cuando es conjunta la responsabilidad se atenúa, con una reducción de la indemnización.
- El Hecho de un tercero extraño, por cuyos actos no se responde, entre otras. (Meza, 1979)

Ahora bien, la jurisprudencia del Ecuador no ha sido ajena a estos criterios, pues la Corte Nacional de Justicia, concretamente la Sala de lo Contencioso Administrativo, en fecha 10 de septiembre de 2009, emite resolución, publicada en la Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 3020, en cuya parte pertinente reza:

*“...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. Se hace notar, sin embargo, que la responsabilidad extracontractual del Estado no se enerva si la afectación a las personas, sus bienes o al ambiente, no son atribuibles de manera exclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas.”* (Daños y Perjuicios, 2009), (ESILEC, 2014)

Nótese que no es el único pronunciamiento, pues varias resoluciones de la Corte Nacional se han direccionado en igual sentido.

Con estos criterios, cabe decir que el tema de las causas eximentes de responsabilidad conocido también como la ruptura del nexo causal tiene una aplicación específica en el error judicial, pues por una parte no todas esas causas aplican y por otra, tenemos ciertas especificaciones a saber:

- 1) Sobre el caso fortuito o la fuerza mayor, si bien son instituciones con plena vigencia en nuestra legislación, cabe hacer notar que no son en lo absoluto compatibles con el error judicial. Resulta contrario a la lógica señalar que el fallecimiento de una persona, un diluvio, un terremoto, o por otras causas similares, el juzgador tuvo que resolver de una otra manera, o hicieron que el Juez cometa el error, no ocurre lo mismo, por ejemplo en el retardo injustificado de la administración de justicia (mora en las decisiones judiciales).

No está por demás recordar el contenido del contenido del aforismo (y principio) “iura novit curia”, “el Juez conoce del Derecho”.





2) Hecho exclusivo de un tercero, tiene plena aplicación este eximente, básicamente implica decir que nadie puede ni debe responder por el obrar de un tercero extraño, esto es por quien la ley no le obliga a responder. Pero, ciertas características deben concurrir para que se configure el eximente:

- El tercero que provocó el daño debe ser individualizado,
- Debe ser la causa exclusiva del daño,
- Además, no debe existir ninguna dependencia de ese tercero con el Estado. (Arévalo, 1999).

3) La culpa de la víctima, no es más que la derivación de aquel principio de Derecho por el que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En este punto cabe hacer ciertas especificaciones, pues para que se configure, se requiere:

- Que dicha culpa haya provocado el daño,
- Que se demuestre la culpa,
- Debe ser la causa exclusiva del daño,
- El juzgador con total moderación y objetividad, debe hacer un análisis de la subsunción del caso en el art. 29 del Código Civil y las clases de culpa.

En el caso de no ser el causante exclusivo del daño, la culpa de la víctima, hablan algunos autores de la responsabilidad compartida o culpa concurrente, al respecto nuestro Código Civil dice: "Art. 2230.- La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."

Cabe insistir en un punto y es que el pronunciamiento de la Corte Nacional antes citado es completamente claro al decir que, para que el eximente de responsabilidad tenga lugar, el daño ha de deberse de manera exclusiva a dicho eximente. Es decir cabe aceptarlo en sentencia, si el daño ha sido producto exclusivo del mismo, si intervino otro factor, o se comparte la responsabilidad o no tiene lugar el eximente.

El tratadista Guido Tawil brinda algunos consejos al que pretenda la reparación por un daño causado, expone que no debe haberse extralimitado o haber abusado de su libertad o de su Derecho, valiéndose de algún tipo de ardid o algún procedimiento que pudo haber inducido al error o al funcionamiento anormal de la justicia. (Arévalo, 1999)<sup>27</sup>

### **3.6 La Responsabilidad estatal por error judicial, en sentido amplio y en sentido restringido**

Existen 2 concepciones del error judicial, una de su SENTIDO RESTRINGIDO, que implica decir únicamente que el error judicial tiene lugar en procesos

<sup>27</sup> Consejos también válidos para el juzgador contencioso administrativo.



penales como consecuencia de un procesamiento o condena injustos, en perjuicio de una persona cuya inocencia es probada posteriormente. (García H. , 1997). Tenemos manifestaciones de esta concepción, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos: “Art. 10.- Derecho a Indemnización.- Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial.” (ESILEC, 2014), (Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 1984)

Véase también por ejemplo el art. 28, inciso final de la Constitución Política de 1967 que establece que: “El Estado pondrá empeño en devolver la honra a quien por error judicial u otra causa hubiere sido acusado, juzgado o sentenciado.” (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008). Las 2 normas citadas denotan un eminente tinte penal con términos como condenado, acusado y sentenciado.

Revisada una publicación en el sitio web Derecho Ecuador, del Dr. García Falconí, proporciona una similar concepción del error judicial:

*“En nuestra legislación EL ERROR JUDICIAL es el reconocimiento por parte del Estado a través del recurso extraordinario de Revisión, que una sentencia penal condenatoria contiene una flagrante equivocación respecto de la culpabilidad del condenado, con todas las consecuencias que surgen del fallo adverso.”* (García J. , Derecho Ecuador, 2005)

Sin embargo, para la fecha en la que se realiza esta publicación, en el Ecuador se había acogido otra noción de esta institución.

Por otro lado, la concepción del error judicial en SENTIDO AMPLIO, manifiesta que este puede presentarse en cualquier proceso judicial, de cualquier materia, pudiendo versar sobre los hechos o el Derecho. (García H. , 1997) Es decir, el tipo de error judicial que hemos venido analizando y el acogido en la legislación ecuatoriana.

Considero que esta concepción se ha adoptó, desde la Constitución Política de 1998, en la que se regula por separado al error judicial y a la prisión del inocente o la detención arbitraria. Tema ratificado por la Constitución 2008 que también las trata independientemente.

### **3.7 Algunos postulados en torno al error judicial**

En este punto se pretende hacer conocer varias nociones, criterios y en general aspectos que ayudarían a un mejor entendimiento del error judicial, y más aún, a poder distinguirlo en su condición de tal, así como distinguirlo de otras instituciones jurídicas.

Como un punto introductorio, apropiado es decir que la expedición de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, generó en todo el país una amplia expectativa de protección de Derechos, una ilusión por el gran



avance de la misma, que se encargó de regular y con firmeza, Derechos que hasta antes de su promulgación resultaban ilusorios al pensamiento del pueblo ecuatoriano.

En ese ámbito, se ha regulado la responsabilidad estatal por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos y más concretamente la responsabilidad por error judicial, contenido en el artículo 11, norma de suma trascendencia, aplicación y merecedora del respeto del conocedor del Derecho, pues ésta, no consagra uno o unos pocos Derechos, sino más bien está abarrotada de un contenido sumamente pragmático, erigiéndose en una guía en el obrar judicial.

Ahora veamos criterios doctrinarios que aportan a esta investigación:

El Dr. Rubén Morán expone que como una de sus hazañas de la Constitución del 2008, se ha ubicado al Estado y sus entidades en el zócalo de la responsabilidad frente a daños irrogados a terceros, teniendo que responder por los actos y hechos ilícitos o no<sup>28</sup>, que generen daños, y más todavía, cuando se vea comprometido el interés social, la conciencia colectiva, que deben ser más bien tuteladas y protegidas por el Estado. Acota que el Estado de hoy en día debe tener una autolimitación frente a los Derechos de los individuos, dejando de lado todo aquello que implique avalar el atropello es sus distintas expresiones, sea confiscación, allanamientos, cierre de empresas, etc. con ese lineamiento, la propia Constitución se encarga de limitar el ejercicio del poder público y a su vez, de establecer el marco dentro del cual el individuo ha de desenvolverse frente a los entes públicos, existiendo así, obligaciones recíprocas, reguladas además en los distintos cuerpos normativos.

Suma a dichas ideas, que los daños provenientes de los entes públicos se deben a 4 circunstancias:

- Brindar un deficiente servicio
- No brindar el servicio
- Hacerlo tardíamente; y,
- Actos de funcionarios (abusos o negligencia)

Concretándose a la Función Judicial, opina que es vital para el aparato estatal, por su estrecha ligadura a la seguridad jurídica y garantía de verdadera justicia. Cuando no se cumplen dichos objetivos, se da paso al desorden, inseguridad, atropellos a Derechos individuales, etc. Con esta visión, los daños que se puedan generar por esta función del Estado a los particulares, son quizá los más graves, como en los casos de condenas a inocentes, criminales en libertad, causas que se resuelven no por mandatos legales sino por factores extraños, como la improvisación de Jueces carentes de conocimiento y experiencia, entre otros factores. Concluye estas ideas, indicando que por la responsabilidad objetiva no se requiere analizar las conductas del funcionario

---

<sup>28</sup> El autor recuerda que, hay actos que aunque no violen expresamente una norma legal, sin embargo lesionan intereses de particulares, por lo que resultan atropellados valores o Derechos morales y/o patrimoniales que igualmente merecen reparo. (Morán, 2009)



(en este caso el juzgador), sino la realidad fáctica e innegable de los daños causados, atribuibles al ejercicio de una función, de manera que lo que cabe es la reparación reivindicando así al ofendido por el exceso de fuerza, por el abuso del Derecho.

Morán, se encarga de recordar el contenido del art. 82 de la Constitución de la república 2008: “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008) Igual acción toma con respecto al art. 25 del Código Orgánico de la Función Judicial:

*“Art. 25.- PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.”. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)*

Para luego de ello encargarse de proporcionar algunos ideales de lo que debe comprender la seguridad jurídica, factores tales como:

- a) Acatamiento irrestricto a las normas constitucionales.
- b) Cumplimiento y aplicación de la ley.
- c) Garantía del pleno Derecho a la defensa.
- d) Garantizar el acceso, sin limitación al servicio de la justicia, servicio que debe prestarse con esmero, prontitud, etc.
- e) Tutelar los Derechos constitucionales cuando han sido quebrantados.
- f) El Juez no puede denegar justicia.
- g) Impulsión de los procesos por parte del Juez.
- h) El Juez debe resolver dentro de los términos legales.
- i) La motivación idónea por parte del juzgador.
- j) Los Jueces no pueden participar de las acciones que tiendan a dilatar o entorpecer la marcha del proceso y menos la ejecución del mismo, debiendo incluso sancionar dichas acciones. (Morán, 2009)

El Dr. Héctor Arévalo, nos dice que se trata de un error que da origen a la responsabilidad del Estado por actuaciones jurisdiccionales contrarias a la ley. Citando a Guido Tawill, nos explica que cualquiera sea el vicio de la providencia, el error judicial estará en el modo de subsumir los hechos o las pruebas en el ordenamiento jurídico. Citando a Carlos Alberto Parellada, nos enseña que la responsabilidad del Juez (Estado - Juez) se ve comprometida cuando está de por medio la ignorancia de elementales prescripciones normativas o de los principios generales que guían el Derecho, y también la arbitraria valoración de la prueba. Además señala como casos ejemplificativos, la aplicación de una norma derogada o de una expedida pero aún no vigente.

Aporta adicionalmente, con 4 conclusiones valederas:



- 1) El error judicial es un error de apreciación o valoración en las decisiones judiciales.
- 2) Debe tenerse suma precaución pues la revocatoria de providencias por parte de la instancia superior, es algo común que el mundo del Derecho por lo que no existe error judicial cada vez que una providencia es revocada.
- 3) Basta con la presencia del daño causado por una autoridad judicial, y que este le sea imputable al Estado, para que proceda la responsabilidad patrimonial.
- 4) El error judicial se debe reparar siempre que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación

Por último, citando la jurisprudencia colombiana nos da una idea más certera del error judicial y dice que por más que el juzgador a manera de fundamentación invoque ciertos principios o valores constitucionales, comete error judicial si esta argumentación no aparece por lo menos razonable, esto es que no guarda compatibilidad con el contexto fáctico demostrado en el proceso. (Arévalo, 1999)

Jaime Marroquín Zaleta, al respecto dice que todo error judicial trae como consecuencia el pronunciamiento de una resolución injusta, pero no toda resolución injusta es producto de aquel, pues en determinados casos el juzgador falla conforme a la ley y las constancias procesales que puede que no se apeguen a lo justo (no todo lo legal es justo y no todo lo justo es legal).

Añade algo de mucha importancia, pues nos ilustra diciendo que el juzgador debe ceñirse a las constancias del proceso y a las normas jurídicas aplicables (sean legislativas o jurisprudenciales). Nadie puede escudarse en su garantía de independencia judicial para expedir resoluciones en contra de la ley, en consecuencia, no puede aceptarse un fallo en contra de la ley sin que se incurra en responsabilidad.

Nos dice también que la disconformidad con la realidad de las cosas, es lo que determina la existencia del error. La palabra realidad se emplea en este caso, como sinónimo de verdad, así el error judicial existe por el hecho de que el juzgador al emitir una providencia no se ajustó a la verdad, fundamentándose en normas distintas a las aplicables. Lo que nos permite determinar la existencia de un error en una resolución judicial es la comparación entre lo que se asentó en ésta y la verdad.

Suma unas ideas, diciendo que es importante saber que el error puede traducirse en una violación formal y pone como ejemplos de ésta el dejar de considerar una excepción u omitir el estudio de una prueba, o en una violación de fondo, por ejemplo seleccionar, interpretar o integrar incorrectamente una norma jurídica, introducir hechos ajenos a la litis, cambiar dichos hechos, etc. (Marroquín, 2001)



El argentino Dr. Jorge Luis Mairoano en su publicación “La Responsabilidad del Estado por Error Judicial”, opina que error judicial concretamente implica que el magistrado omite dictar una resolución conforme al Derecho. Concreta su explicación, indicando que por este tipo de error debe entenderse:

*“...todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar.”.* (Maiorano, 2008)

El autor Miguel Alejandro López Olvera aporta a este tema con lo siguiente, dice que conocido es que la función jurisdiccional consiste en la aplicación del Derecho al caso concreto, pero dicha función, por la incompetencia, negligencia o ignorancia de algunos Jueces conlleva la posibilidad de causar daños al usuario de la administración de justicia.

El mismo autor acoge el criterio de Jaime Marroquín, quien indica que, el error judicial o bien se comete por un desliz inculpable o bien por una conducta culposa del funcionario, sea por su ignorancia o por su falta de atención y cuidado. Concluye indicando algunas causas más frecuentes que dan origen al error judicial:

- Errónea apreciación de los hechos.*
- Equivocada subsunción de circunstancias fácticas a la hipótesis normativa.*
- Utilización errónea de normas legales.*
- Incompetencia técnica.*
- Falta de experiencia.*
- Ausencia de prudencia.*
- Precipitación.*
- Deshonestidad.”* (López M. , año desconocido)

Mucha es la contribución al tema, realizada por el Dr. Jairo López Morales, quien trae a relucir una significativa frase:

*“Cuando esa gran máquina que se llama Estado, cien veces más poderosa y más peligrosa que las máquinas de la industria, ha lesionado a alguien, hace que todos aquellos en interés de los cuales funcionaba cuando causó el daño, vengan a repararlo...”.* (López J. , 2007)

El mismo autor, manifiesta aspectos como que el sentimiento de justicia se impone revelando que la falla del servicio de administración de justicia, un esencial servicio público **COMPROMETE SERIAMENTE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**, de lo que nace la obligación inmediata de responder, indemnizar, etc.

Dice asimismo, que la atribución del error aparece, cuando el Juez actúa imperfectamente, cuando falla por acción, omisión, negligencia o inobservancia



de las normas, sea cuando falta total o parcialmente al servicio o cuando lo presta deficiente, torpe, grosera o desacertadamente, o sea, cuando viola una obligación a su cargo.

Por otro lado, nos proporciona ciertos elementos del error judicial:

- Solo puede ser imputado a una autoridad investida de jurisdicción, con facultad de administrar justicia con facultad para declarar o reconocer un Derecho. Sean Jueces ordinarios, de paz, y constitucionales, Árbitros y autoridades indígenas.
- Que el funcionario debe haber actuado en ejercicio de sus funciones.
- Que se materializa en una providencia, llámese sentencia, auto o laudo, contrario a la ley.
- Que debe ser grave y notorio, que a simple vista se exterioriza como contrario a lo que evidencia el proceso. Suma la idea de que la noción del error judicial debe respetar la autonomía del Juez sin jamás convertirse en cómplice de la violación de Derechos.

Indica que la jurisprudencia colombiana, con un lógico contenido, revela que la responsabilidad estatal por error judicial se produce como consecuencia de la violación del deber de todo Juez de emitir pronunciamientos conforme a Derecho, y previa valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. Este tipo de error, puede proceder sea de una errónea apreciación de los hechos, o de una nefasta subsunción de la realidad fáctica en la norma, o una grosera utilización de la normativa, en el caso concreto. Mencionando al autor Santiago Tawill, dice que el error judicial se encuentra en el MODO DE SUBSUMIR los hechos y las pruebas en el ordenamiento jurídico. Así el error judicial debe repararse en todos los casos en los que se demuestre con convicción, la existencia de una manifiesta equivocación. Como vimos anteriormente debe probarse la existencia del daño y la causalidad. La conducta del Juez es irrelevante (dolo o culpa) pues la responsabilidad en estos casos es OBJETIVA. La reparación debe ser integral (daño emergente, lucro cesante y daño moral).

Además trata a autores colombianos como Eustorgio y Mauricio Sarria, quienes exponen que el servicio de la justicia al ser un servicio básico o primario de la colectividad así como el acto jurisdiccional es uno de los de mayor importancia en la legislación, debe tener un funcionamiento completamente normal. Pero si al contrario causa daño, el Estado debe repararlo, en este sentido basta con que se demuestre la falla del servicio, esto es que se determine que un acto u omisión provocó un perjuicio para que proceda la indemnización.

Cita a su vez a Julio Cueto Rúa, quien señala que el error judicial se produce al haber un vicio, imperfección, o una falta, es decir una falla del servicio, que nos coloca frente a un perjuicio que debe ser reparado a quien lo sufrió. Considero



muy importante lo que añade este autor, pues es claro al decir que ni siquiera es necesario que exista una normativa especial que regule el error judicial pues de los principios constitucionales se deriva ya esta regulación. Siendo más concreto considero que aunque en un proceso judicial se pretenda la declaratoria del error judicial o no, de existir el daño, es el mismo artículo 11 de la Constitución el que en uno de sus incisos establece la obligación y deber primordial del Estado, de reparar las violaciones a los Derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, en concreto: se podría fundamentar una demanda tanto en el error judicial como en la deficiente prestación del servicio, de justificarse el daño y la causalidad, nuestro ordenamiento dispone la reparación.

Menciona también a Marienhoff quien nos recuerda que el Estado colombiano (también el ecuatoriano) ha acogido la Convención Americana de Derechos Humanos que manda a indemnizar a las personas condenadas en sentencia firme por error judicial, si bien la norma como se dijo anteriormente lleva un tinte eminentemente penalista, no se puede dejar de aplicar bajo el manto de un criterio progresista y garantista de los Derechos constitucionales y humanos. (López J. , 2007)

Jorge Maiorano, expresa que la evolución de la ciencia jurídica implica que nadie pueda dudar que la responsabilidad estatal es hija del Estado de Derecho, este tipo de Estado, implica que los individuos deben estar protegidos contra todo agravio que puede inferirse por parte del poder público, sea actuando legítima o ilegítimamente. Suma a su pensamiento, el hecho de que se debe tener en cuenta que la responsabilidad del Estado por los actos judiciales es una excepción, ya que la regla general implica que el ciudadano se someta a las decisiones que se adopten en los procesos judiciales, aunque le sean desfavorables. Concluye con lo siguiente: “El error judicial implica una violación del magistrado de dictar resoluciones conforme a Derecho...” (Maiorano, 2008)

Otro autor sumamente claro al tratar este tema y con un sinfín de aportes al respecto es el Dr. Martín Bermúdez que entre otras cosas nos recuerda que en un proceso judicial si bien se intenta alcanzar la verdad, objetivamente lo que se logra es un alto grado de probabilidad, de certeza. Cita a François Gorphe, quien señala que las pruebas no aportan sino probabilidades, pues jamás se puede estar seguro de quien detenta la verdad, en esta línea, los juzgamientos están fundamentados en probabilidades más o menos altas.

También deja claros dos aspectos, primero que el error judicial puede presentarse dentro del juicio o antes de él, como en los procesos de medidas cautelares o diligencias previas. Y un segundo aspecto que el error judicial no solo se manifiesta en providencias contrarias a la ley sino también a la Constitución.

Una de sus interesantes conclusiones es cuando nos dice que no hay error cuando una norma admite varias interpretaciones y el Juez acoge una de estas





FUNDAMENTÁNDOLA COHERENTEMENTE. Es decir, que se debe tener cuidado con un aspecto, pues la diferente interpretación que se dé a una norma de por sí no genera responsabilidad, lo hará cuando del contexto de la providencia, de la realidad de los hechos y de la valoración probatoria, así como de la confrontación de la solución dada y de la que jurídicamente le convenía al caso, resulte una manifiesta equivocación, esto último lo acoge de lo indicado por Guido Tawill, cita a otros autores como Juan Montero Aroca, quien nos explica que el mismo legislador ha regulado los medios de impugnación, así ha admitido la posibilidad del error, es decir que asiente al error como algo consustancial del sistema, por lo que no tiene sentido afirmar que cualquier tipo de error es generador de responsabilidad. Trata al autor Mauro Carpeletti, quien nos indica que pretender que el Juez no yerra y sancionar todo error que comete sería totalmente retrograda y pretender volver a aquel tiempo en el que el Juez no pasaba de ser un mecánico aplicador de la ley. Esto implica decir que el papel del Juez en la evolución de la ley (por sobre todo de los Derechos) está plenamente vigente. A su vez, cita a Vicente Guzmán Fluja, quien aporta una excelente frase: “El error judicial se da sólo cuando la decisión del juzgador aparezca injustificable desde el punto de vista del Derecho”.

Añade que el Juez administrativo, debe tener siempre presente que en contraprestación al servicio de administración de justicia, el administrado está obligado a soportar un límite de daños, pues no existe Estado perfecto, esto de la mano de la objetividad y el carácter de protector de Derechos. También, cuando critica severamente el hecho de que se pretenda exigir actuaciones gravemente anormales, gravemente ilegales o gravemente dañosas como requisito de responsabilidad. No se puede limitar el alcance de los Derechos. En relación a este tema, dice que el juzgador ha de observar si en la providencia se juzgó inadecuadamente el caso, teniendo presente si la interpretación que se ha dado a la norma es una de aquellas que esta admite en una deducción racional y coherente.

Parte importantísima de la obra de Bermúdez, se inclina a tratar lo siguiente:

- 1) La finalidad de la institución del resarcimiento no se centra en sancionar una ilegalidad o en la culpa personal sino en la idea de la reparación que tiene como fundamento último el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. Jamás se puede reducir el contenido constitucional.
- 2) Dice que lo que debe determinar el daño, es que sea tal que se note (analizando el caso concreto), que el particular no estaba obligado a soportarlo, pudiendo provenir de una providencia errada o de una que no lo sea.
- 3) Nadie está obligado a soportar las consecuencias jurídicas que no emanen de sus actos, esto es que derivan de decisiones ilegales.



- 4) Las palabras del tratadista André de Laubadere, que ilustran que la ausencia de sanción promovería negligencias en el Juez, pero así mismo sería inconveniente un control excesivo pues se pondrían paralizar sus iniciativas. (Bermúdez, 1998)

Otro aspecto a ser mencionado es que las propias entidades del sector público dentro del desarrollo de sus actividades, en muchos casos se encuentran sometidas a la administración de justicia, y en esta circunstancia pueden verse afectadas en determinado momento por el error judicial, incluso el mismo Consejo de la Judicatura podría verse en esta situación, pensemos por ejemplo el caso de una impugnación de un acto administrativo, en la que el perjuicio que causó ese acto se debió exclusivamente a la culpa víctima y sin embargo un Tribunal de lo Contencioso Administrativo acepta la demanda, declarando la nulidad del acto y constriñendo al pago de daños y perjuicios, obviando ese eximente de responsabilidad plenamente vigente en nuestra legislación; podría caber en este caso la demanda de daños y perjuicios por error judicial.

Trascendentes opiniones, revestidas de un tinte eminente neoconstitucionalista son las que nos facilita el Dr. Jorge Zavala Egas, entre las que tenemos:

- Que el Estado garantista o Estado Constitucional de Derecho, es aquel que se construye sobre los Derechos fundamentales de la persona y en rechazo al ejercicio arbitrario del poder. Este tipo de Estado se compone de 3 elementos básicos:
  - a) La supremacía constitucional y de los Derechos fundamentales que son todos aquellos enunciados por la Constitución.
  - b) El imperio del principio de juridicidad o de legalidad que somete a todo poder público al Derecho.
  - c) La adecuación de los poderes públicos a fin de que tiendan a garantizar el goce de los Derechos de libertad y la efectividad de los Derechos sociales.

Si bien en teoría este es, el Estado en el que nos encontramos, en la práctica no es corto el camino a seguir a fin de que esta “proclamación ideal - constitucional”, sea para el ciudadano, lo que la riel para el tren.

El autor desafía al Juez ecuatoriano a que se rompa ese paradigma del formalismo positivista y recorra hacia arriba en la pirámide normativa.

- La Constitución garantiza que Tribunales, Cortes y Jueces apliquen el Derecho constitucional, que este se imponga de forma directa e inmediata.
- La Norma Normorum es el parámetro de validez de la ley, con eficacia directa en el ordenamiento jurídico.



- Cuando una ley vigente aparente sumergirse en la invalidez, no hay obligación del Juez de aplicarla, debiendo por consiguiente y por supremacía, aplicar la norma constitucional. Todo lo cual exige una actitud crítica hacia la ley, sin que esto implique jamás violaciones al ordenamiento jurídico o desempeñar arbitrariedades. El garantismo, da inicio a una nueva era jurídica en la que el Juez se erige en un crítico del ordenamiento jurídico vigente dejando la pasividad que lo caracterizaba.

El Juez, en su obrar aplicará los principios y Derechos enunciados en la Constitución. **“Su deber es tornar en eficaces los derechos de acuerdo con sus contenidos esenciales tal como vienen reconocidos por la Constitución y no como sean desarrollados por la ley.”**

- Todo lo indicado se ve reforzado por la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional (registro oficial No. 451 de 22 de octubre 2008), la que establece como rasgos básicos del estado Constitucional de Derechos a:
  - a) El reconocimiento del carácter normativo de la Constitución como superior.
  - b) La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica.
  - c) El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del Derecho.
- El autor menciona otro importante pronunciamiento de la Corte Constitucional signado con el número 020-09-SEP-CC de fecha 13 de agosto 2009, el que inmortaliza que los errores de Derecho se encuentran en la incongruencia entre el fundamento de la sentencia (la norma jurídica vigente) y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la Constitución 2008. Así recuerda al Juez ordinario la necesidad de que autos y sentencias guarden esa congruencia evitando la denominada “injusticia en el resultado”, esto es, menoscabos en los Derechos e intereses, que colocan en un plano de inseguridad a quienes inquietan este tipo de providencias con sustento pre jurídico e ilusorio. (Zavala, 2010)

Considero que la normativa ecuatoriana, resulta ser apta, para entender lo que comprende el error judicial, el carácter de garantista que proclama y su extenso número de principios guían plenamente al Juez que conozca la causa de daños y perjuicios en contra del Estado, esto siempre de la mano con un criterio que busque la protección de los Derechos, la reivindicación de los mismos, una conciencia y desarrollo intelectual que permita entender que nuestra Constitución nació para mejorar la calidad de vida del ciudadano ecuatoriano. La jurisprudencia tiene un papel fundamental en este camino, pues tenemos resoluciones que sirven y servirán de referencia a Jueces y abogados, por sus bastos contenidos y enseñanzas. El desarrollo de esta nueva normativa, está en manos de nuestros valiosos jurisconsultos, valiosos siempre que se enmarquen a desarrollar los Derechos y garantías constitucionales y JAMAS a limitarlos. La evolución de la ley vía jurisprudencial ha sido mínima desde la



promulgación de la Constitución del 2008, sin embargo en Ecuador tenemos valiosos pronunciamientos en torno a la responsabilidad estatal.

Un precedente ha sido promulgado con anterioridad a dicho cuerpo normativo, el 29 de julio del 2002, emitido por la III Sala Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia del Ecuador, (véase anexo 1), del que considero indispensable recalcar lo más importante:

- 1) El principio “errare humanum est”, que deriva en la necesidad de que el error se rodee de ciertas características que lo configuren. Es decir que no debe tratarse de un simple error de criterio, aplicación o interpretación.
- 2) Se incurre en el error judicial, cuando visto este desde la pura objetividad, denota que el juzgador incurre en una interpretación fáctica y jurídica claramente arbitraria, o pronuncia decisiones ilógicas o absurdas, contrarias a la normalidad del proceso, desviándose así de las garantías a los Derechos de la o las partes.
- 3) La ya citada definición del Dr. Ricardo de Ángel Yáñez:

*“El error judicial no dimana de la simple revocación o anulación de las resoluciones judiciales, debiéndose entender por error judicial toda decisión o resolución, dictada por los órganos de la Administración de Justicia, injusta o equivocada, pero el yerro debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan 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...”. (Error Judicial, 2002)*

No por ello se puede dejar de criticar el hecho de que esta resolución trata del necesario carácter de inexcusable del error, tema del que no soy partidario y que con anterioridad refuté. Así como cabe criticar que se cita al Dr. García Falconí quien habla del dolo o culpa del funcionario, circunstancia descartada en nuestro régimen.

La objetividad que reviste el ámbito del error judicial implica que el Juez contencioso administrativo frente a un daño y un nexo causal configurado, debe declarar el error judicial sin dudar, sin temer.

Para finalizar el tema, cabe también hacer un llamado de atención a la profesión de abogado, noble como la del Juez, que requiere de personas rectas en su obrar, con valores y ética como pilares fundamentales de su día a día, gente que luche por los Derechos, pero jamás valiéndose de artimañas, engaños, o ardidés que confundan al Juez incitando así sus errores que no van a tener otro desenlace que el de injusticias e ilegalidades.



### 3.8 Responsabilidad en las Altas Cortes

Las más altas Cortes que administran justicia en el país, son también propensas al error judicial. Sin embargo hay que tener presente una especie de excepción, que es el caso de los precedentes jurisprudenciales. Pues la Corte Nacional así como la Corte Constitucional pueden apartarse de dichos precedentes. Es decir pueden elaborar un nuevo criterio jurisprudencial. Con este particular se debe tener mucha precaución a la hora de demandar por la responsabilidad de estos órganos jurisdiccionales.

Pero para que se cumpla la excepción deberá, el nuevo precedente ajustarse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, que en resumen exige<sup>29</sup>:

- a) En el caso de la Corte Nacional, una real motivación que justifique el cambio de criterio y la aprobación unánime de la Sala respectiva.
- b) En el de la Corte Constitucional, que se haga de manera explícita, también motivada y que sea en aras al desarrollo de los Derechos y la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

### 3.9 No es lo mismo error judicial e inadecuada administración de justicia

La normativa ecuatoriana se ha encargado de regular como instituciones diferentes, al error judicial y a la inadecuada administración de justicia, igual situación ocurre en la doctrina, también en países como Colombia, en que su Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, regula de manera disímil al error jurisdiccional (error judicial) y al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (inadecuada administración de justicia). (Congreso de la República de Colombia, 1996)

Se trata de instituciones relativamente similares, ambas por una parte generadoras de responsabilidad estatal, provenientes de la misma función del Estado, y que hacen responsable a los mismos organismos, pero así mismo con radicales diferencias.

El Dr. Jairo López Morales, pone un ejemplo al respecto y trata un caso de remate de un bien, en el que, el rematista consigna los valores correspondientes pero con posterioridad se declara la nulidad del remate porque el bien se encontraba embargado por otro juzgado, por lo que éste demanda al Estado Colombiano (indemnización por el tiempo que dichos valores estuvieron estancados sin producir valor alguno), da a entender el autor que si bien había razón (y por ende responsabilidad), había que tenerse en cuenta que el obrar del Juez no enmarcaba en el error judicial.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Véanse, artículo 185 de la Constitución de la República, artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

<sup>30</sup> Sin embargo se declara sin lugar la demanda, porque se llega a la conclusión de que él actor conocía de las circunstancias del bien y que en ese sentido había asumido ese riesgo.



Señala otro caso, en el que se lleva a cabo un remate sin considerarse que existía ya un proceso de quiebra en contra del dueño de ese bien, y el secretario al no haber remitido el oficio respectivo a cada juzgado, incurría en una falla administrativa.

Continúa el mismo autor citando una distinción de la doctrina española, entre las dos instituciones, que señala que el error judicial se proclama en las actuaciones en las cuales se interpreta y aplica el Derecho, mientras que el funcionamiento anormal de la administración de justicia se produce en las demás actividades necesarias para realizar el juzgamiento o la ejecución de las decisiones judiciales, y haciendo alusión a lo indicado por el tratadista Eduardo Cobreros, nos ilustra indicando que en el funcionamiento anormal se incluyen aquellas actuaciones que no consisten en resoluciones erróneas, pero que se efectúan en el ámbito del proceso. (López J. , 2007)

El Dr. Martín Bermúdez, señala por su parte, al tratar del funcionamiento de la administración de justicia, que la responsabilidad en estos casos debe derivarse simplemente de que se haya o no causado un daño. (Bermúdez, 1998)

El profesional del Derecho, Mariano Espinosa de Rueda, nos da algunas ideas sobre la distinción, y dice que el error judicial por lo general se encuentra en actuaciones que se formalizan en autos o sentencias, y el funcionamiento anormal, se suele entender por el hecho de existir anomalías en el proceso o con ocasión al mismo, así como en actuaciones que constituyen soporte de la función jurisdiccional.

Espinosa, añade que el error judicial solo puede ser causado por Jueces y Magistrados mientras el funcionamiento anormal, por una serie de funcionarios que intervienen en la administración de justicia (secretarios, médicos forenses, liquidadores, etc.). (Espinosa de Rueda, 2003)

Nuestra Constitución tiene un nivel altamente garantista, esta afirmación se sustenta en el establecimiento de otras causas generadoras de responsabilidad estatal como la detención arbitraria, regulada en varios países incluso en el nuestro, sumándose a ésta dos circunstancias absolutamente innovadoras a saber:

- La violación del Derecho a la tutela judicial efectiva, y;
- Las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Sobre la tutela judicial la ecuatoriana Dra. Vanesa Aguirre Guzmán, en una publicación en la página web “Derecho Ecuador” dice:

*“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.”. (Aguirre, 2013)*

Sobre el debido proceso (o “legale iudicium”), tenemos que es aquel que busca asegurar la observancia plena y el respeto a todos los principios generales y normas procesales, en miras a obtener la efectiva vigencia del Derecho sustantivo. Por ello se ha dicho que es una institución que persigue la recta administración de justicia, protege a los ciudadanos de la inseguridad jurídica, la ilegalidad, la dilación injustificada, parcialización, autoritarismo, ineficacia, abusos procesales, etc. todo en busca de la equidad. Entonces es: un proceso jurídicamente organizado para garantizar el efectivo ejercicio de los Derechos de las personas. Noción íntimamente vinculada con la defensa de los Derechos Humanos (Derechos del ser humano a su vida, libertad, bienes, etc.). Garantías desarrolladas por sobre todo en el artículo 76 de la Constitución de la República. (Machuca, 2012)

Lamentablemente son instituciones completamente novedosas y no existen pronunciamientos de nuestras cortes al respecto, por lo cual solo queda decir, que por una parte, cada institución es independiente, sin que ello implique decir que varias de ellas no puedan concurrir en un momento dado, generando responsabilidad del Estado.

### **3.10 Ideas sobre los riesgos que debe soportar el sometido a la administración de justicia**

Este tema, intenta exponer el límite de los riesgos a los que está sometido el justiciable, sin que ellos puedan dar origen a la responsabilidad, es decir cuales son aquellos riesgos que debe soportar quien se ha sometido a la administración de justicia y cuáles no, por su gravedad.

En relación, el Dr. Martín Bermúdez señala que el ciudadano no puede soportar todos los riesgos que emanen de la administración de justicia. En función de la seguridad jurídica y la prestación del servicio público<sup>31</sup> que se realiza mediante la administración de justicia, el justiciable debe soportar ciertas cargas, las que de excederse de un límite prudencial, comprometen la responsabilidad del Estado. Cita a García de Enterría, que dice que el daño debe ser concreto, y debe exceder de lo que puede considerarse como cargas comunes de la sociedad.

<sup>31</sup> “La potestad de administrar justicia si bien tiene características del servicio público, es fundamentalmente el ejercicio de la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por haberse atribuido este poder a la función judicial como órgano independiente de las demás funciones.” (Cordero, 2015)



Señala algunos ejemplos de doctrinarios, como la indemnización de perjuicios por daños derivados de la guerra, allanamiento, detención preventiva, medidas cautelares, etc. estas y otras conductas indudablemente causan un daño, pero dice el autor, la víctima “TIENE EL DEBER DE SOPORTARLAS”.

Por otro lado, nos dice que se debe tener en cuenta que el servicio público de administración de justicia, tiene ciertas peculiaridades, y que su desarrollo se realiza con limitaciones, y que esto implica que el particular deba soportar los riesgos de especial gravedad y que se enmarquen en lo antijurídico<sup>32</sup>.

Dice además, que en el ámbito procesal no toda providencia ilegal es generadora de perjuicios, pues esto implicaría afirmar que cada vez que se revoque una providencia por el juzgador superior, de lugar a responsabilidad. (Bermúdez, 1998)

Sin embargo de lo mencionado debe tenerse en cuenta el tipo de regulación de nuestra Constitución, por el que basta la violación de los Derechos, con el consecuente perjuicio para que el Estado responda. Además recordemos:

*“Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:*

*1. Acatar y cumplir (...) las decisiones legítimas de autoridad competente...”. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)*

Héctor Arévalo, al tratar sobre el tema nos habla de una teoría acogida en Colombia, referente al denominado “daño especial”, y nos dice que, éste se presenta cuando en ejercicio legítimo de su función, se ocasiona un daño, esto es, un obrar ajustado al Derecho, pero que causó daño y también responsabilidad estatal, por la necesidad de equilibrar las cargas públicas.

El mismo autor cita a la jurisprudencia colombiana, la que, magistralmente indica que el error judicial no puede ser tal, por una simple equivocación derivada de la libre interpretación de la que es titular el Juez, sino que se ha de establecer cuando se evidencie sin duda, que se ha desconocido aquel principio de que el Juez debe pronunciarse acorde a la naturaleza del proceso y a las pruebas aportadas, según los criterios que establezca la ley y no según su propio arbitrio. (Arévalo, 1999)

Estas ideas nos ayudan a entender que no todo error puede dar origen a la responsabilidad estatal, el error debe estar rodeada de ciertas particularidades que lo configuren, es decir que si bien la responsabilidad estatal como un deber

---

<sup>32</sup> En la legislación colombiana, se habla de la antijuricidad del daño pues esta ha sido recogida como un requisito para la responsabilidad del Estado de Colombia, situación que no ocurre en nuestro país. La noción del daño antijurídico ha sido tomado Manuel de Cuetara que dice: “... siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular sin que esté obligado por un vínculo legal o jurídico a soportarlo aparece el daño antijurídico” (Arévalo, 1999).





inherente al Estado es la regla, la excepción nace en ciertos casos, demostrando que la legislación eminentemente protectora del individuo, no nació para auspiciar el enriquecimiento injustificado de quien por cualquier razón decide demandar daños y perjuicios al Estado, sino que lo hizo para “proteger”, o más propiamente hablando resarcir a quien fuere afectado en sus Derechos por una providencia que no se sujeta al ordenamiento jurídico o que en sentido amplio produce una injusticia patente. Todo lo cual debe apreciarse por el juzgador recordando que (como lo ha dicho la jurisprudencia) su obrar si bien tiene holgura, pero esta puede ser juzgada (se ve limitada) por el contenido de su motivación; el Juez contencioso administrativo en forma objetiva analizará el supuesto error y ha de determinar si subsume o no en lo que la legislación ecuatoriana regula como error judicial.

Para una comprensión a cabalidad de este tema, se debe emparejar todo lo aquí expresado, con lo tratado en el punto “2.3.2 El Daño en el Error Judicial: características”.



## Capítulo 4: Derecho de Repetición

### 4.1 Generalidades

Al estudiar la “Teoría General de las Obligaciones”, aprendemos que una de las manifestaciones de cuasicontrato existentes en nuestra legislación es el pago de lo no debido. Su antecedente se encuentra en el libro IV del Código Civil: “Art. 2195.- El que por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado...”. (ESILEC, 2014), (Código Civil, 2005)

El Dr. Jorge Morales Alvarez, respetado catedrático de la Universidad de Cuenca, señala que hay casos en los que por el cuasicontrato nacen obligaciones no solo para quien ejecuta el hecho sino para quien se beneficia de aquel. Tratando este tema cita al tratadista Joaquín Escriche, e indica que este último sostiene que el cuasicontrato podría llamarse con propiedad contrato presunto; porque de una parte hay pleno consentimiento, y la ley lo presume para la otra parte, por equidad o por la utilidad que hubo. (Morales, 1995)

El Dr. Guillermo Cabanellas señala que el Derecho de repetición es: “El que tiene toda persona para reclamar lo pagado indebidamente por error o por haberlo efectuado antes y en lugar del verdadero obligado o responsable.”. (Cabanellas de la Torre, 2014)

Norma en relación es la del art. 2225 ibídem:

*“Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para 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, según el Art. 2219.”. (ESILEC, 2014), (Código Civil, 2005)*

Cosa similar ocurre en el ámbito de la responsabilidad estatal, en el que el Estado ha sido demandado, se ha declarado con lugar la demanda y paga los valores dispuestos en sentencia, al actor. Si se analiza el tema a profundidad, se nota que el Estado estaría cancelando valores por el obrar de un funcionario, que en principio debió ser el responsable, esto lo hace porque el Estado es titular de la función pública, pero aunque lo sea no resulta para nada justo que sea este quien siempre asuma de manera definitiva el pago de valores que en justicia no le competen.

Quien cometió el acto generador de responsabilidad se ve beneficiado por el pago que realiza el Estado, esa utilidad que presta hacia él, es la que da origen al Derecho del Estado de repetir el pago contra éste.

Viene a ser un reembolso que se obliga al servidor o servidores responsables de lo que por sentencia, el Estado deba pagar al perjudicado.



Es un Derecho de naturaleza patrimonial y resarcitorio, pues lo que pretende es obtener del funcionario, la suma pagada por perjuicios causados al particular. (Bermúdez, 1998)

Al respecto el Dr. Andrés Ospina nos dice:

*“...si bien el Estado responde, el funcionario deberá reembolsar lo pagado, independientemente de los juicios que para efectos penales y disciplinarios le sean abiertos y fallados, sin implicar de manera alguna vulneración al non bis in ídem.”.* (Ospina, 2003)

La Constitución en su artículo 11, antepenúltimo inciso dispone: “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.”. (ESILEC, 2014), (Constitución, 2008)

Y es más concreto el art. 33 del Código Orgánico de la Función Judicial:

*“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 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.”.* (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

De esta norma, obtenemos algunas consideraciones a ser tomadas en cuenta:



- 1) Que una vez declarada la responsabilidad del Estado por error judicial, el Estado debe ejercer de manera inmediata el Derecho de repetición contra los responsables del daño.
- 2) De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso<sup>33</sup>.
- 3) El Derecho de repetición incluye:
  - El monto total pagado
  - Los intereses legales desde la fecha del pago; y,
  - Las costas judiciales.
- 4) Una vez que se cita al Consejo de la Judicatura, éste tiene la obligación de pedir al juzgador que se cite al servidor(es) que intervinieron en los actos que se alegan fueron violatorios de los Derechos del perjudicado, estos tendrán la calidad de partes procesales. Esta situación ha sido denominada en doctrina como el llamamiento en garantía.
- 5) El servidor tendrá la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba que tienda a demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia, sino a, caso fortuito o a fuerza mayor.

Resulta de total trascendencia la justificación del caso fortuito o fuerza mayor pues de ella va de depender el Derecho de repetición, recordemos que también va a ser un importante determinante de la responsabilidad administrativa del funcionario. Así, el fundamento del Derecho de repetición se halla en lo que el Dr. Jairo López denomina una “conducta seriamente irregular”. (López J. , 2007)

Esta parte de la norma la considero de gran trascendencia, pues sabiamente el legislador ha implementado la disposición de que se cuente con el servidor, respetando su Derecho al debido proceso, pues se le está dando un debido juzgamiento y en fin, la oportunidad de justificar su conducta. En plena observancia a los principios procesales de concentración y economía procesal, en el mismo proceso judicial se resuelve sobre la situación del servidor, disponiendo o no el respectivo reembolso.

- 6) La sentencia que declare la responsabilidad del Estado, también ha de declarar si el servidor ha justificado su conducta, así como disponer, que de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo para el respectivo reembolso.

---

<sup>33</sup> Por disposición del inciso segundo del art. 1527 del Código Civil, la obligación es solidaria o in solidum cuando: “...puede exigirse a cada uno de los deudores (...) el total de la deuda...”. (ESILEC, 2014), (Código Civil, 2005)



La regla general ha sido que el Derecho de repetición sea ejercido mediante un nuevo proceso judicial, sin embargo la norma totalmente evolucionada dispone que se lo haga mediante un procedimiento sí, pero simplemente coactivo. Para el efecto habrá que estar a lo dispuesto en la resolución del pleno del Consejo de la Judicatura, número 38-2014, por la que se expide el “Reglamento para el Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva del Consejo de la Judicatura”, así como la resolución de la Dirección General del Consejo de la Judicatura, número 28-2014, por la que se expide la denominada “Guía para la Ejecución del Procedimiento Coactivo del Consejo de la Judicatura”. Esto, cuando las obligaciones se hayan generado a partir del 23 de enero de 2013, las anteriores se cobrarán por la Contraloría General del Estado y su respectiva normativa.

La prescripción de la acción de cobro no tiene regulación expresa por lo que se podría optar por el criterio de que está sujeta a la regla general, esto es a los 10 años, contados a partir de que el Estado pagó al actor del juicio, esto inclinado por un criterio eminentemente protector del Estado el que no puede ser empobrecido injustificadamente. O puede decirse que si bien la acción de daños y perjuicios en contra del Estado prescribe en 4 años, por un criterio de igualdad no podría ser un término superior a este. (Cordero, 2015)

#### 4.2 El deber de promoverlo

Recordemos que tanto la Constitución como la ley están redactadas en sentido imperativo: “ejercerá” y más aún disponen que sea ejercido de manera inmediata, en este sentido, siempre que el juzgador haya declarado el dolo o negligencia del funcionario, existe la obligación (no es una facultad) de ejercer el Derecho de repetición.

Por otro lado, el art. 33 del Código Orgánico de la Función Judicial regula la obligación del juzgador de disponer que de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Es decir que, en conclusión no solo lo dispone la ley, sino viene a ser también una obligación constante en sentencia, una orden judicial.

El Dr. Andrés Ospina nos da unas ideas al respecto, acogiendo unos muy buenos criterios de la jurisprudencia colombiana:

- a) La finalidad de la repetición es de interés público, y es la de proteger el patrimonio público, protección que resulta necesaria para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado.
- b) El no ejercer este Derecho sería convertir al Estado en un avalista de inescrupulosos, deshonestos y negligentes, comprometiendo así, seriamente el buen servicio y la responsabilidad dos palabras que son pilares fundamentales de la función pública. (Ospina, 2003)



### 4.3 Requisitos

Para el ejercicio del Derecho de repetición por parte del Estado, deben concurrir los siguientes requisitos, dice Andrés Ospina:

- a) Que al entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa, a reparar los daños causados al particular.
- b) Que se haya establecido que el daño fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex funcionario.
- c) Que la entidad condenada haya pagado lo ordenado por el Juez en sentencia. (Ospina, 2003)

Por otro lado, el Dr. Martín Bermúdez nos dice que lo son:

- a) La sentencia que ordene el pago a la entidad; y,
- b) La constancia del pago (lo que da origen a la legitimidad de la intervención de la entidad estatal) (Bermúdez, 1998)

Ya adentrándonos en nuestra legislación podemos decir que los requisitos son:

- 1) La existencia de una sentencia que haya dispuesto el pago, ejecutoriada y ejecutada.
- 2) Que se haya establecido que el daño fue consecuencia del dolo o negligencia del funcionario.
- 3) Que se haya establecido la orden de que el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo.
- 4) Adicionalmente deberá cumplirse (dentro del proceso coactivo) con lo dispuesto el Reglamento para el Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva del Consejo de la Judicatura.



## Capítulo 5: Tramitación Judicial y Requisitos Generales de Viabilidad de la Acción

### 5.1 Presupuestos

#### 5.1.1 Cumplimiento de los requisitos legales: ideas generales

El proceso contencioso administrativo por error judicial, está sujeto a ciertos requisitos de carácter especial:

Conocido es por el abogado, que toda de demanda debe cumplir con los requisitos del art. 67 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo en el ámbito contencioso administrativo debemos acogernos a lo que nos dice la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 30), y en lo no previsto por esta, empatar dicha normativa con la norma procesal civil todo esto para este tipo de acción, que no precisamente se ajusta de manera perfecta a la ley, hecho esto, tenemos que la demanda debe ser clara y contener:

- 1) La designación del Juez (Tribunal) ante quien se propone.
- 2) Nombres completos, y domicilio civil del actor (fija la competencia del Tribunal).
- 3) La designación del demandado.
- 4) “La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado.” esto es lo que ha regulado el literal “c” del artículo 30, sin embargo considero que para efectos de la demanda por error judicial, se da cumplimiento a esta parte de la norma, determinando el juzgador de quien emanó la providencia contentiva del error.
- 5) Cosa similar ocurre en el literal “e”: “La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos.”. Requisito no aplicable.
- 6) Los fundamentos de hecho y de Derecho, expuestos con claridad y precisión.
- 7) La pretensión (cosa, cantidad o hecho que exige).
- 8) La especificación del trámite que debe darse a la causa (si se deseeare, pues no lo exige la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).
- 9) La determinación de la cuantía (tampoco lo exige la ley ibídem).
- 10) Lugares de citación y notificaciones.



11) La enunciación de las pruebas que el actor ha de actuar.

Además a la demanda deben acompañarse (art. 31 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa):

- a) Los documentos justificativos de la personería cuando no se actúe en nombre propio (poder, nombramiento, etc.).
- b) “La copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.” En este punto debemos también empatar la norma con la realidad del error judicial, así debemos adjuntar copia certificada de la providencia causante del daño, con su respectiva acta de notificación.
- c) “Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta.” (ESILEC, 2014), (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 1968), (Código de Procedimiento Civil, 2005). Requisito que tampoco resulta aplicable.

### 5.1.2 La precisión del error en la demanda

La Jurisprudencia colombiana se ha pronunciado en el sentido de que en la demanda se debe delimitar el error y expresar en que consiste. (Bermúdez, 1998). Si bien, en nuestro ordenamiento no hay pronunciamiento al respecto, considero de mucha importancia que en la demanda se exprese de manera clara cuál ha sido el error cometido, es decir que dentro de los fundamentos, se delimite la falencia del juzgador, se la explique a fin de que el juzgador de índole contencioso administrativa, pueda ubicarse plenamente en el problema.

Estimo que, parte de la claridad de una demanda (requisito exigido por la ley) implica una redacción que ilumine al juzgador sobre qué es lo que ocurrió, que error se cometió, la explicación de cómo el ordenamiento jurídico ha sido violado. Situación muy similar ocurre con la precisión del daño.

No estaría por demás, una explicación de lo que debió ser, es decir de cual debió ser el actuar del Juez. Así también considero relevante que de ser el caso, se precisen la o las normas infringidas.

### 5.1.3 Pretensión

Las pretensiones que faculta nuestro ordenamiento, están plenamente establecidas en el art. 32 del Código Orgánico de la función Judicial: “...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.”. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la función Judicial, 2009)

En este sentido, la pretensión ha de ser:





Que se declare la existencia del error judicial y como consecuencia de este:

- a) Que se condene al demandado al pago de los perjuicios materiales, se ha de explicar el rubro que comprende el daño emergente y el lucro cesante.
- b) Que se condene al demandado al pago de los perjuicios por daño moral, esto siempre que se estime que se sufrió el mismo, siendo su valoración decisión del perjudicado, lo que a la luz de la ética debe hacerse con un criterio de conciencia, procurando ser indemnizado, pero jamás perjudicando al Estado.

Cabe recordar que lo indicado en líneas anteriores es más que nada una guía pues será decisión de cada abogado el cómo expresar la pretensión de su defendido en la demanda.

Considero que cabe hacer una reflexión, pues debe quedar claro que la reclamación por error judicial NO se trata de un recurso ordinario o extraordinario, NO es medio de impugnación y NO pretende que se reforme o revoque la decisión judicial (Espinosa de Rueda, 2003). Es una nueva acción que pretende una indemnización por el perjuicio causado por la decisión judicial.

#### 5.1.4 Recursos contra la providencia causante del daño

La doctrina y la ley extranjera han acogido este particular. Veamos lo que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia, dice al respecto:

**“ARTICULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL.** *El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:*

*1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.*

*2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.”.* (Congreso de la República de Colombia, 1996)

**“ARTICULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.** *El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.”.* (Congreso de la República de Colombia, 1996)

El Dr. Héctor Arévalo, señala que esta exigencia debe entenderse como que las partes, al no interponer algún recurso, estuvieron de acuerdo con la decisión del Juez, añade el autor que la Administración de Justicia de Colombia, ha indicado que esa norma no es otra cosa que una derivación del principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propia culpa.



Continúa el autor su análisis revelando que lo indicado puede constituir una limitación al contenido de su carta magna y dice: "...piénsese en el caso en que el perjudicado con la providencia sea un tercero que no haya podido interponer recursos.". Añade que la jurisprudencia de su país, así como la doctrina han señalado que resulta ilógico que a pesar de que exista (se reconozca) la conducta antijurídica, esta resulte inmune a reparación, por no haber podido recurrir de la providencia, y cita ejemplos como: no haber advertido el error en el término, el resultado dañoso se manifestó una vez ejecutoriada la providencia, no tratarse de resoluciones recurribles, o lo que es peor, que el damnificado no haya sido parte en el proceso que se cometió el error. (Arévalo, 1999)

El Dr. Martín Bermúdez señala que "...en materia de responsabilidad por los daños derivados de una providencia judicial, la cosa juzgada es un presupuesto para su procedibilidad.", acotando que si contra la decisión judicial cabe algún recurso que permita su revocación, debe ser interpuesto para no sufrir el daño, sabiendo que la no interposición se considera como que aceptó el contenido de la providencia, quedando de esta manera ilegitimado para reclamar perjuicios derivados de aquella. Situación similar recoge el art. 4 de la ley italiana del 13 de abril de 1988 (Bermúdez, 1998)

¿En nuestra legislación existe norma expresa?, la respuesta definitivamente es NO. Existe una norma "similar" en relación como lo es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en su artículo 61 establece como un requisito de la demanda en la acción extraordinaria de protección:

*"3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado."* (ESILEC, 2014), (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

Nuestra ley no exige como requisito la interposición de recursos y como lo apreciamos ha sido criticado y con total razón el ordenamiento que lo consagra (Colombia) pero esto debe tomarse con plena responsabilidad y objetividad sea por las partes o por el juzgador, pues existen casos en los que existe la necesidad de que se impugne la resolución judicial y otros en los que o no la hay o no es posible.

Entonces si bien no hay una regla establecida, necesitamos estar frente a un criterio probo y objetivo a fin de poder diferenciar que casos de plano son causantes de responsabilidad del Estado, y que casos ameritan la interposición de los remedios procesales que la ley establece. En síntesis el juzgador de lo contencioso administrativo deberá analizar cuando se pudo impugnar una providencia y cuando no, cuando hubo negligencia de la parte y cuando estuvo frente a una imposibilidad de hacerlo, cuando hubo imprudencia y cuando no la hubo, etc.



### 5.1.5 Providencia firme

El mismo Dr. Héctor Arévalo sobre este punto nos dice que la providencia judicial que causa el daño debe estar firme, lo que justifica por el simple hecho de que si contra ella caben recursos, el justiciable debe agotarlos en vez de demandar la reparación de daños. Es decir que una vez agotados los recursos a su alcance, podrá hacer valer su Derecho ante el órgano contencioso administrativo.

Acrescenta la idea el autor indicando que eso no implica que no se tenga Derecho a la reparación en los casos que una providencia haya surtido efectos, causando daños y posteriormente sea revocada en virtud de la interposición de un recurso. Ejemplo de esta situación el caso en el que se concede un recurso en efecto devolutivo y el superior, una vez ejecutado y materializado el daño, revoca la providencia (Arévalo, 1999), sería evidente la responsabilidad del Juez a quo. Otro es el ejemplo en el que se ejecuta una resolución, así mismo se materializa el daño y con posterioridad esta es anulada en virtud del recurso de casación (cuando no se haya suspendido la ejecución). Se apega totalmente a esta idea el Dr. Martín Bermúdez M. (Bermúdez, 1998)

Por otro lado, considero que uno de los principales medios de prueba en el juicio de daños y perjuicios por error judicial es la copia certificada del proceso (o de las piezas procesales pertinentes), intentar presentarlas mientras pende un recurso sería atentar al contenido del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, que dispone como un requisito para que los documentos auténticos judiciales y sus copias y compulsas prueben (constituyan prueba plena), el que: "...en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se intente probar.". (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005) En conclusión, sería un desmedro a la validez probatoria de dicho documento.

### 5.1.6 Prueba

La actividad probatoria, tratándose de los daños patrimoniales, tiene que encaminarse a acreditar lo siguientes aspectos:

- 1) El hecho dañoso.
- 2) Quien es el causante directo del acto que provocó el daño.

A consecuencia de esta prueba queda probado quien debe responder, es decir, que por el obrar del funcionario queda obligado por disposición expresa la entidad Estatal.

- 3) Que la providencia haya causado perjuicio al actor o a sus intereses.
- 4) El monto del daño. (Contreras, 2009)



Considero que la prueba plena de los 2 primeros aspectos indicados es la copia certificada de la providencia causante del daño. Por lo demás es una cuestión del abogado el escoger los medios de prueba que han de ser los idóneos según el caso concreto. Probados estos aspectos, se configuran los elementos de la responsabilidad objetiva: la acción u omisión, el daño y la relación de causalidad.

A cerca de los medios probatorios, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, acepta los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, sin embargo se debe tener precaución con una excepción pues no cabe la confesión judicial, esta no puede pedirse a quien ejerce la representación de la administración, o a quienes conciernan los hechos controvertidos, sin embargo se podrá solicitar que mediante informe de respuesta a las interrogantes que plantee el contendor. (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005)

Así también: “Art. 40.- El Tribunal podrá también disponer, de oficio y antes de sentencia, la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto controvertido.”. (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005)

Por otro lado, al tratar del daño moral, el Dr. Gil Barragan Romero en su obra “Elementos del Daño Moral”, señala que la doctrina ha sido clara al expresar que la prueba en el plano extrapatrimonial es innecesaria, o en ocasiones imposible o sumamente difícil, pues el daño se trata de una situación que queda por lo general en el interior del individuo. Por esto el daño moral no requiere de una prueba directa de su existencia. El padecimiento de ese daño se deduce del hecho antijurídico que lo provoca y basta con LA VALORACION OBJETIVA DE LA ACCION ANTIJURÍDICA. Rige entonces el principio “in re ipsa” o “res ipsa loquitur” que traducida significa “la cosa habla por sí misma” (Barragan, 1995). Situación que ha sido acogida en su totalidad en la jurisprudencia, concretamente en sentencia de 4 de mayo del 2010, emitida por la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia y publicada en el Registro Oficial Suplemento 70, de 19 de Noviembre del 2013:

*“...La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu*



*rige el principio in re ipsa. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable. (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295). Finalmente, otro fallo que expresa: "La doctrina y jurisprudencia nos permiten establecer los siguientes elementos del daño moral y la acción: (...) 3) El daño moral no tiene una manifestación externa y por ello no se requiere una prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca. 4) El daño moral se ubica en el campo de la responsabilidad civil...". (Daño Moral, 2010) (ESILEC, 2014).*

Adicionalmente se debe tener en cuenta que el medio probatorio de gran trascendencia en este tema es el juramento deferido, pues este viene a ser el medio idóneo de acreditar la valoración del daño moral, así lo explica la III Sala Civil y Mercantil de la anterior Corte Suprema de Justicia, en la resolución de fecha 3 de junio de 1999, publicada en el Registro Oficial 272, de 8 de septiembre de 1999:

*"...La reparación de daños morales, que en el caso se reduce a un indemnización, para fijar su monto es aplicable el juramento deferido del perjudicado, en razón de que en la especie no existe otro medio para acreditar la estimación, disposición prevista en el Art. 166 del Código de Procedimiento Civil, y que está en concordancia con el Art. 1742, inciso segundo, del Código Civil, pues entre las pruebas de las obligaciones, se contempla el juramento deferido. Ahora bien de acuerdo con el último inciso del artículo innumerado antes citado de la ley por daño moral insertado en el Código Civil luego del Art. 2258, queda "a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización"...". (ESILEC, 2014), (Daño Moral, 1999)*

La numeración de los artículos indicados en el mencionado fallo, hoy en día corresponde, el art. 166 del Código de Procedimiento Civil al art. 162:

*"...Si constando de los autos probada la obligación, no hubiere medio de acreditar la estimación o importe de ella, o el valor de los daños y perjuicios, el juez podrá deferir al juramento del acreedor o perjudicado; pero tendrá en todo caso, la facultad de moderar la suma si le pareciere excesiva.". (ESILEC, 2014), (Código de Procedimiento Civil, 2005)*

El art. 1742, inciso segundo, del Código Civil, corresponde hoy al mismo inciso, del art. 1715: "...Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes.". (ESILEC, 2014), (Código Civil, 2005) Lo subrayado me pertenece.

Y el art. 2258 del Código Civil corresponde hoy al 2232:



*“La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”. (ESILEC, 2014), (Código Civil, 2005)*

## 5.2 Legitimación activa y pasiva

El artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial se ha encargado de regular este tema, en su parte pertinente reza:

*“...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.”. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)*

De esta norma tenemos que la legitimación activa se ve configurada cuando plantea la acción, cualquiera de los siguientes:

- 1) El perjudicado, esto es el afectado por el error judicial (el titular del Derecho o Derechos transgredidos).
- 2) El mandatario sea que intervenga por poder general, especial o procuración, lo importante es que esté autorizado para ello.
- 3) En los casos de incapacidad, la actuación se legitima con la intervención del representante legal.
- 4) Los herederos sucesores del perjudicado.
- 5) En el caso de las personas jurídicas tanto de Derecho público como privado, sus representantes legitimados, por ejemplo en el caso de una municipalidad, alcalde y procurador síndico.

La legitimación pasiva por su parte, se configura cuando la demanda se plantea en contra de todas y cada una de las siguientes autoridades:

- 1) El Presidente del Consejo de la Judicatura, por disposición del ya indicado artículo 32.



- 2) El Director General del Consejo de la Judicatura, quien por disposición de Código ibídem, es quien ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de la Función Judicial.

*“Art. 280.- FUNCIONES.- A la Directora o al Director General le corresponde:*

*(...)*

*2. Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la Función Judicial...”. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)*

- 3) Al Procurador General del Estado o a su delegado distrital o provincial, esto por disposición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado:

*“Art. 6.- De las citaciones y notificaciones.- Toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, procedimiento alternativo de solución de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado (...) La omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o procedimiento.*

*(...)*

*Las citaciones y notificaciones se harán en la persona del Procurador General del Estado o de los delegados distritales o provinciales del organismo.”. (ESILEC, 2014), (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004)*

Respecto a este tema considero importante hacer 2 precisiones:

- Que cuando entra en vigencia el Código Orgánico de la Función Judicial, disponía que la representación legal, judicial y extrajudicial del Consejo de la Judicatura la ejercía el Presidente de dicha entidad, sin embargo, por Resolución Legislativa No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 490 de 13 de Julio del 2011, se dispone que dicha función ha de ser ejercida por el Director General del Consejo de la Judicatura. Considero que si bien la norma es clara, dicha reforma al Código no toco al artículo 32, por lo que en aras a evitar posteriores complicaciones, yo considero conveniente que en la demanda se incluya a ambas autoridades, no dejando así paso a que se pretenda evitar responsabilidades por no haber citado al Presidente del Consejo.
- Que si bien la demanda no es dirigida en contra del servidor o servidores que intervinieron en los actos que se supone fueron violatorios de los derechos del perjudicado, sin embargo por disposición del artículo 32



citado, se debe tener presente que una vez citado el Consejo de la Judicatura, éste tiene la obligación de pedir al juzgado de la causa que se cuente con ellos como partes procesales. Siempre es conveniente mantenerse alerta a esta fase del proceso a fin de que se dé cumplimiento a la norma, esto con el fin de evitar nulidades procesales.

### 5.3 Competencia

La competencia para conocer las acciones en contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios y daño moral (de ser el caso), por error judicial la tienen los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el lugar del domicilio del perjudicado. Veamos el fundamento legal, en el Código Orgánico de la Función Judicial:

*“Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:*

*(...)*

*8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de 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;*

*9. 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, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal...”.* (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

*“Art. 32.- (...) 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.”.* (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009) Lo subrayado en las 2 normas precedentes me pertenece.





En el caso de existir varias salas en un mismo Tribunal Distrital, la competencia se radica por sorteo.

#### 5.4 Procedimiento

Por disposición del art. 32 *ibídem*, el trámite para el proceso contencioso administrativo por daños y perjuicios, es el establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tomando en cuenta las particularidades establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial. Guiándonos en la indicada normativa, tenemos:

El proceso inicia con la presentación de la demanda, la que debe ser calificada en el término previsto en el Código de Procedimiento Civil<sup>34</sup>, esto es en 3 días. Si la demanda resulta oscura, irregular o incompleta, el Juez Ponente ordenará que se la aclare, corrija, concrete o complete, en el término de 5 días se podrá solicitar una prórroga prudencial de hasta 8 días, e incluso más en circunstancias especiales.

Si no se da cumplimiento a lo ordenado, el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo. Si cumple, calificará y dispondrá la citación de los demandados.

El término para que las entidades demandadas contesten es de 20 días, por disposición expresa del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. (ESILEC, 2014), (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004) Citado el Consejo de la Judicatura, está en la obligación de pedir que se cuente como partes procesales con los servidores que hayan intervenido en los actos que se supone violaron Derechos del perjudicado. El término para que estos últimos comparezcan por interpretación analógica es el mismo.

Vencido el término para contestar, procede uno probatorio de 10 días, concluido el cual, se establece un similar de 12 días para dictar sentencia. Dentro del cual las partes procesales pueden presentar sus manifiestos en Derecho, por escrito o verbalmente, en estrados.

De la sentencia emitida, se pueden interponer recursos de aclaración y ampliación dentro de los 3 días subsiguientes a la notificación del fallo y el recurso extraordinario de casación, según la ley de la materia:

*“art.5.-...dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días.”* (ESILEC, 2014), (Ley de Casación, 2004)<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Por disposición del art. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Código de Procedimiento Civil es norma supletoria para todo lo no previsto en el primero de los cuerpos normativos nombrados. (ESILEC, 2014)

<sup>35</sup> Véanse anexos 1.1 y 1.2.



### Algunos aspectos procesales a saber:

- 1) Por regulación del inciso final del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cabe la reforma a la demanda y el cambio de acción, pero no en lo principal de la demanda, sin embargo si en aspectos de forma, como por ejemplo lugares de citación, nombres, etc.
- 2) Por la norma 57 del mismo cuerpo normativo, cabe el abandono si el proceso se suspendiera durante un año por culpa del demandante, aunque el Código de Procedimiento Civil aclara que no cabe abandono cuando el actor sea entidad o institución del sector público. El abandono tiene los mismos efectos que en el ámbito civil.
- 3) Durante el proceso contencioso administrativo se admiten todos los recursos horizontales que el Código de Procedimiento Civil establece.
- 4) Por el artículo 50, cabe desistimiento, y tiene los mismos efectos que en el ámbito civil<sup>36</sup>.
- 5) Por el artículo 27, en todos los casos las partes deben estar patrocinados por un abogado, de lo contrario, los Jueces no pueden dar trámite a ningún escrito ni aceptar intervención alguna.
- 6) La sentencia además de los requisitos generales, debe cumplir con 2 más, según el art. 32 del Código Orgánico de la Función Judicial: el primero, pronunciarse respecto de si hubo o no dolo o negligencia por parte del servido, y segundo, disponer que de haberlas, de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo para el respectivo reembolso (Derecho de Repetición).
- 7) La sentencia se ejecuta en la forma y términos que el Tribunal Contencioso Administrativo disponga, y en lo que no lo haya hecho, se somete al procedimiento general de ejecución del Código de Procedimiento Civil.
- 8) Por disposición del artículo 131 como una de sus facultades correctivas, el Tribunal, de considerar que existió error inexcusable del servidor judiciales, deberá declararlo y comunicar al Consejo de la Judicatura;
- 9) La sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo jamás puede, ni debe modificar el error judicial. Debe limitarse a establecerlo con claridad y precisión dentro del marco de una debida motivación.

(ESILEC, 2014), (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 1968), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009), (Código de Procedimiento Civil, 2005)

---

<sup>36</sup> Es desistimiento se somete a reglas especiales en el caso de instituciones públicas, véase el art. 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.



Para concluir, cabe mencionar que si un proceso judicial se ha seguido como se ha planteado en este capítulo, y si concurren:

- Providencia contentiva de una falencia.
- Nexo causal
- Ausencia de los eximentes de responsabilidad.
- Daño.

Todos ellos dentro de las características que en capítulos anteriores se han indicado, únicamente corresponde al órgano jurisdiccional declarar con lugar la pretensión, esto dentro de la lógica y el Derecho.

### 5.5 Prescripción

El capítulo III del Código Orgánico de la Función Judicial, establece en el artículo 32 de manera totalmente clara que las reclamaciones por concepto de error judicial, prescriben en el plazo de cuatro años contados desde que se realizó el último acto violatorio al Derecho(s) del perjudicado. (ESILEC, 2014), (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Adicionalmente debe tenerse presente que, independientemente del tiempo transcurrido, las violaciones (graves) de Derechos Humanos y los Delitos de Lesa Humanidad ocurridos entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008, serán asumidas por el Estado Ecuatoriano, dicho de otra manera, las severas transgresiones a Derecho Humanos ocurridas en el citado periodo y documentadas por la “Comisión de la Verdad” originan la responsabilidad del Estado y su deber de repararlas de manera integral:

*“Art. 2.- Reconocimiento de responsabilidad del Estado.- El Estado ecuatoriano reconoce su responsabilidad objetiva sobre las violaciones de los derechos humanos documentadas por la Comisión de la Verdad y reconoce que las víctimas sufrieron vulneraciones injustificables contra su vida, libertad, integridad y dignidad por lo que debe garantizarse (...) el derecho al conocimiento de la verdad de los hechos, a la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos ocurridos.*

*El Estado ecuatoriano 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 documentados por la Comisión de la Verdad y reparará de manera integral a las personas que hayan sufrido vulneraciones y violaciones de los derechos humanos.”. (ESILEC, 2014), (Ley para la Reparación de las Víctimas y la Judicialización de Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos de Lesa Humanidad Ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008, 2013)*

## Anexos

### Anexo 1: Resolución de casación en relación al error judicial, publicada en Gaceta Judicial año CIII, serie XVII, No. 10, página 3134.

*Gaceta JUDICIAL*

sufrimiento psíquico experimentado minuto a minuto y durante todos los días de mi detención, lo que ha ocasionado también el desprecio y descrédito sufridos, fundando su demanda además en el Art. 2 de la Ley Reformatoria del Código Civil, sobre reparación de daños morales. La cuantía indica que por el momento es indeterminada, pero añade que el monto de la indemnización no puede ser en ningún caso inferior a cinco mil millones de sucres, señalando el trámite ordinario que debe darse a esta su demanda de indemnización y pidiendo que se cuente con el Procurador General del Estado Ecuatoriano, cuya acción la dirige contra él. Citado con la demanda el señor Procurador General del Estado, se presenta por intermedio del Director Nacional de Patrocinio del Estado y Delegado de dicha Entidad estatal, deduciendo las siguientes excepciones: 1) Incompetencia del Juez para conocer y juzgar la presente causa; 2) Falta de legítimo contradictor en razón de haberse prescindido del funcionario judicial que supuestamente vulneró sus derechos; 3) Incompatibilidad de acciones pues el accionante plantea confusamente tres acciones: La de indemnización contemplada en el Art. 22 de la anterior Constitución, no obstante lo cual plantea esta acción para establecer que el Estado, es civilmente responsable y una vez que los jueces hubieren determinado esta responsabilidad civil, debería haber pedido la liquidación de daños y perjuicios; los daños y perjuicios contemplados en el Art. 1031 a 1039 del Código de Procedimiento Civil, prevista en contra de funcionarios judiciales; y, la acción de daño moral; 4) Que la acción constitucional indemnizadora que señala el Art. 22, no tiene trámite fijado por la ley por lo que debería sujetarse al ordinario, radicándose la confusión del actor al plantear el juicio por daño moral que también tiene trámite ordinario, pero una y otras acciones son compatibles; 5) Alega plus petitto pues en el ejercicio de su imaginación el actor fija la demanda en cinco mil millones de sucres, aunque expresa que los derechos como los de libertad, son invalorables, añadiendo que el Código Civil al referirse al daño moral (Art. 2258 reformado), dice que quedaría a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización atenta a las circunstancias, y tomando en cuenta el contexto del proceso seguido en su contra en el Juzgado Sexto de lo Penal, se desprende que es un comerciante minorista de ganado, enjuiciado varias veces por abigeato, que tiene un juicio de abigeato que se halla en apelación en la Corte Superior de Justicia de Chimborazo y que a los supuestos perjuicios tendría que justificarse con la declaración del impuesto a la renta hecho en los años anteriores a la demanda. Por su parte el doctor José Daniel Redrován Granda, en su calidad de Delegado Distrital de la Procuraduría General del Estado en la provincia de Chimborazo, contesta a la demanda deduciendo las siguientes excepciones. Incompetencia del Juez, para conocer y juzgar la presente causa; falta de legítimo contradictor, incompatibilidad de acciones. Trabada así la litis y dada a la causa el trámite ordinario, el Juez de primer nivel dicta sentencia, de la misma que recurre el actor y se adhiere el Delegado Distrital de la Procuraduría General del Estado, únicamente en lo que se refiere a que se fijen las costas en razón de haber hecho litigar al Estado indebidamente. Radicada la competencia en esta Sala en virtud del sorteo que antecede, para resolver se considera: **PRIMERO.-** El proceso es válido, puesto que se han cumplido con las solemnidades sustanciales comunes a esta clase de procesos. **SEGUNDO.-**

El actor comparece demandado al Estado ecuatoriano, para que se le pague una indemnización de cinco mil millones de sucres, por cuanto aduce que estuvo privado de su libertad por ciento once días, aduciendo que es una reparación pecuniaria de daño moral y derechos humanos vulnerados por un Juez Penal fundamentando su petición en el Art. 22 de la Constitución Política del Estado. **TERCERO.-** El Art. 22 de nuestra Constitución Política establece que "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 normas establecidas en el artículo 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el Juez o funcionario responsable. **CUARTO.** Según el actor, el Juez Penal de Chimborazo con asiento en Pallatanga vulneró sus derechos al ordenar su detención y posteriormente lo llamó a juicio plenario, siendo el Tribunal Segundo de lo Penal, después de la audiencia pública de juzgamiento el que dicta sentencia absoluta, declarando la denuncia, como falsa y temeraria. **QUINTO.-** La acción de daños y perjuicios tiene lugar contra el Juez o Magistrado que, en el ejercicio de su función causare perjuicio económico a las partes o a terceros interesados por retardo o denegación de justicia, por quebrantamiento de leyes expresas... según lo dispone el Art. 1031 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, para que proceda la indemnización de daños y perjuicios que establecen los Arts. 20, 21 y 22 de la Constitución, es menester establecer conforme a derecho la responsabilidad del Estado en la supuesta, violación de los derechos de un ciudadano. No puede confundirse, además, la acción de indemnización con la de daño moral pues son incompatibles. **SEXTO:** El daño moral es un aspecto subjetivo que requiere de una demostración incontestable de haberlo sufrido por algún acto de la Función Jurisdiccional y en este proceso no hay ninguna constancia de autos de aquello, por otra parte y por el contrario, se ha demostrado que el actor no es una persona que haya guardado una conducta intachable sino todo lo contrario; habiendo una clara intención de solicitar una cuantiosa indemnización sin ningún sustento jurídico, por lo que sin otras consideraciones, esta Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, confirma la sentencia recurrida sin costas. Notifíquese.

f) Drs. Hugo Mancero Carrasco.- Aurelio Pontón A.- Guido Moncayo C.

**RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 29 de julio de 2002, a las 11h00.-

**VISTOS (281-2001):** Juan Alberto Encalada Ambi dice que Juan José Cepeda Curillo le demandó ejecutivamente el pago de una letra de cambio; que en esas circunstancias el Juez Sexto de lo Penal de Chimborazo en la ciudad de Pallatanga recepta una denuncia verbal en contra del exponente por no pagar dicha letra de cambio, pero que el mentado señor Juez... en vez de inhibirse conforme procede en derecho, por tratarse de un asunto civil, no previsto en la Ley Penal como delito; la acepta al trámite transgrediendo

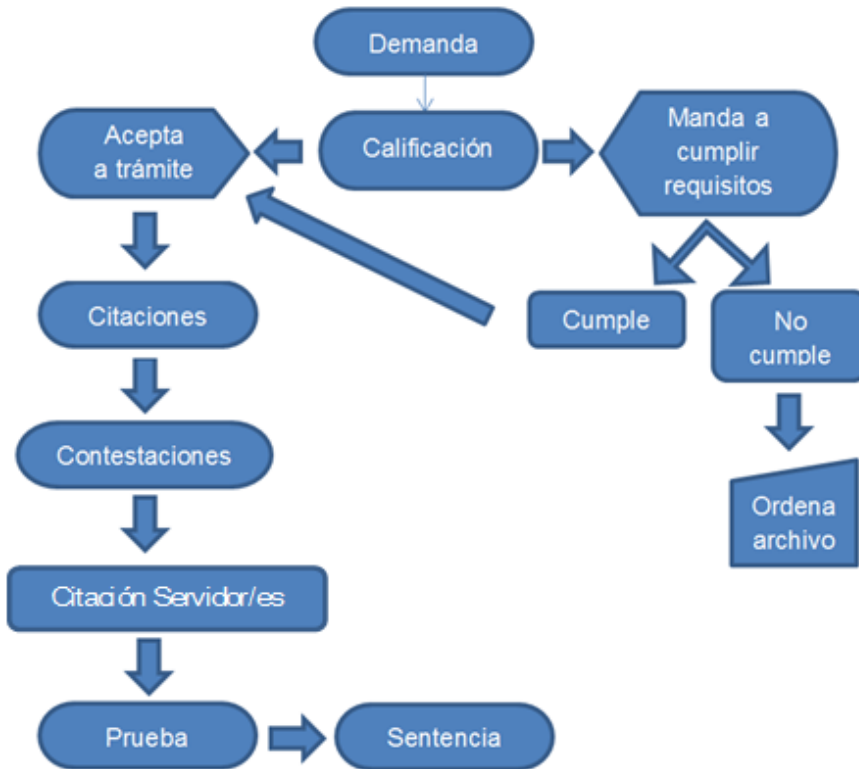
expresamente la Garantía Constitucional prevista en el literal (C) del numeral 19 del Art. 22 de la Constitución Política entonces vigente (Numeral 1.- del Art. 24 de la Constitución Política que actualmente rige)". Añade que el 2 de febrero de 1998 se ordena la prisión preventiva del compareciente, razón por la cual ha permanecido recluido hasta el 23 de mayo del propio año. Manifiesta también que el expresado Juez dicta en su contra auto de apertura del plenario, y que el exponente solo pudo recuperar su libertad cuando el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo dictó sentencia absolutoria a su favor. Por fin, manifiesta que el Estado ecuatoriano tiene la obligación jurídica de indemnizarle por los daños y perjuicios que le ocasionó el Juez Sexto de lo Penal de Chimborazo; que tal obligación consta en los Arts 23, 24 y 25 de la Constitución Política vigente al momento de perpetrarse el daño, y que actualmente consta en los Arts. 20, 21 y 22 de dicha Constitución. Con estos antecedentes, demanda en juicio ordinario la indemnización de daños y perjuicios al Estado ecuatoriano, así como la reparación pecuniaria del daño moral que le ocasionó la sustanciación del ilegal proceso, y la reparación del daño moral por el sufrimiento psíquico experimentado. Se funda también en el Art. 2 de la Ley reformativa del Código Civil sobre reparación de daños morales. Dirige la demanda contra el Estado ecuatoriano, pidiendo que se cite al señor Procurador General del Estado. El señor Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pallatanga desecha la demanda. La Primera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Chimborazo confirma la decisión de primer nivel. Juan Alberto Encalada Ambi ha interpuesto recurso de casación contra el pronunciamiento de dicho Tribunal. Considera infringidos los Arts. 22 de la Constitución Política Vigente, 2241, del Código Civil y el primer artículo innumerado que consta en el Art. 2 de la Ley reformativa del Código Civil sobre reparación de daños morales. Invoca la causal primera del Art. 3 de la ley de la materia. La contraparte contestó en los términos del escrito que obra a fojas 4-6 de este cuaderno. Con estos antecedentes, para resolver, se considera: PRIMERO: El Art. 22 de la Constitución Política establece la responsabilidad civil del estado en los casos de error judicial. El error judicial de que trata el Art. 22 de la Constitución tiene que ser inexcusable; no puede ser el simple error de aplicación, de interpretación, de criterio, porque sería exigir la perfección que en el orden humano es inalcanzable, y contraría aquel principio de *humanum errarum est*. Si el juez consideró que había delito y el Tribunal Penal estimó que se trataba de un asunto civil, no sería sino el caso frecuente, diario, si se quiere, de diversidad de opiniones; lo cual es normal no sólo en el campo jurídico, sino en el mundo en general. La jurisprudencia española reafirma este criterio, cuando al tratar de error judicial dice: " Esta Sala ha entendido en repetidas ocasiones -sentencias de 27 de noviembre de 1987, 29 de enero, 13 de abril y 16 de junio de 1987, 29 de enero, 13 de abril y 16 de junio de 1988, entre otras-, dada la naturaleza especial, determinada porque el mismo procede para su apreciación, respecto de las sentencias que hayan obtenido firmeza, cuando abiertamente, fuera de los cauces legales, se omiten o se parte de hechos distintos a los enjuiciados y sobre los que el Juzgado ha tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales, incurriendo no en una interpretación errónea tanto fáctica como jurídica, sino más bien y desde la óptica de la más

pura objetividad, claramente arbitraria, de incurria o desaplicación y decisiones ilógicas o absurdas contrarias a la normalidad del proceso, que de esta manera se desvía de su orden de libertad y garantías a los derechos de los que los integran como parte". "d) El error judicial no dimana de la simple revocación o anulación de las resoluciones judiciales, debiéndose entender por 'error judicial' toda decisión o resolución, dictada por los órganos de la Administración de Justicia, injusta o equivocada, pero el yerro debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan 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 Angel Yáñez, p. 492, 493).- Hay comentaristas que creen que tal error debe ser decidido en el plano contencioso administrativo: "En estos supuestos se debe probar la culpa o dolo del funcionario. De esta manera aparece el tratamiento de la responsabilidad del estado desde el derecho público y se fija además que debe ser la jurisdicción contenciosa administrativa la que resuelva los procesos en que se demanda la responsabilidad del Estado por parte de particulares, en los casos señalados en el Art. 22 de la Constitución Política". (Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la responsabilidad Extracontractual del Estado, Dr. José C. García Falconi, p. 172-173).- SEGUNDO: Se alega también que no se ha aplicado el Art. 2241 del Código Civil, según el cual "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito; pero en el presente caso no (Sic) siquiera se ha mencionado la comisión de un delito o cuasidelito.- TERCERO: Las mismas consideraciones del considerando Primero sirven para declarar sin lugar la alegación de que no se ha aplicado el Art. 2 inciso segundo agregado al Art. 2258 del Código Civil, pues, no existe la evidencia de que la prisión ordenada por el Juez haya sido ilegal o arbitraria. Al parecer, el recurrente considera que -porque el Tribunal de lo Penal revocó el auto del Juez-, ello implica que lo ordenado por aquel fue ilegal, arbitrario e inconstitucional, tesis que no comparte esta Sala y llevaría al absurdo de que cada vez que se revoca una providencia dictada por un Juez inferior, éste ha violado la Constitución y la ley y por ello debe responder el Estado ecuatoriano. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se deniega el recurso de casación interpuesto. Sin costas ni multa. Notifíquese.

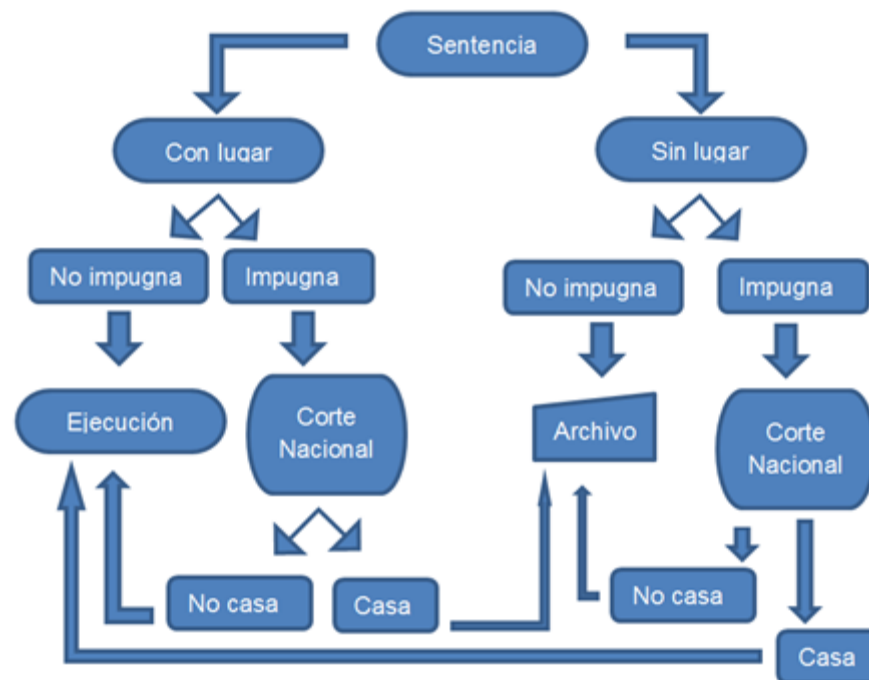
f) Drs. Galo Pico Mantilla.- Estuardo Hurtado Larrea.- Rodrigo Varea Avilés.

**Anexo 2: Diagrama Procedimental**

**Anexo 2.1**



**Anexo 2.2**





## Bibliografía

- Daño Moral (III Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador 3 de junio de 1999).
- DAÑO MORAL (II Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador 28 de febrero de 2001).
- CUASIDELITO: DAÑO O PERJUICIO POR CULPA (I Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador 29 de octubre de 2002).
- Error Judicial (Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador 29 de julio de 2002).
- DAÑO MORAL (II Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador 21 de junio de 2007).
- INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EL ESTADO POR ACCION DE SUS EMPLEADOS, 62-2005 (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 11 de Abril de 2007).
- INDEMNIZACION POR REMOCION DE CARGO (Sala Contencioso Administrativa 16 de noviembre de 2007).
- Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de agosto de 2008).
- Daño Moral (I Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador 21 de mayo de 2008).
- Daños y Perjuicios (Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador 10 de septiembre de 2009).
- DAÑOS Y PERJUICIOS (Sala de lo Contecioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador 10 de septiembre de 2009).
- Responsabilidad Civil, 211 (SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA 10 de diciembre de 2009).
- Daño Moral, 264-2010 (Sala de lo Civil, Mercanti y Familia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador 4 de mayo de 2010).
- Tramite Disciplinario (Consejo Nacional de la Judicatura del Ecuador 20 de abril de 2012).



Responsabilidad Civil Culposa (Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador 19 de marzo de 2013).

Aguirre, V. (17 de junio de 2013). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 2014, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2013/06/17/tutela-judicial-efectiva>

Alessandri, A. (1987). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Imprenta Nacional.

Anders, V. (2014). *Etimologías de Chile*. Recuperado el 8 de Septiembre de 2014, de <http://etimologias.dechile.net/>

Arévalo, H. (1999). *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.

Barragan, G. (1995). *Elementos del Daño Moral*. Quito: EDINO .

Bermúdez, M. (1998). *Responsabilidad de los Jueces y del Estado*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Cabanellas de la Torre, G. (2014). *Scribd*. Recuperado el 2014, de <http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres>

Cassagne, J. (2014). *Cassagne Abogados*. Recuperado el 5 de octubre de 2014, de <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones.htm>

Celi, E. (2014). *Grupo EL COMERCIO*. Recuperado el 6 de noviembre de 2014, de <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/seguridad/judicatura-endurecio-control-disciplinario-de.html>

Congreso de la República de Colombia. (1996). *oas.org*. Recuperado el 2014, de [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_col\\_ley\\_270\\_sp.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf)

Contreras, C. (2009). *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Parlamento LTDA.

Cordero, P. (2015).

Córdova, P. (14 de julio de 2014). *Diario EL Telégrafo*. Recuperado el 2014, de <http://www.telegrafo.com.ec/justicia/item/regimen-disciplinario-error-inexcusable-e-independencia-judicial.html>

Diario El Universo. (27 de noviembre de 2013). *El Universo*. Recuperado el noviembre de 2014, de





<http://www.eluniverso.com/noticias/2013/11/27/nota/1827101/jalkh-quitar-error-inexcusable-necesita-reforma>

ESILEC. (2014). Lexis S.A. Recuperado el 5 de octubre de 2014, de [http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITUCION\\_POLITICA\\_DEL\\_ANO\\_1906&query=constitucion%201906#Index\\_tccello\\_0](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITUCION_POLITICA_DEL_ANO_1906&query=constitucion%201906#Index_tccello_0)

Española, R. A. (s.f.). <http://lema.rae.es/drae/>. Recuperado el 8 de septiembre de 2014, de <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>

Espinosa de Rueda, M. (2003). Responsabilidad por el Funcionamiento de la Administracion de Justicia. *Actualidad Administrativa*, 311.

Exodo, Y. (1512 A.C. aproximadamente). El código de la alianza. *Biblica*. Navarra, España: Ediciones Paulinas verbo Diino.

García, H. (1997). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Indemnización por Error Judicial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

García, J. (24 de noviembre de 2005). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 2014, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2005/11/24/queacutereserjuezycomodebe>

García, J. (24 de noviembre de 2005). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 2014, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoopenal/2005/11/24/por-error-judicial>

García, J. (16 de enero de 2013). *Derecho Ecuador*. Recuperado el noviembre de 2014, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2013/01/16/el-error-inexcusable-en-el-ordenamiento-juridico-nacional-e-internacional>

López, J. (2007). *Responsabilidad del Estado por Error Judicial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

López, M. (año desconocido). *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado el 2014, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/30.pdf>

Machuca, K. (2012). Apuntes de Derecho Procesal Civil I.



- Maiorano, J. (2008). La Responsabilidad del Estado por Error Judicial. En V. Autores, *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires-Argentina: RUBINZAL-CULZONI EDITORES.
- Marroquín, J. (2001). *EL ERROR JUDICIAL INEXCUSABLE COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA*. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Mazeaud, H. y. (2008). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Santiago de Chile: Parlamento Ltda.
- Meza, R. (1979). *Manual de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Morales, J. (1995). *Teoría general de las Obligaciones*. Quito: PUDELECO Editores S.A. .
- Morán, R. (2009). *El daño*. Guayaquil: Edilex S.A.
- Naciones Unidas. (marzo de 2008). *Naciones Unidas*. Recuperado el 2014, de [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)
- Nora, C. (2014). *G&B ASESORES*. Recuperado el 28 de 09 de 2014, de [http://www.gbasesores.com/reflexiones/biblia/ley\\_talion.htm](http://www.gbasesores.com/reflexiones/biblia/ley_talion.htm)
- Ospina, A. (2003). La Responsabilidad del estado en los Fallos de la Corte Constitucional. En V. Autores, *IV JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO* (págs. 523-579). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Palacios, V. (30 de junio de 2014). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 28 de enero de 2015, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopublico/2014/06/30/responsabilidad-objetiva-del-estado>
- Palacios, V. (30 de julio de 2014). *Derecho Ecuador*. Recuperado el enero de 2015, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopublico/2014/06/30/responsabilidad-objetiva-del-estado>
- Real Academia Española. (2014). *Real Academia Española*. Recuperado el 2014, de <http://www.rae.es/>
- Rodriguez, L. (11 de febrero de 2009). *Monografias.com*. Recuperado el 5 de octubre de 2014, de



<http://www.monografias.com/trabajos67/responsabilidad-derecho/responsabilidad-derecho2.shtml>

Serrano, F. (2003). *MODULO DE DERECHO CIVIL RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL*. Cuenca: s/e.

Universidad de los Andes. (2014). Recuperado el 2014, de [http://alinee.uniandes.edu.co/ava/AVA\\_200610\\_Derecho\\_Hipertexto/doku.php?id=dano\\_emergente\\_-\\_perjuicio\\_material](http://alinee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=dano_emergente_-_perjuicio_material)

Wikipedia. (2014). *Wikipedia*. Obtenido de <http://es.wikipedia.org/wiki/Ulpiano>

Zavala, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil-Ecuador: Edilex S.A.

#### Otros sitios web:

<http://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/8607/1/Responsabilidad%20por%20el%20funcionamiento%20de%20la%20Administraci%C3%B3n%20de%20Justicia.pdf>

<https://www.buscatdh.bjdh.org.mx/Paginas/results.aspx?k=error%20inexcusable>

<https://www.buscatdh.bjdh.org.mx/Paginas/results.aspx#Default=%7B%22k%22%3A%22%22%2C%22r%22%3A%5B%7B%22n%22%3A%22WordCustomRefiner1%22%2C%22t%22%3A%5B%22%5C%22%2C%22%2C%22%5D%22%22o%22%3A%22OR%22%2C%22k%22%3Afalse%2C%22m%22%3A%7B%22%5C%22%2C%22%2C%22%5D%22%22%3A%22A.Instrumentos%20Internacionales%22%7D%7D%5D%7D>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2402/7.pdf>

Lexis S.A; <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>:

- Constitución Política de la República del Ecuador, 1967
- Constitución Política de la República del Ecuador, 1979
- Constitución Política de la República del Ecuador, 1998
- Constitución de la República del Ecuador, 2008
- Código Civil Ecuatoriano, 1860
- Código Civil Ecuatoriano, 2005
- Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, 2005
- Código Orgánico de la Función Judicial, 2009
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 1968
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004



- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 1984
- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1999
- Ley para la Reparación de las Víctimas y la Judicialización de Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos de Lesa Humanidad Ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008, 2013