



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

BOLETÍN INSTITUCIONAL



Eje central

La responsabilidad objetiva
del Estado

Aportes

Jueces distritales de Azuay, Loja
y Manabí

Invitado

Dr. Ernesto Samper Pizano
Creación de una Corte Penal de
Suramerica. Una propuesta de Ecuador

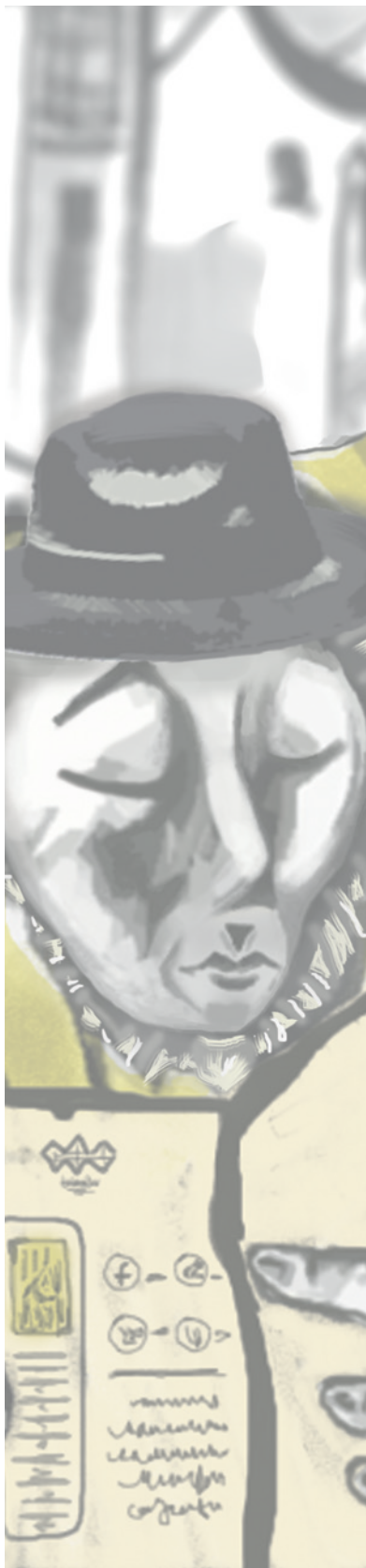
Destacado

*Boletín Institucional cumple
4 años de publicación ininterrumpida*

No.25
Aniversario
Edición gratuita

Septiembre - octubre 2016

ÍNDICE



Las opiniones vertidas en las secciones 2 - 3 - 4 - 5 - 7 - 8 - 9 del presente Boletín son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

PRESIDENCIA DEL DR. CARLOS M. RAMÍREZ ROMERO

Coordinación:
María Fernanda Encalada H.

Revisión y edición:
Juan Montaña Pinto.

Diseño y fotografía:
Unidad de Relaciones Públicas y Comunicación Social.

Impresión:
Unidad de Biblioteca, Gaceta Judicial y Museo.

1

Presentación

Dr. Carlos M. Ramírez Romero
Edición especial de aniversario
Pág.3

2

Aportes al derecho

Artículos de jueces distritales
Pág.4-9

3

Reflexión

Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
La responsabilidad objetiva del Estado en la
jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia
Pág.10-17

4

Invitado

Dr. Ernesto Samper Pizano
Creación de una Corte Penal de Suramerica
Una propuesta de Ecuador
Pág.18-19

5

La Corte responde

Consultas absueltas por la Presidencia y la Sala de
lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.
Pág.20-23

6

En el Pleno

Consultas absueltas por el Pleno de la Corte
Nacional de Justicia
Pág.24

7

Precedentes jurisprudenciales

Dr. Juan Montaña Pinto
Comentario a los precedentes obligatorios que la CNJ
ha expedido a partir de sus fallos de triple reiteración.
Pág.25

8

Noticias

Boletín Institucional cumple 4 años
Comisión de Coordinación y Seguimiento de la CJ
Consultas al servicio ciudadano
Pág.26-27

9

Literatura jurídica

La responsabilidad extracontractual del Estado
Responsabilidad del Estado y sus regímenes
Pág.28

10

Cortes provinciales

Dr. Marco Rodríguez Ruíz
Los regímenes de responsabilidad
Pág.29

11

Consejo de la Judicatura

Banco Interamericano de Desarrollo destaca
trascendencia regional del proceso de
transformación judicial en Ecuador
Pág.30

12

Galería

Eventos interinstitucionales
Eventos protocolarios
Producción editorial
Pág.31

Presentación

Aquellos que estudiamos en el Ecuador hace algunos años aprendimos de nuestros maestros de derecho civil que para que prosperara una pretensión resarcitoria por culpa extracontractual o aquiliana era necesaria la concurrencia de cuatro elementos esenciales: en primer lugar la existencia de una acción u omisión humana; en segundo término que como resultado de esta acción humana se hubiera producido un daño, lesión o afectación a bienes o derechos de terceros; en tercer lugar, la culpa del agente debido a la falta de previsión o impericia del causante; y por último, la existencia de una relación causal entre la conducta y el resultado lesivo o dañoso. Esta tesis inicial de responsabilidad extracontractual centrada en la culpa del agente ha sido muy importante a lo largo de los siglos y particularmente después de la expedición del código civil francés y sus herederos a lo largo de Europa y América; pero ha generado también importantes contestaciones en cuanto al elemento de la culpa y también respecto de la necesaria antijuridicidad de la conducta como elementos esenciales de la responsabilidad, al punto de que poco a poco la prueba de la culpa ha dejado de ser el elemento central de los procesos en los que se debate la responsabilidad extracontractual, hasta llegar a un régimen de responsabilidad objetiva donde la culpa no tiene ninguna participación.

En el caso ecuatoriano este tránsito entre estas dos concepciones de responsabilidad del Estado se materializó con la promulgación de la Constitución de 1998, la cual en su artículo 20 determinaba que: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos", disposición que en los sustancial fue reproducida con leves cambios por la actual constitución en su artículo 11.9 inciso 2, y que ha sido desarrollada extensamente en el caso particular de la responsabilidad por daños ambientales definida por el artículo 396 de la misma Constitución, que determina que "la responsabilidad ambiental es objetiva y que en tal virtud todo daño al ambiente implica la obligación de restaurar íntegramente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas."

Ahora bien, este cambio copernicano todavía no ha sido apropiado del todo debido a que en muchos casos seguimos anclados a los conceptos y presupuestos de la responsabilidad subjetiva o con culpa establecidos en el título y XXXIII del Código civil; y por lo tanto es deber de todos, pero particularmente de la Corte Nacional generar los canales necesarios para garantizar la discusión y efectivo entendimiento del nuevo régimen jurídico de las obligaciones estatales.

Con ese propósito, habiendo llegado a nuestro número de aniversario consideramos pertinente hacer un análisis sucinto pero profundo de la figura de la responsabilidad objetiva del Estado, así como una panorámica de los distintos regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado. En ese contexto, en nuestra conocida sección Aportes al derecho el doctor Javier Cordero, presenta un examen del tratamiento de la culpa en la jurisprudencia contencioso administrativa ecuatoriana, enfatizando que el origen de la responsabilidad no se encuentra tanto en la ilicitud o antijuridicidad de los actos o hechos, sino en la injusticia de los efectos frente a los derechos de las personas, sus bienes o el ambiente. Por su parte la doctora María Augusta Montaña hace un recorrido por la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado, concluyendo que si bien en el actual régimen objetivo el daño es la columna vertebral del régimen de responsabilidad, en todo caso a lo largo de la historia jurídica de nuestro país la culpa jugó un papel esencial en la determinación de los responsables del daño, culpa que en un momento dado de esa

evolución llegó a ser presumida por el legislador con la consecuencia del cambio en la carga de la prueba. La doctora María Antonieta Delgado hace un análisis objetivo en el COGEP para lo cual examina tanto el régimen constitucional como los elementos que el nuevo código adjetivo trae sobre la responsabilidad. Ahora bien, aparte de la claridad de la exposición la principal virtud del aporte de la doctora Delgado a nuestro boletín es el análisis jurisprudencial que acompaña que le dan al tema una innegable actualidad.

En la sección *Reflexión* el magistrado de la Corte Nacional doctor Álvaro Ojeda Hidalgo desarrolla el artículo central del boletín y hace un análisis exhaustivo de la responsabilidad objetiva estatal en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, que incluye el examen de toda la línea jurisprudencial de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte sobre la materia, incluyendo el estudio de los votos salvados, del propio doctor Ojeda.

En nuestra sección *Invitado* tenemos el privilegio y el enorme agrado de contar con la colaboración de Ernesto Samper, actual secretario general de UNASUR, quien nos da su punto de vista sobre la propuesta ecuatoriana de creación de una corte penal sudamericana, propuesta que entre otras cosas fue oficializada en días pasados en la sede del organismo interestatal en la mitad del mundo.

Nuestra sección habitual *La Corte responde* presenta importantes cambios, a partir de esta edición, la sección se ha dividido temáticamente de tal suerte que además de encontrar las tradicionales respuestas en materia penal y civil y mercantil, ahora también contamos con respuestas a interrogantes de los jueces ecuatorianos en materia contencioso administrativa y laboral; y, esperamos que en breve tiempo tener orientaciones en materia de familia, niñez y adolescencia. En el caso de la materia laboral la sección tiene el valor añadido de haber sido asumida por la propia presidenta de la Sala de lo Laboral y presidenta subrogante de la Corte Nacional, doctora Paulina Aguirre, quien con su conocida solvencia jurídica da solución a algunos interrogantes muy extendidos entre nuestros jueces y operadores jurídicos.

En nuestra sección de *Noticias* hemos decidido reseñar como acontecimiento central el cuarto aniversario de nuestra publicación, que fue creado como herramienta de comunicación e instrumento de transparencia y control de nuestra labor cotidiana como jueces nacionales, y que en los últimos números ha sufrido importantes transformaciones para hacerlo cada día más útil en materia jurídica.

De igual forma mantenemos nuestra habitual sección *Cortes Provinciales* con los aportes e inquietudes de los judiciales de nuestras queridas provincias. En este caso del presidente de la Corte Provincial de Pichincha. Espero, sinceramente, que este enorme esfuerzo intelectual e institucional sea de provecho para todos los operadores jurídicos de nuestro país.

Dr. Carlos M. Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia



Aportes al derecho



Dr. Javier Cordero López
Juez del Tribunal Distrital de lo
Contencioso Administrativo
de Azuay

En un Estado Social de Derecho y más aún en un Estado constitucional de derechos y justicia, es evidente que la responsabilidad de los poderes públicos es una consecuencia ineludible de su esencia pues tiene en la justicia a uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Javier Indalecio Barraza, en su obra Responsabilidad Extracontractual del Estado señala: “El fundamento de la responsabilidad estatal, dentro de un estado de derecho reside en la justicia y la seguridad jurídica, siendo la obligación de indemnizar corolario lógico de la garantía constitucional”

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 11 numeral 9 reconoce la responsabilidad objetiva del Estado, entendida como tal a aquella en donde no se debe probar la culpa pues así lo manda la norma constitucional cuando señala que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y más adelante la propia norma señala que el Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño

La culpa en la responsabilidad extracontractual del Estado

producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas; por lo tanto, se parte del fundamento de que el Estado es el sujeto de responsabilidad extracontractual, ya sea que lo preste a través de sus diferentes entidades u órganos o cuando los servicios públicos los dé a través de concesionarios o delegatarios, teniendo presente que el Estado debe ejercer de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido.

Por lo tanto el actual modelo constitucional adopta, como se señaló anteriormente, como premisa la responsabilidad objetiva, que es un tipo de responsabilidad civil que se produce con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable. Si la responsabilidad subjetiva se funda exclusivamente en la existencia de culpa por parte de un sujeto, en donde lo que se requiere, para que se aplique la sanción, es que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta antijurídica, mientras que en la responsabilidad objetiva o por resultado se da cuando se es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico; por lo tanto, no se requiere que se cumpla con demostrar la existencia de la culpa. Ver: https://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_objetiva.

Al respecto el doctor Ernesto López Freire, en la obra La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador, opina que “La responsabilidad entraña la obligación de responder de todo perjuicio que se cause y que sufra una persona sin tener obligación legal para ello, siempre y cuando el daño provenga del ejercicio de la función pública o del concesionario o delegatario de un servicio público”; el mismo autor más adelante señala: “todo daño causado por los dignatarios públicos, por sus delegatarios o concesionarios, hiere el deber del Estado de proteger a las personas y a los bienes. Por esa razón no es la causa del daño lo ilícito, sino el perjuicio en sí (...) no siendo menester que se examine si el acto estuvo motivado por el

dolo o la culpa de quien actuó (...) La responsabilidad objetiva del Estado no es un asunto sujeto a las reglas del Derecho Privado o del Código Civil, es un asunto constitucional, sujeto al cumplimiento irrestricto de sus más altos valores y principios y, desde esa perspectiva, sujeto al Derecho Administrativo, en cuanto este es el brazo ejecutor de la Constitución”.

El Consejo de Estado colombiano, en sentencia del 30 de septiembre de 1960, establece como bases jurídicas de la responsabilidad estatal, la teoría estrictamente de derecho público, es decir, que para deducir la responsabilidad de la administración no se debe acudir a las normas del Código Civil, sino a las normas de derecho público, señalando: “Estima el Consejo de Estado que la responsabilidad del Estado en la materia como la que ha originado la controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo, en vista de la diferencias sustanciales existentes entre este y el derecho civil...” (Responsabilidad del Estado por Error Judicial, López Morales Jairo; 2007)

En la obra El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social y Sus Instituciones Tutelares, el doctor Luis Humberto Abarca Galeas señala: “La responsabilidad objetiva constituye una garantía constitucional porque se la impone como una obligación jurídica Constitucional a quienes tiene bajo su dependencia las personas que violaron los derechos humanos en el ejercicio de sus atribuciones, sin que tenga trascendencia el aspecto subjetivo de la violación del derecho, por lo que basta la verificación objetiva de la violación para que el daño sea indemnizado”

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en su fallo del 21 de julio de 2008, (Juicio 553-2006 Gerardo Antonio Ruiz Navas contra el Ministerio Público) indica que “El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de

Aportes al derecho

sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de Corte Nacional de Justicia en la resolución del 24 de agosto del 2012, causa No. 246-2012, manifiesta que: "La responsabilidad extracontractual del Estado se integró al ordenamiento jurídico ecuatoriano en la Constitución que entró en vigencia en agosto de 1969, en el artículo 27, y luego se ha mantenido casi sin variaciones mayores en las demás Constituciones, hasta culminar en la actual, cuyos artículos 11, número 9, inciso primero y segundo; 53; 54; 97; 172 y 233 cubren todas las posibilidades.. Al respecto, la responsabilidad extracontractual del Estado surge cuando el daño o perjuicio causado no tiene su origen en una relación contractual, sino en cualquier otro tipo de actividad. La responsabilidad extracontractual, se le ha definido como "aquella que existe cuando una persona causa, ya por sí misma, ya por medio de otra de la que responde, ya por una cosa de su propiedad o de que se sirve, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido". A los artículos antes citados se deben añadir los artículos 66 y 314 IBIDEM; por lo tanto, la reparación de los daños que se pudieren causar a las personas por el desarrollo regular o irregular, normal o anormal de la administración, funcionamiento tardío, incompleto o inexistente del servicio, sin que importe la conducta del servidor o servidora, al administrado le asiste el derecho para acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para reclamar por aquel daño causado. Ahora bien, bajo esa perspectiva señalamos que el Tribunal Contencioso Administrativo no es competente únicamente para conocer acciones objetivas y subjetivas, sino que lo es también, entre otras, para conocer acciones de responsabilidad extracontractual del Estado por mandato del Código Orgánico de la Función Judi-

cial que en el numeral 8 del artículo 217 prescribe que corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: "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 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." Ahora bien debemos ver qué requisitos se deben exigir para que se pueda establecer la responsabilidad extracontractual, para lo cual señalamos que:

i) La Acreditación de un perjuicio o daño: Se debe verificar la existencia objetiva del daño entendiéndose como tal la afectación probada a un interés jurídicamente protegido, teniendo presente que cuando nos encontramos frente a una acción de responsabilidad extracontractual del Estado, como se señaló anteriormente, no es necesario probar el dolo o la culpa de la administración ya que en el ordenamiento jurídico constitucional impera una nueva tendencia jurídica basada en la preeminencia de las garantías fundamentales, en donde la concepción de responsabilidad estatal se encuentra dirigida sustancialmente a reparar los derechos violados, mediante medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción, entendidas como una reparación integral objetiva, debiendo el Estado ser quien las asuma, sin embargo el daño debe ser: a) cierto y actual, en cuanto al daño futuro puede admitirse su reparación siempre que este sea de inevitable producción, es lo que se conoce como daño futuro necesario; respecto a las meras molestias, si no exceden lo razonable no serían susceptibles de reparación b) debe ser directo, es decir debe ser causado por el accionar del Estado, o por lo cometidos llevados a cabo por sus funcionarios, o bien el daño

debe ser causado como consecuencia inmediata de la intervención estatal; y c), debe ser indemnizable, pues si no es posible estimar su valuación tampoco habrá por parte del Estado responsabilidad debido a esa imposibilidad. (Tomado de Javier Indalecio Barraza. Responsabilidad Extracontractual del Estado). También se debe tener muy presente que si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del perjudicado en la que exista dolo o culpa grave del administrado cabrá la exoneración de responsabilidad.

ii) La relación causal es determinar si la conducta del agente o el hecho dañoso tiene o no nexo con el servicio o ligar al daño con la violación del derecho constitucional tutelado, para lo cual se debe considerar que existen nexos perceptibles por los sentidos como el nexo espacial que se refiere a que el agente cuando ejecuta el hecho dañoso lo hace dentro del espacio o territorio, dentro de su jurisdicción; el nexo temporal es decir respecto al tiempo en el que el agente ejecuta el hecho dañoso; el nexo instrumental que se presentan cuando el daño se ocasiona con un instrumento de propiedad del Estado. Así como existen nexos imperceptibles o intangibles, que son aquellos que existen pero que no los podemos ver donde se encuentra la impulsión del servicio iii) Que el daño sea imputable jurídicamente al Estado. Es decir, probar que exista un nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido, debiendo además en el caso de actividad ilegítima la falta de servicio.

Estos requisitos antes citados se deberán verificar para admitir la responsabilidad extracontractual del Estado por una actividad ilegítima y en el caso de una actividad legítima se deberán concurrir dos requisitos adicionales: 1) El sacrificio especial; y, 2) la ausencia del deber jurídico de soportarlo. (Tomado de Héctor Darío Arévalo Reyes, la Responsabilidad del Estado y sus Funcionarios)

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

- 1.- Abarca Galeas, Luis Humberto, *El Estado Constitucional de derecho y justicia social y sus instituciones tutelares*, Quito. Se. 2009
- 2.- Arévalo Reyes Héctor Darío. *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1999
- 3.- Barraza, Javier Indalecio. *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Buenos Aires, FEDYE, 2003.
- 4.- López Freire Ernesto. *La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador*. Ed Legales, 2003
- 5.- López Morales, Jairo. *Responsabilidad del Estado por error judicial, Doctrina y Ley Ltda*. Ediciones, 2007
- 6.- Peirano Facio Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Temis, Bogotá. 2004

Aportes al derecho



Dra. María Augusta Montaña
Jueza del Tribunal Distrital de lo
Contencioso Administrativo y
Tributario de Loja

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 11.9 establece que "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 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".

La garantía prevista en el artículo transcrito, a favor de los administrados, es el resultado de la evolución normativa constitucional y legal; en gran parte de los sistemas jurídicos, el derecho privado sirvió de base para construir la doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado, fue apartada paulatinamente del derecho civil para erigirse en un ordenamiento independiente. Aunque no conste expresamente, el artículo transcrito se refiere a la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, siendo necesario para mejor com-

La culpa presunta

prensión, anotar la diferencia existente entre la materia contractual y la extracontractual, que en palabras del autor chileno Enrique Barrios Boure, tomadas de su obra "Tratado de Responsabilidad Extracontractual" es la siguiente: "... en materia contractual lo determinante es el acuerdo de las partes, al que la ley atribuye efecto obligatorio... Este acuerdo contractual determina el alcance de las obligaciones y, subsecuentemente, la responsabilidad que se sigue del incumplimiento. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual tiene por antecedente los deberes generales de cuidado que nos debemos recíprocamente en nuestra actividad susceptible de dañar a terceros. Por eso, la fuente de la responsabilidad contractual es la convención, mientras que en sede extracontractual lo determinante es el derecho, que pone límites y establece consecuencias patrimoniales al ejercicio negligente de nuestra libertad (según el antiguo principio de justicia que ordena no dañar a los demás)".

La idea de la responsabilidad del Estado se plasma en las constituciones que nacieron desde mediados del siglo XX, con amplio reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos. Nuestro país, en su evolución normativa constitucional, registra cambios como el que cito a continuación: La Constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro Oficial No. 1, de fecha 11 de agosto de 1998, en el artículo 20 preveía que el Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Nótese que se hablaba de una carga indemnizatoria, característica del derecho civil, mientras que en la Constitución en vigencia se instituye una responsabilidad estatal reparatoria de tinte constitucional. La responsabilidad objetiva del Estado,

se constituye por el daño efectivamente sufrido, generado sin considerar el elemento intencional por parte del agente, sin que interese si hubo culpa o dolo en su conducta; denominada también responsabilidad estricta que se configura por la mera relación causal entre el hecho del demandado y el daño que ha sufrido quien demanda. Puede determinarse por una serie de motivos que se denominan criterios de atribución o títulos de imputación; no está sujeta a las reglas del derecho privado o del Código Civil, que rigen la responsabilidad extracontractual, sino que es de orden constitucional – administrativa, vinculada al cumplimiento efectivo de los mas altos principios y deberes del Estado.

Doctrinariamente se ha instituido que la responsabilidad de la Administración es directa y personal, no ha de tenerse en consideración por lo tanto, la actuación de personas concretas; cuando surge la reclamación al Estado la conducta no se imputa a quien fue el causante, sino a la función pública que lo ejecutó, convirtiéndose ésta en una especie de garante de las actuaciones de los servidores públicos; en palabras del tratadista Enrique Barros Bourie "... aún en casos en que la responsabilidad tenga por antecedente el inequívoco hecho ilícito de un funcionario... técnicamente se trata de una responsabilidad vicaria..., que prescinde de todo juicio relativo a si el órgano de la Administración pudo evitar el daño provocado por el funcionario que tenía bajo su autoridad". Se concibe en la actualidad a la responsabilidad administrativa esencialmente como la sanción de una obligación preexistente de la Administración, de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Difiere de los regímenes de responsabilidad penal y civil, en las que no hay responsabilidad sin culpable.

Es preciso recordar que el artículo 11.9 de la Constitución de la República, concibe la acción de repetición que tiene el Estado contra el funcionario o empleado público por cuyas acciones, omi-

Aportes al derecho

siones, negligencia, etc., se ocasionó el daño, notamos que para ese evento se recurre al factor subjetivo. Acorde con lo señalado, el inciso primero del artículo 233 *ibídem*, prescribe que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones y establece la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

La Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en diversos fallos coincide en que de la existencia de un hecho dañino que cause perjuicios indemnizables a un particular, que sea atribuido jurídicamente por cualquiera de los títulos de imputación al Estado o a sus agentes, nace el deber de reparar los perjuicios, sean estos materiales o inmateriales. Señala, que para llegar a la conclusión de la existencia del deber de reparación, se debe verificar la confluencia de tres requisitos identificados por la doctrina especializada: El daño, el nexo causal y el título de imputación. Por lo tanto, el régimen de la responsabilidad objetiva del Estado tiene su fundamento en la verificación de los elementos indicados, que deberán ser probados procesalmente para que nazca la obligación del Estado de reparar íntegramente a los particulares. La doctrina considera un concepto de daño que se basa en la lesión a un interés del demandante, para Alessandri ésta se da cuando una persona sufre “una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”. El daño es considerado como el presupuesto más importante del deber de reparar en el derecho contemporáneo, es la directriz del sistema de responsabilidad patrimonial. La causalidad, busca saber qué causó el daño, permite establecer el nexo material, físico o natural entre un antecedente y un resultado, mientras que la imputación averigua quién debe responder por el daño, permite hacer una consideración jurídica para determinar el responsable. Sobre el nexo causal y el título de imputación, es necesario verifi-

car que la causa del daño sea atribuible a la acción u omisión del Estado o de sus agentes.

Si se pretende la reparación de daños materiales o patrimoniales, éstos deben ser demostrados suficientemente, no se puede invocar únicamente la existencia del daño, está a cargo de quien demanda introducir la prueba que conduzca indefectiblemente a justificar su pretensión; igual situación ocurre cuando se aspira conseguir la reparación de daños inmateriales, el demandante debe probar que el daño ocasionado le produjo sufrimiento, dolor, angustia, afectación de sus relaciones sociales, familiares o con el mundo exterior.

La jurisprudencia en materia contencioso administrativa en nuestro país, considera la posibilidad de la exclusión de la responsabilidad del Estado cuando el hecho se haya producido por caso fortuito, fuerza mayor, por el hecho de un tercero o de la víctima, lo que daría lugar a la ruptura del nexo causal, situación que de igual forma debe ser probada. También ha analizado con detenimiento, la importancia de las pruebas en las causas sobre responsabilidad objetiva del estado, hace énfasis en las doctrinas procesales modernas, como la de la Carga Dinámica que coloca la carga dinámica de la prueba en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla, por lo tanto no corresponde únicamente probar a quien demanda sino a la parte que pueda hacerlo. Otra de las doctrinas aludidas, es la de Colaboración y Solidarismo Probatorio, que implica que en mayor grado corresponde aportar pruebas a quien cuenta con más elementos materiales para demostrar la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, se hace un paréntesis para relieves que para efectuar la valoración de la prueba debe ponderarse, tomando en cuenta los antecedentes del caso y las pruebas aportadas por las partes. En torno al tema propuesto, cuando se habla de culpa presunta, nos referimos a que la culpa del agente o del Estado se presume, lo que significa que quien demanda no tendría que probar la existencia de ese elemento, invirtiéndose la

carga de la prueba, por lo que correspondería al sujeto autor del daño probar una causa extraña para no comprometer su responsabilidad. Sin embargo, actualmente existe una separación del presupuesto culpa y la responsabilidad objetiva de la administración, que se relaciona con la obligación de prestar ciertos servicios, por lo que el daño se origina en la carencia o prestación defectuosa de éstos. La jurisprudencia nacional ha contribuido con criterios importantes que nos ilustran respecto de que la responsabilidad objetiva o falla del servicio público, consiste en que se produce un daño, debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente, no entra a consideración el concepto de culpa de un agente identificado, típico de la responsabilidad subjetiva de carácter civil, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima. Concluye que la responsabilidad objetiva se basa en una culpa especial, que no corresponde al concepto psicológico tradicional, que es solo posible hallarla en personas naturales, sino que se trata de una culpa objetiva, anónima, o culpa objetivizada, calificada por sus manifestaciones exteriores. Distingue que los conceptos de culpa y de responsabilidad objetiva son considerados tradicionalmente como opuestos, porque la culpa solo da lugar a la responsabilidad subjetiva. Autores colombianos sugieren que lo que se ha generalizado en llamar presunción de culpa, corresponde en realidad a la presunción de responsabilidad; por su parte, la doctrina administrativa del catedrático Ramón Parada, aporta una nueva conceptualización que consiste en la sustitución de la culpa, por lesión, en la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado.

Lo hasta aquí expuesto nos permite concluir que tanto la normativa, la doctrina y la jurisprudencia son concordantes en cuanto a la intención de hacer cada vez más cercano y eficaz lo que la Constitución de la República garantiza a los ciudadanos que han sufrido menoscabo en sus derechos a causa de la actuación administrativa.

Aportes al derecho



Abg. María Antonieta Delgado
Jueza del Tribunal Contencioso
Administrativo y Tributario
de Manabí

La Responsabilidad Objetiva en la Constitución y en el Código Orgánico Administrativo

En el derecho público ha venido cobrando cada vez mayor trascendencia el capítulo de la responsabilidad objetiva. Por oposición a la responsabilidad subjetiva en la que se atiende la culpa de la persona, en la responsabilidad objetiva la culpabilidad del agente que provoca el daño no interviene con un elemento definidor de esta institución en la que se atiende el resultado dañoso como tal.

Sin perjuicio de que en esta investigación se analicen esos elementos en las normas de la Constitución y del Proyecto de Código Orgánico Administrativo, es necesario introducir el análisis con la definición que trae el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas que define a este tipo de responsabilidad como "la determinada legalmente sin hecho propio que constituya deliberada infracción del orden jurídico ni intencionado quebranto del

La responsabilidad objetiva del estado en la Constitución y en el Código Orgánico Administrativo

patrimonio ni de los derechos ajenos"¹.

I. La responsabilidad objetiva en las normas constitucionales.-

En el Derecho Público ecuatoriano, desde hace varios años se ha fijado un principio de responsabilidad objetiva, con mayor claridad desde la Constitución de 1998 respecto de las actuaciones u omisiones del Estado frente a los ciudadanos. Así previó el artículo 20 de la mencionada Carta Política².

El artículo 11 de la Constitución en vigencia recogió estos principios de la Constitución anterior y de igual manera ha instituido reglas de responsabilidad objetiva en distintas materias. Este tipo de responsabilidad se refiere a las actuaciones del Estado que provoquen daño y a las afectaciones del medio ambiente. A continuación analizaremos cada uno de estas dos materias:

a) Responsabilidad objetiva del Estado.-

El artículo 11 señala que el Estado, sin excluir a los delegatarios, concesionarios de servicios públicos y "toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública", vienen obligados a reparar cualquier violación a derechos de las personas en dos supuestos: el primero, por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos; el segundo, por acciones u omisiones de sus funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos.

En esta misma norma se señalan otros cinco supuestos que generan respon-

sabilidad pero que están vinculados con el desenvolvimiento del servicio público de la administración de justicia: detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso; y añade que "cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos".

En esta norma constitucional no se establece que los actos del Estado o de sus funcionarios necesariamente han de ser ilícitos para que se genere la obligación de responder; tampoco esta disposición se refiere a la culpa del empleado o servidor del Estado. A partir del artículo 11 de la Constitución el elemento fundamental es el hecho dañoso sobre la persona. Estos serían los dos elementos propios de la responsabilidad objetiva.

b) Responsabilidad Objetiva por daños al medio ambiente.-

Por su parte en lo relacionado con los daños ambientales el artículo 396 de la Constitución prevé que La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Esta es la única norma de la Constitución que califica a la responsabilidad como de carácter "objetivo", y añade que en esa reparación comprenderá

1.- Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Tomo VII, Buenos Aires, 2003, 28 ed., p. 200.

2.- Constitución Política de 1998, Artículos. 20.- Art. 20.- "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. ..."

Aportes al derecho

también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Esta responsabilidad objetiva ya no es un tema que afecte al Estado solamente porque la norma se refiere a cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

II. La responsabilidad objetiva en el Código Orgánico Administrativo.

En el Ecuador no existe un Código Orgánico Contencioso Administrativo como se sugiere como parte de esta investigación, ni siquiera un Código Orgánico Administrativo. Se ha presentado en la Asamblea Nacional un proyecto de Código Orgánico Administrativo que cuenta con informe para primer debate. Hago esta aclaración de que aún no se trata de una ley de la República y que los comentarios que constan a continuación se refieren a las normas del referido proyecto de ley cuyo texto definitivo puede cambiar.

El Libro IV del Proyecto de Código Orgánico se refiere a la Responsabilidad Extracontractual del Estado, que es esencialmente objetiva, en trece normas o disposiciones. Las primeras diez normas tratan de los aspectos sustantivos y las tres restantes de los aspectos de carácter procedimental, es decir, de la forma de reclamar y hacer efectiva la responsabilidad del Estado.

El carácter de "responsabilidad objetiva" queda confirmada en el artículo 305 del proyecto porque señala que las instituciones públicas responden de un daño proveniente de actuaciones u omisiones, "incluso cuando estas sean lícitas". Y, más adelante el artículo

308 señala que el Estado "responde objetivamente" por el daño calificado. De ahí que el elemento central de esta institución sea el daño calificado que el sujeto de derecho privado no haya estado en la obligación jurídica de soportar.

A continuación referiré las normas más importantes del proyecto con el fin de establecer cuáles son los requisitos de una responsabilidad objetiva, cuáles las causas que eximen de responsabilidad al Estado y, finalmente analizaré algunos aspectos de procedimiento de reclamación.

a) Requisitos.-

En lo relacionado con los requisitos para que haya responsabilidad extracontractual, el artículo 306 fija unos requisitos para la responsabilidad extracontractual y menciona los siguientes: (i) falta o deficiencia de la provisión de un servicio; (ii) acción u omisión de un servidor público en el desempeño de sus cargos a la acción u omisión de los servidores públicos, (iii) el daño que deberá ser calificado y, (iv) la existencia de un nexo causal entre daño y conducta de la administración.

Siendo la responsabilidad extracontractual de las Administraciones una de carácter objetivo, el Proyecto de ley no atiende a la culpa, negligencia, descuido o impericia de los funcionarios públicos. Basta que haya una actuación pudiendo esta ser lícita. El elemento que se exige es que la persona perjudicada "no tenga la obligación jurídica de soportar" el daño.

b) Eximentes de responsabilidad.-

Siguiendo la doctrina argentina y española, el Proyecto de ley fija cuatro causas eximentes de responsabilidad: caso fortuito, fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

Es importante destacar que en el daño calificado pueden intervenir no sola-

mente una sino varias Administraciones Públicas, en cuyo caso responderán solidariamente; y en otros supuestos se fijaría que grado de responsabilidad correspondería a cada Administración atendiendo tres criterios: el primero criterios de competencia, el segundo interés público tutelado y el tercero, la intensidad de la intervención.

c) Procedimientos de reclamación.-

Sobre este tema destacan cuatro normas relacionadas con los siguientes aspectos: la oportunidad de la presentación del reclamo que es en 90 días, el procedimiento administrativo que se deberá aplicar que exige hacer una evaluación económica de la responsabilidad dentro de los requisitos formales del reclamo.

Aunque en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ya se introdujo, desde el año 2002 unas reglas para la responsabilidad extracontractual del Estado (artículos 210 a 213), sin duda que la experiencia que se ha venido teniendo en esta materia ha permitido completar con normas más específicas el tratamiento de la materia en el proyecto de Código Orgánico Administrativo.

En todo caso, la jurisprudencia fue la que ha ido más adelante que las normas legislativas como se desprende de los fallos de la Sala de lo Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, principalmente en las sentencias del año 2003: Sentencia de 29 de julio del 2002 pronunciada por la Tercera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del juicio seguido por Alberto Encalada contra Procurador General del Estado, expediente 158, Registro Oficial 700, 8 de Noviembre del 2002; y la sentencia de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente 229, Registro Oficial 43, 19 de Marzo del 2003 del Comité "Delfina Torres Vda. De Concha" en contra de PE-TROECUADOR.

Reflexión

La responsabilidad objetiva del Estado en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia



Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
Juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo
de la Corte Nacional de Justicia

1.- Con el artículo 20 de la anterior Constitución Política de 1998 ingresó realmente al sistema jurídico ecuatoriano la muy compleja categoría jurídica de la responsabilidad objetiva estatal, la cual es recogida actualmente en el artículo 11 numeral 9 de la actual Constitución de la República del 2008, que en lo fundamental manda que *el Estado estará obligado 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 en el desempeño de sus cargos.* 1.1.- Pueden anotarse, como características esenciales de este concepto de responsabilidad objetiva: a) Que el daño o perjuicio constituya una lesión a un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial; debiendo verificarse la ausencia de causales de justificación que hagan que la víctima

tenga que soportarlo. b) La existencia de un factor de atribución; siendo necesario considerar el riesgo que conlleva el servicio o actividad pública en cuestión. c) La posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que lo causó; y d) El nexo causal o relación de causalidad, entendida no necesariamente en sentido naturalístico, sino ante todo normativo, esto es en correlación con los títulos de imputación (pues una cosa es “el origen” del daño, y otra muy distinta “su imputación”). 1.2.- Mencionaré sucintamente seis procesos en los cuales he tenido directa participación, en dos de ellos como juez nacional ponente, y en cuatro he expedido mi voto salvado.

2.- ¿Por qué resulta tan difícil el conceptualizar correctamente este tipo de responsabilidad objetiva estatal dentro del moderno Derecho de Daños? 2.1.- Considero que, primeramente, por la confusión jurídica que con demasiada frecuencia se da en pretender aplicar el esquema de la “responsabilidad subjetiva” propia del Derecho Civil, contenida en los artículos 1453, 2184 y 2229 del Código Civil, a la responsabilidad “objetiva” del Estado considerada en el Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República. Es imprescindible percatarse que la responsabilidad objetiva estatal es una innovación que supera la original fuente de obligaciones prevista en el Derecho Civil, y que contempla otros títulos de imputación aparte de los clásicos de dolo y culpa, cambiándose la perspectiva conceptual hacia un eje “objetivo” don-

de lo que prima es el criterio del daño efectivamente sufrido por la víctima (antes que el grado de responsabilidad del autor/subjetivo) usualmente por la deficiente prestación de un servicio público, y si correspondía a la víctima soportarlo; lo cual implica reflexionar respecto a otros títulos de imputación como lo son: el riesgo creado, el incremento del riesgo permitido, la distribución de las cargas públicas, la posición de garante, la solidaridad, la equidad, la detención arbitraria, la inadecuada administración de justicia, etc. 2.2.- Segundo, entender los alcances, y circunstancias, de los factores de atribución tampoco es cosa fácil, esto es respecto a la falta del servicio público, su deficiencia en la prestación, o las acciones u omisiones de los servidores públicos en el desempeño de sus cargos. 2.3.- tercero, porque una vez que entendamos respecto a los títulos de imputación y factores de atribución, es necesario “vivificarlos”, esto es ponerlos en un contexto real y no abstracto, para lo cual debemos reflexionar en temas de corte sociológico respecto a que gran parte del Derecho no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación; la sociedad es un sistema de comunicaciones dentro de un entramado normativo que permite instaurar roles, y por tanto expectativas de comportamiento dentro de un “riesgo permitido”, el cual será ese estado normal de libertades en el que interactúan y conviven las personas en sociedad. (Ref: Niklas Luhmann). Es necesario percatarse que en este complejo tema se han superado ya los criterios iniciales que impedían la aplicación de la responsabilidad objetiva estatal, basados en las teorías del Derecho Administrativo de los actos de poder, de la teoría de los órganos y la teoría de los actos de gestión. Fue el gran penalista y maestro del Derecho Claus Roxin quien habría que difundir más que nadie, sobre todo desde 1970, en la doctrina penal la teoría de la imputación objetiva, enfatizando

Reflexión

que lo decisivo en la imputación es si el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, pues fuera del mundo de los valores sociales y de las normas jurídicas no se puede decir de ninguna forma de conducta si es o no final, por cuanto no se puede determinar apriorísticamente respecto del derecho qué elementos de sentido han de incluirse en ese concepto, pues no cabe tomar los procesos causales como eje del sistema, por lo que los tradicionales problemas de causalidad serían en realidad problemas de imputación. **2.4.-** Cuarto, porque además, para realmente terminar de entender la responsabilidad objetiva del Estado, se debe estudiar complejos temas de Derecho penal respecto a los delitos imprudentes, como son las seis instituciones o categorías rectoras de la imputación objetiva, esto es: a) el riesgo permitido, b) el principio de confianza, c) la prohibición de regreso, d) la posición de garante; e) la acción a propio riesgo; y f) el fin de protección de la norma. (Revisar principalmente, y como mínimo, a Claus Roxin y Günther Jakobs).

3.- Quién pensaría que de un solo artículo, el 11 numeral 9 de la Constitución de la República, se desprende e irradia al sistema jurídico tan enorme complejidad conceptual y jurídica. La tarea de las y los Jueces Distritales y Nacionales de lo Contencioso Administrativo en el manejo de esta institución de la responsabilidad objetiva del Estado no solo es "difícil", sino realmente "muy difícil". Considero que es el tema más arduo de entender y resolver dentro del moderno Derecho Administrativo. En lo personal cuando me enfrento con la resolución de estos temas se me viene a la mente aquella profunda y hermosa oración: *Señor, dame la serenidad de aceptar las cosas que no puedo cambiar; valor para cambiar las cosas que puedo; y, sabiduría para conocer la diferencia.* **3.1.-** De hecho los temas de responsabilidad objetiva estatal son tan complejos, que basta señalar que en un caso hubo la necesidad de integrar un tribunal de cinco jueces para resolverlo (en un principio yo era el juez ponente, pero terminaron

habiendo tres proyectos de sentencia distintos, y hubo por ende que llamar a los conjuces de la Sala para hacer mayoría conforme el Art. 203 del COFJ), situación ésta extremadamente rara en la jurisprudencia ecuatoriana, sino única. Es la sentencia de 19 de mayo de 2014 del recurso extraordinario de casación No. 344-2009 (Resolución No. 369-2014, Dr. Juan Montero Chávez-Conjuez ponente; Dr. Francisco Iturralde Albán-Conjuez; Ab. Héctor Mosquera Pazmiño-Conjuez; Voto Salvado de la Dra. Tatiana Pérez Valencia-Jueza Nacional; y, Voto Salvado concurrente del Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo-Juez Nacional. **3.2.- En mi voto salvado concurrente de 19 de mayo de 2014, con relación a la institución del "riesgo permitido" en su sub-categoría de "creación de un riesgo jurídicamente relevante", dije que:** "SEXTO.- ...6.6.1.- Este Tribunal de Casación, por todo lo anteriormente expuesto, puede apreciar con claridad en el presente caso, que el daño causado al recién nacido Christopher Gómez Marín fue efectivamente producido, siendo de una índole muy grave e irreversible, como ya se mencionó en el punto 6.5. de este fallo; que se da una relación de causalidad conforme lo establece la teoría de la imputación objetiva, que es la que fundamentalmente debe aplicarse en los casos de responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, al haberse dado una creación de un riesgo relevante, que el recién nacido Gómez Marín no tenía la obligación de soportar, conforme se menciona en los puntos 6.1. a 6.4. de este fallo; y, respecto al título de imputación aplicable, lamentablemente sí se dio una prestación deficiente del servicio público de salud al recién nacido Gómez Marín, conforme lo exigía la Constitución Política de la República de 1998. 6.6.2.- Este Tribunal de Casación ha tenido muy en cuenta, respecto al título de imputación, esto es, "la prestación deficiente del servicio público de salud", que en el ámbito de la actuación sanitaria, y concretamente en la actividad médica, cobra particular relevancia la correcta actuación conforme al protocolo médico que la *lex artis* exige; que no tiene por qué garantizarse un re-

sultado (la curación del paciente), sino un empleo adecuado de la ciencia y la técnica médica, conforme las circunstancias del caso concreto, y al avance que en ese momento tenga la medicina en el país. Es importante destacar este aspecto, pues el sistema de salud de un país ciertamente no puede ser una especie de aseguradora universal a la cual se le pueda reclamar daños y perjuicios por el solo hecho de que el paciente no sea curado o no recupere su salud"... 6.6.2.2.- Por lo que es dable, conforme el principio de confianza, que el paciente sí pueda exigir del servicio médico sanitario que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas médicas vigentes en ese momento en función del conocimiento de la práctica sanitaria. En el presente caso, el Hospital Militar "Alberto Alvarado Cobos" de la ciudad de Cuenca, a través del personal médico integrado a su organización administrativa, el cual actuó con ocasión de sus funciones médicas, dejó de aplicar la *lex artis* con relación al recién nacido Christopher Gómez Marín, entre otros aspectos como ya se mencionó en el considerando Sexto de esta sentencia, porque la técnica del procedimiento para la extracción del niño no estuvo correcta, no se utilizaron adecuadamente los servicios auxiliares de diagnóstico, no se le dio la vigilancia y atención permanente que su estado requería, no se lo evaluó con la frecuencia requerida, no salió del quirófano a tiempo porque la incubadora no estaba lista, entre otros aspectos; todos los cuales no estaban más allá del nivel médico sanitario que a esa fecha existía en el País, y por tanto, pudieron ser previstos y evitados, sin que en el presente caso el prestador del servicio público pueda alegar ni caso fortuito o fuerza mayor... Por todo lo expuesto... 1.- CASA la sentencia de mayoría del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 3 de Cuenca dictada el 2 de junio de 2009, a las 10h32. 2.- El Estado ecuatoriano, a través del Hospital Militar de Cuenca "Alberto Alvarado Cobos", o su sucesor en derecho, pagará al niño Christopher David Gómez Marín, en la persona de su madre, o quien quede a cargo de la custodia legal del niño,

Reflexión

en forma mensual, los primeros cinco días de cada mes, el equivalente a dos salarios básicos unificados vigentes a la fecha que corresponda cada pago, durante toda la vida del menor, desde su nacimiento. 3.- El valor que corresponde a los años anteriores... 4.- Adicionalmente, el Hospital Militar de Cuenca "Alberto Alvarado Cobos", o su sucesor en derecho, deberá...".

4.- Igualmente respecto al "riesgo permitido", en correlación con la categoría de "la acción a propio riesgo", en la sentencia de mayoría de 24 de agosto del 2012 del recurso extraordinario de casación No. 139-2010 (Resolución No. 246-2012. Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo-Juez Nacional ponente; Dra. Tatiana Pérez Valencia-Jueza Nacional; voto salvado del Dr. José Suing Nagua-Juez Nacional), en su considerando sexto, se trató el tema de la siguiente manera: "6.4.- Consideramos que el hecho de que un o una Ministro/a de Defensa Nacional, en un evento público, suba a un helicóptero de guerra no constituye un riesgo excepcional, pues tal actuación bien puede darse muchas veces en razón de sus funciones públicas, y además tal actuación no escapa a su control, pues él o ella pueden perfectamente dar una orden en contrario, cambiar de transporte, subir a otro helicóptero, etc. Pero tal consideración que es válida para una Ministra de Defensa, resulta totalmente inaceptable respecto a la Srta. Claudia Ávila Larriva, pues ella era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas, y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento; ella sí corrió un riesgo excepcional, pues la Fuerza Terrestre de las Fuerzas Armadas, como un todo orgánico-institucional, nunca puede permitir que una/un menor de edad, que no tiene rol alguno en las Fuerzas Armadas, y que no está ni siquiera invitada/o a participar en un acto oficial que involucre transportarse en un helicóptero de guerra artillado, se suba a uno (quizá una excepción podría ser, por ejemplo, por un estado de necesidad por emergencia médica). 6.4.1.- Ello no cambia por el hecho de que un/una

Ministra de Defensa en funciones autorice o no tal hecho; pues las medidas de seguridad que deben seguir las fuerzas armadas deben estar por encima de tales disposiciones verbales administrativas, pues tales medidas y uso de transporte de guerra (en este caso un helicóptero militar artillado) no pueden, o no deberían, ser alterados ni siquiera por órdenes verbales de, en el caso que nos ocupa, de los propios Ministros/as de Defensa, pues tales medidas de seguridad no se dan en función de la persona natural que ocupe tal cargo, sino del cargo que ostentan, por lo que sólo pueden primar razones institucionales y no personales. Argüir que el Art. 2230 del Código Civil le pueda ser aplicable a la Srta. Claudia Ávila Larriva es inoficioso, pues ella no se expuso al riesgo de subir a un helicóptero artillado imprudentemente, ni tenía control alguno en tal hecho; ... 7.2.1.- Ahora bien, las Fuerzas Armadas colocó a la fallecida, Srta. Claudia Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella, de manera alguna, tenía la obligación de soportar, siendo ella además menor de edad (17 años). Claudia Ávila Larriva, como cualquier ciudadano/a ecuatoriano/a debería sentirse "más" -y no "menos"- seguro/a cuando se encuentra bajo la influencia institucional de una operación controlada por las fuerzas armadas, mas aún, si en el acto oficial de tal nefasto día del accidente aéreo estaban incluso altas autoridades del Estado presentes. Bien se puede decir que, lamentablemente, las Fuerzas Armadas tal día 24 de enero de 2007 "le fallaron" a Claudia Fernanda Ávila Larriva, ella nunca debió subir al helicóptero militar artillado en cuestión; tal error es inexcusable, y costó la vida de una ciudadana ecuatoriana menor de edad totalmente inocente en toda esa trama; menor de edad que de alguna manera tácita estaba bajo la protección institucional, en ese momento, de las Fuerzas Armadas dado que su madre era Ministra de Defensa en funciones. Todo esto hace que se considere que la indemnización por la muerte de la Srta. Claudia Ávila Larriva debería ser el doble a lo calculado en la póliza de

seguros mencionada en el punto 7.2. Un hecho como este no debería repetirse nunca más... 1) Se casa la sentencia antes referida expedida el 14 de enero del 2010, 15h25, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca. 2) Se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor de edad fallecida, Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas presentadas por... 3) El Ministerio de Defensa Nacional (a nombre, en el presente caso, del Estado Ecuatoriano y de las Fuerzas Armadas) indemnizará con un ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 150.000,00.) a los familiares de la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, de la siguiente manera... 4) Además de la compensación pecuniaria señalada, se tomará la siguiente medida de satisfacción y de no repetición...".

5.- Respecto del "principio de confianza" y la categoría de la "posición de garante", traté este delicado tema en mi voto salvado de 9 de mayo de 2013, dentro del recurso extraordinario de casación No. 276-2010, (Resolución No. 324-2013. Sentencia de mayoría de 9 de mayo de 2013 de Dr. José Suing Nagua-Juez Nacional ponente; Dra. Tatiana Pérez Valencia-Jueza Nacional; voto salvado del Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo-Juez Nacional), en el cual sostuve: "12.2.- Por lo que es dable, conforme el principio de confianza, que el paciente sí pueda exigir del servicio médico sanitario que ejecuten correctamente, y a tiempo, las técnicas médicas vigentes en ese momento en función del conocimiento de la práctica sanitaria. En el presente caso, el Hospital Carlos Andrade Marín, de la ciudad de Quito, a través del personal médico integrado a su organización administrativa, el cual actuó con ocasión de sus funciones médicas, dejó de aplicar la *lex artis* con relación a la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, entre otros aspectos como ya se mencionó en el considerando quinto de esta sentencia,

Reflexión

porque la técnica del procedimiento de los protocolos médicos de anestesiología con relación a su intervención médica fueron incompletos; protocolos médicos éstos que no estaban más allá del nivel médico sanitario que a esa fecha existía en el País, y por tanto, pudieron ser correctamente efectuados, sin que en el presente caso el prestador del servicio público pueda alegar ni caso fortuito o fuerza mayor. 12.2.1.- Se puede apreciar que el principio de confianza que la señora Inés Atahualpa Mejía depositó en el hospital público del IESS no fue del todo honrado por tal centro médico, el cual falló en su posición institucional de garante en este caso, lo cual es lamentable, porque este Tribunal no desconoce la muy complicada y enorme labor que el IESS como un todo ha realizado a lo largo de décadas en beneficio de la salud del pueblo ecuatoriano, y que efectivamente el peso de la responsabilidad que recae en el correcto manejo de la *lex artis* sobre el esforzado personal médico (médicos, enfermeras/os, y técnicos médicos en general) sujeto a muy fuertes presiones en sus intervenciones médicas (que muchas veces colindan en precario equilibrio entre la vida y la muerte) ha constituido y constituye una labor de la máxima nobleza científica y cívica; pero ello no quita que en este caso concreto, se detectó en el "Informe de examen especial a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía, de 99.07.02 a 99.08.03", entre otros aspectos que: 'en la hoja de anestesia, no se han llenado todos los datos, ni se ha dejado constancia de la grave complicación presentada por la paciente y las maniobras a las que fue sometida para atender el paro respiratorio.' 'El protocolo operatorio se encuentra incompleto, no indica el número de la sala en la que se realizó la intervención, no especifica si la cesárea fue electiva, emergente o programada...No se incluye en este protocolo, los procedimientos a los que fue sometida la paciente por parte de los médicos anestesiólogos e intensivistas que atendieron a la paciente durante la complicación presentada luego de la intervención, las mismas que debie-

ron ser incluidas en la HC.'...En caso de intervención quirúrgica debe existir una nota de evolución detallada que justifique plenamente la intervención y una nota de evaluación por parte del médico anestesiólogo que va a colaborar con el cirujano en la intervención quirúrgica, sea esta emergente o programada. Durante la intervención se debe encontrar en la hoja de anestesia todo el detalle de los procedimientos utilizados y de las complicaciones existentes si se presentan, así como debe constar en la hoja de protocolo operatorio hasta que la paciente se encuentre a cargo de otro servicio, sea esta de recuperación anestésico quirúrgica o del servicio de terapia intensiva como el caso que se trata. Por lo tanto, los registros incompletos del manejo administrativo técnico del caso, no permiten su adecuada evaluación posterior.' De lo que se desprende que sí hubo un mal funcionamiento del servicio público de salud en el caso de la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, lo cual no implica necesariamente que haya habido una negligencia o imprudencia de carácter penal dentro del equipo médico, como un todo, que la trató; pues el determinar si ello se dio o no, a nivel individual o como grupo, es tema de otro juzgamiento, pero no del presente.'... Por todo lo anteriormente expuesto... 1.- CASA la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 1 de Quito dictada el 15 de enero de 2010, a las 9h59, por haber incurrido en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, toda vez en dicha sentencia se ha hecho una errada interpretación del Art. 20 de la Constitución Política de 1998, con relación al mal funcionamiento del servicio de salud público en que incurrió el Hospital Carlos Andrade Marín del IESS en la intervención médica del 8 de julio de 1999, en la persona de la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía. 2.- El Estado ecuatoriano, a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, o su sucesor en derecho, pagará al casacionista Sr. Segundo Iván Morales Parra, en forma mensual, los primeros cinco días de cada mes, el equivalente a tres salarios básicos unificados vigen-

tes a la fecha que corresponda cada pago; hasta el día en que su hijo menor cumpla dieciocho años de edad. 3.- El valor que corresponde a los años anteriores... 4.- El IESS pagará también al Sr. Morales Parra, los valores cubiertos por él, según resulte de la suma de las facturas originales que consten en el proceso, desde el 28 de diciembre de 1999 hasta el 17 de diciembre de 2002 (fecha del fallecimiento de la Sra. Inés Atahualpa Mejía), que serán determinados pericialmente, sin intereses. 5.- Aparte de las compensaciones señaladas, y como una medida que la doctrina del Derecho de Daños conoce como "de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición" (Rodríguez, Libardo, Ob. Cit, pág. 561), y para que el muy doloroso trance que pasó la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, su cónyuge e hijos, no sea olvidado, y sirva para que en un futuro cercano o lejano ninguna madre de familia tenga que pasar -o se evite en la medida de lo posible- nuevamente por tal desgracia de quedar en estado vegetativo o semi-vegetativo luego de dar a luz a su hijo/a mediante cesárea, por fallas de funcionamiento del sistema de salud público del IESS, el actual Director/a General del IESS dispondrá que...".

6.- Igualmente, sobre estos tan complejos temas del "principio de confianza" y la categoría de la "posición de garante", los volví a tratar en mi voto salvado de 5 de junio del 2014, en el recurso extraordinario de casación No. 439-2010 (Resolución No. 456-2014. Sentencia de mayoría de 5 de junio del 2014, Dr. Juan Montero Chávez-Conjuez ponente; Dra. Tatiana Pérez Valencia-Jueza Nacional; Voto Salvado del Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo), en el cual sostuve:" 8.3.1.- Los miembros de este Tribunal son muy conscientes de la muy sacrificada labor, y responsabilidad, que conlleva el ser un/a Policía Nacional, quienes se ven abocados muchas veces a resolver situaciones de peligro a los cuáles los ciudadanos normalmente no están expuestos, e incluso deben usar sus armas de dotación oficial para repeler agresiones de hombres y mujeres con niveles criminológicos delictuales muy

Reflexión

altos. La labor policial correcta, y que no excede irrazonablemente el principio de confianza que los ciudadanos/as todos depositamos en la fuerza policial, de que sabrán actuar en una situación dada dentro de los límites razonables y permitidos, es encomiable y agradecida profundamente por todos los ecuatorianos y ecuatorianas; pero igualmente excesos injustificados en tal labor, que como en el presente caso destrozó la vida de un ciudadano ecuatoriano (en realidad de dos, dado que no sólo falleció el padre sino el hijo), y sus familias, no pueden ser olvidados y deben ser juzgados en los diferentes ámbitos del derecho, sobre todo y ante todo para reparar (en algo) el tremendo dolor causado a unos inocentes, y sobre todo para que en la medida de lo posible tales terribles hechos no vuelvan a suceder o se eviten en la medida de lo humanamente posible, debiendo la institución policial como un todo, como en el caso que nos ocupa tomar las medidas necesarias para que hechos así no se produzcan en el futuro. (...) 12.1.- De lo relatado en la sentencia de la Corte Nacional de Justicia Policial, se puede apreciar que el principio de confianza que la familia Akintiua depositó (como todos los ecuatorianos/as) en la Policía Nacional fue brutalmente defraudada por miembros de la misma en funciones, quienes con sus actuaciones de disparar, y matar, de manera indebida y totalmente injustificada al señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay (y a su hijo), en tal aciago día del 5 de diciembre del 2000, comprometieron a la Policía Nacional como institución del Estado, quien tiene una "garantía institucional" para con la sociedad ecuatoriana en su conjunto, de que sus miembros (a quienes selecciona, califica, entrena, controla jerárquicamente, y dota de armas de fuego oficiales) no sobrepasen ciertos límites que ponga en peligro los derechos, sobre todo constitucionales de los ciudadanos/as ecuatorianos/as. 12.2.- Sobre la garantía institucional, dentro de la posición de garante, autorizada doctrina administrativa nos enseña que: "En consecuencia, aunque usualmente la respon-

sabilidad tenga por antecedente hechos ilegales o contrarios a los deberes de cuidado de sus órganos o de sus funcionarios, la responsabilidad del Estado recae directa y personalmente sobre el Fisco, la municipalidad o el otro órgano con personalidad jurídica propia a efectos patrimoniales... Siguiendo una doctrina desarrollada por el derecho francés, la relación del funcionario con la Administración es funcional, de modo que no se trata de una responsabilidad por hecho ajeno. Tampoco es necesario individualizar el acto concreto que constituye falta de servicio, porque basta que ésta sea atribuible a la organización del servicio público... Aunque la falta de servicio sea reconducible a la actuación de personas concretas, esto es, al acto individualizado de uno o más funcionarios (un disparo efectuado por un carabinero; una mala maniobra ejecutada por el conductor de la ambulancia), cuando se reclama la responsabilidad del Estado, *la conducta del funcionario no se imputa a su persona, sino a la función pública que ejecuta*. Lo anterior no impide que la responsabilidad del funcionario pueda ser hecha valer por la víctima o la Administración... La responsabilidad del Estado es una especie de garante cuya obligación indemnizatoria tiene por antecedente un acto de agentes que lo compromete en el ejercicio de sus funciones..." (Lo resaltado es nuestro) (Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 496 y 499). 12.3.- Igualmente, para mejor entender esta problemática, conviene citar también a Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, *ibidem*, pgs. 70 a 72, quien nos aclara que: "el tercer instituto sobre el cual descansa la teoría de la imputación objetiva, y que permite ante todo solucionar los problemas causales a los que se enfrenta la omisión, corresponde a la posición de garante... así las cosas, la posición de garante puede ser: i) *relacional* también denominada *organizacional* o ii) *institucional*, en ambos casos impuesta por el ordenamiento jurídico... '2) pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proce-

den de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestos al ciudadano para su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y *protegerlo contra los peligros que lo amenacen*, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. V. gr., el padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. 'Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de *deberes positivos*, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en estos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos.' (Gil Botero cita aquí al maestro Gunther Jakobs). (Lo resaltado es nuestro). 12.4.- Efectivamente, la Policía Nacional como institución básica de la estructura social, tiene un deber institucional positivo, de que sus miembros, como ya se dijo, a quienes selecciona, califica, entrena, controla jerárquicamente, y dota de armas de fuego oficiales, no sobrepasen ciertos límites inaceptables que ponga en peligro los derechos, sobre todo constitucionales de los ciudadanos/as ecuatorianos/as, como se ha dado en el presente caso con la familia Akintiua, con quienes en vez de *protegerlos contra los peligros que los amenacen*, más bien los generaron varios miembros de la institución policial en funciones, disparando sus armas de fuego sin necesidad circunstancial ni provocación alguna, de manera indebida e injustificada, contra los señores Ashanka Pedro Akintiua Nunkay y su hijo, en presencia de su propia familia, yéndose mucho más allá del riesgo permitido, defraudando la confianza legítima, violándose la posición de garantía institucional, y el fin mismo de protección de la norma bajo la cual se ampara todo

Reflexión

el eje estructural y básico de la institución policial, la cual más allá de cualquier duda determina en los literales a), b), y k) del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, que son Funciones específicas de la Policía Nacional: "a) Mantener la paz, el orden y la seguridad pública; b) Prevenir la comisión de delitos y participar en la investigación de las infracciones comunes utilizando los medios autorizados por la Ley, con el fin de asegurar una convivencia pacífica de los habitantes del territorio nacional; k) Garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes, en especial los del menor, la mujer y la familia en sus bienes fundamentales, consagrados en la Constitución Política de la República, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por el Ecuador... Por todo lo anteriormente expuesto... 1.- Casa la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito, dictada el 8 de junio del 2010 a las 10h30, por haber incurrido en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida de los artículos 209 y 211 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, e igualmente la sentencia de instancia incurre también en la causal primera mencionada por falta de aplicación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme se explicó en los considerandos sexto y séptimo. 2.- Conforme el artículo 16 de la Ley de Casación y lo dicho en los considerandos octavo a décimo tercero, por aplicación directa de los artículos 20 de la Constitución Política anterior, y 11 numerales 9 y 5 de la Constitución de la República actual, el Estado ecuatoriano, por la muerte del señor Ashanka Pedro Akintia Nunkay, a través de la Policía Nacional, pagará por responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, la cantidad de USD. \$. 182.400,00, por todo concepto indemnizatorio de daño material e inmaterial, a todos los hijos del señor Ashanka Pedro Akintia Nunkay. 2.1.- Para arribar a tal valor,..."

7.- Respecto a la categoría del "fin de

protección de la norma", en correlación con "el principio de confianza", la analice en mi voto salvado de 12 de enero de 2016, en el recurso extraordinario de casación No. 303-2012 (Resolución No. 61-2016, Sentencia de mayoría de 12 de enero de 2016. Abg. Cynthia Guerrero Mosquera-Jueza Nacional ponente; Dr. Pablo Tinajero Delgado-Juez Nacional; Voto Salvado del Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo) en el cual dije que: "4.- No estoy de acuerdo con dicha consideración del punto 6.3 que directamente conlleva al rechazo de la demanda presentada por la señora Abad Piña, toda vez conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva, en mi opinión, no sería posible atribuirle responsabilidad a la recurrente; pues su conducta institucional en su puesto de "pagadora auxiliar 2 Secretaria" de la Dirección Nacional de Rehabilitación Penitenciaria fue adecuada a su profesión, o socialmente estereotipada, cotidiana, en definitiva fue una conducta neutral, toda vez se limitó a cumplir con la orden de pago, autorizada por el Director Nacional, y aprobada por el Director Financiero, de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social; sin que sea su rol institucional como pagadora auxiliar 2 Secretaria, asesorar adecuadamente respecto al pago y/o objetar el mismo en caso de no estar de acuerdo, pues no está entre las funciones de un pagador institucional el "asesorar" a los Directores Nacionales de una institución, sino cumplir sus directivas y órdenes administrativas/financieras dadas, cuidando, obviamente, que éstas efectivamente hayan sido dadas y suscritas por dichos funcionarios conforme los canales regulares; por ejemplo, la pagadora podía negarse a efectuar el pago si en la orden administrativa/financiera sólo constaba la firma de uno de los mencionados, o aparecía que alguien firmaba "por", o no constaban las firmas originales, sino copia o facsímil de las mismas, etc., en definitiva circunstancias de índole formal que la pagadora si debe verificar; pero no se puede pretender que a más de los controles formales, un pagador institucional evalúe o analice la pertinencia legal o institucional, esto es sustancial o

de fondo, de efectuar o no el pago ordenado de manera conjunta por los dos Directores, quienes, se entiende (y eso constituye precisamente materia de los roles o funciones institucionales de los directores) han verificado la necesidad, pertinencia y legalidad de la orden de pago o transferencia. 4.1.- Al respecto, autorizada doctrina, con la cual estoy de acuerdo, nos indica que: 'La determinación de la relevancia o irrelevancia penal de la conducta de quien presta bienes o servicios, en el marco de un oficio o actividad cotidiana, constituye el centro de la cuestión de la prohibición de regreso;... 5.- Cuando las Normas de Control Interno que serán aplicadas en las entidades y organismos del sector público que se encuentran bajo el ámbito de competencia de la Contraloría General del Estado... considero que precisamente el "trámite normal" de "control previo" de las operaciones respecto a autorizar o no, y aprobar o no, el pago de incrementos de las remuneraciones por la aplicación de una nueva escala salarial, y en consecuencia efectuar trasposos de créditos presupuestarios internos para financiar tales gastos de remuneraciones, son temas que corresponden decidir y controlar precisamente al Director Nacional conjuntamente con el Director Financiero; pero tal control no puede pedirse, o esperar que lo haga, el pagador institucional, quien no tiene -ni se espera que lo tenga- el conocimiento en economía y finanzas, o administración pública en general, para evaluar la pertinencia o legalidad de tales pagos y sus correspondientes movimientos financieros. 5.1.- El mismo razonamiento lo hago con relación a los artículos 5 y 6 del Reglamento de Responsabilidades expedido por la Contraloría General del Estado vigente a la época... ; pues en mi opinión no puede darse una "responsabilidad subsidiaria o solidaria", conforme la imputación objetiva, entre los dos extremos de una línea de mando jerárquica como el caso que aquí se contempla: por un lado, de forma "conjunta": el Director Nacional de Rehabilitación Social y el Director Financiero, y al otro extremo un Pagador provincial de la DNRS; pues entre otros mu-

Reflexión

chos aspectos a considerar, se correría el riesgo de deteriorar la eficiencia institucional y la jerarquía (¿sería deseable que cada nivel jerárquico inferior, en todos los niveles, “cuestione permanentemente” –bajo la figura de un supuesto asesoramiento, por lo demás no pedido- lo que sus superiores administrativos disponen y ordenan? Considero que no, pues la Administración estatal correría el riesgo de seriamente ralentizarse, o incluso paralizarse en ciertos sectores), pero sobretodo porque se estaría dando “una responsabilidad en cascada por el mero resultado” (*versare in re illicita*), lo cual la dogmática penal –y por ende el derecho administrativo sancionador- hace mucho que no acepta. E igualmente los mismos razonamientos con relación al artículo 329 de la derogada LOAFYC, ... ; reiterando que, en el caso que nos ocupa, más allá de las normas reglamentarias sancionatorias “abiertas o genéricas” antes mencionadas y/o su “tipificación estimativa”, de dudosa legalidad bajo los parámetros actuales de índole constitucional y penal; como ya he comentado la pagadora no realiza el control previo de lo que los dos Directores referidos deciden de manera conjunta, sino que más bien realiza actos de ejecución posteriores, en los cuales conforme su rol institucional sólo le compete realizar controles formales, más no sustanciales o de fondo, como se mencionó, entre otros puntos, en el considerando cuarto de este voto salvado. 5.2.- Al respecto autorizada doctrina administrativa, nos recuerda que: “Pero aun la disposición estructural típica de un proceso administrativo dejaba en pie viejas técnicas del viejo Derecho de Policía... 6.- De hecho, un pagador institucional parte del supuesto de que los Directores Nacionales, más aún si proceden de manera conjunta (*es decir, hay ya dos controles previos*), para ordenar una transferencia o pago, lo hacen con debido conocimiento de causa, analizando su pertinencia conforme las necesidades públicas institucionales, y dentro del marco legal; es decir se da un “principio de confianza” de que sus superiores hagan bien las cosas, que excluye cualquier

posibilidad de que se le impute, en este caso a la accionante, pagadora auxiliar Sra. Abad Piña, una responsabilidad si tales Directores Nacionales las han hecho mal y fuera del marco legal; y esto porque no entra, ni puede entrar, en el ámbito de su competencia administrativa controlar, en lo sustancial o de fondo, las decisiones y órdenes administrativas/financieras dadas por los mencionados Directores Nacional y Financiero; y menos aún, si ya hubo una objeción administrativa por parte de un funcionario de rango superior al suyo, el Tesorero General (*tercer control. Posiblemente dentro del rol profesional de un tesorero institucional sí este el objetar las órdenes financieras dadas por los Directores, lo cual en el presente caso sí se hizo*), que sí objetó la orden dada, y a quien los Directores mencionados ratificaron la misma. 6.1.- Al respecto, doctrina, con la cual estoy de acuerdo, nos enseña que: “C) Principio de confianza:... 7.- ¿Se podría entonces exigir una especie de “cuarto control”, de fondo, a la pagadora auxiliar en el presente caso? Considero que no. No sólo porque como lo he mencionado no es parte de su rol funcional institucional; menos aún si el principio de confianza se vio incluso reforzado, porque ella seguramente sabía que el Tesorero General había objetado ya la orden y que ésta fue ratificada por los Directores mencionados; sino sobre todo, aparte de la indebida “responsabilidad por el mero resultado” mencionado en el punto 5.1, también porque al hacerlo se incurriría correlativamente en “la teoría de la equivalencia de condiciones”, la cual ha sido ya ampliamente superada en la dogmática penal. 7.1.- Al respecto, la doctrina, con la cual estoy de acuerdo, nos enseña que: “A) Teoría de la equivalencia de las condiciones:... Por todo lo anterior, considero que: A) No se debería rechazar la demanda presentada por la señora María Elena Abad Piña, Pagadora del Centro de Rehabilitación Social del Cantón Azogues, provincia del Cañar, toda vez ella no incurrió en ninguna conducta relevante sancionable; dado que no se encontraba en posición de garante, del control sustancial o de fondo, de los actos ad-

ministrativos y/o financieros en que presuntamente hayan incurrido el Director Nacional y el Director Financiero de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social; no habiendo provocado, ni incrementado, ningún riesgo prohibido que haya resultado determinante en la conducta de los dos Directores referidos, quienes autorizaron y aprobaron respectivamente el pago de incrementos de las remuneraciones, por la aplicación de la nueva escala salarial de agosto a diciembre del 2002, sin contar con el correspondiente Distributivo de Sueldos aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas, gestión administrativa/financiera que de haberse dado sería de su estricta responsabilidad, sin que la misma pueda ser derivada de manera subsidiaria o solidaria a la pagadora señora Abad Piña, pues ello va en contra de la imputación objetiva considerada en la moderna dogmática penal, y que ha sido recogida en el actual Código Orgánico Integral Penal, tal como se ha explicado a lo largo de este voto salvado. B) Por tanto se debería dar de baja... ”.

8.- Si ya de por sí, como hemos visto, la institución de la responsabilidad objetiva del Estado es enormemente compleja, cuando se trata de tal responsabilidad con relación al servicio público de administración de justicia el problema es aún mayor, pues esta tiene consideraciones especiales respecto a su procedimiento y títulos de imputación. Al respecto, en la sentencia de 21 de junio de 2016 del recurso extraordinario de casación No. 600-2012 (Resolución No. 760-2016. Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo-Juez Nacional ponente; Abg. Cynthia Guerrero Mosquera-Jueza Nacional; Dr. Pablo Tinajero Delgado-Juez Nacional), se trató el tema de la siguiente manera: “CUARTO.- Este Tribunal de Casación debe comenzar separando dos institutos jurídicos que pueden dar lugar a confusión, y que definitivamente no son lo mismo: la responsabilidad objetiva del Estado y el “*versari in re illicita*” o *responsabilidad por el mero resultado*. El *versari in re illicita* determinaba una responsabilidad por el mero resultado producido, sin establecer ningún nexo

Reflexión

causal (ni subjetivo, ni objetivo) entre la conducta o circunstancia y el resultado, teoría ésta que ha sido ya superada por la dogmática penal, pues el problema de la responsabilidad se debe resolver circunscribiéndola en el plano objetivo con criterios normativos, por lo que no cabe considerar que cuando se habla de responsabilidad objetiva del Estado, el término *objetiva* equivalga a *mero resultado*. Siendo por tanto imprescindible tomar en cuenta, que los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado son fundamentalmente cuatro: a) que se produzca un daño o perjuicio; b) que se dé un nexo causal; c) que exista un factor de atribución; esto es la falta de la prestación de un servicio público; o la deficiencia [funcionamiento anormal] del mismo; o el cumplimiento [acción] o incumplimiento [omisión] irregular de las obligaciones y deberes de las y los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y, d) que se pueda imputar ese daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal, por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado [lo que nos lleva a la teoría del riesgo, así como a la posición de garante]; lo cual se da a través de los títulos de imputación, que en los casos relativos a la Función Judicial pueden ser cuatro: error judicial; detención arbitraria; inadecuada administración de justicia, que se puede dar por violación del derecho a la tutela judicial efectiva o por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso; y, por reforma o revocación de una sentencia condenatoria en virtud del recurso de revisión. Al respecto, autorizada doctrina administrativa señala que... QUINTO.- 5.1.- Para el tema aquí tratado, efectivamente la responsabilidad objetiva estatal podría darse por detención arbitraria, tal como lo señala el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, que al respecto señala: "(...) *El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial,...*", pero la misma no se puede dar de manera automática, esto es porque ha habido una resolución superior posterior que revoque tal prisión preventiva dictada por el juez in-

ferior; tal criterio sería inadmisibles porque simplemente partiría del errado criterio que la responsabilidad objetiva del Estado no se prueba de manera alguna, cuando lo cierto es que el mal funcionamiento de cualquier servicio público que haya causado daños a un particular sí debe ser probado. 5.2.- Llevar el *versari in re illicita* al campo administrativo de la responsabilidad objetiva del Estado por el título de imputación de detención arbitraria implicaría simplemente que, por ejemplo, ni los agentes fiscales ni las y los jueces de garantías penales del país podrían jamás equivocarse en su apreciación de los hechos y circunstancias dentro de un proceso penal, porque si el Tribunal de Garantías Penales absuelve al acusado llevado a juicio, entonces "automáticamente" se habría dado un mal funcionamiento del servicio público de justicia, debiendo el Estado pagar indemnizaciones a la persona absuelta. Es decir, se daría, sin más, que el efecto positivo de haber el propio Estado a través de sus diferentes órganos de justicia "corregido" la actuación de los niveles inferiores, devendría en un "castigo" por haber efectuado tal corrección del sistema de justicia; y así mismo, si la sentencia de culpabilidad del Tribunal de Garantías Penales es revocada por una de las Salas de lo Penal de una Corte Provincial de Justicia, entonces devendría en la misma situación, por el mero resultado, que "el culpable sería el Estado, pero en la personalización de las y los jueces del Tribunal de Garantías Penales, y así de manera escalonada y sin límites, bajo la falsedad conceptual del *versari in re illicita*, que en definitiva impondría a los operadores de justicia en su conjunto un inhumano parámetro que sería: ellos y ellas no podrían equivocarse nunca, lo cual escapa a cualquier posibilidad de exigirse mínimos de previsibilidad o cuidado operativo dentro de lo realmente esperable; a los operadores de justicia no se les puede exigir infalibilidad, sino que administren justicia con sujeción a la Constitución de la República y a la ley, aplicando "el principio de la debida diligencia" en los procesos que les toque conocer; y además, se daría la inica

conclusión de que "la auto-corrección del sistema de justicia" vendría a prácticamente ser criminalizada, tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito penal. Al respecto, autorizada doctrina administrativa señala que... SEXTO.- No se puede dejar de tomar en cuenta, que el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República habla de "*detención arbitraria*", por lo que la accionante debe demostrar que la orden de prisión preventiva dispuesta en su momento por el Juez Cuarto de lo Penal de Loja fue arbitraria, sin que tal prueba pueda ser suplida o reemplazada "de manera automática" por el hecho de que un tribunal jerárquicamente superior deja sin efecto tal prisión preventiva, pues tal revocación o absolución podría darse por muchos y diversos motivos. Al respecto autorizada doctrina administrativa nos enseña también que... SÉPTIMO.- Por tanto, comete un error conceptual la casacionista al fundamentar su recurso de casación, en el hecho de que supuestamente para que se aplique el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República bastaría la constatación del daño ocasionado a la o el ciudadano, esto es el mero resultado, en el caso que nos ocupa, que el Primer Tribunal de lo Penal de Loja haya dispuesto su libertad, dejando así sin efecto la prisión preventiva ordenada en su momento por el Juez Cuarto de lo Penal de Loja, afirmando la casacionista de manera errada que tal sentencia exculpatoria sería el único requisito necesario para que el Estado haya incurrido en responsabilidad objetiva estatal; esto no es así, pues ello equivaldría a confundir la antigua y superada institución del *versari in re illicita* con la responsabilidad objetiva estatal, que como ya se ha explicado anteriormente no son lo mismo, además de no haber tenido en cuenta los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado. Por todo lo anterior, se niega el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación...".

Gracias por leer este artículo.

Invitado

Dr. Ernesto Samper Pizano Secretario General de UNASUR



Síntesis biográfica:

Abogado de la Universidad Javeriana con especialización en Ciencias Económicas.

Fundador y director del Instituto de Estudios Liberales de Colombia en 1982 y asumió, en calidad de tal, la Secretaría General del Partido Liberal hasta 1984. Líder del Partido Liberal, consolidó el movimiento "Poder Popular", de centro izquierda con ideas heredadas del Movimiento Revolucionario Liberal creado por López Michelsen veinte años antes y el socialismo democrático.

Diputado de Cundinamarca, concejal de Bogotá, miembro del Senado, embajador ante la Asamblea de las Naciones Unidas, embajador de Colombia en España, y ministro de Desarrollo Económico.

En 1994 fue elegido presidente. De su gestión sobresale la creación del Ministerio de Cultura; la entrega de tierras a las comunidades indígenas y afro colombianas; además del programa Plante, para la sustitución social de cultivos ilícitos. La aprobación de los protocolos I y II de la Convención de Ginebra, relacionados con el respeto del Derecho Internacional

Humanitario, y el sistema de salud subsidiado que vinculó más de doce millones de colombiano a la salud.

Fue coordinador del Foro de Biarritz en Francia y ejerció como presidente de la Corporación Escenarios de Colombia, entidad sin ánimo de lucro dedicada a la investigación, discusión y análisis de temas enmarcados en la competitividad, equidad gobernabilidad e identidad.

Director de Investigaciones Económicas del Banco de Colombia, presidente de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras y presidente honorario de la Corporación Vivamos Humanos, organización no gubernamental dedicada a promover el Derecho Internacional Humanitario en Colombia. Creó la Fundación *Café País* que es un espacio alternativo de conversación y

debate con los jóvenes de ideas sociales, derechos humanos y globalización. Es presidente honorario de la Fundación de la Leyenda Vallenata.

Ha sido profesor de *Realidades Colombianas* en la Universidad Central de Bogotá; de *Desarrollo Económico* en la Universidad Javeriana; de *Mercado de Capitales* en la Universidad de los Andes; y, de *Procesos Globales de Integración* en la Fundación Politécnico Grancolombiano de Bogotá. Ha desarrollado labores de docencia como profesor invitado sobre *América Latina y la Globalización* en las Universidades de Salamanca y Alcalá de Henares en España, y en el Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad de la Sorbona en París.

Ha recibido importantes distinciones nacionales e internacionales, como la Gran Cruz de Boyacá en Colombia, y la Orden del Libertador Simón Bolívar en Venezuela, entre otros. Ha publicado libros, estudios y ensayos como *Bases para un Derecho Financiero en Colombia* (1974), *Ensayos sobre el Desarrollo Colombiano* (1980), *Aquí Estoy y Aquí me Quedo: Memorias de Gobierno* (1998), *El Salto Global de América Latina* (2002), *Agenda Global para América Latina* (2004), *A Diez años del Salto Social: ¿Qué no nos Dejaron Gobernar?* (2008) y *Drogas: Prohibición o Legalización, una Nueva Propuesta* (2013)".

Creación de una Corte Penal de Suramérica: Una propuesta de Ecuador

La Fiscalía General del Estado ecuatoriano, y su principal el doctor Galo Chiriboga, desde el 2012 ha trabajado en la propuesta de creación de una Corte Penal para Suramérica. Para ello ha elaborado un proyecto que ha pasado, en distintos foros, por la discusión de expertos, y el debate con sus pares de los países que integran la Unión de Naciones Suramericanas.

La idea de su creación responde a la necesidad de contar con una instancia judicial, con competencia en los doce países de UNASUR, que garantice la judicialización de delitos transnacionales, con competencias específicas para ciertas y determinadas infracciones de la delincuencia organizada que traspasa fronteras, y que estos actos, cada vez más complejos y lesivos, no queden en la impunidad.

El Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, señala entre sus objetivos específicos “la coordinación entre los organismos especializados de los Estados miembros ... para fortalecer la lucha contra el crimen organizado transnacional.”

El crecimiento de la delincuencia organizada transnacional hace indispensable que los Estados adopten políticas regionales y acciones concretas de cooperación judicial efectivas que deriven hacia un “sistema penal y judicial también de carácter transnacional”.

De acuerdo a la propuesta de la Fiscalía ecuatoriana, el objetivo de la Corte Penal Suramericana “es investigar y juzgar los crímenes cometidos por organizaciones delincuenciales transnacionales, con un sistema jurídico y jurisdiccional de carácter internacional que garantice un espacio en el que los principios de libertad, seguridad y justicia sean reales y efectivos”.

Los delitos que serían competencia de la Corte, son los establecidos en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, considerando que la mayoría de países que integran la UNASUR son signatarios de esta Convención y de los protocolos adicionales en materia de lucha contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En el proceso de discusión que se ha realizado a nivel de las Fiscalías de los países Suramericanos, se ha analizado la pertinencia de incorporar los delitos de: trata de personas; lavado de activos; tráfico de armas;

tráfico de sustancias estupefacientes y Sicotrópicas; tráfico de bienes culturales; delitos cibernéticos o por medios electrónicos, y falsificación o comercialización de fármacos caducados. La propuesta de Corte Penal no contempla la competencia para el juzgamiento de delitos de lesa humanidad ni de violaciones a los derechos humanos. En cuanto a los sujetos, el proyecto adopta lo previsto en el artículo 5 de la Convención de Palermo, que define como grupo delictivo organizado, al que “está integrado por dos o más personas que actúen concertadamente con el propósito de cometer los delitos”, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio de orden material o económico, o cualquier otro beneficio, para sí o un tercero, con la condición que opere en dos o más países suscriptores del Acuerdo de creación.

En un mundo globalizado por cuyas venas y arterias virtuales circulan con absoluta libertad bienes, servicios, datos, armas, drogas, corruptos, mujeres, niñas, niños y adolescentes esclavizados y dinero ilícito, estas “patologías globales” requieren de nuevos instrumentos para combatirlos, neutralizarlos, sancionarlos y suprimirlos de nuestros territorios y fronteras.

En cuanto al principio de complementariedad de jurisdicción entre la Corte Penal Suramericana y los tribunales nacionales, el proyecto de creación, establece la jurisdicción internacional, por cesión consentida de soberanía por parte de los Estados, que no reemplaza la jurisdicción nacional sino que la complementa.

Estos y otros aspectos en debate, forman parte del Proyecto elaborado y difundido por el Fiscal General del Ecuador, Galo Chiriboga Zambrano, y que está próximo a ser entregado a los Fiscales de los países miembros y al Presidente de la República, Rafael Correa, a fin de que sea presentado

por los canales oficiales a los órganos decisorios de UNASUR, y se inicie su debate al interior del bloque de acuerdo a los procedimientos previstos en el Tratado Constitutivo de la Unión.

Finalmente, no puedo dejar de compartir una reflexión: en un mundo globalizado por cuyas venas y arterias virtuales circulan con absoluta libertad bienes, servicios, datos, armas, drogas, corruptos, mujeres, niñas, niños y adolescentes esclavizados y dinero ilícito, estas “patologías globales” requieren de nuevos instrumentos para combatirlos, neutralizarlos, sancionarlos y suprimirlos de nuestros territorios y fronteras. La propuesta de la Corte Penal de Suramérica, presentada por el Fiscal General de Ecuador, y avalada por algunos Fiscales de la región apunta en ésta dirección: la de combatir y erradicar los delitos transnacionales. Por lo mismo merece ser estudiada y examinada con mucha atención.

La Corte responde

Contencioso Administrativo

PRIMERA PREGUNTA

¿Cuál es el trámite que se debe aplicar en los procesos de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, en los casos que los títulos de crédito no provengan de resoluciones firmes de la Contraloría General del Estado?

RESPUESTA:

Al establecer la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa para el conocimiento de los juicios de excepción a la coactiva en materia no tributaria, el legislador no cambia únicamente el juez competente (por atribución expresa), sino que implícitamente está determinando que tal procedimiento tiene naturaleza contencioso administrativa, lo cual lo hace susceptible de impugnación como cualquier otro acto de la administración.

Así, desde la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial el procedimiento para la sustanciación del juicio de excepciones a la coactiva en materia no tributaria es el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, esto es, el 22 de mayo de 2016, para la sustanciación del juicio de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, el procedimiento es el ordinario (artículo 315 COGEP).

SEGUNDA PREGUNTA

¿Se necesita un informe previo [de la Procuraduría General del Estado] para que conste una cláusula compromisoria en los contratos que suscribe el Estado

RESPUESTA:

La Constitución de la República reconoce tanto a los órganos jurisdiccionales como a los medios alternativos como mecanismo de solución de conflictos (Arts. 173 y 190 CRE) conforme lo prescriben las normas previstas en el capítulo que regula la Función Judicial y justicia indígena. En el ámbito de la contratación pública, el constituyente expresamente dispone que “procederá el arbitraje en derecho, *«previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado»*, conforme a las condiciones establecidas en la ley” (artículo 190 incisos 1 y 2 CRE).

De acuerdo con la Constitución, la Procuraduría General del Estado se define no sólo como un organismo «público», sino que además se le atribuye el carácter «técnico jurídico» (artículo 235 CRE); y, una de sus funciones es “[c]ontrolar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público” (artículo 237.4 CRE).

La función de control que la Constitución determina expresamente a la Procuraduría General del Estado sobre los actos y contratos del sector público, implica que para suscribir un contrato que prevea una cláusula compromisoria para someter a arbitraje las controversias surgidas en materia de contratación pública debe contarse con el informe previo de la Procuraduría General del Estado.

TERCERA PREGUNTA

Nos ha correspondido sentenciar procesos de impugnación de multas impuestas por algunos Ministerios del Estado, tales como Ministerio del Ambiente y Ministerio de Relaciones Laborales, en base a normas reglamentarias, situación que nos ha causado dificultades en las alegaciones que realizan los administrados y entidades públicas que también han sido sancionadas, quienes se fundamentan básicamente en que las sanciones no están determinadas ni en la Constitución ni la ley, como exige el artículo 76 numeral 3 de la Carta Fundamental.

Para respetar los derechos establecidos en la Constitución, dichas sanciones deberían estar contenidas en una ley.

RESPUESTA:

No obstante la sustantividad de la garantía de legalidad de las infracciones y sanciones, la doctrina constitucional ha matizado sus alcances en el ámbito administrativo sancionador, de manera que la reserva de ley establecida por la Constitución no puede ser concebida en términos concluyentes; pues el ejercicio de la facultad reglamentaria es necesaria, porque «la ley, por sí misma, es insuficiente para regular la convivencia de la sociedad y las gestión de los intereses de la comunidad». Cuestiones como el modelo constitucional de distribución de competencias públicas; el carácter inderogable de la potestad reglamentaria en ciertas materias; o, incluso razones de prudencia u oportunidad que se otorga a la administración pública pueden justificar que el ordenamiento jurídico establezca tal facultad.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencias dictadas dentro de los procesos Nos. 601-2010, 103-2013 y 1116-2015 ha señalado que el ejercicio de la potestad reglamentaria es sumamente importante para el derecho administrativo, puesto que la propia administración es la que tiene que encargarse de regular los múltiples campos en lo que ejerce su acción, para facilitar la actuación de sus órganos e instituciones.

La Corte responde

Penal, Penal Militar, Policial y Tránsito

PRIMERA PREGUNTA

Es pertinente o no que los jueces de primer nivel sustituyan o reemplacen las penas privativas de libertad con otras no privativas de libertad (trabajos comunitarios).

RESPUESTA:

El COIP, en desarrollo de los preceptos constitucionales, nos trae un ámbito espacial, personal, temporal de aplicación y un ámbito material de la ley penal. Contiene además el catálogo de ilícitos y penas que deben ser aplicados imperativamente por el administrador de justicia, que responden a su vez a los principios penales de necesidad y lesividad. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma. Las juezas y los jueces, dictada la condena en el juicio oral, deben imponer las penas privativas de libertad descritas en cada tipo penal, aquellas tienen una debida justificación social y sancionan las conductas penalmente relevantes y tienen además una finalidad estatuida en la ley. El incumplimiento de la imposición de la pena determinada en el tipo penal es completamente arbitrario. La aplicación de las penas no privativas de libertad contenidas en el artículo 60 del COIP, conforme al caso en concreto, y de ser necesarias, se aplicaran en adición a las privativas de libertad descritas en cada tipo penal y a las penas accesorias reguladas en el artículo 70 del COIP.

SEGUNDA PREGUNTA

En el procedimiento abreviado, ¿la multa debe ser acorde con la pena impuesta por el juez y negociada entre Fiscalía y Defensa, o al contrario, debe establecerse con la pena establecida en el tipo penal por el cual se le ha sentenciado?

RESPUESTA:

El procedimiento abreviado está regulado conforme a nuestro sistema penal. Al dictar sentencia en todo procedimiento, incluido el abreviado, el juez debe sujetarse a las formas de imponer la pena, incluida la multa, que se encuentran expresamente reguladas en la ley. La multa es una pena accesoria a la pena privativa de libertad, y se impone a más de esta última, de forma imperativa en todas las infracciones. La multa al ser accesoria sigue la suerte de lo principal, de ahí que en el procedimiento abreviado se rige, al igual que las penas privativas de libertad, conforme a lo determinado en el artículo 636 del COIP. Es así que para el cálculo de la pena sugerida, se tomará en cuenta no solo la principal (la privativa de libertad determinada en el tipo penal), sino también la accesoria (la multa regulada en el art. 70) y de ahí se aplicará la rebaja conforme manda la ley. Todo ello en respeto al derecho al debido proceso, con sus aristas la legalidad y la proporcionalidad.

TERCERA PREGUNTA

¿Es procedente aplicar el procedimiento directo en todos los delitos contra la propiedad indistintamente si aquel es sancionado con una pena de privación de libertad inferior o superior a cinco años, siempre que el monto de la afección patrimonial no exceda los treinta salarios básico unificados del trabajador en general?

RESPUESTA:

Los delitos contra la propiedad cuya pena supere los cinco años de privación de libertad no son susceptibles de procedimiento directo, incluso si es que la afección económica producida por su cometimiento no excede los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. Esta situación tiene coherencia con la naturaleza mismo del procedimiento directo, puesto que éste no opera para aquellos delitos que el legislador considera de mayor relevancia desde el punto de vista penal, ya que inciden contra la seguridad ciudadana y la paz social, como por ejemplo los que afectan a la vida, a la integridad física, o los que comprometen los intereses del Estado, o los que causan enorme lesión o alarma social, siendo justamente por estos motivos que tienen una mayor penalidad. Este mismo criterio es aplicable para el caso de la conciliación, pues además el legislador considera que todos los delitos que superan los cinco años de privación de libertad, versan por sobre derechos que no son transigibles.

CUARTA PREGUNTA

¿Puede aplicarse el procedimiento directo en los delitos de tránsito con resultado muerte, conforme lo determinado en el artículo 377 del COIP?

RESPUESTA:

En el segundo inciso del numeral 2 del artículo 640 del COIP, que regula el procedimiento directo, se dispone: "Se excluirán en este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública, delitos **contra la inviolabilidad de la vida** e integridad y libertad personal con resultado de muerte.". Siendo así no es pertinente aplicar procedimiento directo en el delito 377 del COIP.

La Corte responde

Civil y Mercantil

PRIMERA PREGUNTA

Las juezas y jueces de la Unidad Primera de Contravenciones del cantón Quito manifiestan que, en las audiencias de juzgamiento las partes piden confesión judicial, llegando incluso a solicitar la declaratoria de confeso del ausente. Expresan así mismo que las normas del Código de Procedimiento Civil son supletoria en el proceso de juzgamiento de las contravenciones conforme a la LODC, por lo que en la práctica ésta diligencia debe hacerse con al menos un día de anticipación, y para dar lugar a la declaratoria de confeso debe anteceder dos señalamientos. En tal virtud, consultan si se puede suspenderse la diligencia para la práctica de la confesión judicial, aunque el artículo 85 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, prevé la suspensión de la audiencia únicamente para la práctica de pericias.

RESPUESTA:

Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, desapareció la institución jurídica de la "confesión judicial", puesto que hoy se denomina "declaración de parte" como prueba testimonial, por lo tanto, en los nuevos procesos que se tramiten con la normativa del COGEP, ésta declaración de parte debe practicarse como prueba en la audiencia, en consecuencia, no hay necesidad de un segundo señalamiento para tal diligencia, como sucedía en el caso de la confesión judicial prevista en la normativa del Código de Procedimiento Civil derogado.

En los juicios anteriores a la vigencia del Código Orgánico General de Procesos que se haya pedido "confesión judicial", se deberá aplicar la norma legal jerárquicamente superior, conforme manda el artículo 425 de la Constitución de la República, es decir, lo que dispone el artículo 85 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, norma que es jerárquicamente superior a la disposición del artículo 127 del Código de Procedimiento Civil.

SEGUNDA PREGUNTA

Así mismo, los administradores de justicia de la Unidad Primera de Contravenciones del cantón Quito, en base a lo que disponía el artículo 391 del Código de Procedimiento Penal expresan que el juez competente para conocer los daños y perjuicios era el mismo juez que dictaba sentencia condenatoria en una contravención, lo cual se sustanciaba en juicio verbal sumario y en cuaderno separado, pero como la Disposición Derogatoria Segunda del Código Integral Penal deroga el Código de Procedimiento Penal y todas sus reformas posteriores, consultan cuál es el juez competente para conocer y resolver los procesos por daños y perjuicios iniciados como consecuencia de una sentencia condenatoria en materia de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

RESPUESTA:

Mientras se encontraba vigente el Código de Procedimiento Penal, las juezas y Jueces contravencionales debían aplicar el artículo 391 del mencionado cuerpo legal, para efectos de establecer la competencia en los procesos por daños y perjuicios, norma que ya no está vigente con la derogatoria del Código de Procedimiento Penal mediante la Disposición Derogatoria Segunda del Código Orgánico Integral Penal. En la actualidad el artículo 622 del COIP dispone: "Las sentencia escrita deberá contener: ...6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda"; consecuentemente, no es necesario que se sustancie otro proceso para determinar la reparación de daños y perjuicios, siendo por lo mismo, la jueza o juez contravencional el competente para establecer los daños y perjuicios al momento de resolver las infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

TERCERA PREGUNTA

Las mencionadas jueza y jueces, sobre la base de lo que dispone el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil, plantean la siguiente problemática: "En el proceso de ejecución de la sentencia condenatoria ejecutoriada por infracciones a la LODC, cabe o no que el juez de contravenciones disponga a petición de parte, recabar información con relación al dinero que posee el condenado en las instituciones del Sistema Financiero, cuando según la disposición citada, le corresponde al acreedor señalar los bienes que deban ser embargados".

RESPUESTA:

El artículo 439 que mencionan los administradores de justicia, se refiere al Código de Procedimiento Civil, norma que en la actualidad ya no está vigente para los procedimientos que deben ejecutarse conforme al Código Orgánico General de Procesos, por lo tanto, la ejecución de la sentencia deberá efectuarse como manda el artículo 366 y siguientes del COGEP, tomando en cuenta si se trata de obligaciones de dar, hacer o no hacer, y al respecto el artículo 365 ibídem dispone: "La o el juzgador tendrá la facultad de acceder de oficio o a petición de parte, a los registros públicos de datos de la o el ejecutado, para recabar información relacionada con sus bienes. Además brindará a la o el ejecutante todo el apoyo y facilidades para la realización de los actos necesarios dentro de la ejecución". En virtud de esta norma legal, no cabe duda que la jueza o juez tiene facultad de recabar información, de oficio o a petición de parte, que sea necesaria para la cabal ejecución de la sentencia.

La Corte responde

Laboral

PRIMERA PREGUNTA

Código General de Procesos.- Si dentro del trámite monitorio, destinado, en materia laboral, al cobro de las remuneraciones pendientes de pago mientras este en vigencia la relación laboral, cabe el pago de triple recargo estipulado en el Artículo 94 del Código de Trabajo., de la simple lectura de la ley se evidencia que el pago de triple recargo sobre las remuneraciones del último trimestre que se encuentran pendientes de pago exige dos presupuestos identificables en la ley: 1.- que no se hubiere cubierto el pago de las remuneraciones que corresponden al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo; y, 2.- cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción judicial pertinente. En el trámite monitorio, si bien se cumple el segundo presupuesto, es decir la necesidad de la acción judicial para el cobro, no se cumple el primero, pues la relación laboral continúa entre los litigantes, por lo que el pago ocurre durante la vigencia de las relaciones laborales de trabajo.

RESPUESTA:

El artículo 94 del Código del Trabajo contempla una sanción para el empleador moroso que hubiere dejado de pagar las remuneraciones que le corresponden al trabajador. Para que proceda este pago se requiere que el empleador estuviese en mora, conforme lo plazos que establece la ley para el pago de remuneraciones; y en segundo lugar, que para el cobro de tales remuneraciones haya sido necesario el ejercicio de la acción judicial.

La ley no establece como condición para reclamar el pago de remuneraciones atrasadas que la relación laboral hubiere concluido, por tanto, cabe perfectamente que el trabajador demande sus haberes y esté vigente la relación de trabajo. Distinto es el caso en que el trabajador hubiere optado por el visto bueno por la causal del artículo 173.2 del Código del Trabajo, pues declarado el mismo hay lugar a reclamar el despido intempestivo y también las remuneraciones atrasadas, pero en este caso en juicio sumario y no monitorio.

SEGUNDA PREGUNTA

En el despido ineficaz, debería, en caso de caducidad de la acción, esto es pasado los 30 días determinados en la ley, a través de un auto declarar caducada la acción del actor, previo a calificar la demanda, o a tramitar conforme a la ley y en sentencia.

RESPUESTA:

Cuando la ley expresamente establece un plazo para el ejercicio de una acción judicial y el titular del derecho para accionar no lo ejerce dentro de ese plazo, tal acción caduca, produciéndose la pérdida o extinción del ejercicio de la acción. La caducidad de la acción es distinta a la prescripción de la acción, ya que la segunda es general, debe ser propuesta expresamente por el demandado como excepción, puede ser interrumpida por la citación. En tanto que la caducidad opera de pleno derecho y debe ser declarar por el juzgador aun de oficio.

Se considera que la caducidad de la acción por despido ineficaz puede ser analizada por el juez de la causa al momento de calificar la demanda y si de los hechos establecidos en el texto de la propia demanda se deduce que ha transcurrido el plazo de treinta días.

TERCERA PREGUNTA

SOBRE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS: En el artículo 332.- Procedencia.- Indican que se tramitarán por el procedimiento sumario, respecto de las acciones laborales: 8.- Las controversias originadas por el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de los plazos previstos en el Código de Trabajo sobre el despido ineficaz". Sin embargo en las disposiciones reformativas al Código de Trabajo, de este mismo cuerpo legal establece: 6. Sustitúyase en el artículo 575 por el siguiente: "Artículo 575.- Trámite de controversias laborales.- las controversias individuales de trabajo, se sustanciarán en procedimiento sumario conforme lo prevé el Código Orgánico General de Procesos" ¿Sería necesario, ampliar el Artículo 332 del Código General de Procesos?

RESPUESTA:

El despido intempestivo de la mujer embarazada o en período de lactancia y del dirigente sindical se tramitará en juicio sumario previsto en el COGEP, con la reducción plazos contemplados para el proceso del despido ineficaz.

Por tanto no es necesaria una reforma o aclaración del artículo 332 del COGEP, pues las normas procesales han de interpretarse en su conjunto, unas con otras, en forma armónica y complementaria.

En el Pleno

El Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia, cumple con hacer conocer a sus lectores por sobre las resoluciones con fuerza de ley que el Pleno del más alto órgano de administración de justicia ordinaria en el Ecuador adopta en caso de duda u oscuridad de ley. En esta ocasión es pertinente difundir un extracto de la exposición de motivos y de la **Resolución No. 04-2016**, que tiene relación con la aplicación del COGEP como norma supletoria en defecto del COIP.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

“...iii) La duda en un primer momento resultaría satisfecha si nos sujetamos a lo determinado en el numeral 1, de la disposición reformativa primera del COGEP que ordena: PRIMERA.- En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: “Código de Procedimiento Civil”; “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” y “Ley de Casación”, por “Código Orgánico General de Procesos”.

De ahí que, fácil nos resulta entender que será COGEP, el cuerpo normativo supletorio en materia procesal penal en reemplazo del Código de Procedimiento Civil ya derogado.

iv) Ahora bien, si un proceso penal se ha iniciado con anterioridad al 23 de mayo de 2016, cuando entró en vigencia el COGEP, ¿es aplicable este cuerpo normativo como supletorio en materia procesal penal?...

Para el caso que nos ocupa, es aplicable la regla procesal que establece la prevalencia de las nuevas normas procesales por sobre las anteriores, desde el momento mismo de su entrada en vigencia, es decir, el cuerpo normativo aplicable como supletorio en materia penal es el COGEP desde que entró en vigencia en reemplazo del Código de Procedimiento Civil. Esta noción es plenamente aplicable en materia penal, **puesto que se ira al cuerpo normativo supletorio solo en el momento en que, de los incidentes del proceso se evidencie la necesidad de aplicar esa ley en defecto del COIP.**

Entonces, si en un proceso penal que se haya iniciado antes del 23 de mayo de 2016, se encuentra que se requiere de otra norma supletoria; y para solventar este incidente la que debe operar es la que está en vigencia, esto es el COGEP o el COFJ. Es aún más evidente si es que tomamos en cuenta que **las normas supletorias en materia penal, puntualmente, en este caso el COGEP, es accesoria y rige por excepción y no versan sobre la naturaleza y estructura misma del proceso penal**, peor aún con lo sustantivo; pues, para ello se está a lo dispuesto en el COIP. Lo que si se requiere es que la norma supletoria guarde armonía con el proceso acusatorio oral, y sea coherente con los principios constitucionales que lo rigen.” (negritas nos corresponde)

RESOLUCIÓN No. 04-2016 - LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONSIDERANDO:

Que el derecho a la seguridad jurídica, entre otros aspectos, consiste en la certeza que los integrantes de la sociedad tienen por sobre las consecuencias jurídicas de sus actos, y que de ser el caso éstos serán juzgados por juezas y jueces competentes, quienes aplicarán e interpretarán el ordenamiento jurídico de forma uniforme, constante e íntegramente, con irrestricto apego a la Constitución, a los instrumentos de derechos humanos y a la ley...

Que la disposición general primera del Código Orgánico Integral Penal dispone: “En lo no previsto en este Código se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Civil, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral.”

Que la disposición derogatoria primera del Código Orgánico General del Procesos, deroga el Código de Procedimiento Civil. Que esta situación ha traído como consecuencia confusión en los administradores de justicia del país en materia penal, puesto que no se tiene absoluta claridad si es que el Código Orgánico General de Procesos, sustituye al Código de Procedimiento Civil, como norma supletoria en defecto del Código Orgánico Integral Penal.

En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- En lo no previsto en el Código Orgánico Integral Penal, se deberá aplicar de manera supletoria lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Código Orgánico General de Procesos, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral. En materia penal esta regla será aplicable a todo proceso que se encuentra actualmente en sustanciación. (negritas nos corresponde)

Precedentes jurisprudenciales

Con ocasión de la conmemoración del cuarto aniversario de nuestro Boletín Institucional queremos proponer a nuestros lectores una nueva sección dedicada al comentario crítico de los precedentes obligatorios que la Corte Nacional de Justicia (CNJ) ha expedido a partir de sus fallos de triple reiteración.

1. Una explicación necesaria

Entre los múltiples cambios referentes a la justicia, la Constitución de 2008 recogió en sus disposiciones una inquietud que venía siendo planteada en Ecuador desde comienzos de los años 90 sobre la necesidad de un nuevo valor jurídico a la jurisprudencia de la Corte de Casación. Concretamente la Carta fundamental estableció en su artículo 184.2 como una de las competencias fundamentales del pleno de la Corte Nacional el desarrollar un sistema de precedentes jurisprudenciales basados en fallos de triple reiteración. Esta disposición refleja una ruptura definitiva con aquella vetusta idea, según la cual, el legislador es el único legitimado para crear e interpretar el derecho; ¹pero no surge de la nada, sino que es el resultado final de un largo proceso de mutación del sistema de fuentes que comienza en 1993, cuando se expidió la ley de casación que establecía que la parte dispositiva de las sentencias de casación debía ser obligatoriamente publicada y que constituirá precedente para la aplicación de la Ley. También establecía que la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes. Sin embargo, a pesar de la sana intención de nuestro legislador, este primer modelo ecuatoriano de jurisprudencia obligatoria fracasó debido a que por inadvertencia la ley no estableció ningún mecanismo eficaz que garantizará la publicidad y uniformidad de los fallos, lo cual generó la paradoja de que sobre un mismo punto podían existir diferentes pronunciamientos de igual jerarquía y obligatoriedad.

Como respuesta a este caos la Constitución de Montecristi modificó el sistema de fuentes y dentro de este propio concepto de jurisprudencia al punto de que hoy en día los fallos reiterados de la Corte Nacional son en su integridad derecho objetivo directamente aplicable y no tan solo jurisprudencia indicativa o criterio auxiliar de interpretación. El otro gran cambio es que lo que constituye precedente obligatorio es todo el texto de la sentencia o resolución y no tan solo la parte dispositiva como ocurría en el pasado. En ese contexto el Código Orgánico de la Función judicial desarrolló el precepto constitucional mencionado creando un sistema y un procedimiento operativo para la generación del precedente.² Específicamente estableció que el precedente solo surge a la vida jurídica una vez el pleno de la Corte expida una resolución en donde se declara la existencia del precedente y que contendrá el punto de derecho que se quiere convertir en derecho objetivo.

2. El precedente obligatorio establecido en la Resolución de 21 de abril de 2010 y su utilidad

Más allá de que existen ciertas dificultades de interpretación sobre el alcance de la disposición del Código Orgánico de la Función Judicial,³ lo cierto es que a partir del año 2009 la Corte Nacional ha venido expidiendo una serie de resoluciones generadoras de precedentes obligatorios. En función de que el pleno de la Corte y el presidente de la misma han acordado desarrollar una intensa labor de divulgación del derecho generado en la Corte Nacional. En esta ocasión hemos considerado importante comenzar este proceso divulgatorio con un breve análisis de la resolución del Pleno de la Corte de 21 de abril de 2010, que confirmó el criterio reiterado de la Sala Civil y Mercantil de la CNJ y estableció como derecho objetivo directamente aplicable la regla según la cual la posesión es un hecho que genera derechos con independencia de la condición o

el título con que haya actuado o actúe el poseedor.

Esta regla aparentemente reiterativa de un principio general del derecho civil de los bienes, en el contexto ecuatoriano resultó no solo importante sino muy útil debido a que en muchos casos los operadores jurídicos y los propios jueces tenían dudas sobre los efectos y los alcances de la posesión efectiva; circunstancia que en la práctica generaba enormes dificultades para el ejercicio pleno y efectivo de los derechos patrimoniales. A partir de esta resolución ya no existe duda sobre las atribuciones y potestades de los poseedores como por ejemplo la operancia de la presunción de dominio, así como la potestad de hacer suyos los frutos de la cosa poseída y sobre todo la operancia en su favor de la prescripción adquisitiva de dominio y la legitimación correspondiente para promover juicios posesorios.

En relación con los juicios posesorios la resolución comentada genera una segunda regla, esta si novedosa y que en realidad constituye el núcleo central de la resolución de la Corte según la cual se aclara la naturaleza jurídica de los juicios posesorios. Al respecto el pleno de la Corte fue enfático al decir que los juicios posesorios son de CONOCIMIENTO, y que su objeto es la DECLARACIÓN de la existencia de la posesión libre y pacífica del bien, así como declarar los efectos jurídicos de la misma, a los que ya hemos hecho referencia en el párrafo anterior. Ahora bien, aunque la Corte no lo dijo expresamente el resultado práctico de esta segunda regla jurisprudencial es precisamente es la procedencia del recurso extraordinario de casación respecto de los procesos posesorios, lo cual es totalmente consecuente con el carácter garantista de la jurisdicción que promueve la Constitución de 2008. Como es posible observar, es indudable entonces la pertinencia y utilidad del precedente obligatorio estipulado en la resolución del 21 de abril de 2010.

Dr. Juan Montaña Pinto
Asesor de Presidencia CNJ

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

1.- Ver: Artículo 3 del Código Civil

2.- Ver artículo 182 inciso 2 COFJ.

3.- Dificultades que han sido explicadas extensamente en el informe de gestión de la Corte Nacional del 2015 y que ameritaron la expedición de la Resolución 1A 2016 publicada en el suplemento del Registro oficial 767 de 2 de junio de 2016.

Noticias

Boletín Institucional cumple 4 años de publicación ininterrumpida

Lectores



Gabriela Alvear Sarmiento
Ayudante judicial de la
Corte Provincial de
Justicia de Loja

Como funcionaria de la Corte Provincial de Loja, considero que es muy importante que nos envíen a nuestra dependencia, ejemplares del *Boletín Institucional* de la Corte Nacional de Justicia. La lectura de esta publicación, a mi criterio, genera un vínculo fundamental con todos quienes integramos la función judicial, nos mantiene actualizados de las actividades y novedades académicas y, conocemos parte de las respuestas que se dan ante las consultas que los jueces de primer nivel envían a la Corte Nacional.

Particularmente siempre espero la sección *Cortes provinciales*, porque nos permiten contar con un espacio para difundir el quehacer de las jurisdicciones locales y, a su vez, estar al tanto del proceso de transformación que han tenido otras cortes del país.

Nicolás Salas Parra
Catedrático y abogado
en libre ejercicio



Si bien la producción más importante que emana de la Corte Nacional de Justicia son sus sentencias, también es relevante el aporte que se hace mediante la publicación del *Boletín Institucional*, pues le permite al ciudadano, estudiante y profesional del derecho, mediante un formato de fácil lectura, acercarse al devenir diario de la Corte, recogiendo criterios jurídicos de jueces de todo el país, publicando las resoluciones del Pleno de la Corte, y plasmando otras novedades en el ámbito judicial que lo convierten en un mecanismo idóneo para que el principio de transparencia pase de la fría abstracción teórica, a una verdad concreta en la función judicial.



En septiembre de 2012, con la finalidad de que los servidores judiciales conozcan las principales actividades de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), se publicó la primera edición del *Boletín Institucional*; desde entonces, la elaboración y difusión de este producto comunicacional, ha sido ininterrumpida. Hoy cumplimos cuatro años de entrega.

Dar a conocer los resultados del trabajo de la entidad se constituyó en un ejercicio de transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas, pero sobre todo en un acercamiento dinámico con los ecuatorianos, superando la idea inicial de ser dirigido solamente a los funcionarios judiciales. Desde entonces, 2.500 ejemplares se distribuyen gratuitamente en las siguientes entidades: Presidencia de la República, ministerios, sector justicia, asambleístas, alcaldías, colegio de abogados, organismo de control, medios de comunicación, embajadas, organizaciones no gubernamentales, universidades, bibliotecas y a ciudadanos que se acercan a la Unidad de Relaciones Públicas y Comunicación Social de la CNJ.

Con ocasión del aniversario de los cuatro años de publicación, el *Boletín Institucional* N°25 propone un nuevo diseño, moderno y asimétrico, cuyo estilo es limpio y monocromático. Se ha incorporado el color azul oscuro con sutiles variaciones para destacar los ejes principales de la publicación, lo cual rompe con la cromática usada en las anteriores ediciones. Así mismo, los temas se ubican al lado derecho de la imagen, lo que permite visualizar mejor su contenido, dejando limpio el espacio de la imagen principal, que para estas nuevas ediciones serán ilustraciones digitales.

La propuesta del diseño interno guarda relación con el concepto moderno y simple, tanto en el índice como la numeración de cada página. Ahora las secciones presentan diferente diagramación para resaltar los temas y mantener la propuesta de una estética asimétrica.

Hemos logrado posicionar este producto gracias al trabajo profesional y al profundo sentido de la pluralidad de pensamiento. Agradecemos la acogida y la confianza en estos cuatro años de producción editorial.

Comisión de Coordinación y Seguimiento de la CJI



En el mes de julio, el presidente de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), doctor Carlos Ramírez Romero, recibió a la Comisión de Coordinación y Seguimiento de la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI). En la reunión de trabajo, que se desarrolló en el Salón del Pleno de la institución, se analizó la agenda temática con miras a la *XIX Cumbre Judicial Iberoamericana 2018*, que tendrá a Ecuador como anfitrión. El representante de la CNJ destacó que los resultados obtenidos en estas reuniones tienen el objetivo, a través de un consenso de los miembros, de crear mecanismos de trabajo que permitan el mejoramiento continuo del servicio de justicia, a través del intercambio de experiencias, visiones, proyectos y buenas prácticas de los países amigos. “El propósito de la Cumbre Judicial Iberoamericana es trabajar por el mejoramiento de los servicios de administración de justicia de nuestros países, compartiendo experiencias, ideas, proyectos y buenas prácticas; esto es lo que hemos hecho en Ecuador, y eso me permite decirles que nos compromete más aún con la Cumbre y con el cumplimiento de sus grandes objetivos y propósitos. Estimo que el desarrollo del derecho y quizá de la construcción de un nuevo modelo de administración de justicia, no puede ser ajena a lo que ocurre en los demás países hermanos”, manifestó el doctor Ramírez. La Comisión de Coordinación y Seguimiento de la Cumbre Judicial Iberoamericana estuvo integrada por: Sergio Muñoz (Chile), Gustavo Jalkh Röben (Ecuador- Secretaría Pro-tempore), Carlos Miguel Ramírez Romero (Ecuador), Pedro Félix Álvarez de Benito (España), Martha María del Carmen Hernández Álvarez (México), Luis María Benítez Riera (Paraguay), Sigfrido Steidel (Puerto Rico), Gloria Cecilia Cuello Suero (República Dominicana); y Ricardo Pérez Manrique y Jorge Chediak (Uruguay- Secretaría Permanente), con la presencia de la Dra. Alba Luz Ramos Vanegas, en calidad de observadora de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia.

Consultas al servicio ciudadano

Desde el 28 de mayo de 2013, la Corte Nacional de Justicia mantiene el vínculo con la ciudadanía a través del *Portal de Consultas Orientativas*, por este medio se ofrece la oportunidad de obtener una respuesta directa, eficaz y oportuna a las inquietudes relacionadas con temas jurídicos que llega a plantearse la ciudadanía en general desde distintas ciudades del país así como del extranjero. A fin de fortalecer esa cultura de servicio se ha implementado además, una plataforma de consultas frecuentes que ofrece respuesta inmediata a una selección de preguntas más frecuentes planteadas por los usuarios del Portal de Consultas; en estos más de tres años se han absuelto un total de **1364** consultas que versan sobre temas: civiles, penales, laborales, familia niñez y adolescencia, contencioso administrativo, contencioso tributario y cooperación internacional; y se ha registrado un incremento a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP) y Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Sin duda esto refleja la importancia de este servicio que se caracteriza por ser gratuito y eficiente.

Diálogos Judiciales 3

La Corte Nacional de Justicia presentó la edición **L** número 3 de su revista *Diálogos Judiciales*. Se trata de un número dedicado monográficamente al análisis del nuevo Código Orgánico General de Procesos. Entre los estudios incorporados encontramos un análisis sobre la argumentación en los nuevos procesos orales por audiencias; un texto acerca de los cambios en el ejercicio de la actividad probatoria a partir de la entrada en vigencia del código; un estudio de las audiencias en los juicios no penales ecuatorianos y otro en las transformaciones del derecho a la impugnación; además, de un ensayo sobre la fase de ejecución en nuestro actual ordenamiento procesal. La revista posibilita enfocar los asuntos jurídicos, propios de una obra dedicada al análisis del Derecho vigente, desde la visión de quienes día a día ejercen la judicatura.

La responsabilidad extracontractual del Estado

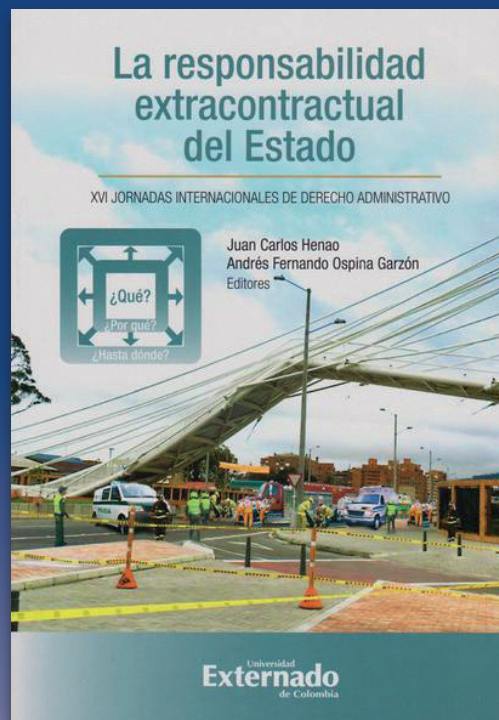
La responsabilidad extracontractual del Estado es uno de los temas de mayor relevancia en el ámbito estatal y de los más dinámicos del derecho administrativo. El concepto de responsabilidad del Estado abarca un espectro amplio, que va desde el mismo Estado, como entidad con personalidad jurídica propia y también la de los funcionarios por los actos que ellos desempeñan en el ejercicio de sus funciones. Además se advierte que día a día van surgiendo nuevas formas de provocar daños como por ejemplo las biotecnologías, los tratados comerciales, el uso de herramientas de tecnología y comunicación.

La presente obra contiene varios artículos que se encuentran ordenados de forma sistemática y coherente por los destacados editores Juan Carlos Henao y Andrés Ospina, profesores de la Universidad Externado de Colombia.

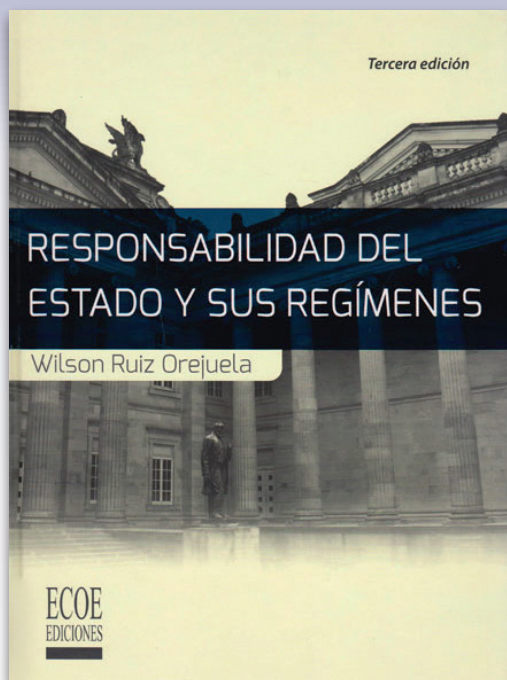
La obra responde a tres interrogantes fundamentales en la materia:

¿Cuáles son los elementos que componen la responsabilidad extracontractual del Estado? ¿Cuáles son las causas más comunes que originan la responsabilidad extracontractual del Estado? ¿Hasta dónde llega la responsabilidad extracontractual del Estado? planteando la necesidad, a través de instrumentos jurídicamente válidos de limitar las condenas al Estado.

En su conjunto, se trata de una obra académica importante, actualizada, y didáctica que contiene interesantes desarrollos jurisprudenciales en éste novedoso tema del derecho administrativo.



Editores:
Juan Carlos Henao
Andrés Fernando Ospina Garzón



Autor:
Wilson Ruiz Orejuela

Responsabilidad del Estado y sus regímenes

La tercera edición de ésta obra del autor colombiano Wilson Ruiz Orejuela constituye un verdadero manual de consulta respecto al tema de la responsabilidad civil extracontractual del Estado. Presenta de manera dinámica y ordenada abundante jurisprudencia y casuística sobre el tema en aspectos relacionados con la responsabilidad ambiental, responsabilidad médica estatal, responsabilidad judicial, daños sufridos por reclusos, etc.

Se realiza un estudio de la denominada constitucionalización de la responsabilidad del Estado, además se trata el tema del concepto de víctima, los avances de la responsabilidad médica, los cambios en el sistema de perjuicios inmateriales y el reconocimiento de tres tipos de criterios: perjuicio moral, daños a bienes constitucionales y convencionales, y daño a la salud.

Dentro de la jurisprudencia colombiana se destacan los fallos más relevantes sobre responsabilidad internacional del Estado colombiano, emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica.

Cortes Provinciales

Los regímenes de responsabilidad

La responsabilidad estatal en la contemporaneidad cobra cada vez mayor trascendencia, pues la acepción, los alcances y límites de tal figura, tienen una relación estrecha con la forma de Estado que se instaura en una sociedad.

Precisamente, en nuestro país, la entrada en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), y su modelo de Estado constitucional de derechos y justicia (artículo 1 de la CRE), supuso para el principio de responsabilidad estatal que se le ubique en una concepción “reparadora de la violación de los derechos en una dimensión ampliada, en donde se prioriza el daño causado a la víctima, que no se encuentra obligada a soportar cargas injustas por parte del Estado, razón por la cual el afectado no debe probar ni la ilicitud ni la culpabilidad de la conducta estatal, sino únicamente la relación de causalidad entre la actividad estatal dañosa y el perjuicio acontecido (responsabilidad directa y objetiva), pudiendo el Estado únicamente deducir eximentes externos para desvirtuar la relación de causalidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de tercero o propia culpa de la víctima)”, así lo sostiene Diego Mogrovejo Jaramillo.

A partir del texto citado, se puede inferir que existen al menos tres elementos, a partir de los cuales, se estructura el principio de la responsabilidad del Estado: **a)** daño causado a la víctima; **b)** obligación del afectado de demostrar la relación de causalidad entre la responsabilidad directa y objetiva; y, **c)** facultad del Estado de argumentar eximentes externos para desvirtuar la relación de causalidad.

La opinión de la víctima, como elemento esencial de la reparación estatal, también es considerada por Ramiro Ávila Santamaría, cuando dice que “La reparación, al contrario de la

indemnización civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material e inmaterial. Material es lo que se puede cuantificar. Lo inmaterial es aquello que no puede ser evaluado monetariamente como el trauma psicológico, la necesidad de una disculpa, la restitución en un cargo público. En este aspecto, se debe contar con la opinión de la víctima”.

Existen al menos tres elementos, a partir de los cuales, se estructura el principio de la responsabilidad del Estado: **a)** daño causado a la víctima; **b)** obligación del afectado de demostrar la relación de causalidad entre la responsabilidad directa y objetiva; y, **c)** facultad del Estado de argumentar eximentes externos para desvirtuar la relación de causalidad.

Ahora bien, la doctrina resalta varios regímenes de responsabilidad del Estado, sin embargo, se estima pertinente resaltar los siguientes: **a)** responsabilidad directa (el Estado, al ser sujeto de obligaciones, debe responder de forma directa); **b)** responsabilidad indirecta (el Estado debe responder por los daños que causen sus representantes); **c)** responsabilidad por falla en el servicio (de carácter subjetivo, se presenta por culpa de la administración cuando no se presta o se presta deficientemente un servicio que debe suministrar); **d)** responsabilidad por acto administrativo (nace como consecuencia de la emisión de un acto administrativo que causa perjuicios a un tercero); **e)** responsabilidad a causa de la administración de justicia (cuando en virtud de un proceso judicial, el juez comete un error grave, o actúa dolosamente); y,

f) responsabilidad por privación injusta de la libertad (cuando una persona esté detenida en forma arbitraria y se haya conculcado el orden jurídico).

Bajo los parámetros expuestos, se advierte que los regímenes de responsabilidad del Estado son amplios y en el caso específico del Estado ecuatoriano, bajo el esquema garantista de nuestra Norma Suprema, a la reparación se le debe entender en su acepción más integral, así lo reconoce el principio garantista de protección de los derechos (86.3 de la CRE). En tal virtud, Diego Mogrovejo concluye que la “responsabilidad estatal se enfoca a respetar los derechos y a reparar las violaciones a los mismos (supera el anterior concepto de indemnización civil de perjuicios), teniendo el Estado el derecho de repetir inmediatamente en contra de los responsables (aunque se haya eliminado la referencia expresa a la comprobación judicial de la culpabilidad, como se establecía anteriormente el término).”

En consecuencia, si se toma en cuenta que el “más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (artículo 11.9 de la CRE), en el evento de que el Estado ecuatoriano violente o degrade la integridad moral o física de una persona; o cause daños en su patrimonio; o falle en el servicio público; o emita un acto administrativo lesivo; o, ya en fin, cuando una sentencia condenatoria haya sido revocada y exista una pena como resultado de tal fallo, debe responder por los daños y perjuicios que por su acción u omisión cause; de ahí que los principios de eficiencia y responsabilidad deben primar en todas las actuaciones de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de nuestros cargos.

Dr. Marco Rodríguez Ruíz
Presidente de la Corte Provincial de Pichincha

Consejo de la Judicatura

Banco Interamericano de Desarrollo destaca trascendencia regional del proceso de transformación judicial en Ecuador



La evolución de la justicia ecuatoriana es reconocida no solo por los poderes judiciales de la región, sino también por organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), cuyo representante en Ecuador, Morgan Doyle, destacó el proceso de innovación del marco legal del país y el fortalecimiento del sistema judicial en sus diferentes aspectos. Doyle participó recientemente en la inauguración del “2° Seminario Internacional: El Código Orgánico General de Procesos del Ecuador (COGEP) y la Oralidad en América Latina”, que se realizó en Quito, con la presencia de delegados de Costa Rica, Puerto Rico, Uruguay y Ecuador. El representante del BID explicó que, considerando la trascendencia de las reformas legales impulsadas, ese organismo entregó al Consejo de la Judicatura (CJ) un aporte de 400 mil dólares no reembolsables, recursos invertidos en el fortalecimiento de los procesos de capacitación y formación de los operadores de justicia en temas de oralidad.

“La estrategia nuestra, como Banco Interamericano de Desarrollo, de modernización del Estado nos orienta a apoyar el desarrollo de sistemas de administración de justicia que son independientes, eficaces, confiables y accesibles”, afirmó Doyle quien además, subrayó la incidencia que

este tipo de reformas tienen a nivel internacional.

“Nos complace acompañar este emprendimiento y quisiera destacar mucho el interés genuino del Consejo, de su Presidente y de sus vocales, en evaluar el impacto de las reformas y de las inversiones que se van realizando a través de métodos científicos. Esto va a ser un aporte no solo para Ecuador, sino para toda la región. Yo creo que su país es vanguardista en esta reforma”, aseguró.

Doyle agregó que “la transformación que se ha emprendido en Ecuador en cuanto a la inversión en infraestructura y en este nuevo Código de Procesos, realmente es un paso muy importante. Tengo la mejor impresión de la cantidad de recursos y del esfuerzo, tanto intelectual como de parte de todos los involucrados, en hacer que la justicia sea aún más ágil y efectiva”.

Delegados judiciales de cuatro países se dieron cita en Quito para analizar la aplicación de la oralidad procesal

En su discurso, el Presidente del CJ, Gustavo Jalkh, agradeció el respaldo recibido por parte del BID y de otras instancias internacionales que acompañan a Ecuador

en el proceso de cambio profundo de su sistema de justicia.

El doctor Jalkh coincidió con Doyle en que tener una nueva justicia mejora la vida de los ciudadanos y contribuye en la consolidación de la democracia. En ese contexto, explicó que la oralidad civil está en sus primeras etapas de aplicación y que por lo tanto, puede ser mejorada. No obstante, destacó que el COGEP es la reforma jurídica más importante que el país ha tenido en décadas.

“El sistema oral y público, para nosotros, no es una metodología de tramitación de procesos, no es un concepto. Es una garantía de los ciudadanos y ciudadanas y además es una exigencia ética”, indicó.

El titular del CJ añadió que los principales desafíos de la oralidad no están en las reformas o perfeccionamientos que podrían aplicarse al COGEP, sino en asumir los principios del nuevo sistema en una dimensión ética. “Con el gran reto que significa dejar hábitos y costumbres atadas a un procedimiento escrito en el cual estábamos muy cómodos por lo que él ofrecía”, afirmó.

Para el doctor Jalkh, la aplicación del COGEP requiere que los actores judiciales asuman exigencias que tienen que ver con una correcta presentación de las demandas y de las respectivas contestaciones; una adecuada tramitación de las causas; una litigación leal y alejada de las sorpresas procesales; y, una actuación transparente de los jueces quienes deben resolver en audiencias públicas.

“El sistema escrito puede esperar, el sistema oral no espera, la justicia en audiencias no espera y nos obliga a todos a ser mejores, abogados, abogadas, jueces, juezas, operadores del sistema de justicia. Ese es el real compromiso que debemos asumir”, enfatizó.

El Presidente Jalkh recordó que es imprescindible que quienes están involucrados en la aplicación de la oralidad se actualicen, reflexionen, debatan sobre el contenido y alcances de la normativa, “para entender totalmente su filosofía” y así, servir mejor a los ciudadanos.

EVENTOS INTERINSTITUCIONALES



Doctor Carlos Ramírez Romero. Entrega de Certificación ISO TS/17582 al Consejo Nacional Electoral (CNE). 7/7/2016.

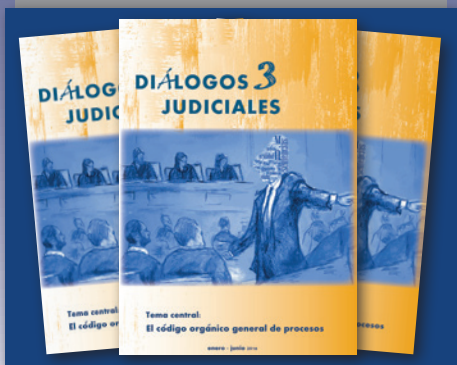


Doctora Paulina Aguirre Suárez. Conferencia Magistral Internacional *La Carrera Judicial*. 21/7/2016.



Presidente de la CNJ. Expositor en el *Seminario Internacional: el COGEP en el Ecuador y la Oralidad en América Latina*. 29/7/2016.

PRODUCCIÓN EDITORIAL



Diálogos Judiciales 3: El código orgánico general de procesos es la nueva producción editorial de la Corte Nacional de Justicia.

EVENTOS INSTITUCIONALES



Visitas guiadas CNJ. Estudiantes de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 10/6/2016.

EVENTOS PROTOCOLARIOS



Doctor Carlos Ramírez y embajador Wang Yulin. 89^{avo} aniversario de fundación de las Fuerzas Armadas de China. 28/7/2016

SOCIALIZACIÓN



Inauguración de las II Jornadas Deportivas de Integración CNJ 2016. 7/7/2016



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta



Ilustración: Hombre leyendo

Autor: Fernanda Gallo

Técnica: Ilustración digital

Síntesis:

En esta entrega el *Boletín Institucional* de la Corte Nacional de Justicia (CNJ) celebra la edición número 25 de publicación, por tal motivo la ilustración que acompaña la portada hace referencia al aniversario del boletín, el escenario de dicha composición es el centro histórico de Quito, y representa las tradiciones e historia que esconden las calles de esta ciudad.

En primer plano se puede ver a un hombre leyendo la publicación de la CNJ, la figura del hombre denota experiencia además del interés por mantenerse informado.

Esta ilustración representa el aporte que el boletín hace a la ciudadanía y también es un homenaje a estos 4 años de aniversario y trayectoria.

El *Boletín Institucional* ha recorrido un largo trayecto convirtiéndose en un documento que ha permitido fortalecer el diálogo, conocimiento e intercambio de experiencias dentro del quehacer jurídico.



/CorteNacionalCNJ



@CorteNacional



Corte Nacional de
Justicia de Ecuador



Corte
Nacional Ecuador

www.cortenacional.gob.ec

BOLETÍN INSTITUCIONAL

DEPARTAMENTO DE RELACIONES PÚBLICAS

Tercer Piso. 02 -3953500 Ext. 20564/ 20892
comunicación@cortenacional.gob.ec

Av. Amazonas n37-101 y Unión de periodistas. 023953500

Quito - Ecuador