

LA DISCRECIONALIDAD

JUDICIAL EN ECUADOR

Cornelio Agustín Borja Pozo
José Luis Vázquez Calle



RED LIC
Red Editorial
Latinoamericana de
Investigación Contemporánea

LA DISCRECIONALIDAD

JUDICIAL EN ECUADOR



REDLIC | Red Editorial
Latinoamericana de
Investigación Contemporánea

LA DISCRECIONALIDAD

JUDICIAL EN ECUADOR

Indexaciones



Bases de datos



Licencia





REDLIC | Red Editorial
Latinoamericana de
Investigación Contemporánea

Título:

La discrecionalidad judicial en Ecuador

Primera Edición: 25 de Septiembre 2025

e - ISBN: 978-9942-659-29-3

Link:

<https://redliclibros.com/index.php/publicaciones/catalog/book/64>

Producción editorial y coordinación técnica



Red Editorial Latinoamericana de
Investigación Contemporánea REDLIC
S.A.S. (978-9942-7063)



Avenida 3 de Noviembre y Segunda
Transversal



www.editorialredlic.com



rev.investigacioncontemporanea@gmail.com
contactos@editorialredlic.com



+593 98 001 0698

Coordinador editorial: Dra. Marcia Iliana
Criollo Vargas.

Diseño de portada: RedSocial Design

Diseño y diagramación: RedSocial Design

Copyright (c) 2025 Obra sometida al arbitraje
por pares académicos bajo la modalidad de
doble par ciego.



Este texto está protegido por una licencia

[Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) cc by

Usted es libre para Compartir, copiar y
redistribuir el material en cualquier medio o
formato y Adaptar el documento ,remezclar,
transformar y crear a partir del material para
cualquier propósito, incluso para fines
comerciales, siempre que cumpla la condición
de:Atribución: Usted debe dar crédito a la obra
original de manera adecuada, proporcionar un
enlace a la licencia, e indicar si se han
realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier
forma razonable, pero no de forma tal que
sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo
recibe por el uso que hace de la obra.

[Resumendelicencia](#) - [Textocompletodela
licencia](#)



<https://doi.org/10.58995/lb.redlic.64>

Autores

Cornelio Agustin Borja Pozo

<https://orcid.org/0000-0002-6361-2720>

cborjap@ucacue.edu.ec

Cuenca, Ecuador

José Luis Vázquez Calle

<https://orcid.org/0000-0003-1809-1601>

jl vazquezc@ucacue.edu.ec

Cuenca, Ecuador

Derechos de autor

Los autores que publiquen en la Red Editorial Latinoamericana de investigación contemporánea (REDLIC S.A.S.) aceptan los siguientes términos:

1. Los autores mantienen sus derechos de autor (copyright) y otorgan a la Red Editorial Latinoamericana de Investigación Contemporánea (REDLIC S.A.S) el derecho de la primera publicación de su trabajo, bajo una licencia Creative Commons Attribution 4.0. Esta licencia permite que terceros uti-licen el contenido publicado, siempre que se mencione la autoría y la primera publicación en esta editorial.
2. Los autores pueden establecer acuerdos adicionales para la distribución no exclusiva de la versión publicada de su libro/capítulo de libro en otros lugares, como repositorios institucionales, siempre y cuando se indique claramente que el trabajo fue publicado por primera vez en esta editorial.
3. Los autores conservan sus derechos de autor (copyright) y garantizan a la Red Editorial Latinoamericana de investigación contemporánea (REDLIC S.A.S.) el derecho a publicar el manuscrito a través de los canales que considere apropiados.
4. Se permite y se recomienda a los autores compartir su trabajo en línea (por ejemplo, en repositorios institucionales o páginas web personales), una vez que el libro o capítulo de libro haya sido aceptado para su publicación. Esto puede conducir a intercambios productivos y a una mayor y más rápida citación del trabajo publicado.

Cita:

(Borja Pozo & Vázquez Calle, 2025)

Referencia:

Borja Pozo, C. A., & Vázquez Calle, J. L. (2025). La discrecionalidad judicial en Ecuador. Red Editorial Latinoamericana de Investigación Contemporánea REDLIC S.A.S. <https://doi.org/10.58995/lb.redlic.64>

Aviso legal importante:

Los contenidos de este libro han sido elaborados por sus autores con fines académicos e investigativos. La Editorial Red Editorial de Investigación Contemporánea S.A.S. no se responsabiliza por el uso inadecuado que se haga de la información aquí contenida. Las opiniones expresadas en cada capítulo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente reflejan la postura institucional de la editorial ni de los coordinadores de la obra.

Licencia

Esta obra está bajo una **Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0)**.

Esto implica que cualquier persona es libre de:

- **Compartir:** copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.
- **Adaptar:** remezclar, transformar y crear a partir del material, incluso con fines comerciales.

Bajo las siguientes condiciones:

- **Atribución:** Se debe dar crédito adecuado a la autoría original, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de forma que sugiera que la editorial o los autores avalan su uso.

Más información en:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	16
CAPÍTULO 1: PRINCIPIOS Y LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN ECUADOR	18
1. El debate sobre la decisión judicial. ¿Tiene discrecionalidad el juez?	19
1.1. Doctrinas de la única decisión judicial correcta y doctrinas de la discrecionalidad.	19
1.2. Concepto de discrecionalidad judicial: elección entre alternativas igualmente compatibles con la normatividad jurídica aplicable a los casos enjuiciados	24
1.2.1 Posiciones de distintos doctrinarios sobre la discrecionalidad judicial	32
1.2.2 Discrecionalidad judicial, hechos y valoración de las pruebas.	50
1.2.3 Discrecionalidad judicial, hechos e interpretación de las normas.	52
1.2.4 Lagunas normativas, antinomias de segundo grado y discrecionalidad judicial.	56
1.3 Delimitación conceptual: discrecionalidad versus arbitrariedad. ¿En qué se diferencian?	62
1.4 Tesis: no puede haber error judicial donde el juez hace un uso propio de su discrecionalidad.	66
2. El error judicial: su delimitación y sus consecuencias en la teoría jurídica y en el derecho español.	68
2.1 El sistema procesal como instrumento defensivo del justiciable frente al error judicial.	68
2.1.1 El sistema de recursos y de varias instancias judiciales como mecanismo asegurador de la calidad y acierto de la decisión.	70
2.1.2 Cuando el juez no aplica la mejor decisión jurídicamente posible.	73
2.1.3 Cuando el juez yerra.	79
3. Error judicial y responsabilidad del juez en Ecuador.	82

3.1 El error y sus concepciones _____	84
3.1.1 Diferencia entre error y error judicial. _____	84
3.2 Error _____	85
3.3 Error judicial _____	86
3.3.1 Legislación ecuatoriana y error judicial. _____	87
4. Medidas preventivas del Estado para evitar que los jueces incurran en el error judicial _____	97
4.1 El juez _____	97
4.2 El juez en el Estado constitucional de derechos y justicia _____	104
4.3 Modelo de selección de jueces en Ecuador _____	105
4.4 Sistema de selección de jueces ordinarios _____	106
CAPITULO 2: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO PARA REPARAR EL DAÑO POR ERROR JUDICIAL _____	
1. Origen de la responsabilidad _____	109
2. El Estado de derecho _____	110
2.1 Contenido del Estado de derecho _____	113
2.1.1 El principio de la distribución _____	113
2.1.2 Principio de organización _____	114
2.1.3 El Estado de derecho en la Constitución ecuatoriana _____	115
3. Seguridad jurídica como elemento de la responsabilidad _____	116
4. Elementos de la responsabilidad extracontractual _____	121
4.1 El daño _____	122
4.2 Imputación del daño _____	123
4.3 Nexa causal _____	124
5. La responsabilidad del órgano jurisdiccional en el error inexcusable. ____	125
6. Tipos de responsabilidad _____	126
6.1 Responsabilidad civil _____	126
6.2 Responsabilidad penal _____	128
6.3 Responsabilidad administrativa _____	134
6.4 Responsabilidad contractual _____	135
6.5 Responsabilidad extracontractual o patrimonial _____	136

6.6 Responsabilidad subjetiva o con culpa _____	141
6.7 Responsabilidad objetiva _____	142
7. Régimen de responsabilidades del juez y la infracción administrativa del error inexcusable _____	142
7.1 ¿Quién debe determinar que es error judicial inexcusable? _____	143
8. Teorías que sustentan el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado _____	147
8.1 Teoría de la falta de servicio _____	147
8.2 Teoría del riesgo excepcional _____	149
8.3 Teoría de la ruptura del principio de igualdad o proporcionalidad frente a las cargas públicas _____	151
9. Responsabilidad del Estado ecuatoriano por error judicial _____	152
CAPITULO 3: ERROR INEXCUSABLE EN LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA: SU INCIDENCIA EN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL 155	
1. El error judicial y el error inexcusable en las resoluciones del Consejo de la Judicatura _____	156
1.1 Definición. _____	156
2. Tipología del error inexcusable en el marco jurídico ecuatoriano _____	159
2.1 El sujeto activo en el error judicial _____	159
2.2 El sujeto pasivo _____	161
2.3 Verbo rector _____	162
2.4 Elementos normativos o valorativos _____	162
2.5 La pena _____	163
3. Etiología del error _____	164
3.1 Diferenciación conceptual entre error y prevaricación: la intención. El error no querido o no negligente es mero error, no ilícito judicial sancionable disciplinariamente o penalmente: _____	165
3.1.1 Análisis de la Sentencia No. 3-19-CN/20 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador _____	171
3.3.2 Tipificación del dolo, la culpa y el error inexcusable y su relación con los principios de legalidad, seguridad jurídica e independencia judicial: _____	176

CAPÍTULO IV: EL ERROR JUDICIAL Y SU REPARACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO	185
1. La reparación integral	186
1.1 Fundamentos de la reparación integral	187
1.2 Tipos de reparación	195
1.3 Mecanismos de reparación integral en el derecho internacional	202
1.4 La reparación integral y el error judicial	203
1.5 Presupuestos de la reparación por error judicial	208
2. Responsabilidad del Estado por error judicial	209
3. Casos en contra del Estado por error judicial	210
3.1 Demanda por error judicial	210
4. Casos de correcciones de errores en sentencias, resoluciones o autos	224
5. Medidas preventivas del Estado para evitar que los jueces incurran en el error judicial	233
5.1 El juez o representante del órgano judicial	234
5.2 Formación de los jueces	238
5.3 El juez en el Estado constitucional de derechos y justicia	240
5.4 Selección de jueces en Ecuador	240
5.5 Vinculación de los jueces con la ley	242
5.6 Instancias y recursos para la corrección de errores judiciales	243
BIBLIOGRAFÍA	246

Presentación

Tengo el agrado de presentar esta obra titulada La discrecionalidad judicial en Ecuador, la que ha sido desarrollada durante varios meses por los docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, el Ph.D Cornelio Agustín Borja Pozo y el abogado José Luis Vázquez Calle, trabajo que se publica como un notable aporte desde la academia a la sociedad y sobre todo al debate público sobre un tópico tan importante dentro del Estado constitucional de derechos y justicia social, como lo es la discrecionalidad judicial, sus características, efectos, alcances y consecuencias.

En ese orden de ideas, considero indispensable partir de la idea de que estamos frente a un tema crucial que merece atención y sobre todo un profundo análisis. Siguiendo estos lineamientos, he tenido la oportunidad de revisar y en estas líneas justificar que estamos frente a una investigación de calidad, amplia, estructurada, profunda y bien fundamentada sobre este tema tan importante para la convivencia pacífica de los pueblos, como lo es la actividad judicial y dentro de este el concepto de la discrecionalidad judicial, que también puede generar un error judicial.

El trabajo se encuentra dividido en 4 capítulos, el primero titulado los principios y límites de la discrecionalidad judicial en Ecuador, aborda cuestiones teóricas base para internarnos en la discusión sobre la decisión judicial, concepto dentro del que los autores se hacen la siguiente pregunta: ¿tiene discrecionalidad el juez? Dentro de este ámbito se tratan las doctrinas de la única decisión judicial y la de la discrecionalidad, así como la diferenciación entre discrecionalidad y arbitrariedad.

Asimismo, en este primer capítulo se hace referencia a la noción del error judicial, tomando como base el derecho español para abordar esta problemática; frente a esto surge el sistema procesal como un instrumento defensivo del justiciable frente al error judicial.

La tercera parte de este primer capítulo ata el concepto del error judicial al de la responsabilidad del juez en Ecuador, dentro del que se lo conceptualiza y se posiciona teóricamente. Por último, el capítulo termina con el análisis de las medidas preventivas del Estado para evitar que los jueces incurran en el error judicial; dentro de esto se estudia el concepto de juez, su rol dentro del Estado constitucional de derechos y justicia social, y por último se analiza el modelo de selección de jueces en Ecuador con sus características principales.

El capítulo segundo titulado responsabilidad extracontractual del Estado para reparar el daño por error judicial, hace énfasis en varios aspectos a saber, en el primero (superando el estudio del error judicial), aterriza en la responsabilidad, estudiando su origen, el Estado de derecho, la seguridad jurídica, y los elementos de la responsabilidad extracontractual, estableciendo dentro de este una caracterización sobre el daño, la imputación del daño, el nexo causal. Continúa el capítulo segundo analizando la responsabilidad del órgano jurisdiccional en el error inexcusable, los tipos de responsabilidad, el error inexcusable y la responsabilidad del Estado por error judicial.

El capítulo tercero se titula error inexcusable en las resoluciones del Consejo de la Judicatura: su incidencia en la independencia judicial. Aquí se hace un profundo estudio sobre el error inexcusable en las resoluciones del Consejo de la Judicatura, su definición, la tipología del error judicial en el marco jurídico ecuatoriano.

Por último, el capítulo cuarto se titula el error judicial y su reparación en el sistema jurídico ecuatoriano, en el que se examina la reparación integral, partiendo desde sus fundamentos, tipos, mecanismos, así como se articula su noción con las de error judicial y se analizan casos que fueron tramitados respecto de este particular. En la segunda parte del capítulo se estudian más medidas preventivas del Estado para evitar que los jueces incurran en error judicial.

En ese mismo orden de ideas, cierro este breve texto de presentación de la obra con la siguiente pregunta y reflexión: ¿por qué es importante hablar del error judicial en el Estado constitucional de derechos y justicia social? La respuesta puede tener muchas posibilidades, pero acercándonos a algunas de ellas se puede sostener que debemos encontrarnos en la constante búsqueda de justicia transparente y equitativa, así como en la generación de confianza en las instituciones judiciales. Por lo tanto, al leer la discrecionalidad judicial en Ecuador, no encontrarán únicamente un texto científico sobre un tópico con amplias fuentes bibliográficas de ley, doctrina y jurisprudencia, sino más bien, una verdadera invitación a la reflexión y a la acción.

De esta forma, la Universidad Católica de Cuenca cumple su función, que es la de generar conocimiento de forma libre, crítica, adecuada, pero trasladado a problemas que se dan en el desarrollo de la sociedad, como lo es el error judicial, situación que nos obliga a mirar de frente a los problemas del sistema judicial, los que, si no se tratan adecuadamente, pueden socavar las bases del Estado constitucional, comprometer derechos, entre otras cosas. Por lo tanto, este texto se convierte en un mecanismo para articular a la academia con la administración de justicia, para que esta última pueda ser beneficiaria y llevarla a la plena acción.

Ph.D. Enrique Pozo Cabrera

Introducción

La presente obra se refiere al tema de la discrecionalidad judicial en Ecuador, noción que se puede definir como aquel margen de actuación del que gozan los administradores de justicia a nivel nacional, para tomar resoluciones que han sido puestas en su conocimiento en ejercicio de la tutela efectiva. Dentro de este concepto, surge un problema latente en la actualidad, el que subyace de la idea de que existen casos en los que dentro de la ciencia jurídica no se encuentra la respuesta de forma clara y determinada, o puede existir más de una, o inclusive decenas de posibilidades como se verá más adelante. Esto da un abanico amplio de posibilidades a la persona que toma la decisión.

La característica principal de este fenómeno radica en que, no necesariamente la discrecionalidad judicial puede deberse a arbitrariedades, sino también a un conjunto de factores propios del derecho como por ejemplo, la vaguedad, la ambigüedad, las lagunas, las antinomias o contradicciones normativas, la coexistencia de valores, principios y derechos que forman parte del sistema jurídico y se entrelazan, las particularidades de cada uno de los casos que se ponen en conocimiento de los jueces día a día en las más diversas materias, entre otros que hacen este problema de especial atención en cuanto a la resolución de conflictos.

La metodología de nivel descriptivo y de tipo no experimental, se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, con la utilización de los métodos dogmático-jurídico por la revisión crítica de ley, doctrina y jurisprudencia sobre los conceptos nucleares; inductivo-deductivo, ya que se partió de concepciones generales para llegar a algunas particulares y viceversa, así como el histórico-lógico, porque se estudió el origen y evolución de conceptos como la discrecionalidad, la arbitrariedad, el error judicial, el error inexcusable, entre otros.

De igual forma se utilizó el método comparativo ya que se contrastaron realidades principalmente entre la legislación ecuatoriana y española. Por último, se emplearon las técnicas de investigación de fichaje y de revisión bibliográfica sobre los conceptos nucleares.

Para llevar adelante este trabajo, se ha planteado como objetivo general el siguiente: caracterizar la discrecionalidad judicial desde la óptica ecuatoriana para entender su alcance y adecuada aplicación. En ese mismo sentido, para cumplir este objetivo, se propone como pregunta de investigación la siguiente: ¿cómo caracterizar la discrecionalidad judicial desde el Estado constitucional de derechos y justicia social ecuatoriano?

La obra se encuentra dividida en cuatro capítulos, el primero hace referencia a los principios y límites sobre la discrecionalidad judicial en Ecuador, en el que se analiza el debate sobre la discrecionalidad del juez, la delimitación del error judicial, la responsabilidad del juez en Ecuador, las medidas preventivas del Estado para evitar que los jueces incurran en el error judicial. El capítulo segundo estudia la responsabilidad extracontractual del Estado para reparar el daño por el error judicial. En este se caracterizan cuestiones como el origen de la responsabilidad, el Estado de derecho, la seguridad jurídica como elemento de la responsabilidad y de la responsabilidad extracontractual, así como de los tipos de responsabilidad.

El capítulo tercero examina el error inexcusable en las resoluciones del Consejo de la Judicatura de Ecuador, así como su incidencia en la independencia judicial, en el que se estudia el error inexcusable, la tipología del error judicial, y por último la etiología del error. El capítulo cuarto trata sobre el error judicial y su reparación en el sistema jurídico ecuatoriano que parte de la reparación integral, la responsabilidad del Estado por error judicial, los casos en contra del Estado por error judicial, se analizan casos, las medidas preventivas del Estado para evitar que los jueces incurran en error judicial.

Capítulo I

Principios y límites de la discrecionalidad judicial Ecuador

1. El debate sobre la decisión judicial. ¿Tiene discrecionalidad el juez?

1.1. Doctrinas de la única decisión judicial correcta y doctrinas de la discrecionalidad.

Dentro de este debate, es preciso analizar en primer lugar el empirismo jurídico, el que parte de la validez de la realidad y la validez del derecho, es decir, implica todo fenómeno físico o psíquico que se percibe en tiempo y espacio, también implica toda idea normativa como la justicia, el bien, la verdad. Esta construcción se subdivide a la vez en quienes piensan que la justicia no solo está para conocer o interpretar el derecho positivo, sino también para otorgarle la fuerza que necesita para su reconocimiento en el mundo exterior. Por otra parte, pensadores como Kelsen eliminan cualquier influencia moral, para ellos el derecho es cualquier orden sistematizado de normas que esté vigente; comprender el derecho según esta corriente no va por la apreciación práctica que se pueda hacer de un hecho, sino la validez que adquiere la norma con su reconocimiento (Jaimes et al., 2021).

Ahora bien, respecto a la argumentación jurídica, no existe un conjunto de reglas de racionalidad únicas dentro de la misma, y los aspectos más aceptados son: claridad y consistencia conceptual, consistencia normativa, consistencia argumentativa y coherencia al respecto de las normativas y de las cargas de argumentación, siempre respetando las reglas, hallando significado normativo de las disposiciones relevantes y cómo se resuelven las antinomias normativas, además de poder orientar el examen de pruebas que conducen a identificar las ocurrencias de algunos de los hechos que se den (Jaimes et al., 2021).

El empirismo no centra su estudio en el derecho propiamente dicho, sino en todos los componentes lógico-conceptuales del derecho como ciencia; de esta forma, su campo de acción se circunscribe a toda interrogante que pueda surgir a los estudiosos del derecho. Se sostiene además que, los filósofos dedican sus esfuerzos hacia la lógica del derecho, sobre todo realizan un análisis racional de los conceptos, analizando así, problemas jurídicos que normalmente no son percibidos por los juristas. Por esta razón, el filósofo se dedica a la ciencia del derecho pese a

que no existe un límite claro entre filosofía del derecho y ciencia del derecho. En ese sentido se puede señalar que:

La filosofía rossiana no se ocupa del derecho propiamente, sino del aparato lógico y conceptual de la ciencia del derecho, y así su campo de actuación está condicionado al desarrollo e interrogantes lógico conceptuales que surgen de la tarea cumplida por el científico o estudioso del derecho. Entonces, no hay un ámbito delimitado de estudio y reflexión que le corresponde en exclusividad al filósofo del derecho, sino que su trabajo es requerido por la ciencia y será esta la que le irá mostrando las necesidades del análisis lógico que van apareciendo con el lenguaje científico (Vigo, 2006, p. 23).

Como se puede deducir entonces, el estudio lógico conceptual, como característica del empirismo, elimina la posibilidad de realizar incorporaciones morales en su análisis como ciencia del derecho, debiendo ceñirse estrictamente a las estructuras de la lógica y a los significados conceptuales. Para esta corriente estamos frente al derecho, cuando existen normas de conducta que han de explicar cómo deben aplicarse por la fuerza, y además contienen los órganos competentes para aplicar la fuerza pública, es decir, que no solo se establece los casos en los que cabe la aplicación de la fuerza, sino que también se determina los medios a través de los cuales se aplica la fuerza y, así también las autoridades competentes para hacerlo.

Además, relaciona la conducta humana con actividades coherentes, muchas de estas actividades como producto de un obediente sistema de normas jurídicas que han sido interpretadas, entendiendo al derecho como vigente cuando las normas jurídicas han sido socialmente aceptadas y aplicadas por los jueces a los miembros de una sociedad, pero destacando que no es necesario analizar para la vigencia del derecho si es que las mismas han sido o no aceptadas por la sociedad, basta que hayan sido aplicadas por los jueces teniendo a este hecho como el único condicionante de su vigencia. En otras palabras, el derecho ha sido creado para

que sea aplicado por quienes administran justicia y no para quienes las aplican en su conducta diaria.

En segundo lugar, se describe a la *Teoría funcional del derecho*, como una teoría que coincide en gran medida con el normativismo kelseniano, exenta de valoraciones sociales, es decir, una teoría formal que determina precisamente, que la crisis del derecho natural nace de la objetividad que requiere la ciencia, pues busca conocer cuál es la realidad y no hacer de esta un criterio de valoración subjetivo. Por otra parte, se refiere a la sociología indicando que esta tiene relación al ser de la sociedad (como fenómeno sociológico), mientras que el deber ser no es cuestión de la sociología, sino del derecho netamente; entonces, defiende la teoría pura de criterios sociológicos y también iusnaturalistas.

No obstante, de lo dicho, la teoría funcionalista quiere superar el estudio formal que se centra en el análisis de la estructura del derecho para pasar a estudiar cuál es su función en la sociedad, en otras palabras, para qué sirve el derecho. Así, el profesor Rodolfo Luis Vigo sostiene lo siguiente:

Nos parece indudable que se extiende el convencimiento de que para la comprensión del derecho no caben alternativas juricistas, ni formalistas, pues la realidad jurídica se nos muestra inescindiblemente contaminada con lo político, lo económico, lo axiológico, etcétera; y entonces, los intentos teóricos unidimensionales o reduccionistas por estudiar puramente el derecho, corren el riesgo de quedarse con algo riguroso pero que no aprenden propiamente aquello que les interesa conocer (Vigo, 2006, p. 130).

También, se puede tomar al funcionalismo como constructo sociológico previo a su adaptación al derecho penal desde los postulados de Pearson en 1999, divulgados por una visión matizada del utilitarismo de las acciones, en pro del sostenimiento de una estabilidad y las formas preestablecidas de organización social. Esto subió al nivel del ámbito jurídico en la aplicación de las normas penales

frente a cualquier injusto jurídico como una forma de preservación del ordenamiento social. De la misma manera, la norma penal crea espacios de prevención, dentro de los cuales se despliegan dos escenarios, el primero encaminado a persuasión social y el otro referente al criminal en torno a una potencial (Torres et al., 2018).

De esta manera, a la llamada teoría tradicional o positivista, se le resta valor y se propende crear una teoría que defiende el carácter abierto del sistema jurídico con respecto del sistema en el que se desenvuelve la sociedad, pues la aplicación de reglas jurídicas y sus principios van más allá del legislador, reconociéndole al juez una facultad creativa que busca superar la validez de las reglas para generar normas eficaces en el sistema social, es decir, no se conforma con el conocimiento del derecho y su estructura, sino le interesa conocer y entender su función en una sociedad, al entender a las normas como indeterminadas dejando esa posibilidad de determinación a los jueces. Al respecto (Kelsen, 2016) manifiesta:

Si se entiende por indeterminación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto (p. 135).

El positivismo afirma que esta teoría puede dar paso a la realización de procesos en términos neutrales, es decir, sin atribuir al objeto de estudio un valor moral, el objetivo consiste en describir o informar sobre las características esenciales, mientras que en el discurso de los juristas y dogmáticos, tiene una dirección de ajuste mundo a mente o, si se quiere dar paso, se necesita tener una relación interna

o constitutiva del derecho y este proceso se direccionará al ajuste mente a mundo (Sánchez, 2020).

Si partimos siguiendo la concepción de las reglas jurídicas, puede afirmarse que la identidad de la norma introduce congruencia y este atributo respecto de un determinado conglomerado social presupone a su vez de la unidad y sistematización de la legislación punitiva como factor de accesibilidad para alcanzar los fines del propio derecho penal en beneficio de la protección de esa identidad normativa de la constitución y la sociedad misma, además, la presencia de determinados principios constitucionales como el de proporcionalidad y, en especial, el de certeza o seguridad jurídica, hacen posible manejar con pretendida eficacia la estructura normativa de la que estemos tratando, es decir, la congruencia intra sistemática de la respectiva sociedad en función de sus propias pautas constitucionales (Luna, 2018).

De acuerdo con esto, hay que tener en cuenta que la sociedad se entiende no como una suma de individuos, sino como un sistema que está ampliado en su totalidad de una estructura sistemática, integrada, a su vez, por una diversidad de subsistemas que tienen su propia estructura y autonomía determinada, además, dichos sistemas están formados de elecciones sucesivas y referidas entre sí que tienen la funcionalidad de facilitar la comprensión de la realidad y minimizar la complejidad, hallando soluciones en un mundo que se encuentra en constantes cambios. Los sistemas constituyen estructuras de todo tipo, familias, empresas, sociedades, iglesias, Estados, integradas por acciones concretas que para mantenerse y subsistir en su medio ambiente han de encontrar como resolver multitud de problemas; anclado a este se concibe el derecho como subsistema específico del complejo sistema social, definido fundamentalmente de los otros subsistemas sociales (económico, moral, político, etc.), por lo que también se da diferenciación entre lo jurídico y antijurídico, capaz de establecer y fijar determinadas expectativas de conducta en diferentes dimensiones, como son la temporal, social y material (Montoro, 2007).

1.2. Concepto de discrecionalidad judicial: elección entre alternativas igualmente compatibles con la normatividad jurídica aplicable a los casos enjuiciados

La controversia sobre la existencia de la discreción judicial tiene todas las características de ser una interminable disputa "filosófica". Aunque el término "discreción judicial" no es reciente, la cuestión fundamental sobre el papel adecuado de un juez, tiene una larga historia. Las cuestiones sobre las formas permisibles y los límites adecuados de la adjudicación han sido probablemente objeto de debate desde que surgió algo equivalente a un poder judicial en la sociedad primitiva. Las discusiones formales se remontan al menos hasta Aristóteles. Al distinguir entre la ley escrita y la equidad, Aristóteles dice que un árbitro se rige por la equidad de un caso, un juez por la ley estricta, indica además que un juez no tiene derecho a perseguir la "individualización de la justicia" (Flórez y Mojica, 2020).

La discrecionalidad judicial, incluso dentro de un Estado social de derecho, se relaciona con una actividad jurídica de orden técnica, aquí los jueces con las competencias que les son conferidas por el ordenamiento jurídico solo pueden inhibir de la aplicación de un precepto normativo al considerarlo antijurídico y, de esta manera, apoyar su punto decisorio en otro acápite normativo que permita de manera amplia la accesibilidad de llegar a una decisión, que no contraríen los principios del derecho del territorio donde se pretende satisfacer la seguridad jurídica, y a su vez, a esto se encuentra ligado a someterse al respectivo control judicial, y así garantizar de uno u otro modo la legitimidad y legalidad propia de su actuación, para poder maximizar al óptimo desarrollo del derecho y los fines propuestos por el mismo, por lo que esto se da como producto constituyente, con el objetivo de proteger los derechos y asegurarse de que se sigan las reglas del proceso democrático con accesibilidad de participación en discusión de asuntos a resolver entre las personas que se ven afectadas por las decisiones que se puedan tomar (Flórez y Mojica, 2020).

En este término, resulta imprescindible que se considere como el protagonista de la discrecionalidad al juez, cuya actividad está regida por un principio de

independencia, que al menos en teoría debería existir en todos los campos en los que se demande juzgamiento de derechos por parte de una autoridad judicial. Lo deseable es que, en cada Estado de derecho los jueces cuenten con la suficiente independencia para tomar la decisión de manera libre y sin ningún tipo de injerencia; de manera tal, que estén a salvo los derechos fundamentales de libertad mínimamente exigidos en la sociedad actual. Es importante tener en cuenta, que es indispensable la independencia del juez siempre y cuando la use para ejercer su libertad, para hacer y decidir o incidir en otros poderes del Estado. Esta independencia debe contar con el límite de una norma jurídica para tomar su decisión, lo que entenderemos como decidir sobre derechos contrapuestos de las partes, teniendo como base una norma que imperiosamente será jurídica (Etcheverry, 2021).

En este sentido, cuando se emiten criterios o se defiende una decisión o una actitud judicial calificándola como activista o formalista, la racionalidad estratégica de la elección de aquellas acciones que se tomarán para satisfacer los fines u objetivos de un individuo, cualesquiera que sean las características, es una racionalidad de medios eficientes, formando parte de las razones de justicia, por ende, aspirando a mucho más que a la mera tarea de regular la relación entre medios y fines (Etcheverry, 2021).

En ese mismo sentido, palabras como “discreción” y “elección” tienen diferentes sentidos, y es concebible que quienes dicen que los jueces tienen discreción sostengan simplemente que los jueces tienen que tomar decisiones, que no han sido tomadas por otros, o que los jueces deben razonar o hacer juicios de un tipo u otro al tomar estas decisiones. Es necesario utilizar "discreción" en un sentido más característico, lo que significa que el juez a veces debe llegar a su decisión por medios distintos a los de la aplicación de normas, que tales normas a veces le dejan libre para elegir (Etcheverry, 2021).

Sin embargo, a lo largo del tiempo la doctrina se ha esforzado por hacer que entiendan los jueces que ellos aplican el derecho y no lo crean, y no lo crean

principalmente por el principio de separación de poderes, es decir, no es de su competencia el legislar; ventajosamente esta condición ha ido avanzando, dando un contexto de la discrecionalidad, en tanto ésta solo se comprendía para aquel ejercicio de interpretación de la norma. No obstante, vale en este punto entender qué es la discrecionalidad como tal y qué es la discrecionalidad judicial. Al respecto el profesor García Amado explica que:

Tal cesión de espacios decisorios al juez, semejante campo para su decisión discrecional, puede deberse a dos causas: o bien a que las mismas normas hayan querido expresamente remitir al juez la fijación de la pauta decisoria, caso por caso, como cuando son esas mismas normas las que dicen que en un determinado asunto el juez fallará discrecionalmente, decidirá en equidad, etc.; o bien que las normas jurídicas, prácticamente todas, están hechas de un material lingüístico que es por definición poroso, abierto, indeterminado en alguna medida, por lo que siempre pueden aparecer casos cuya solución resulte dudosa o equívoca a la luz de dichas normas, debiendo el juez concretarlas y complementarlas por vía de interpretación o integración (García Amado, 2017, p. 55).

El concepto de discreción, por tanto, es simplemente la forma más reciente de enmarcar una vieja disputa sobre el papel adecuado de un juez. Los escritores contemporáneos pueden alinearse en tres campos. En uno de ellos están los que creen que los jueces, de hecho, hacen el derecho, inventan el derecho, legislan, hacen la política o ejercen la discreción, que, por lo tanto, los jueces tienen derecho a ejercer la discreción, y que los jueces en el ejercicio de la discreción deben ser activistas o instrumentalistas. En otro bando están los que creen que los jueces de hecho aplican el derecho, descubren el derecho, declaran el derecho, interpretan el derecho, no legislan, adjudican o no ejercen la discreción, que, por lo tanto, los jueces no tienen derecho a ejercer la discreción, y que los jueces en consecuencia deben ser formalistas, conservadores o construccionistas estrictos. Por último, hay quienes adoptan elementos de ambas posiciones. Creen que, aunque los jueces,

de hecho, hacen el derecho, inventan la ley, legislan, hacen la política o ejercen la discreción, y que, como resultado, los jueces tienen derecho a ejercer la discreción; sin embargo, los jueces al ejercer la discreción deben ser formalistas, conservadores o construccionistas estrictos. La continua falta de consenso y la aparente ausencia de progreso en este ámbito han llevado a algunos a concluir que la disputa es semántica. Parece cierto que la controversia, a menudo acalorada pero siempre árida, sobre si los jueces hacen, pueden o deben "hacer derecho" o "legislar" es, en esencia, una cuestión verbal o terminológica (Gómez, 2020).

El hecho de que la opinión de un juez no sea incompatible con una regla de manual no indica, según el argumento radical, que el juez esté en ningún sentido obligado por dicha regla. Una regla se llama regla solo porque y mientras los tribunales la sigan. Un juez de un tribunal inferior que decide anular casos anteriores, o incluso ignorar una ley, puede ser revocado por un tribunal superior o no. En cualquier caso, si el tribunal superior de la jurisdicción decide no seguir una norma que el libro de texto dice que está establecida, la parte decepcionada no tendría más opción que aceptar la decisión, y el autor del texto no tendría más opción que modificar la norma, o al menos añadir una nota a pie de página, en la siguiente edición. El argumento radical invita a concluir que, los principios anteriores nunca determinan el resultado de un caso (Gómez, 2020).

Otra opinión general, se encuentra en la preeminencia de la ley, los operadores jurídicos están convencidos de que sólo la ley puede y debe anticipar las consecuencias jurídicas para la multiplicidad de supuestos y de hechos a que puede dar lugar la realidad. En este sentido, el reflejo de la influencia que ha desarrollado los principios de legibilidad y de seguridad jurídica, es un hecho que ha dado paso a que la supremacía de la ley haya sido un dogma casi absoluto, inmune a flaquezas y debilidades, afirmación que en la actualidad se encuentra bastante atenuada sin cuestionar la importancia de la ley como fuente del derecho y destacando su relevancia sancionadora (Gómez, 2020). En resumen, por discrecionalidad judicial se ha de entender que es aquella posibilidad de elección que tiene el juez bajo circunstancias específicas de un caso, del que pueda obtener más de una respuesta

igualmente correcta, otro concepto general en palabras de Rentería, (2012) estriba en que:

A partir de lo que se ha dicho, podemos caracterizar la expresión discrecionalidad del juez como la condición en que se encuentra el órgano judicial cuando le viene a faltar indicaciones jurídicas incontrovertibles que le señalen una (y solo una) respuesta para el caso que está resolviendo. (p. 35).

La discrecionalidad del juez no es tan abierta, esta cuenta con límites en su decisión y es que la discrecionalidad en la elección del juez debe sujetarse a lo que diga la ley, pues no cabe imaginarse que un juez bajo su facultad discrecional se auto faculte para modificar una pena que expresamente la ley la determine de 3 a 5 años, y el juez considerando la gran cantidad de atenuantes considere justo aplicar un pena privativa de la libertad de 2 años, lo cual rompería toda lógica o inferencias que pudieran llevar a una respuesta válida. La discrecionalidad permite que en los casos difíciles en los que resulta imposible encontrar una única respuesta correcta, se resuelvan con posibilidades abiertas discrecionalmente, ejerciendo de esa manera, una función productora de reglas.

Cuatro son los argumentos que se suelen esgrimir contra la discrecionalidad judicial. Tres de ellos equiparan el ejercicio de la discreción judicial con "legislar" o "hacer leyes" y luego objetan que los jueces actúen como "legisladores". El primero sostiene que los jueces no pueden "legislar", porque hacerlo viola la doctrina política fundamental de la separación de poderes. Una lectura directa de este argumento se opone a la discrecionalidad judicial, porque pone en peligro el sistema de controles y equilibrios protegido por la separación de poderes. Una variante de este argumento conecta la autoridad para "hacer la ley" con la responsabilidad ante el electorado. Una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella (Ruiz, 2016).

Dado que los jueces, en su mayoría, no son elegidos, ya que, en la práctica, no son responsables ante el electorado de la forma en que lo son los legisladores,

parece que se compromete esa proposición cuando los jueces hacen la ley. El tercer argumento se opone a la discreción judicial, porque implica la aplicación retroactiva de la "nueva" ley. Si un juez hace una nueva ley y la aplica retroactivamente, en el caso que tiene ante sí, entonces la parte perdedora será castigada, no porque haya violado algún deber que tenía, sino un nuevo deber creado a posteriori. Por último, la existencia de la discrecionalidad judicial parece socavar la certeza y la previsibilidad que son deseadas en un sistema legal (Ruiz, 2016). Al respecto, se puede considerar lo siguiente:

¿Dónde encuentra el juez el derecho que expresa en su sentencia? Hay veces en que la fuente es obvia. La norma que se ajusta al caso puede ser proporcionada por la constitución o por una ley. Si eso es así, el juez no mira más allá. Una vez cerciorada la correspondencia, su deber es obedecer. El problema surge cuando hay que descubrir el significado latente del derecho positivo y aún más cuando hay que cubrir las lagunas que se encuentran en todo derecho positivo en mayor o menor medida. Y concluía: Puedes llamar a este proceso legislación, si lo deseas. En cualquier caso, ningún sistema de *jus scriptum* ha podido escapar a esta necesidad (Ruiz, 2016, p. 30).

De acuerdo con lo dicho, el juez deja de ser lo que sostuvo Montesquieu, “la boca de la ley”, considerado como un mero aplicador estricto de lo que la ley dice; sin embargo, este nuevo protagonismo del juez, le permite seguir siendo la boca de la ley, pero ahora con la posibilidad de pensar, razonar y motivar por qué se aplica la norma de una manera y no de otra, con el natural y lógico límite que el sistema judicial en cada caso ha previsto para delimitar las actuaciones del juez y garantizar la seguridad jurídica, la cual precisamente es la que distingue al juez del legislador, pues se permite tener una actividad creativa que nace de la valoración del juzgador apoyada en el ordenamiento jurídico, por lo que su discrecionalidad debe estar justificada en derecho para poder ser válida (Ruiz, 2016). Explicando esto de mejor manera, Hernández Marín citado por Ramón Ruiz señala que la:

Corrección de una cosa cualquiera consiste en la adecuación de la cosa a alguna regla, criterio, etc. En el caso de las decisiones judiciales, aunque muchos autores enjuician su corrección comparándolas con reglas morales, criterios, principios, valores etc., proporcionados por la filosofía del derecho o la filosofía general entre los que destaca la justicia por lo que para ellos una decisión judicial correcta es la que es justa o conforme las reglas morales; sin embargo, según su parecer, las decisiones que resuelven casos litigiosos han de ser enjuiciadas comparándolas no con reglas filosóficas sino con reglas jurídicas, con enunciados jurídicos, de modo que una decisión judicial correcta es la que es conforme a derechos (Ruiz, 2016, p. 38).

A lo manifestado hasta ahora se debe sumar la motivación, es decir, las razones del juez para resolver, razones que deben ser tenidas como “buenas razones” dotadas de razón y coherencia en su aplicación al hecho fáctico, evitando de esta forma, la arbitrariedad. Al respecto, Luzzati explica:

Si, por lo tanto, nosotros, comunes mortales, a veces no logramos encontrarla, ello se debe únicamente a la finitud humana. Una invitación a la cautela es sin duda apreciable; sin embargo, no se puede inferir nada positivo a partir de la escasez de nuestras facultades, mucho menos la conclusión de que la analogía entre la ciencia del derecho y las ciencias naturales sea correcta. En el fondo, las grandes batallas dentro de la doctrina, como aquellas referidas al modo de entender el acto jurídico, el ilícito civil o el nexo causal, se asemejan más a contiendas políticas o ideológicas que a polémicas científicas. Además, a la luz de un análisis semiótico, la vaguedad de las normas no está circunscrita a pocos casos difíciles, o a cláusulas generales, sino que, bien entendido, afecta en medida diversa a casi todos los términos de nuestro lenguaje. La discrecionalidad que deriva de la indeterminación del significado es principalmente en efecto, una cuestión de grado (...). Moviéndose en una dirección diametralmente opuesta a la de Dworkin, Rodolfo Sacco

advierte: Si consideramos las interpretaciones que se han sucedido sobre una vieja ley de hace siglos (como el Código Napoleón, por ejemplo), encontramos que la generación de Luigi Filippo ha dado una interpretación, y que la generación de Clemenceau ha dado otra; cada intérprete dirá ciertamente que todas las interpretaciones pasadas eran equivocadas; un comparatista que se involucre en estas polémicas generacionales haría el ridículo (Luzzati, 2013, pp. 36-37).

Lo dicho mantiene una íntima coincidencia con el criterio del profesor Bayon al sostener que:

En definitiva, el derecho se concibe como parcialmente indeterminado. Y ese espacio en que resulta indeterminado sería el espacio de la discrecionalidad del intérprete, en el que la solución de los casos, por definición, no puede hacerse derivar del derecho y en el que por lo tanto no es posible oponer barrera alguna a la irrupción del discurso moral general. Pero decir que el derecho es sólo parcialmente indeterminado implica, naturalmente, que también es parcialmente determinado. Y ese rango resulta decisivo para mantener la imagen global del derecho propia de una concepción iuspositivista (Bayón, 2003, p. 42).

Asimismo, el mismo autor Bayón explica que:

El entendimiento de la regla se mostraría por tanto en la capacidad de identificar acciones conforme con ella. Y sólo cuando en algunas circunstancias la identificación de la acción conforme a la regla resulta dudosa, habríamos de proceder a “interpretar” la regla, es decir, a sustituir una regla por otra. En suma, en los casos claros las reglas podrían determinar sus aplicaciones correctas sin la mediación de interpretaciones (Bayón, 2003, p. 55).

De la misma forma, para Fernández (2005) “la discrecionalidad comporta cierta libertad de elegir entre dos o más alternativas en principio posibles, jurídicamente

posibles a la vista de la mora aplicable” (p. 25). Pero, esta libertad discrecional no es y no puede ser absoluta, se encuentra limitada, ya que:

Fruto de las normas, en fin la discrecionalidad no es, ni puede ser nunca absoluta, porque el fin que esas normas proponen condiciona y limita seriamente per se la libertad de elección de los medios que otorgan y ello, aunque el texto literal de la norma habilitante de la que en cada caso se trate parezca prima facie conceder una libertad total al omitir toda referencia a los medios y no ofrecer tampoco medio alguno para la elección de uno concreto. (Fernández, 2005, p. 59)

De manera frecuente se habla de predeterminación normativa de la pena con respecto a la decisión del legislador de aparejar una u otra sanción a la comisión de una determinada conducta. Es importante tomar en cuenta que se debe indicar cronológicamente con anterioridad la actividad legislativa y hacia la situación judicial que va dirigida, estableciéndose la pena de hecho, y ante esto, el legislador y solo después la aplica el juez. En este sentido, por su misma naturaleza, el juez es el que debe tomar en consideración y aplicar el precepto normativo establecido por el legislador, no hay cabida para lo contrario. La legítima democrática del derecho penal, no puede prescindir de la garantía al menos, desde la perspectiva teórica de racionalidad y ponderación a la hora de aplicar costes y beneficios (Giraldi, 2020).

1.2.1 Posiciones de distintos doctrinarios sobre la discrecionalidad judicial

1.2.1.1 Ronald Dworkin

Dworkin (1963), se ocupa de defender la visión de los legos¹ de un juicio, según la cual, los jueces siempre deciden los casos aplicando las normas legales establecidas. Desde la perspectiva del lego, un sistema legal es un sistema de derechos, por lo que los litigantes siempre tienen derecho, incluso en los llamados casos "difíciles", a la decisión "correcta" de un juez.

¹ Persona que no tiene conocimiento sobre el derecho

Dworkin comienza tratando de aclarar la noción de discreción judicial. Distingue dos sentidos "débiles" de la discreción de un sentido "fuerte", que considera el sentido relevante en el contexto judicial. Según un sentido débil, un juez tiene discreción cuando su decisión es definitiva y, según el otro sentido débil, un juez ejerce discreción cuando debe usar su juicio para decidir un caso. Un juez ejerce la discreción en el sentido fuerte solo cuando su decisión no está "obligada", "dictada" o "controlada" por una norma jurídica autorizada (Dworkin, 1963).

La solución que presenta el profesor Dworkin se relaciona con la importancia de considerar la existencia de principios y no solo de normas, aunque dentro del propio sistema jurídico, las cuales ayudarían a resolver los casos difíciles que se le presenten, pero sin exceder los límites establecidos por el derecho para llegar a la búsqueda de la respuesta correcta y, finalmente relacionarlo dependiendo los casos que se presenten alrededor de las soluciones en el sistema de normas. Hay que tener en cuenta las diferencias entre normas y principios, ya que resulta importante saber el modelo positivista para la resolución de casos (Ortiz, 2021).

La afirmación de que el sentido fuerte es la noción relevante de la discreción judicial no es una mera estipulación por parte de Dworkin. Ofrece argumentos por analogía para defender esta afirmación. La esencia de sus argumentos puede reconstruirse comparando a un juez con un árbitro de béisbol que debe anunciar bolas y strikes. La decisión del árbitro de *home plate* sobre si un lanzamiento concreto es una bola o un strike es definitiva; no se puede apelar a uno de los otros miembros del equipo de arbitraje. El árbitro de *home* a menudo debe usar su juicio para decidir si un lanzamiento en particular está en la zona de strike porque los lanzamientos pueden ser rápidos (90+ mph), pueden ser curvos, pueden caer y pueden subir. Además, sus decisiones pueden ser controvertidas (Dworkin, 1963).

El punto de Dworkin, sin embargo, es que nada de esto nos llevaría a decir que un árbitro de *home plate* tiene discreción al llamar bolas y strikes. Uno diría que un árbitro de *home plate* tiene discreción solo si puede llamar bolas y strikes arbitrariamente. Imagínese un juego idéntico al béisbol, excepto que sus reglas no

contienen ninguna definición de zona de strike. Un bateador se acerca al plato, el lanzador le lanza una bola dos pies por encima de la cabeza y el árbitro dice: "Strike uno". El siguiente lanzamiento está justo por encima del plato y el árbitro dice que es una bola. El tercer lanzamiento está de nuevo dos pies por encima de la cabeza del bateador, pero esta vez el árbitro dice que es una bola. El cuarto lanzamiento, en la tierra, es strike dos. En este juego, el árbitro ejerce su discreción a la hora de cantar bolas y strikes porque sus decisiones no están controladas por ninguna norma autorizada. Se toman totalmente *ad hoc*. La base del argumento de Dworkin es una apelación a cómo se utiliza el término "discreción" en el lenguaje ordinario para describir las decisiones de los funcionarios (Dworkin, 1963). Dada esta definición de "discreción", contra la discreción, el argumento de Dworkin (1963) procede en cuatro pasos:

1. Hay una distinción entre una regla y un principio.
2. Los principios, de hecho, son utilizados por los jueces para justificar sus decisiones.
3. Los principios que tienen "apoyo institucional" son normas jurídicas vinculantes.
4. El reconocimiento de los principios como normas jurídicas vinculantes elimina la discrecionalidad en sentido estricto.

Este argumento pretende ser una crítica al positivismo jurídico. Según Dworkin, un positivista jurídico está comprometido con la opinión de que los jueces ejercen la discreción en el sentido más fuerte. En el relato de Dworkin sobre el positivismo jurídico, un positivista ve el derecho como algo que consiste en todas y solo en las reglas. Por lo tanto, cuando surge un caso que no puede ser manejado por una aplicación clara y directa de una regla legal, la guía autorizada ofrecida a un juez por el sistema legal "se agota", y el único recurso de un juez es decidir el caso, a través de un ejercicio de discreción en el sentido fuerte. La respuesta de Dworkin es que un sistema jurídico consiste en normas distintas de las reglas, es decir, en principios, y como los principios jurídicos ofrecen una orientación autorizada a los jueces, éstos no ejercen la discrecionalidad en sentido fuerte (Dworkin, 1963).

Dentro de la teoría de Dworkin, se buscaba integrar a los principios elementos morales que responden a postulados de justicia en el derecho, ya que pasaban a ser reconocidos como principios, nuevos estándares dentro de la interpretación y actividad del modelo judicial; de esta manera, se permite orientar a la ciencias jurídicas más consecuente hacia las necesidades de la sociedad en los tiempos actuales, es por esto que Dworkin pretende corregir la moral y eticidad que no llega a convertirse en su totalidad en un ajusticia material. En este sentido, la discrecionalidad judicial defendida por los positivistas va a estar fuertemente arraigada a la idea que concibe el derecho, exclusivamente como un sistema de normas, con un modelo puro de reglas (Bechara y Vides, 2019).

Es importante reconocer, que el desacuerdo entre Dworkin y un positivista legal no es sobre lo que los jueces realmente hacen. Estarían de acuerdo en que los jueces a menudo utilizan normas distintas de las reglas para decidir los casos. El desacuerdo es sobre cómo interpretar este hecho, y esa interpretación dependerá de la definición de discreción que se utilice y de si se quiere atribuir un estatus legal a los principios. Dworkin sostiene que, un positivista jurídico no puede construir una prueba fundamental para el derecho que reconozca los principios, de modo que un positivista debe interpretar el uso de un principio por parte de un juez como una apelación a una consideración extrajurídica para decidir un caso. Dado que las consideraciones extrajurídicas no son estándares jurídicos autorizados, debe decirse que los jueces que utilizan principios para justificar sus decisiones están ejerciendo su discreción en el sentido fuerte (Bechara y Vides, 2019).

1.2.1.2 Joseph Raz

En primer lugar, en el campo jurídico, los jueces construyen discursos de modo que imponen una forma de clasificar y comprender la realidad, entregando un poder institucional para interpretar un cuerpo de textos de la realidad. En la resolución de cada caso, tienen un margen de libertad para determinar qué significado se le deberá atribuir a un enunciado. De esta manera, se genera la existencia de varias interpretaciones discrepantes que compiten por ser incrustadas en la sentencia judicial; sin embargo, los jueces comparten un capital y hábito que constriñe sus

prácticas y creencias de los conocimientos en el campo jurídico, convirtiendo a los textos según la ideología desde su perspectiva social, entendiendo la misma como un sistema de creencias social compartida por los miembros de la colectividad (Zambrano y Lira, 2022).

El punto de vista de Raz (1972) sobre la discrecionalidad surge de su crítica al argumento de cuatro pasos de Dworkin contra la discrecionalidad. Raz tiene una objeción natural y poderosa porque puede conceder a Dworkin su definición de discreción en sentido fuerte y los tres primeros pasos y, aun así, mostrar que, incluso teniendo en cuenta todo esto, Dworkin no ha establecido el último paso. Raz señala que el paso de la afirmación de que los jueces no ejercen la discreción en el sentido fuerte cuando aplican principios jurídicos vinculantes a la afirmación de que los jueces nunca ejercen la discreción en el sentido fuerte es *un non-sequitur*. Al respecto se puede señalar que:

El quid del argumento radica en la inferencia de que como algunos principios son ley, la discrecionalidad judicial no existe (...). "Un conjunto de principios", como nos recuerda el profesor Dworkin, "puede dictar un resultado". Pero que a veces pueda no significa que siempre lo haga. Y es esto lo que el profesor Dworkin tiene que establecer para hacer su caso contra la discreción judicial. Desgraciadamente, ni siquiera intenta establecer este punto (Raz, 1977, p. 85).

La manera más sencilla para comprender la concepción de Raz sobre el derecho, es tener amplia concepción de las decisiones en su distinción entre las dos fases de la argumentación, cuando se considera la actitud de una persona respecto de una cierta acción propuesta, diferenciando la etapa deliberativa y la etapa ejecutiva. En esta etapa según Raz, la dependencia sobre lo que debe proceder a realizarse está abierta a argumentos basados en los tipos de consideraciones que se tenga sobre el tema que se está abordando, incluso razones morales, y en la etapa ejecutiva el tema es sobre lo que debe hacerse y lo que debe ser identificado sin recurrir a seguir con argumentaciones morales, pues solo las que se consideran positivas pueden pertenecer al sector de la racionalidad práctica (López, 2018).

Raz conecta el fuerte sentido de la discrecionalidad de Dworkin con la existencia de una decisión exclusivamente correcta, porque enfatiza la afirmación de Dworkin de que los principios pueden dictar las decisiones. Me he resistido a esta interpretación de Dworkin, pero la crítica de Raz se mantiene independientemente de la interpretación que se adopte. El punto de la crítica es que Dworkin no puede pasar de hablar de lo que puede ocurrir a lo que siempre ocurre. La objeción puede replantearse en términos de mi interpretación de Dworkin. Incluso si él ha justificado que hay (y por lo tanto puede haber) casos en los que los principios jurídicos vinculantes proporcionan una orientación autorizada para un juez en ausencia de normas jurídicas, no ha demostrado que siempre que las normas jurídicas no proporcionan una orientación autorizada para un juez, siempre habrá principios jurídicos vinculantes para llenar el vacío. Por lo tanto, Dworkin ha verificado, como mucho, que en algunos casos en los que puede parecer al ojo inexperto que los jueces estaban ejerciendo la discreción, en realidad no estaban ejerciendo la discreción, al menos en su sentido estricto (López, 2018).

De esta crítica se desprende que Raz tiene una comprensión diferente de la discreción judicial. Para Raz, la discreción judicial existe cuando no hay una decisión legal exclusivamente correcta para un caso. Raz interpreta la existencia de la discreción en sentido fuerte de que hay casos que ellos están legalmente autorizados a decidir y en los que ninguna decisión correcta está determinada por las normas de la ley, en donde, la única pretensión es que las leyes no determinen ninguna decisión como la correcta. Raz dice que, si los tribunales nunca tienen derecho a ejercer la discreción, se deduce que todas las razones, reglas y principios en los que tienen derecho a basarse son parte del derecho. Raz pasa aquí de hablar de si los jueces ejercen de hecho la discreción a si los jueces tienen derecho a ejercer la discreción, pero ya hemos visto más arriba por qué es un deslizamiento fácil de hacer (Raz, 1977). Razón por la cual, es desde la actitud interna que pretende caracterizar la acción de los funcionarios judiciales al hacer visible en sus decisiones a la autoridad bajo condiciones (Díaz, 2021), por lo que se constatan dichas condiciones:

- Noción de autoridad, dejando a un lado la mediación órdenes- amenazas porque cuando la autoridad es consistente o meritoria surge de la práctica constante.
- Noción de autoridad, que se concibe como acción oficial de servir a los sujetos, como control y prevención social, evaluando las capacidades del sistema de acción.

A pesar de esta referencia a lo que los jueces tienen derecho a hacer, la cuestión parece seguir estando en el nivel de si los jueces, como cuestión de hecho, ejercen la discreción cuando no hay una decisión únicamente correcta para un caso, y Raz cita tres fuentes de dicha discreción: vaguedad, peso y leyes de discreción. Cualquier norma jurídica puede contener un lenguaje vago, los pesos relativos de los principios no se determinan con precisión, y la mayoría de los sistemas jurídicos contienen leyes que conceden explícitamente discrecionalidad a los jueces para apelar a razones que no son legalmente vinculantes. Lo que Raz tiene en mente con el tercer punto no está claro. Ni siquiera Dworkin cuestiona la existencia o la legitimidad de la discreción "delegada". Si una ley permite explícitamente que un juez ejerza su criterio, por ejemplo, al dictar sentencia, o que utilice un determinado tipo de razón para justificar una decisión, es difícil ver cómo esto podría ser controvertido (Díaz, 2021).

En este último caso, se podría discutir la afirmación de Raz de que la razón es extralegal o no es jurídicamente vinculante. Lo que parece molestar a Raz es la naturaleza de la razón que puede introducirse. La razón puede ser vaga o de peso indeterminado, pero esto nos remite a los dos primeros puntos. Raz parece sostener que las interpretaciones del lenguaje vago y los juicios sobre el peso son cuestiones subjetivas de opinión. No hay respuestas correctas en este caso y, por tanto, no hay decisiones jurídicas exclusivamente correctas. Por lo tanto, volvemos a la opinión de que los jueces, de hecho, ejercen la discreción cuando no hay una decisión exclusivamente correcta para un caso. Raz no considera la distinción entre la existencia de una decisión exclusivamente correcta en principio y en la práctica, probablemente porque no la considera una distinción importante (Díaz, 2021).

1.2.1.3 Thomas Perry

Al igual que Raz, Perry (1969) entiende la cuestión de la discrecionalidad en términos de la existencia de una decisión exclusivamente correcta para un caso. Sin embargo, como hemos visto, las afirmaciones sobre la existencia de decisiones exclusivamente correctas pueden interpretarse de diversas maneras. Perry adopta un enfoque práctico, rechaza como irrelevante la existencia de decisiones únicamente correctas en principio. Para él, la noción de decisión exclusivamente correcta solo tiene sentido, si es posible en la práctica identificar la decisión exclusivamente correcta. Esta postura lleva a Perry a una teoría consensuada de la justificación judicial. Sobre este tema se explica lo siguiente:

Si podemos decir que solo hay una teoría y un resultado jurídicamente correctos en un caso en el que las normas lógicamente aplicables están en conflicto, o en el que hay serias dudas sobre qué norma competidora se aplica lógicamente, ¿no es porque la gran mayoría de los abogados competentes y desinteresados encontrarían un determinado argumento de principios y políticas convincente en ese caso? Si queremos hablar de decisiones únicamente correctas en tales casos, la noción de un consenso de abogados competentes parece indispensable (...) por una valoración singularmente correcta (...). Sólo podemos referirnos a aquella en la que coincidirían todos, o la mayor parte, de los abogados competentes y desinteresados en el campo o campos del derecho en cuestión. Para resumir el asunto, sólo podríamos saber que un caso que implica normas jurídicas conflictivas o de dudosa aplicación tiene un resultado únicamente correcto sabiendo que los expertos están o estarían de acuerdo en algún resultado concreto para ese caso. Ahora bien, creo que es prácticamente seguro que hay muchos casos difíciles en los que no habría tal consenso. Si esto es así, entonces se deduce que no puede haber forma de identificar la decisión únicamente correcta o mejor en esos casos, y que tiene muy poco sentido incluso hablar de tal decisión en esos casos (Perry, 1969, p. 5).

Cuando no existe consenso, según Perry, un juez solo puede adoptar el "punto de vista judicial" y decidir en consecuencia. El punto de vista judicial requiere que un juez estudie un caso con detenimiento, prestando mucha atención a las normas jurídicas pertinentes y a los hechos jurídicamente significativos, que sea imparcial, que se descalifique si existe algún conflicto de intereses y que sea sinceramente racional. El último requisito significa que un juez no es libre de llegar a cualquier resultado que le plazca mientras pueda dar algún argumento jurídicamente plausible para ello, sino que un juez debe dar la decisión que honestamente piensa es la mejor, y las razones que considera sinceramente como las mejores que puede dar. En tales casos, la noción de una decisión jurídicamente correcta no puede significar más que una decisión "no es definitivamente incorrecta" y que un juez se ha ajustado a los requisitos del punto de vista judicial. Así, que lo que Perry acaba teniendo en los casos en los que no existe consenso es una teoría procesal de la justificación judicial. Una decisión está justificada solo en el caso de que un juez haya seguido el procedimiento requerido para llegar a ella (Perry, 1969).

Si una decisión en un caso es controvertida, entonces en la práctica no hay una decisión única identificable para ese caso. Y si en la práctica no hay una decisión identificable como única correcta para un caso, entonces un juez, como cuestión de hecho, ejerce su discreción al decidir ese caso.

1.2.1.4 Kent Greenawalt

El enfoque pragmático de la discreción judicial también es adoptado por Greenawalt (1975). El autor hace dos cosas: critica un punto de vista, que atribuye a Dworkin y Sartorius, que niega la existencia de la discreción, y sugiere una comprensión alternativa de la cuestión de la discreción, según la cual los jueces ejercen la discreción al decidir algunos casos. La base de ambas es una apelación al uso "ordinario" o "habitual" del término "discreción". El autor, expone el punto de vista que critica de la siguiente manera:

En esencia, Dworkin y Sartorius niegan que un juez tenga discrecionalidad en sentido estricto porque, dicen, un juez siempre tiene el deber legal de tomar la decisión a la que llegaría un juez que emplea la teoría jurídica más

sólida o que fuera más coherente con las normas jurídicas autorizadas. Ambos creen que, en teoría, existe un estándar objetivo de lo que es la "teoría jurídica más sólida" o "la decisión que tiene mayor coherencia", por lo que existe un estándar último de corrección con el que medir una decisión (Greenawalt, 1975, p. 367).

En ese mismo sentido, critica la postura de Dworkin y Satorius sobre el deber judicial porque, alega, está en desacuerdo con el uso ordinario del término "discreción". Señala lo siguiente:

El problema subyacente en el planteamiento de Dworkin y Sartorius es su énfasis exclusivo en un deber de conciencia y en la posibilidad de algún estándar para determinar objetivamente si una decisión es correcta, y su conclusión de que la presencia de tal estándar impone un deber de decidir de forma ajustada y elimina la discrecionalidad en un sentido fuerte. No solemos hablar de que alguien tiene el deber de tomar una determinada decisión cuando pensamos que los motivos para probar la corrección de esa decisión son tan complejos que no podemos decir con seguridad si una decisión es correcta, cuando ni siquiera sabemos prácticamente cómo probar la corrección y cuando no pensamos que el propio actor tenga una base sólida para elegir una decisión en lugar de otra (Greenawalt, 1975, p. 374).

Esta crítica falla por completo, porque se dirige a un argumento demasiado simplificado. Greenawalt considera que Dworkin y Sartorius sostienen que el deber judicial de buscar la decisión exclusivamente correcta en cada caso, se deriva únicamente de la supuesta existencia, en principio, de una decisión exclusivamente correcta para cada caso. Y la objeción de Greenawalt es que la mera posibilidad teórica de una decisión únicamente correcta no es suficiente para fundamentar tal deber judicial. Lo que se requiere para tal deber, sostiene, es la posibilidad práctica de identificar la decisión exclusivamente correcta. Pero ni Dworkin ni Sartorius argumentan de esta manera. Su argumento, como veremos en breve, es mucho

más complicado y mucho más plausible (Greenawalt, 1975). La propia comprensión de Greenawalt sobre la discreción se basa también en lo que es posible en la práctica y en una apelación al discurso ordinario:

En el discurso ordinario, la existencia de la discrecionalidad se basa en el rango de actuación que será considerado adecuado por las personas ante las que la persona que toma las decisiones es responsable. No se basa en el deber del responsable de la toma de decisiones de llegar a la mejor decisión que pueda bajo un estándar que teóricamente puede proporcionar una respuesta objetivamente "correcta". La presencia de un deber de decidir a conciencia y de una norma externa de decisión correcta no es suficiente por sí misma para señalar la ausencia de discrecionalidad. Estas condiciones suelen cumplirse en el caso de los funcionarios con la más amplia discrecionalidad. En el discurso ordinario, la discrecionalidad existe si hay más de una decisión que será considerada correcta por aquellos ante los que la persona que toma la decisión es responsable, y cualquier norma externa que pueda ser aplicable no puede ser descubierta por la persona que toma la decisión o no ofrece respuestas claras a las cuestiones que deben decidirse. Si estoy en lo cierto sobre el discurso ordinario, no hay ninguna buena razón para utilizar el término "discreción" de forma diferente al describir las responsabilidades de los jueces en los casos legales (Greenawalt, 1975, p. 368).

Obviamente, Greenawalt comparte el énfasis de Perry en la existencia de una decisión exclusivamente correcta en la práctica. Sin embargo, creo que sus apelaciones al discurso ordinario y a la noción de deber son engañosas. El argumento de Greenawalt a partir del discurso ordinario no es el tipo de argumento estándar del lenguaje ordinario, porque no ofrece ninguna prueba empírica sobre cómo la persona ordinaria, el abogado ordinario o el juez ordinario utilizan realmente el término "discreción".

1.2.1.5 Rolf Sartorius

La distinción entre la cuestión de si los jueces ejercen alguna vez como, cuestión de hecho, la discreción y la cuestión de si el papel institucional del juez le autoriza a ejercer la discreción, es trazada más claramente por Roll Sartorius. Sartorius (1971) admite que, puede haber casos en los que las normas jurídicas que compiten entre sí están igualmente equilibradas o tienen el mismo peso, de modo que, en esos casos no hay decisiones únicamente correctas y los jueces que deciden esos casos deben, por tanto, ejercer la discreción. En ese mismo sentido, señala que la cuestión relevante para Sartorius, es el papel institucional adecuado del juez. Dice que la cuestión en la controversia sobre la discreción judicial es: “una cuestión de cómo los jueces deben ver su tarea, no sus logros, y el debate se ha centrado en la naturaleza de lo que su papel institucional les da derecho a apelar explícitamente en apoyo de sus decisiones” (Sartorius, 1971, p. 159).

El punto crucial que Sartorius quiere hacer es que, estar de acuerdo en que puede haber casos en los que no hay decisiones exclusivamente correctas, lo que no implica que un juez tenga derecho a considerar cualquier caso particular como uno en el que se le permite ejercer la discreción (Sartorius, 1971). El autor apela al siguiente argumento para apoyar su opinión:

Incluso si una explicación filosófica correcta del proceso de decisión judicial implica que pudiera surgir un caso en el que las cuestiones estuvieran tan finamente equilibradas que no hubiera una decisión exclusivamente correcta, no se deduciría que en un caso concreto un juez tuviera derecho a actuar como si no hubiera una decisión exclusivamente correcta. Porque, a menos que haya algún criterio que permita a un juez identificar un caso como uno en el que no hay un resultado exclusivamente correcto, su función institucional le obligaría a tratar cada caso como uno en el que hay una decisión correcta a la que los litigantes tienen derecho. Sin embargo, hasta donde yo sé, no existe tal criterio. Aunque se puede describir cómo sería un caso de este tipo (...) esto no proporciona un medio para identificar cualquier caso

particular como uno en el que no hay un resultado únicamente correcto. (...) Dado que en la inmensa mayoría de los casos existe una decisión únicamente correcta, la falta de un criterio judicial para identificar aquellos en los que no la hay implica que un juez nunca tendría derecho a tratar un caso ante él como uno en el que no hay un resultado únicamente correcto, ya que con toda probabilidad no lo habrá. La posibilidad teórica de que la ley sea indeterminada en cuanto a lo que exige, en otras palabras, no implica ninguna indeterminación correspondiente en cuanto a lo que se exige al juez (Sartorius, 1971, pp. 158-159).

Para aclarar este argumento, se puede reconstruir de la siguiente manera: 1) En la mayoría de los casos hay una decisión exclusivamente correcta. 2) En algunos casos no hay una decisión exclusivamente correcta. 3) No existe un criterio fiable para identificar los casos en los que no hay una decisión exclusivamente correcta. 4) Por lo tanto, la mayoría de los intentos de identificar los casos en los que no hay una decisión exclusivamente correcta son erróneos. 5) En consecuencia, un juez no tiene derecho a tratar un caso concreto como uno en el que no hay una decisión exclusivamente correcta.

Dada la suposición de que el objetivo de un juez es maximizar el número de decisiones correctas que toma y la verdad de las premisas, este es un argumento persuasivo. Además, Sartorius (1977) ha señalado que, no se pueden caracterizar los casos "duros" como los casos en los que los jueces ejercen su discreción o los casos que son controvertidos y que, incluso si se consideran todos los casos de apelación o todos los casos que plantean cuestiones constitucionales como casos "duros", el argumento todavía se puede defender mediante una aplicación del Teorema de Bayes.

Otro aspecto del argumento que merece la pena destacar es que Sartorius lo vincula explícitamente a una teoría particular de la justificación judicial. Elaborando la noción de Dworkin de "apoyo institucional", Sartorius adopta una teoría de coherencia de la justificación judicial cuando sostiene:

El único sentido relevante en el que el juez está facultado para ponderar una norma jurídica es para determinar lo que Dworkin ha llamado su "apoyo institucional" en términos de otras normas establecidas. Cualquier decisión judicial tiene lugar en el contexto de todo un sistema jurídico que contiene una amplia variedad de decisiones, normas, principios, políticas, etc., interrelacionadas e interdependientes. En cualquier caso, se puede argumentar que la obligación del juez es llegar a la decisión que mejor se ajuste al conjunto de normas jurídicas autorizadas que está obligado a aplicar. La decisión correcta en un caso dado es la que logra "la mejor resolución" de las normas existentes en términos de coherencia sistemática, tal como se determina formalmente, y no en términos de conveniencia óptima, tal como se determina por algún principio sustantivo supremo o por el propio esquema personal de valores del juez (Sartorius, 1971, p. 158).

Sartorius cree que un juez nunca estará en condiciones de decir que no hay una decisión exclusivamente correcta para un caso, porque dada esa teoría de la coherencia de la justificación judicial, eso equivale a decir que las dos decisiones que compiten entre sí se ajustan igualmente bien a todo el sistema de normas jurídicas pertinentes. Y eso, en opinión de Sartorius, es un juicio que es prácticamente imposible de hacer (Sartorius, 1971). En ese sentido:

El modelo de justificación en términos de coherencia institucional hace explícitamente relevante la importancia sistemática de una decisión judicial vista frente a un enorme y complejo cuerpo de normas autorizadas interrelacionadas; antes de recurrir a su propio esquema de valores, el juez tendría que ser capaz de justificar la afirmación de que, consideradas todas las cosas, no había nada en este vasto cuerpo de la ley que proporcionará una base para distinguir una decisión como la correcta. ¿Podría justificarse realmente tal afirmación? (Sartorius, 1971, p. 158).

Aunque en teoría podría ser así, en la práctica no podría serlo. Se trata de un argumento de peso, porque admite la existencia de la discrecionalidad en el plano "fáctico", pero la niega en el plano institucional. Sartorius necesita la existencia de decisiones exclusivamente correctas en principio (es decir, las decisiones que mejor se ajustan al conjunto de normas jurídicas autorizadas) para hacer valer su argumento. Si tales decisiones no existieran ni siquiera en principio, los jueces no tendrían nada que buscar. En resumen, el punto de vista de Sartorius es una clara síntesis de las dimensiones teórica y práctica de la justificación judicial, que da la vuelta a la tortilla a quienes defienden la existencia de la discrecionalidad judicial sobre la base de la imposibilidad de encontrar siempre la decisión únicamente correcta en la práctica (Sartorius, 1971).

1.2.1.6 Ronald Dworkin II

Al respecto cabe preguntarse: ¿cuál es la respuesta de Dworkin a las críticas de Raz a su argumento? Comienza exponiendo lo que considera que es la interpretación de Raz de su argumento de la siguiente forma:

(i) Los jueces no tienen discrecionalidad respecto a una decisión cuando todos están de acuerdo en que un determinado conjunto de principios es decisivo. (ii) Esto ocurre a veces cuando ninguna norma de derecho resuelve el caso. (iii) Por lo tanto, nunca se da el caso de que los jueces tengan discrecionalidad cuando ninguna norma resuelve el caso (Dworkin, 1977, p. 69).

Dworkin admite que este es un argumento defectuoso y luego, por supuesto, lo desautoriza rápidamente como propio. Lo importante es ver lo que sucede a continuación cuando Dworkin intenta explicar cuál es su argumento. Comienza a hablar del deber judicial y de la responsabilidad judicial. Pero tan pronto como lo hace, ha cambiado el tema. En lugar de tratar sobre si los jueces ejercen de hecho su discreción, la cuestión se traslada ahora al nivel institucional. Dworkin comienza a hablar de lo que los jueces tienen el deber de hacer y de si los jueces creen que tienen discreción (Dworkin, 1977).

Esto no es sorprendente, ya que incluso en su primer documento sobre "discreción judicial", Dworkin no distingue los diferentes niveles de la cuestión. Aunque, la mayor parte de su documento trata sobre la cuestión de si los jueces ejercen de hecho la discreción, hay alguna discusión sobre la obligación de un juez y el papel judicial apropiado (Dworkin R. , 1963). Esto sugiere, por supuesto, que el propio Dworkin nunca ha aclarado suficientemente de qué trata la cuestión de la discreción judicial. En respuesta a Raz, Dworkin considera la posición epistémica de un juez que se enfrenta a un caso:

Cuando un juez se enfrenta a una decisión difícil debe suponer, antes de comenzar su investigación, que existen en principio estas tres posibilidades. El conjunto de normas que debe tener en cuenta, tomadas en conjunto, le exigen que decida a favor del pintor, o le exigen que decida a favor del acusado, o no le exigen ninguna de las dos decisiones, sino que le permiten cualquiera de ellas. También debe reconocer que puede no estar seguro de cuál de estas tres posibilidades se da de hecho; en ese caso debe decidir sobre la base del caso que le parezca más fuerte. Pero esa incertidumbre podría aplicarse tanto a la tercera posibilidad como a las otras dos; la ley podría concederle una discreción, en el tercer sentido, para llegar a cualquiera de las dos decisiones, pero si lo hace es una cuestión de lo que los materiales legales, tomados en conjunto, lleguen y uno puede estar tan incierto si los materiales justifican esa conclusión como cualquiera de las otras dos (Dworkin, 1977, p. 70).

Dworkin reafirma este argumento más adelante cuando señala que el juicio de que no hay una respuesta correcta (ninguna decisión exclusivamente correcta) para un caso tiene exactamente el mismo estatus que los juicios de que el demandante tiene la mejor posición legal (y por lo tanto la respuesta correcta es que el demandante gana) o que el demandado tiene la mejor posición legal (y por lo tanto la respuesta correcta es que el demandado gana). En otras palabras, el juicio de que no hay una respuesta correcta es en sí mismo un juicio que pretende ser la respuesta correcta sobre el caso, y es tan falible como las otras dos posibilidades.

Dworkin está diciendo que un juez nunca puede estar seguro de que un caso particular no tiene una decisión exclusivamente correcta o es un caso difícil (Dworkin, 1977).

Como ha señalado Sartorius (1977), Dworkin también se traga el resto del argumento. Al hablar si es que un juez puede llegar a la conclusión de que en un caso existe un empate entre las decisiones que compiten entre sí y, por lo tanto, que no hay una respuesta correcta para ese caso; Dworkin admite que tal juicio podría ser posible en un sistema jurídico primitivo o rudimentario. Menciona que:

Pero supongamos, por otro lado, que el sistema legal en que estos jueces administran es muy avanzado, y está repleto de reglas y prácticas constitucionales, y denso de precedentes y estatutos. La probabilidad de un empate es mucho más baja; de hecho, podría ser tan baja como para justificar una regla básica adicional de la empresa que instruye a los jueces a eliminar los empates de la gama de respuestas que podrían dar. Esa instrucción no niega la posibilidad teórica de un empate, pero supone que, dada la complejidad de los materiales legales en cuestión, los jueces, si piensan lo suficiente, llegarán a pensar que una u otra parte tiene, en conjunto y marginalmente, la mejor parte del caso. Esta instrucción adicional será racional si la probabilidad antecedente de error en una decisión judicial parece ser mayor que la probabilidad antecedente de que algún caso sea, de hecho, un empate, y si hay ventajas de finalidad u otras ventajas políticas que se ganan al negar la posibilidad de casos de empate en la ley. Por supuesto, la instrucción no será racional sino tonta si el sistema jurídico no es lo suficientemente complejo como para justificar ese cálculo de probabilidades antecedentes (Dworkin, 1977, pp. 286-287).

Este es simplemente el argumento de Sartorius. En teoría podría existir un empate, pero debido a la compleja naturaleza de la cuestión, un juez nunca podría concluir en la práctica que existe un empate. Sobre la base de las probabilidades relativas de que no exista un empate (que haya una respuesta correcta) y de que

exista un empate (que no haya una respuesta correcta), un juez debería considerar cada caso como uno en el que no existe un empate (como uno que tiene una respuesta correcta) (Dworkin, 1977).

Sin embargo, existe una importante diferencia entre la visión de Sartorius y la visión revisada de Dworkin, en cuanto a la teoría de la justificación judicial que cada uno acepta. Ambos utilizan la noción de apoyo institucional, pero la entienden de forma diferente. Dworkin dice que, para determinar la decisión exclusivamente correcta en un caso "difícil", un juez debe construir la "teoría del derecho más sólida" que "justifique" el cuerpo de normas jurídicas existente (Dworkin, 1977). Sin embargo, a diferencia de la opinión de Sartorius, no se trata de una teoría formal de la justificación:

Si una teoría del derecho ha de servir de base al deber judicial, los principios que establece deben tratar de justificar las normas establecidas identificando las preocupaciones y tradiciones políticas o morales de la comunidad que, en opinión del jurista de cuya teoría se trata, apoyan de hecho las normas. Este proceso de justificación debe llevar a los juristas a profundizar en la teoría política y moral (Dworkin, 1977, p. 67).

Dado que el nuevo argumento de Dworkin es el mismo que el de Sartorius, Dworkin también debe aceptar la existencia de decisiones únicamente correctas en principio. Esto implica, dada la teoría de la justificación judicial de Dworkin, que un juez debe ser capaz, en principio, de evaluar las teorías del derecho que compiten entre sí y decidir cuál es más sólida. La decisión únicamente correcta, entonces, es la que se desprende de la teoría del derecho más sólida. Se alegra de aceptar esta consecuencia porque dice: "como rechazo la doctrina de la discrecionalidad (...) asumo que pueden darse argumentos persuasivos para distinguir una teoría del derecho como superior a otra" (Dworkin, 1977, p. 68). Pero, de nuevo, esto nos aleja de la noción formal de apoyo institucional de Sartorius, pues Dworkin continúa:

Pero estos argumentos deben incluir argumentos sobre cuestiones de teoría política normativa, como la naturaleza del deber de igualdad de la sociedad, que van más allá de la concepción positivista de los límites de las consideraciones relevantes para decidir qué es el derecho. La prueba del apoyo institucional no proporciona ninguna base mecánica o histórica o moralmente neutral para establecer una teoría del derecho como la más sólida. De hecho, no permite ni siquiera a un abogado distinguir un conjunto de principios jurídicos de sus principios morales o políticos más amplios. Su teoría del derecho incluirá normalmente casi todo el conjunto de principios políticos y morales que suscribe; de hecho, es difícil pensar en un solo principio de moralidad social o política que tenga vigencia en su comunidad y que él acepte personalmente, excepto los excluidos por consideraciones constitucionales, que no encuentre algún lugar y tenga algún peso en el elaborado esquema de justificación necesario para justificar el conjunto de leyes (Dworkin R. , 1977, p. 68).

En resumen, Dworkin solo puede escapar a la objeción de Raz desplazando la cuestión. De hecho, hace dos cambios. Respecto del hecho que versa sobre si los jueces ejercen de hecho la discreción, pasa de entender la discreción en términos de si existe una razón legal para una decisión a entenderla en términos de si existe una decisión exclusivamente correcta para un caso. Luego, como se da cuenta de que no tiene ningún argumento para respaldar su suposición de que existe alguna metodología para evaluar las teorías del derecho que compiten entre sí y decidir cuál es más sólida, traslada toda la cuestión de la discrecionalidad al nivel del papel institucional adecuado de un juez.

1.2.2 Discrecionalidad judicial, hechos y valoración de las pruebas.

Con respecto a los hechos y valoración de pruebas, no cabe duda de que esto está intrínsecamente ligado al criterio judicial que se ha de utilizar para validar y aceptar pruebas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos que se han de subsumir en la norma jurídica.

Es evidente que la discrecionalidad relativa a la configuración de los hechos en una controversia concierne muy de cerca toda la amplia gama de la literatura jurídica sobre el problema de las pruebas, y que, en última instancia, se resuelve en la más general problemática de la epistemología y de la teoría del conocimiento (Rentería, 2012, p.87).

Bajo esta perspectiva, para hablar de una discrecionalidad o no del juez en el ejercicio de sus facultades de disposición, se necesita abrir el debate de un plano especialmente teórico a una dimensión de un derecho procedimental de corte objetivo; de esta manera, tiene una orientación en relación al derecho que se aparta del formalismo jurídico, como un mecanismo de la función judicial. En este sentido Kennedy critica el uso de la discrecionalidad judicial por configurarse como una respuesta un tanto peligrosa por el proceso y la documentación que se deberá entregar a los jueces de manera formal (Carrillo y Bechara, 2019).

Tenemos que tener en cuenta todos los aspectos que se proporciona, sin convencimiento subjetivo es imposible hablar de una determinación de hechos probados de un acto, ya que se trata de una buena cuenta de la adopción de un modelo subjetivista de prueba, pero hay que tener en cuenta el fin último del proceso que es llegar a la verdad material y objetiva que se conceptualiza como una representación correcta en el pensamiento de una realidad, juntamente con la declaración de responsabilidad penal y debe estar basado en lo más cercano a ella, como es en primer plano el juez o el tribunal, los cuales deben verse convencidos, luego del recibimiento y valoración de la prueba, de la culpabilidad que intervienen en los hechos, a partir del análisis de los hechos el magistrado se analizará minuciosamente en conjunto con las pruebas, de manera que exista un convencimiento de haber alcanzado la verdad (Castañeda, 2018).

Es imprescindible entonces, que en un proceso se dé una determinación e individualización de los hechos del caso, ya que la decisión mediante la cual el juez aplica una norma jurídica no solo tiene como principio escoger las normas jurídicas, sino que resulta imperioso que los hechos se adecuen a la descripción normativa.

La correcta utilización de los medios de pruebas pertinentes para la defensa integral, el contenido del derecho constitucional al debido proceso en su componente del derecho de defensa, por lo que hay que tener en cuenta lo que implica la observación del conjunto de requisitos en cada instancia procesal en las mismas condiciones de con quién se procesa, con el objeto de que las personas puedan defender de la manera más adecuada cualquier tipo de acto enviado del Estado que pueda afectar los derechos, estos derechos están planteados en los siguientes ámbitos: derecho a ser escuchado en el proceso, derecho a presentar prueba, derecho a hacer uso de los recursos, derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal (Pardo, 2006).

Los errores judiciales se pueden definir como las equivocaciones graves, que se pueden denotar, producidas en las resoluciones judiciales por jueces, encargados de la administración de justicia, por lo que la discrecionalidad forma parte de un sistema complejo, donde existen sistemas que suelen presentar limitaciones estructurales para esclarecer la verdad, aunque haya la posibilidad de error en alguna medida importante sea inevitable (Coizman, 2018).

1.2.3 Discrecionalidad judicial, hechos e interpretación de las normas.

Tradicionalmente se cree que para la aplicación de las normas es suficiente un simple silogismo jurídico, para el cual se necesita una norma general como premisa mayor, los hechos probados en el proceso como premisa menor, y la conclusión que de la inferencia entre premisas resulte siendo el juez un estricto aplicador de la norma, o como sostiene Montesquieu la boca de la Ley. Pero esto pierde fuerza si se parte tomando en consideración que las normas no pueden ser exactas o casuísticas, debiendo estas ser necesariamente vagas en cierta medida, mucho menos en la actualidad en donde la aplicación de principios toma cada vez más fuerza. De esta forma, se da por sentado que si bien la interpretación judicial es subjetiva, esto no quiere decir que se trate de una actividad estrictamente mecánica, pues es el juez el que debe buscar la norma para interpretarla y justificar su aplicación, incluso en los llamados casos fáciles, no se diga en aquellos difíciles en los que el problema de la aplicación de la norma es mucho más compleja;

entonces, desde este punto se puede ya afirmar que no es probable que para cada caso ha de existir una única respuesta correcta (Taruffo, 2002).

Así, ante el hecho de que el juez ha de elegir principalmente la determinación de la validez de la norma aplicable, esto no es otra cosa que la actividad que el juez realiza para determinar la validez de la norma jurídica que va a aplicar, aclarando pues, que la sola determinación de validez no implica aplicación de ningún tipo de discrecionalidad; sin embargo, una vez elegida, el juez cuenta ya con la facultad de elegir de ser el caso la norma que ha de aplicar.

Una serie de decisiones y elecciones que en gran medida son discrecionales y no están directa y rigurosamente determinadas por normas jurídicas, en particular, respecto a la relevancia de las pruebas disponibles y, por último, el juicio final sobre la verdad o falsedad de los hechos (Taruffo, 2002, p. 521).

Puede también presentarse un caso de discrecionalidad, cuando el texto de la norma no es completamente claro, entonces, corresponde al juez interpretar y valorar acorde al lenguaje natural y obvio. Esto sería una discrecionalidad de interpretación de la norma, y pues, por más que se pretenda crear criterios técnicos de interpretación de la norma, la vaguedad del lenguaje en algún momento incurrirá en un caso de indeterminación para resolver una interpretación, debiendo inevitablemente acudir a la discrecionalidad. En las normas no es infrecuente que estas incurran en una “vaguedad”, es decir, que estas se encuentren indeterminadas o indefinidas con respecto al lenguaje jurídico que se utiliza en sus enunciados. Sobre este particular, Etcheverry explica que:

En este sentido, la discrecionalidad judicial se presenta como la consecuencia ineludible de la relativa indeterminación jurídica, normalmente completada con el deber, expresamente incluido en toda la codificación moderna, que tienen los operadores jurídicos de resolver

todos los casos que caen bajo su ámbito de competencia (Etcheverry, 2010, p. 65).

En tanto que, Guastini indica lo siguiente:

La indeterminación del ordenamiento se acompaña de la ulterior indeterminación de todas las normas. Toda norma vigente está indeterminada, en el sentido de que no se sabe qué supuestos de hecho caen dentro de su ámbito de aplicación. Ello depende de la interminable vaguedad de los predicados en todo lenguaje natural. Se llaman predicados, como se recordará, a todos los términos que no denotan a un individuo sino a una clase (Guastini, 2016, p. 256).

Cuando pensamos en discrecionalidad lo que viene a la mente es la prudencia, sensatez y buen juicio que deben aplicarse ante una indeterminación del derecho frente a un caso difícil, la cual debe estar revestida de suficientes razones que permitan comprender por qué la discrecionalidad en la decisión sobre varias posibilidades igualmente válidas se aplicó de una manera y no de otra. También se puede sostener que:

Como acaba de explicarse, para Hart y sus seguidores es inevitable y en algunos casos, deseable que los estándares jurídicos dejen una zona marginal en la que es incierta la aplicabilidad de la regla a un caso concreto. En esta zona marginal se encuentran los casos llamados difíciles, en los que el derecho se encuentra indeterminado, y, por tanto, carece de una única respuesta correcta. Esta indeterminación jurídica sería la que otorga discrecionalidad a los tribunales para poder elegir entre alternativas abiertas relativas a la aplicación de reglas generales a casos particulares, permitiéndoles resolver a la luz de las circunstancias del caso y desarrollar el derecho existente, cumpliendo una función productora de reglas (Etcheverry, 2010, p. 64).

Esta producción de reglas es considerada como una cierta actividad legislativa basada en valoraciones y en las pretensiones que la sociedad exige para casos

concretos, siendo importante que la decisión también sea dirigida a un asunto particular específico. Siendo así:

Por su parte, Raz sostiene que siempre que el derecho no sea quien establece de forma directa cómo ha de resolverse una cuestión, el derecho se encuentra indeterminado y, por lo tanto, los jueces han de resolver de forma discrecional. Como ha sido advertido, a su juicio, esto sucede incluso cuando el derecho ordena qué debe hacerse, pero lo hace no de forma directa, sino delegando a otro determinar eso. Por ejemplo, cuando el derecho, por medio de una norma de conflicto, impone el deber de resolver una determinada cuestión aplicando el derecho extranjero, el cual permanece independiente y fuera del sistema jurídico local. Esas ideas están fundamentadas en la tesis de que la existencia y contenido del derecho están completamente determinados por fuentes sociales, defendida por Raz (Etcheverry, 2010, p. 77).

Es importante resaltar la interpretación jurídica, que también toma partido dentro de la estructura y validez de las diferentes fuentes del derecho, es por esto, que se concibe de manera esencial y completamente el pensamiento del legislador, pues esta es una visión unidimensional, la cual aparece impugnada, también se puede llegar a apreciar cinco dimensiones de interpretación jurídica, las cuales son: la propiamente jurídica o regulatoria; la fáctica; la axiológica; la lingüística o semiótica; y, la lógica. La tarea que se cumple en este apartado era desplegada por el juez mientras se cumplía una función meramente teórica o cognoscitiva (Etcheverry, 2010).

Por otra parte, es importante la interpretación semántica, pues es determinante al momento de hacer una interpretación cuando se ve que existe penumbra en cuanto a un derecho, cuando esto sucede el juez no tiene más opción que se lo resuelva mediante una interpretación discrecional, cuyos ejercicios principales de motivación deban ser probablemente la tutela judicial efectiva, la dignidad de la persona, la libertad, puesto que la sola indeterminación de un derecho deberá tratar de protegerse con base en estos principios; sin embargo, la interpretación que

hagan los jueces sobre si existe o no penumbra, debe también justificarse motivadamente, pues no puede darse el criterio de que eso es subjetivo y que donde para unos existe penumbra sobre la resolución, para otros puede resultar más clara la respuesta, y bueno en este sentido es que el usuario de la justicia si no se ha convencido de que la respuesta ha sido correcta siempre deberá estar en condiciones de impugnar una resolución que no esté adecuadamente motivada.

Al margen de la pertinencia de una defensa política de la discrecionalidad judicial desde sus teorías descriptivas-explicativas — como la incluyente—, lo cierto es que tanto Hart como algunos de sus seguidores se han embarcado en dicha empresa. Ya se ha visto cómo el profesor de Oxford y varios de sus seguidores consideran deseable o preferible que el derecho resulte indeterminado en algunos aspectos para que los jueces lo determinen con base en sus juicios discrecionales en los casos concretos, frente al intento de excluir toda incertidumbre por medio de técnicas que vuelven el derecho arbitrariamente rígido (Etcheverry, 2010, p. 64).

1.2.4 Lagunas normativas, antinomias de segundo grado y discrecionalidad judicial.

Un sistema normativo es definido como un sistema deductivo con enunciados, cuyas consecuencias lógicas están conformadas por normas, es decir, con enunciados que correlacionan casos con soluciones normativas. Es por esta razón, que existirán lagunas normativas, en el momento de que algún caso del universo de casos no esté correlacionado con alguna solución dentro de la normativa con la que se trabaja, poniendo frente a contradicciones cuando algún caso esté correlacionado con soluciones normativas incompatibles (Almanza, 2018).

Siempre que se escucha o se sabe de una laguna en el derecho, se sabe *prima facie* que existe un problema, partiendo que por laguna se entiende aquel vacío que contiene el derecho para resolver un conflicto específico, lo que necesariamente lleva al órgano jurisdiccional a la imposibilidad de poder resolver con las normas de

derecho. Kelsen explica las lagunas desde una perspectiva distinta indicando lo siguiente:

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente (Kelsen, 2016, p. 135).

De esta forma, queda explicada la laguna como un criterio de justicia o injusticia que en su momento llegue a considerar el juez; sin embargo, esto es de muy difícil comprobación, en tanto no se puede saber con exactitud si un criterio es justo o injusto, lo que sí se puede juzgar es si se aplicó o no el derecho, y eso es lo que se debe hacer, pues no se puede crear derechos mediante la interpretación de justicia, lo que se debe hacer es aplicar la ley sin más miramientos, pues así y solo así, se obtiene seguridad jurídica en un Estado (Almanza, 2018). Coincidente con lo manifestado por el profesor Jorge L. Rodríguez, quien cita a Bulygin señalando:

Cuando un sistema jurídico posee lagunas o contradicciones, la única forma de eliminarlas es modificando el sistema. Además, cuando el sistema jurídico no correlaciona un caso genérico con ninguna solución o le atribuye dos soluciones lógicamente incompatibles, se hace imposible determinar cómo será solucionado un caso individual subsumible en él (Rodríguez, 2002).

Ahora bien, Kelsen advierte también la existencia de lagunas técnicas, las cuales no obedecen a un criterio de aplicación basado en lo justo o injusto, sino que su existencia se vuelva indispensable para viabilizar la aplicación de otras normas, y lo compara con un marco dentro del cual el derecho actual, ha puesto un ejemplo bastante claro al respecto:

Una ley establece un órgano que tiene carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente (Kelsen, 2016, p. 135).

Al respecto, explica que, al ser una norma humana, está sujeta a contener errores, sin embargo, a este tipo de errores la interpretación no puede devolverle el sentido. También, se considera que las lagunas normativas se producen solo en el interior de ese espacio normativamente determinado, y en este ámbito puede ser neutralmente identificado en el mismo sentido que es posible la identificación objetiva del derecho de una comunidad; así, la identificación de los casos relevantes no solamente dependen de las valoraciones que dé el intérprete o juez, sino únicamente de las normas válidas del sistema, que por consiguiente, que no depende de la relación que tenga el desarrollo de argumentos morales sino sobre la identificación de un determinado conjunto de propiedades (Navarro, 2020). Coincidiendo con lo manifestado, el profesor Ricardo Guastini sostiene “existe una laguna cuando no hay alguna norma que conecte una consecuencia jurídica cualquiera a determinado supuesto de hecho, de modo que se producen controversias no susceptibles de solución alguna” (Guastini, 2015, p. 50).

Se explica que gran parte del problema se da por nuestro sistema, es decir, por cómo concebimos a las normas, pues para nosotros estas son leyes que deben aplicarse y no pueden sujetarse a nuevas interpretaciones distintas a las que en su sentido natural las dio el legislador. Es por esta razón que, para evitar este problema sin solución, los juristas realizan interpretaciones en las que el problema desaparece, y la forma de hacerlo es precisamente con una interpretación en la que se concluya que la laguna no existe.

Lo propio ocurre con las antinomias, las que existen “siempre que dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles, de modo que surgen problemas susceptibles de soluciones

conflictivas” (Guastini, 2015, p. 50). Las antinomias y las lagunas necesitan interpretaciones estrictas, pero no iguales, pues en el primer caso se necesita negar a la aplicación de una norma, en el segundo lo que se debe hacer es integrar el ordenamiento; de tal forma que, un supuesto de hecho se vincule con una norma que se encuentra de forma implícita en el sistema jurídico (Guastini, 2015).

El tema de las antinomias dentro del derecho están directamente relacionadas con las exigencias de racionalidad de los sistemas jurídicos, esto es, con la coherencia entre sus disposiciones que; sin embargo, por la exigencia de coherencia solo es una exigencia deseable, en tanto la aspiración que se solicita de los ordenamientos jurídicos de ser concebidos como sistema, actuando como exigencia deseable; las reglas jurídicas provienen de diferentes fuentes de producción normativa, las mismas que operan a lo largo del tiempo, afrontando, regulando y previniendo circunstancias distintas. Cabe mencionar, que el problema de las antinomias sólo afecta a las reglas no así a los principios, por lo cual las condiciones de aplicación no son como el de las reglas (Lara, 2022).

El problema de las lagunas y la discrecionalidad del juez radica precisamente porque estas vienen a ser un asunto de interpretación subjetiva cargada de hechos concretos a hechos abstractos. En esta línea se pone al juez en la posición de decidir dos caminos; por un lado, podrá decir que a un caso concreto si le es aplicable tal o cual norma jurídica, con lo que la laguna estaría resuelta, pero también, con esta misma capacidad discrecional podría decidir que el mismo caso concreto no le es aplicable ninguna norma jurídica, por tanto, estaríamos frente a un problema sin solución alguna. Al respecto, es oportuno citar a Guastini cuando manifiesta refiriéndose a las antinomias que “es preciso indicar constatando que las disposiciones normativas son (si no siempre, casi siempre) equívocas, esto es, admiten más de una interpretación” (Guastini, 2016, p. 256).

1.2.4.1 El problema de las lagunas axiológicas y la discrecionalidad de los jueces.

Cuando se habla de una laguna axiológica, no es que estemos verdaderamente frente a un vacío, sino que la solución al hecho dado por la norma no es considerada como algo correcto, o justo, es decir, lo que se hace es un juicio de valor a la

aplicación de una determinada norma, se pasa del derecho existente al derecho que debería ser (Guastini, 2014). Al respecto, el profesor Ricardo Guastini explica que las lagunas axiológicas pueden ser de dos tipos:

(1) Puede suceder que un supuesto de hecho sí esté regulado por una norma, pero que tal regulación le parezca a la intérprete insatisfactoria, por lo que, a su juicio, falta en el ordenamiento (no una norma cualquiera, sino) una norma justa: la norma que exigiría su sentido de la justicia.

(2) Puede suceder además que un supuesto de hecho sí esté regulado por una norma, pero que tal regulación no sea conforme a lo que ordena otra norma positiva: en particular, una norma material o axiológicamente superior (Guastini, 2014, pp. 146-147).

Pese que el dogma de plenitud es una corriente muy difundida en estos tiempos, considerando que el derecho es un conjunto de normas completo; no obstante, no logra vencer el principio de seguridad jurídica que rige en todo Estado de derecho, es decir, los jueces no pueden crear más derecho que aquel que se encuentra plenamente vigente y que ha sido emitido por el poder del Estado correspondiente, no siendo competencia de los juzgadores crear derecho; en otras palabras, los jueces solo pueden aplicar normas claras y previamente establecidas en el ordenamiento jurídico. Sobre este tema se puede sostener que:

Pero no toda solución injusta o mala supone una laguna; los juristas hablan de lagunas –en el sentido que tratamos de caracterizar- cuando la solución es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado. El uso del término “laguna” no cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso de forma genérica, le hubiera

dado una solución específica (lo cual puede, de hecho, ser verdad en muchos casos) (Alchourrón, 1971, pp. 157-158).

En este texto también se describe un caso que resolvió el Tribunal Supremo Alemán, pues frente a un aborto terapéutico que no estaba contemplado en su código penal, ya que únicamente sancionaba el aborto de manera genérica pero no contemplaba la posibilidad de la práctica de un aborto para precautelar la salud de la madre; en este caso se logró demostrar que la madre tenía tendencias suicidas a partir del embarazo, razón por la que un médico le practicó un aborto y el tribunal la absolvió de los cargos (Alchourrón, 1971).

Alchourrón y Bulygin sostienen que, las lagunas normativas demuestran en sí la plenitud del sistema, siendo estas no todas lagunas, sino también lagunas axiológicas, ya que por un lado si todo sistema normativo es capaz de diseñarlo, el jurista moverá a su manera la naturaleza de los enunciados base, no importan las fuentes del derecho; de esta manera, el operador ya está actuando discrecionalmente, según sostienen autores. La respuesta del diseño es que es flexible para mostrar lo que se requiere mostrar, un sistema será incompleto si solamente se utilizan reglas interpretadas de una sola manera, pero completo si se utiliza interpretando las reglas desde diferentes puntos o introduciendo otros enunciados que sean necesarios. En resumen, no se marca gran diferencia entre lagunas axiológicas y normativas, ya que todo esto dependerá netamente del recorte que se puede efectuar en la base, donde serán distinguibles en el caso de producir efectivamente un recorte de dicha base (Pazos, 2018).

También se comparte con el criterio de Ferrari Yaunner, sobre la imposibilidad de usar la analogía, la cual constituye un procedimiento lógico que trata de adentrarnos en otras soluciones consagradas por el derecho, siendo así, que en las lagunas axiológicas no se las utiliza por no ser lagunas integrales, puesto que dentro de ésta, el juez o el operador jurídico ante el cual presente dicha situación estaría modificando la norma existente extralimitando algunas funciones (Galiano y Gonzáles, 2012).

1.3 Delimitación conceptual: discrecionalidad versus arbitrariedad. ¿En qué se diferencian?

Es una línea muy fina la que divide a la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que debe ser evitada a fin de no afectar a los ciudadanos, los cuales serán a quienes se dirige las determinaciones que son asumidas por la autoridad, siendo la única forma de evitar esa discrecionalidad la fundamentación y argumentación legal de las autoridades en las determinaciones que son asumidas, sobre todo, si la norma en ámbitos específicos donde es accesible y flexible de que la autoridad pueda discrecionalmente tomar determinaciones con base en sus posibilidades judiciales, es así que, para empezar, la discrecionalidad tiene como límite la arbitrariedad que sólo puede materializar el marco establecido por la ley o norma, sin vulnerar la simpleza jurídica y el principio de legalidad que requiere cierto grado de sanciones (Peralta, 2017).

Se había indicado anteriormente que por discrecionalidad judicial se ha de entender que es aquella posibilidad de elección que tiene el juez bajo circunstancias específicas de un caso, del que pueda obtener más de una respuesta igualmente correcta. Dicho de otra manera, es esa decisión que puede tomar el juez sobre algo que no está plenamente definido por la ley, a pesar que esa decisión no estaba absolutamente determinada no siempre la decisión que se tome va a ser discrecional, se debe considerar que para que sea así, esta debe estar delimitada por la esfera de interpretación de la norma, es decir, aquellas posibles alternativas circunscritas al texto de la ley; consecuentemente, todo aquello que se salga de esta esfera se convertirá en una decisión arbitraria.

La discrecionalidad como se ha explicado estaría caracterizada por ser no arbitraria y limitada, pues no se tiene absoluta libertad para aplicarla, ya que solo se puede dar entre un grupo de alternativas posibles, debidamente justificada en razones. A decir de Juan Igartua:

Los jueces gozan de márgenes para su discrecionalidad, directamente previstos por la ley (p. Ej., cuando el legislador delega en el juez la cuantificación concreta de la pena entre un máximo y un mínimo) o

indirectamente consentidos por ella (p. Ej. Por las inevitables holguras interpretativas que presenta el lenguaje legislativo). Ha habido una propensión a concebir la discrecionalidad como una facultad privativa y personal, pero ya en una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 25 de febrero de 1987) se precisó que la discrecionalidad (consistente en el uso motivado de las facultades de arbitrio) no había de confundirse con la arbitrariedad (caracterizada por “la no motivación del uso de facultades discrecionales”) (Igartua, 2009, p. 17).

De esta forma se explica que, a mayor discrecionalidad otorgada por el legislador al juez, mayor es la obligación de este de motivar su decisión; mientras que menor es el grado de discrecionalidad que otorga la norma en sí misma, menor será la necesidad de argumentar y motivar, siendo que la respuesta se puede inferir sin un mayor esfuerzo.

Conforme hasta aquí se ha dejado claro, que una sentencia no es o no constituye sólo una actividad en la que el juez sea la boca de la ley como lo definió en su momento Montesquieu, sosteniendo que el juez sólo realizaba silogismo de subsunción entre la norma que encontraba como válida y que coincidía con el hecho al que se aplicaría; ahora esa desconfianza en el juez de limitar su actividad como aplicador de la ley se ha dejado atrás, ahora el juez tiene un papel activo y es, precisamente esta nueva condición la que consecuentemente lleva a reconocer que el juez al tomar parte del proceso llega a tener responsabilidad por sus decisiones. En este contexto de responsabilidad, se vuelve imperioso para el juez tener que dar las razones de hecho y de derecho de sus decisiones y estas razones son expuestas a través del instrumento jurídico conocido como la motivación, la cual busca asegurar al usuario de la justicia que la decisión tomada ha sido la mejor, tanto para quien accedió al órgano jurisdiccional como para el ordenamiento jurídico. Siendo así:

Por motivación, en otros términos, se entiende la actividad mediante la cual a partir de la decisión se llega a los argumentos que se consideran justificativos de tal decisión. En otras palabras, la motivación es aquel

documento, redactado por el juez para sostener su decisión, que contiene por ello las razones de derecho y de hecho que él aduce como fundamento de aquélla (Rentería, 2012, p. 70).

La motivación se convierte entonces en un discurso que el juez elabora, con el fin de demostrar el porqué de su decisión, es dar las razones a favor de su decisión, esta motivación cuenta con dos partes que son su justificación interna y justificación externa. Por justificación interna se entiende aquella que se obtiene de la aplicación de premisas con respecto de la conclusión a la que se llega, que podría ser lógica o ilógica; por su parte la justificación externa no es más que la justificación de las premisas, es decir, porqué esas premisas forman el silogismo.

Entiende a la norma jurídica como un hecho natural que se ha plasmado como tal, producto de las necesidades y realidad de la sociedad, razón por la que, no asume a la norma como algo estrictamente riguroso, disponiéndose entonces como su razón de ser la conciencia que reposa en toda la sociedad, siendo esta la verdadera norma que el juez debe ubicar para aplicarla al caso concreto, permitiendo entonces que el juez aplique el derecho, y esto es así tanto que, de no serlo no tendría sentido que existiera un control administrativo o judicial, lo contrario sería tener una administración de justicia carente de conflictos o problemas resolutive. Es decir, bajo la discrecionalidad en el silogismo jurídico no interesa mucho en la deducción de la decisión, la inferencia de la norma aplicable, sino la explicación de haber asumido una “razón” y no otras (Rentería, 2012, p. 70). Por su parte, también se debe considerar que la misma debe ser coherente, pues:

Puede definirse como mera ausencia de contradicciones lógicas. Sin embargo, podemos preguntarnos ¿ausencia de contradicciones entre qué clase de entes? Paolo Comanducci, por ejemplo, sostiene que podemos predicar coherencia (o la incoherencia) solo en el ámbito lingüístico, y de modo particular de enunciados interpretativos, o sea de enunciados que se presenten como resultado de la previa interpretación de otros enunciados (Rentería, 2012, p. 98).

Esto tiene su sentido en la medida en que las premisas normativas como las sentencias están expresadas de manera escrita, y ahí se analiza si es que entre las premisas existe algún tipo de contradicción que no permita llegar a una conclusión de carácter lógico. De otro lado, la sentencia deberá ser coherente, pues no solo es suficiente con la ausencia de contradicción entre premisas, sino que además, sus premisas deben tener sentido, pues no resulta difícil estar frente a premisas que no sean contradictorias en lo absoluto, pero su aplicación en conjuntos no permitiría una inferencia razonable. Dicho de otra manera, la coherencia debe quedar plenamente clara en la justificación interna, siendo esta su función justificativa, la de indicar la coherencia de la conclusión como consecuencias de las premisas en su conjunto (Rentería, 2012). La doctrina en general sostiene, que la coherencia y la congruencia conllevan a un concepto más general que es la racionalidad. Al referirse a la racionalidad el profesor Rentería cita a MacCormick indicando que:

Concluyó que la congruencia entre normas es cuestión de su sentido, en virtud de que están correlacionadas racionalmente, en modo instrumental o intrínseco, como un conjunto, o para la realización de uno o más valores comunes. Acerca de la congruencia narrativa, por el contrario, él sostiene que este procedimiento justifica creencias y por ello justifica decisiones sobre cuestiones de hecho del pasado, dado que (a) constituye una condición necesaria para la inteligibilidad del mundo fenoménico; y porque (b) la racionalidad nos pide que hagamos inteligible el mundo fenoménico (Rentería, 2012, p. 111).

Bajo este contexto, se debe tener presente que la racionalidad importa principalmente en los razonamientos prácticos, es decir, en el razonamiento judicial, analizando de qué manera se compone y en qué sentido o medida logra justificar la decisión judicial. La justificación de la decisión judicial se constituye entonces, como un modo que demuestra la racionalidad de esta, y a su vez la justificación funciona como un instrumento de control para establecer si existe racionalidad. En este sentido, el profesor Rentería cita a Comanducci manifestando que:

La decisión judicial será racional si se apela a razones decisivas para justificar los principios y los valores para los que la decisión se pone como medio más adecuado. El problema —en un nivel de abstracción más elevado— sería entonces determinar el sujeto que debería pronunciarse acerca del valor justificado de tales razones. ¿El mismo juez que produce la decisión? ¿La comunidad jurídica (cualquier cosa que ello quiera decir)? (Rentería, 2012, p. 117).

No obstante, es necesario tener en cuenta las facultades de interpretación y discrecionalidad, ya que no son elementos axiomáticos que impidan juicios en contrario, puesto que, de ser así, de alguna manera, la labor del operador jurídico sería arbitraria e injustificada, lo cual desbordaría el sistema sin tener una base fundamental, al señalar la actividad judicial tiene dentro de su cosmovisión un deber de independencia y a la vez fortalecer el ordenamiento jurídico e, incluso, influir de manera resistente en cualquier abuso que se pueda efectuar como “decisión” (Aristizabal y Araque, 2020).

1.4 Tesis: no puede haber error judicial donde el juez hace un uso propio de su discrecionalidad.

El juez por el simple hecho de serlo se encuentra obligado a resolver conflictos, no puede excusarse de hacerlo, siempre deberá tomar una decisión frente a la pretensión de una parte procesal. Esta decisión a su vez no puede ser arbitraria, existirán en todos los casos parámetros normativos básicos que la sentencia y su motivación deberán contener; así, la doctrina clasifica normas de competencia, es decir, en qué condiciones y qué cuestiones deben resolver; por otro lado, están las normas que establecen obligaciones y prohibiciones. Dentro de esto el juez suele enfrentar problemas comunes como:

La falta de información suficiente sobre los hechos del caso y falta de determinación semántica (vaguedad) de los conceptos relevantes, es decir, lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento, respectivamente. En cambio, las eventuales lagunas normativas no

plantean, en principio, problema alguno, en cuanto se trata de la fundamentación de una sentencia declarativa. Esto es bastante obvio: si lo que está en discusión es la pertenencia de un caso individual a un caso genérico, el hecho de que este último esté o no solucionado es irrelevante para el problema (Bulygin, 1971, p. 212).

Existe un principio de responsabilidad, el cual es un elemento integrante del Estado de derecho, en estas disposiciones se inserta la responsabilidad del Estado por “error judicial” y hay artículos dentro de la ley que lo defienden. Su consagración normativa protege al ciudadano frente a la negligencia que puede existir dentro del actuar del juzgador, las normas directamente estatuidas en el texto constitucional acotan la responsabilidad patrimonial al ámbito penal, lo que se traduce a sanción a los falsos positivos (Manríquez, 2020). En el marco de esta investigación se evidencia que uno de los problemas de resolución judicial se encuentra en la vaguedad de ciertas normas, lo que lleva a interpretarlas, de tal forma, que podrían dar más de una solución igualmente correcta o válida.

Se debe partir por aclarar qué es un error y, en efecto, este no es más que una equivocación, un desacierto. “Oposición, disconformidad o discordancia entre las ideas propias y la naturaleza de las cosas. Conocimiento equivocado, a distinción de la ignorancia, que es carencia de conocimiento” (Cabanellas, 1983, p. 500). Atendiendo a esta concepción del error, queda en primer lugar descartada toda conducta de mala fe o dolosa, aún la culposa, pues es lo que de manera consciente se ha llegado a concebir respecto de una norma, es decir, un error de derecho interpretando algo que a simple vista podría ser aceptado como correcto hasta que se declare el error cometido, es así que se aplica el aforismo “error communis facit ius” (el error común hace o es ley mientras no se demuestre su inexactitud) (Maccormick, 2017).

Es por ello que, cuando pensamos cómo argumentar sobre cuestiones prácticas, tanto de la moral como del derecho, nos damos cuenta de que, aunque en algunos puntos podemos sostener de manera bastante concluyente que esa opinión es errónea, en muchos otros puntos quedan cuestiones abiertas en las que, hasta

donde podemos juzgar en términos prácticos, ambas opiniones, o más de una, son razonables (...). Nuestro derecho, a medida que se desarrolla, se vuelve, como lo expresa Kelsen, más concreto, más exacto, más capaz de ocuparse de cuestiones cada vez más detalladas; también, por su puesto, al mismo tiempo, más complejo en cada nivel de su desarrollo. Podemos comparar con esto la teoría de Niklas Luhmann de los sistemas jurídicos como sistemas autopoieticos, que resuelven continuamente problemas de complejidad, aunque siempre al precio de generar nuevas complejidades (Maccormick, 2017, p. 426).

2. El error judicial: su delimitación y sus consecuencias en la teoría jurídica y en el derecho español.

2.1 El sistema procesal como instrumento defensivo del justiciable frente al error judicial.

En primer término, se debe partir por conocer su más alta disposición legal respecto de la responsabilidad del Estado frente al error judicial; así, la Constitución española dice textualmente en su artículo 121 lo siguiente “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, dará derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley” (Constitución Española, 1978, Art. 121).

Si se lee textualmente, en principio se observa que la norma constitucional no distingue qué tipo de errores judiciales han de corresponder como responsabilidad del Estado, es decir, no distingue entre errores judiciales en casos civiles, penales, societarios, etc., no considera explicar que se ha de entender como error judicial, más sí puntualiza que el responsable será el Estado de manera directa, aliviando de alguna manera la responsabilidad de los jueces, puesto que en principio saben que de incurrir en un error a quién corresponde resarcir el daño es directamente el Estado.

Esta norma en su última frase, “conforme a ley” configura una limitación a este derecho, puesto que ya no se puede hablar de todos los errores judiciales, sino sólo de aquellos que la ley contempla como indemnizables, dejando una amplia facultad

al poder legislativo para que regule dicha situación conforme así lo consideren. En otras palabras, permite que los legisladores adecúen el error judicial conforme las circunstancias históricas y las exigencias sociales.

Por otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial de España ha definido tres tipos de casos, bajo las cuales existiría responsabilidad estatal por error judicial, su artículo 292 determina que todos los casos de error judicial que afecten a bienes o derechos. Asimismo, este artículo contempla los daños causados a bienes y derechos por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, hasta aquí se definen esos dos supuestos,² y al mismo tiempo en su artículo 294 la LOPJ incrementa una causal más por la cual se podría demandar indemnización al Estado por error judicial y, establece entonces, que se lo puede hacer cuando se ha dictado prisión preventiva y se absuelve por inexistencia del hecho imputado; así como también, cuando se dicta auto de sobreseimiento definitivo.³

En este contexto, el artículo 293 de la LOPJ establece que para que exista error judicial, debe existir una declaración judicial, esto quiere decir, que el inicio de una acción por los daños que causare el error judicial, no se derivará de la sola sentencia que violó derechos o causó el perjuicio en sus bienes, sino que le debe preceder un debido proceso que permita a quien tomó la decisión defenderse. Ahora bien, la Constitución española y la LOPJ no dan una definición exacta de lo que se ha de entender por error judicial, sin embargo, en una jurisprudencia citada por Gabriel Domenech Pascual se puede concluir cuales son los presupuestos que deberían cumplirse para considerar que en efecto existió un error judicial y no una

² Art. 292.1.- Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derechos a una indemnización a cargo del estado, salvo los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título1.

³ Art. 294.1.- Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le haya irrogado perjuicios.

equivocación que podrían enmarcarse dentro del criterio de discrecionalidad del juez, así:

La STS, Social, 9.7.2015 (12/2014), advierte que: a) el error judicial no puede confundirse con cualquier equivocación o discrepancia en el establecimiento de los hechos y de la interpretación del derecho (...) esta calificación ha de reservarse a supuestos especialmente cualificados. b) Es necesario establecer la frontera entre una interpretación posible, pero errónea, de la ley y un error judicial. Por ello, las meras interpretaciones erróneas son susceptibles de corregirse exclusivamente mediante los recursos ordinarios y extraordinarios. c) El concepto de error judicial de los arts. 121 CE y 292 LOPJ ha de dimanar de una resolución judicial firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales. d) Es preciso que tales errores hayan sido relevantes para la solución final dada a la contienda. e) Este proceso especial no es una nueva instancia en la que el recurrente insista en su criterio y petición que ya le fueron rechazados judicialmente con anterioridad. f) El error judicial sólo cabe en el supuesto de que se advierta una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance (Pascual, 2016, p. 179).

2.1.1 El sistema de recursos y de varias instancias judiciales como mecanismo asegurador de la calidad y acierto de la decisión.

El sistema de recursos tiene una base fundamental, y es precisamente la consideración de que los jueces en algún momento están sujetos a cometer errores, es así que crea jueces de jerarquía superior para corregir las omisiones de aquellos jueces de instancias inferiores, esto es un criterio de corrección. Este criterio de corrección se sujeta incluso a la propia autocorrección que pudiera hacerse el más

alto tribunal respecto de un caso antiguo y que en la actualidad frente a un caso análogo lo resuelva de manera diferente. Al respecto se puede señalar que:

Toda decisión judicial, en virtud de la autoridad del juez decisor, es correcta hasta que sea declarada incorrecta (si alguna vez lo es) por alguna autoridad más alta. Además, en la medida que el poder ejecutivo aplique sus resoluciones, la autoridad judicial más alta no puede estar equivocada excepto en la medida en que sus decisiones anteriores puedan ser anuladas por sus decisiones posteriores. En caso de que se produzca tal rechazo, la decisión última del tribunal más alto es siempre necesariamente correcta y lo sigue siendo siempre que no sea (o hasta que sea) declarada posteriormente incorrecta por el mismo tribunal (...). Alguien puede decidir siempre algo diferente, no hay corrección final, y quienes enseñan o suponen lo contrario cometen el pecado de la reificación, al hablar sobre el derecho como si fuese algo que está ahí fuera, discutible, objetivo, mientras que lo único que hay en el último recurso es la decisión del momento que toman quienes están en el poder por el momento (Maccormick, 2017, p. 444).

El error judicial no es la utilización o aplicación del criterio discrecional del juez, más bien viene a ser la violación a los límites de la discrecionalidad, lo que convierte la actuación del juez en arbitraria, la cual se puede encontrar en las principales partes de una sentencia, esto es la fundamentación de hecho, fundamentación de derecho y la resolución como tal. En este contexto, los errores en los fundamentos de hecho se presentan cuando los hechos que el juez describe no coinciden con la realidad, y el otro error que se suele cometer en este punto es respecto de la prueba que se aprecia de forma equívoca, es decir, admitiendo pruebas indebidamente actuadas o negando aquellas que se han practicado de forma correcta.

Respecto de los fundamentos de derecho, los errores que se pueden presentar se manifiestan en la justificación de la norma, afectando a su aplicación como a su interpretación, puesto que en la norma al juez le corresponde determinar la norma aplicable al hecho; así, como su significado:

Puede haber errores en la determinación del significado de una disposición jurídica. Respecto de las disposiciones que poseen un núcleo de significado claro y zonas de penumbra dónde puede existir discrepancia acerca de lo que ellas denotan, la negación por parte del juez intérprete del significado central de la disposición interpretada sería un error. Respecto de la zona de penumbra, el juez tiene discrecionalidad para decidir qué queda denotado, sin incurrir en la arbitrariedad (Seña, 2009, p. 25).

A esto debemos ligar el hecho de que, en normas con un significado absolutamente claro, no caben interpretaciones discrecionales. Otro de los casos que pueden generar error judicial, es la aplicación equivocada de principios, esto podría pasar cuando se convierte a un principio en una regla imperativa, o en algunos casos cuando se le asigna un peso que no le corresponde de acuerdo a la teoría de la ponderación, aunque ahí encontraríamos otro problema y es precisamente poder determinar cuál debía ser el peso correcto, ya que como el profesor Juan Antonio García Amado ha manifestado en innumerables ocasiones, la teoría de la ponderación no proporciona un método de media exacto, y podría prestarse para esconder una arbitrariedad.

Dentro de esta misma forma de error, se puede encasillar el error que el juez comete al seleccionar la norma que ha de aplicarse al caso, lo que necesariamente implica que el juez o desconoce la norma o tiene un conocimiento errado sobre la forma y alcance en la que debe aplicar una norma determinada, lo que constituye una responsabilidad directa del juez, sin que exista excusa, pues bajo el principio “iura novit curia” el juez debe conocer el derecho y no dejarse persuadir por aquello que las partes procesales soliciten, pues no puede obedecer ciegamente a la pretensión de actor o demandado en una causa, el juez debe aplicar el derecho que corresponde seleccionando y aplicando la norma que corresponde bajo cada supuesto fáctico.

El juez yerra también cuando comete un error al valorar la prueba, puede aceptar prueba que ha sido ilegalmente actuada o negar aquella que merece incorporarse

al proceso, en este contexto, el juez puede también sostener un criterio equivocado respecto de tal o cual prueba que ha sido aportada para probar un asunto determinado y el juez la comprende como una prueba de un asunto diferente.

Respecto de la prevaricación brevemente se comenta en este punto que, la misma requiere de un elemento sustancial que la distingue del simple error, y es precisamente la voluntad, la intención, cuando el juez resuelve a sabiendas que su sentencia es contraria a derecho y, consecuentemente injusta, es decir, revestida con una conducta absolutamente dolosa por parte del juez, o de ser el caso de la negligencia, esta debe ser notoria; sin embargo, esto será analizado a detalle cuando se determine las diferencias entre el error y el prevaricato.

2.1.2 Cuando el juez no aplica la mejor decisión jurídicamente posible.

¿Hay una única solución posible para cada caso? Cuando se piensa en las definiciones del error judicial pretendemos encontrar una respuesta en la legislación, sin embargo, se ve que no existe un consenso claro entre doctrina, jurisprudencia y la norma; de lo ya estudiado se puede decir que los presupuestos que configuran un error judicial, es el hecho de tomar una decisión por fuera del rango de interpretación que permite la subsunción de hechos al derecho y su conclusión, es decir, que puede existir ciertos grados de indeterminación en una norma que permita tener discrecionalmente varias respuestas igualmente correctas, así como también, puede darse el caso de normas que plenamente identifican una única respuesta, pero esto no puede sostenerse como una regla general, una gran muestra de lo insostenible que exista una única respuesta correcta para cada caso es el ejemplo que el profesor Malem Seña escribe en su libro sobre el error judicial:

El Código Penal argentino establece, en su artículo 79, que el que matare a otro será reprimido con prisión de 8 a 25 años. Esto supone que, en virtud de su discrecionalidad, el juez puede dictar sentencias correctas imponiendo penas entre 8 y 25 años, es decir, imponiendo una pena de 8 años, 8 años un día, 8 años dos días y así hasta los 25 años. La probabilidad de ajustar las sanciones de 17 años (entre 8 y 25 años) x 365 días al año = 6.205 decisiones respuestas permitidas. Las

decisiones que sobrepasan los límites externos inferiores y superiores serían erróneas y constituirían un ejercicio arbitrario del poder juzgar (Seña, 2008, pp. 101-102).

En este caso se está frente a una discrecionalidad abierta otorgada por el propio legislador, para que se tome una decisión razonable. Tomando este último ejemplo, si creyéramos en la teoría que defiende la existencia de una única respuesta correcta para cada caso, implicaría que un juez debería aplicar con exactitud el tiempo que una persona condenada debería cumplir, este es por ejemplo, un supuesto que colapsaría el mundo jurídico, se tendría las cámaras de apelación agotadas de trabajo por el descontento de sus usuarios, pues se podría empezar a discutir que tal o cual respuesta no coincide con la única correcta para cada caso; entonces, en un extremo se diría que no son 8 años un día la pena que debía imponerse, sino solo 8 años, pues este sistema solo acepta respuestas correctas o incorrectas. Alejandro Nieto citando a Recasens Siches manifiesta que:

Ha identificado dos bandos opuestos del relativismo y del dogmatismo. El segundo es para él una especie de racionalismo riguroso que no admite más que una sola interpretación de las normas, que en realidad no es interpretación sino una deducción lógica, que es la única correcta lógicamente. Mientras que el relativismo afirma que quien aplica el derecho posee un margen de libertad bastante amplio, de tal manera que, no obstante, los condicionamientos normativos que le limiten, pueden obrar con mayor libertad de lo que se piensa, ya que toda regla jurídica contiene un marco de indeterminación que nada tiene que ver con las teorías y las ideologías que atañen al silogismo judicial. O sea, que quien aplica el derecho puede decidir entre posibilidades diversas, dado que las interpretaciones diversas son posibles y lógicamente correctas (Nieto, 2000, p. 62).

¿Hay criterios o métodos para saber cuál es la mejor decisión de las posibles para cada caso? Quienes creen que sí, defienden la teoría de la ponderación, esta especie de motivación normativa cuyas indeterminaciones del derecho son

completadas por principios en un ejercicio de “pesos y contrapesos” de principios, lo cual bajo ningún concepto es objetivo. Así Claudio Luzatti, da tres razones concretas por las que este método no puede ser aceptado:

1) En primer lugar, los principios representan un curioso remedio para la vaguedad, dado que ellos mismos son notablemente fluidos e indeterminados. 2) En segundo lugar, es mucho más difícil identificar los principios latentes de una rama del derecho, de cuando lo es identificar las disposiciones escritas. A ello se agrega que, visto que los principios son matrices de normas, de ellos es posible obtener continuamente nuevos. Recurriendo a los principios, por lo tanto, es siempre posible modificar las premisas del razonamiento de quien debe decidir un caso concreto o modificar por lo tanto también las conclusiones. En cambio, el carácter concluyente del razonamiento presupone indispensablemente el carácter monotónico y la definitividad del conjunto de premisas de las que se parte.

3) Por último, los principios deben ponderarse, pero esto de la ponderación o del balance es sólo una metáfora sugestiva; no existe ninguna técnica fiable para signar un determinado peso a los principios. Además de todo esto, el método de la ponderación de principios introduce un margen de discrecionalidad mucho más amplio que la subsunción de casos concretos bajo una norma general y abstracta (Luzzati, 2013, p. 35).

El mismo profesor citando a Isabel Lifante expone lo siguiente:

Ha destacado con acierto que, dado que la indeterminación es siempre relativa a un caso, sólo tendría sentido en este supuesto hablar de discrecionalidad frente al caso concreto que descubre su existencia; se trataría, pues, de una discrecionalidad orientada hacia el pasado, a diferencia de lo que ocurre con la discrecionalidad intencional, que es apreciable *ictu oculi* y predicable *ab initio* de todos los casos que, a partir

de la norma que la otorga puedan plantearse en el futuro (Fernández, 2005, p. 49).

Cuando el juez decide está sujeto a equivocarse en su decisión, ya sea por un error en su calificación o subsunción y por un error el fallo. En el primer caso, se trataría de casos en los que el juez no adecúa de manera correcta el silogismo jurídico entre hechos y la norma y, en el segundo caso, cuando el juez decide incurriendo en un plus extra petita, ultra petita o citra petita, en otras palabras, resolviendo algo que no se solicitó o que no tenía competencia para resolverlo. Los jueces como personas que son, son sujetos de cometer errores, los que por cierto no son infrecuentes, bajo esta premisa se tiene que:

En primer lugar, los jueces tienen la obligación de juzgar, es decir, dictar sentencia resolviendo la controversia sometida a su conocimiento. Esta obligación genérica de juzgar comprende toda una serie de obligaciones específicas, relativas a la realización de diversos actos procesales, como, por ejemplo, la recepción de la prueba, etc., y es relativa a los casos de competencia del juez. Si el caso no solo no entra en su competencia, el juez, no solo no debe resolverlo, sino que normalmente le está prohibido entrar a juzgarlo (...). En segundo lugar, los jueces tienen la obligación de fundar sus decisiones en derecho (Bulygin, 1971, p. 210).

Asimismo, la STS 7 de abril de 2006 (Rec. 16/2004), señala lo siguiente en esa consolidada línea:

Tanto la Sala Especial de este Tribunal del art. 61 LOPJ como esta Sección Segunda de la Sala Tercera tienen declarado que: a) El error judicial es la equivocación manifiesta en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley; b) Solo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales; c) La calificación de error judicial ha de reservarse a supuestos en los que se

advierta una desatención del juzgador. Al socaire de un supuesto error judicial no pueden combatirse interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas. No es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, por parte del juzgador, con o sin culpa, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico e introduce un factor de desorden. El error judicial no puede estar basado en una simple discrepancia o falta de conformidad sobre la aplicabilidad o no de un determinado precepto legal o el alcance que al mismo se le haya dado, siempre que la interpretación dada por el juzgador a la norma jurídica se halle dentro del sentido racional de la misma, por mucho que esté en oposición con la postura del demandante; sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, pues este procedimiento no es, en modo alguno, una nueva instancia en la que el recurrente insiste ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente. No cabe normalmente combatir, en nombre del error judicial, la interpretación que de las normas realicen los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad que, con carácter exclusivo, les reconoce el art. 117.3 de la Constitución Española. La lícita discrepancia frente al criterio interpretativo sostenido por los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, una vez agotados los recursos establecidos en las leyes procesales, puede continuar siendo expresada en el plano doctrinal pero no en el procesal, sin que, justamente por ello, sea legítimo utilizar la vía de la declaración de error judicial para plantear, de manera subrepticia y con distinto nombre, un recurso inexistente (Samaniego, 2011, p. 1).

Por otro lado, se tiene el aporte de Jorge Seña al manifestar que:

La ausencia de motivación supone la carencia total o casi total de fundamentos en el documento judicial. Exige la ausencia de la motivación en sentido formal, lo que también conlleva la de sentido material. Una

sentencia que careciera totalmente de motivación y contará únicamente con el fallo sólo tendría la apariencia de una decisión judicial y debería ser revocada a través de los canales impugnativos existentes. El juez que dicte una resolución como ésta podría incluso incurrir en delito de prevaricación. En el resto de los casos de motivación incorrecta existe una motivación en sentido formal pero no en el material o sustancial, y esto puede suceder tanto respecto a las cuestiones de hecho como a las de derecho. Éste sería el caso que adolece de una motivación insuficiente, que padece del vicio de la incongruencia omisiva y que se produce cuando se omite dar una respuesta motivada a algunas de las cuestiones jurídicas planteadas por las partes. El silencio sobre las pretensiones procesales ejercitadas (...) genera una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso (Seña, 2009, p. 179).

¿Por qué, en el Derecho español, la segunda instancia judicial corrige la aplicación de la norma, pero no la valoración de la prueba? (Salvo caso de error patente o inconsecuencia grave). Al respecto, se puede partir de Neil Maccormick quien, si bien se refiere a un sistema jurídico diferente como el common law, no es menos cierto que el criterio es perfectamente ajustable al sistema español o ecuatoriano, sosteniendo que:

Nadie sugiere ahora que el common law sea estático. Puede adaptarse a nuevas circunstancias. ¿Puede entonces cambiarse? ¿O solo puede desarrollarse? La respuesta de sentido común es que el common law puede ser cambiado, no solo por la legislación sino también por la decisión judicial. En ningún lugar esto está más claro que cuando se revoca una decisión del Tribunal de larga tradición. En efecto en un sistema como el nuestro, en el que el Tribunal de Apelación está vinculado por sus propias decisiones previas, la principal justificación para la existencia de la Cámara de los Lores es redirigir el derecho

cuando este ha dado un giro incorrecto (...). Sea cual sea la verdad anterior de la cuestión, el acto de decidir instituye una nueva verdad en el derecho. (Maccormick, 2017, p. 426)

En tanto que, Jorge Seña cita lo siguiente:

La posibilidad de que los jueces se equivoquen en sus decisiones parece ser un hecho aceptado en los sistemas jurídicos modernos, una de las formas de entender la cadena de revisiones por parte de los jueces jerárquicamente superiores a las decisiones de jueces inferiores es que el sistema prevé la contingencia de subsanar los errores que pudiera cometer el juez inferior. Esto no debe extrañar, surge de la aplicación al ámbito judicial de la idea de la falibilidad humana (Seña, 2009, p. 11).

2.1.3 Cuando el juez yerra.

¿Qué es un error judicial? Prima facie la aplicación del silogismo jurídico resulta el método lógico más importante para descubrir la operatividad de las normas jurídicas, frente a su aplicación, permite saber si se está haciendo una interpretación correcta respecto de su adecuación a los hechos particulares, lo cual normalmente no reviste problema alguno y, si analizamos la estructura básica de un silogismo resulta básico y sencillo. Sin embargo, sabemos que esto no siempre es así de sencillo, pues al tener normas universales que deben aplicarse a casos específicos, estos no siempre permiten una interpretación directa o sencilla, pues pueden no encajar completamente en los presupuestos de la norma jurídica, a esto se le pueden sumar problemas de interpretación lingüística etc.

Frente a estos problemas, la razonabilidad de los argumentos juega un papel fundamental, siendo esas buenas razones que los abogados buscan para que el juez acepte su tesis y la aplique como aceptable respecto de la conclusión jurídica que tome, entendiendo lo aceptable no solo para el juez, sino también para aquellos usuarios de la justicia a quienes de manera directa dicha decisión los afectará. A esto se le puede sumar la aplicación de jurisprudencia, tanto por sus criterios interpretativos, como las analogías a las que se pueda aplicar. El profesor

Maccormick describe como ejemplo los criterios de famosos jueces como Morgan Guaranty y Kleinwort, cuando explican que, en un emblemático caso, mantenían criterios diferentes respecto de la aplicación del derecho. En este contexto, sostiene lo siguiente:

Kleinwort añadió cierta polémica a la cuestión de si los jueces pueden cometer errores. Si existe una única respuesta correcta a una cuestión jurídica de este tipo, el hecho mismo de que los jueces estuvieran en desacuerdo indica que alguno de ellos debe haber estado en un error, aunque sea difícil de saber cuál, o, aunque los comentadores a su vez estén en desacuerdo sobre la cuestión de cuál de ellos se equivocó. Quizá lo cierto sea que cualquiera de las respuestas podía afirmarse con buenas razones que la respaldarán, así como con razones serias en contra, de modo que podía afirmarse razonablemente de cada una de ellas que era la verdadera, a condición de que, en tal caso la otra fuera falsa (Maccormick, 2017, p. 426).

Ahora bien, el citado autor hace referencia únicamente a los errores respecto de la teoría jurídica y deja claro que los jueces se equivocan al respecto con más frecuencia de la que nos podemos imaginar, puesto que se puede incluso pensar que basados en el mismo ejemplo, en el caso de un tribunal de justicia en el que los tres jueces tengan opiniones diferentes, al menos dos de los tres estarían equivocados, y este tipo de error podría trasladarse a los errores de carácter práctico en donde también no sería infrecuente su presencia (Maccormick, 2017).

Al respecto, cabe insistir que la actuación del juez es una actuación de medios y de resultados, salvo unas pocas excepciones; pero, en general, a un juez no se le puede exigir que jamás se equivoque, pues no puede garantizar ese tipo de resultados, sin embargo, lo que sí se puede pedir y exigir es que el mismo aplique todos los conocimientos y cuidados posibles tendientes a conseguir una sentencia satisfactoria para los usuarios de la justicia. Es así que surge el concepto *lex artis ad hoc*, el que es definido como aplicar los conocimientos concretos y correctos a un caso específico (Maccormick, 2017).

Todo acto de un juez como todo acto humano está sujeto a errores que se pueden cometer y comprender como tales, razón por la cual, hay que aclarar que el simple error, no da lugar a la responsabilidad por un error judicial susceptible de indemnización, ya que este está sujeto al principio *errare humanum est*. En consecuencia, el error per se no conlleva responsabilidad del juez, es así que se debe distinguir si dicho error fue o no excusable. El profesor Seña dice:

En mi opinión, para que exista un error judicial ha de haber, según el sistema jurídico de referencia, una o más respuestas correctas respecto de un caso. Y la decisión judicial calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes (Seña, 2009, p. 12).

Como elementos definitorios encontramos: a) errónea consideración de los datos del caso. Este es uno de los casos más comunes para configurar un error en la decisión del juez, más allá de ser sujetos tendientes a cometer errores como personas, a veces el caso reviste ciertas complejidades que ocultan o confunden su realidad ante el juez, siendo varios factores los que podrían influenciar para esto suceda, una razón por poner un ejemplo podría ser la forma en la que la defensa técnica del acusado lleva el caso, en su afán de conseguir el mejor resultado para su cliente (independientemente que sea justo o injusto) se puede persuadir al juez y veces confundirlo hasta el punto de la equivocación, el mismo papel podría jugar un testigo asustado u otro con ganas de ayudar a quién le solicitó su versión de los hechos etc. En definitiva, el juez puede llegar a una conclusión lógica y razonable que, sin embargo, se encontraría viciada por haberse conformado con presupuestos falsos. b) errónea selección de la norma; c) interpretación no lógica o semánticamente admisible de la norma; d) erróneo razonamiento sobre la aplicación de la norma a los hechos.

Como garantía básica, la motivación de una sentencia no solo debe estar llena de buenas razones para llegar a una conclusión, sino que éstas respecto de la conclusión deben guardar una debida sindéresis; esto es esa naturalidad en la adecuación de lo fáctico a la norma y su aplicación de manera natural, no forzada,

racional, coherente etc., puesto que no es infrecuente leer sentencias con largas argumentaciones, que para el que la lee podría empezar a anticipar ya un criterio sobre el cuál será su conclusión; sin embargo, al momento de resolver el juzgador ha llegado a una conclusión muy distante de lo que ha predicado a lo largo de sus fundamentos, esto sin duda constituye una errónea interpretación de la norma frente a los hechos.

3. Error judicial y responsabilidad del juez en Ecuador.

Las actividades que realicen las entidades, instituciones, poderes o funciones del Estado pueden perjudicar a los particulares; entre ellas se encuentra la Función Judicial, que el Estado ecuatoriano considera un servicio público, si bien, el error judicial puede generar varios tipos de responsabilidad, la investigación se centra en la responsabilidad objetiva, extracontractual del Estado ocasionada por un desempeño deficiente del servicio judicial; sin embargo, esto no solo se debe a un error judicial, sino también a una serie de actividades extrajudiciales que pueden generar otros títulos de responsabilidad del Estado, que no son el foco principal de este estudio (Ochoa y Guevara, 2020).

El servicio en Ecuador se define como cualquier actividad directa o indirecta de la administración pública, cuya satisfacción, regulación y control debe estar asegurado por el Estado mismo mediante un procedimiento de derecho público, es decir, un régimen a través del cual las necesidades colectivas están satisfechas por subordinar intereses privados para el interés general. Según Ruíz y Loor (2019), un servicio público es una organización de medios para una actividad o función estatal, y el término "público" es indicativo de la condición del sujeto, el fin del servicio, el régimen jurídico a los que está sujeta (derecho público), y los usuarios o beneficiarios público, lo que el Estado posee está destinado a satisfacer al pueblo bajo el orden del derecho público.

Con la intención de introducir precisiones conceptuales, sostiene que estos beneficios tienen por objeto satisfacer las necesidades concretas de la ciudadanía, tales como provisión de agua, luz, teléfono, correo, alcantarillado, limpieza de calles,

alumbrado, atención hospitalaria, saneamiento, vialidad, policía y carreteras, las cuales son provistas por entidades estatales o municipales, organismos gubernamentales a cambio de que el usuario pague una tarifa por ellos (Ventimilla, 2019).

Sin embargo, no siempre se da el caso de que el Estado sea capaz por sí solo de satisfacer adecuadamente estas necesidades colectivas y, por tanto, puede delegar en el sector privado el ejercicio y ejecución de estas actividades en los casos que establece la ley, lo que demuestra que el sector privado también puede satisfacer necesidades colectivas (Almeida, 2018).

La Constitución de la República del Ecuador no conceptualiza el servicio público como tal, lo que genera dudas en el ciudadano o usuario que recibe el servicio prestado por determinadas entidades privadas, en función de concesión o delegación por parte del Estado. Sin embargo, sí determina responsabilidad frente al usuario, cuando el servicio es deficiente y ha causado perjuicio al ciudadano, este usuario no sabe con exactitud qué juez es competente para dictar una controversia (Pazmiño y Rosero, 2019).

No se puede decir que el debate académico en torno a la función pública y la administración de justicia sea un tema agotado en el plano de la teoría jurídica. Esto quiere decir que la teoría del servicio público no ha sido universalmente aceptada desde el punto de vista doctrinario en los diferentes ordenamientos jurídicos, pero es claro que en países con un gobierno totalitario no existe una teoría del servicio público (Cepeda, 2021).

En la región, persisten todavía con el derecho administrativo y sus vínculos. Al respecto (Rodríguez, 2020) menciona que, la regla que rige la justicia administrativa moderna es que se deben enviar más casos a los tribunales para su revisión, pero en algunas realidades nacionales, el acceso a los tribunales es limitado porque existe un conjunto de reglas estrictas y limitadas para llevar los casos a juicio. Los jueces que conocen de lo contencioso administrativo, y existe una prohibición legal sobre ciertas materias. Como resultado, existen grandes áreas de acción pública

que están libres del control de la legalidad. Esto quiere decir, que es importante tener un proceso administrativo bien manejado para tener una sociedad justa y justa (Ruíz, 2021).

3.1 El error y sus concepciones

Previo a estudiar al error judicial como una institución jurídica dentro del marco normativo ecuatoriano, es menester considerar y sintetizar el concepto universal, desde un alcance jurídico, de lo que se entiende por error. De una forma general, un error es entendido como una confusión, equivocación, una falta, un fallo o un equívoco.

De ahí que tengamos plena conciencia que el resultado de ese error siempre devendrá en una consecuencia negativa, sin embargo, sí que, en ciertos casos, los resultados del desacierto serán menos perjudiciales que otros, pues, la gravedad de la resultante responde proporcionalmente al yerro llevado a cabo. Si aseguramos entonces, que los resultados derivados de los errores son diferentes dependiendo de la falta, es porque estos últimos, no necesariamente, deben ser iguales, por consiguiente, es posible instituir una tipología que difiera entre una forma de error y otro.

Por ejemplo, cuando el equívoco figura en función de actuaciones, cuya percepción es disímil o ajena a la realidad, estamos frente a un error fáctico o, de hecho, más por el contrario, si el yerro se origina a consecuencia del desconocimiento, el poco entendimiento o la indebida interpretación de una norma, nos encontramos frente a un error de derecho. El error, en cualquiera de sus formas, implica que el elemento subjetivo de la actuación llevada adelante por el agente es siempre la culpa, la negligencia en el obrar determinado del sujeto, es decir, el resultado perjudicial alcanzado es no querido.

3.1.1 Diferencia entre error y error judicial.

Ahora bien, ya desde una óptica un tanto más jurídica, debemos diferenciar entre el “error” y el “error judicial”, la importancia de saber distinguir entre estas dos connotaciones radica en que, ambas confluyen en el mundo del derecho, sin que

estas signifiquen o se refieran a lo mismo. Tanto el “error” como el “error judicial” son instituciones jurídicas, la primera, perfeccionada considerablemente en ámbito del derecho civil, mientras que la segunda, ha sido reconocida, incluida y relacionada íntimamente dentro del ámbito netamente jurisdiccional.

3.2 Error

El error, como bien se manifestó anteriormente, es reconocido directamente en el ámbito del derecho civil, al menos en lo que a la legislación ecuatoriana respecta, en consecuencia, el error, en nuestro Código Civil consta como uno de los vicios del consentimiento, se establece además una especie de subclasificación, en la que considera la existencia del error de hecho y derecho y las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos que, afectarán de tal o cual forma, a la relación o negocio jurídico; así, como cuando estos realmente constituyen un vicio del consentimiento y cuando a pesar de generarlo este es susceptible de reparación. Por ejemplo:

En la legislación civil ecuatoriana, el error de derecho no vicia el consentimiento, según lo contenido en la disposición normativa contenida en el artículo 1468 del Código Civil. Por el contrario, el artículo 1469 del mismo texto normativo dispone que, el error de hecho configura un vicio del consentimiento, siempre y cuando el error se haya efectuado sobre la especie de acto o contrato efectuado o, sobre la identidad de la cosa.

Constituye además vicio del consentimiento, el error de hecho cuando la cantidad o esencia de la cosa objeto del acto o contrato difiere de la cantidad o esencia creída. Por otra parte, si el error se refiere a la identidad de la persona con la que se quiere contratar, este no constituirá vicio del consentimiento salvo que, esta persona sea la razón primordial del contrato.

Como se puede apreciar, el desarrollo de esta institución es profundo, tanto en las concepciones como en los efectos legales que de estos resultan. Es verdad que este perfeccionamiento, en mayor medida, es aplicable en lo referente a materia contractual, sin embargo, no es menos cierto que este ha preestablecido ya, un

precedente con respecto a la naturaleza objetiva sobre la que incurre el cometimiento de una falta.

3.3 Error judicial

La concepción doctrinal instituye al error judicial como: “toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un juez o tribunal incurre al fallar en una causa” (Cabanellas, 1993, p. 121). De esta definición se colige entonces, una especie de tipología del error judicial, una que puede ejercerse debido a una cuestión de lo fáctico o, por el contrario, se puede tratar de un yerro de derecho.

Debe entenderse que, tanto la realidad y la ley antes dichas, deben ser sustanciales dentro de la consecución del proceso o causa judicial, debe entenderse que estas abarcan elementos sustanciales, los mismos que servirán al juzgador para ejercer su jurisdicción. Para Darío Portero y Giovanni Egas, el error judicial, de forma general, “corresponde a uno de los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado en la administración de justicia” (Portero y Egas, 2018, p. 17). En otras palabras, el error judicial es aquel configurado por los operadores de justicia – jueces – respecto de una resolución con carácter de cosa juzgada.

Por otra parte, si bien el error judicial únicamente puede sobrevenir de la actuación jurisdiccional, la responsabilidad, en primera instancia, es afrontada por el Estado, pues, es este último el obligado a la reparación del daño causado; sin embargo, una vez cumplida con la reparación en primer grado, el Estado puede ejercer el derecho de repetición en razón al funcionario público de quien emanó el yerro.

En párrafos anteriores se afirmó que, el error judicial es una institución jurisdiccional, misma que opera únicamente contra cosa juzgada, es decir, una vez que una causa o proceso judicial ha sido sometido a todas las instancias y recursos que la ley concede, sin que en el resultado varíe en relación con la decisión adoptada en primera instancia; entonces solo ahí, se puede hacer efectiva esta institución jurídica.

El común tratamiento que se le da a una causa, previo a decretar el error judicial, consiste en una revisión que versará sobre todas las actuaciones realizadas en cada instancia y recurso, si dentro de esta revisión aparecen nuevos acontecimientos que hubieren podido ser obviados en el curso del proceso regular, la decisión deberá ser rectificada.

3.3.1 Legislación ecuatoriana y error judicial.

El error judicial, dentro de la legislación ecuatoriana, se encuentra recogido en varios textos normativos; así, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana en la disposición normativa contenida en el artículo 11 numeral 9 inciso. 3, deja clara la responsabilidad del Estado frente, entre otros, al error judicial.

Por lo antes dicho, y una vez que la institución jurídica materia de estudio ha sido reconocida en el particular texto normativo, es necesario el completo desarrollo de esta, en una normativa de menor jerarquía, es así como el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) establece el procedimiento ejecutable, por el cual se pretenderá la reclamación y reparación del error judicial.

El COFJ, establece que el procedimiento para la sustanciación y declaratoria del error judicial es el procedimiento contencioso administrativo, la suposición de esta práctica procesal se ve afirmado por otros cuerpos normativos procesales, específicamente el Código Orgánico General de Procesos; cuerpo normativo en el que se establecen los requisitos de procedibilidad sobre las causas contenciosas administrativas.

Es necesario puntualizar cuestiones trascendentales que figuran dentro de este apartado. La legislación ecuatoriana, respetando las garantías del debido proceso, mismas que se encuentran determinadas en el artículo 76 de la Constitución, en el numeral 7 literal m del mencionado artículo, ha incluido como una garantía del derecho a la defensa de las personas, el recurrir del fallo o resolución en cualquier tipo de procedimiento mediante el cual se decida sobre sus derechos.

Ahora bien, es cierto que la garantía de contradecir las decisiones emanadas de los operadores jurídicos abarca a cualquier tipo de procedimiento, estos,

dependiendo de la materia, varían en cuanto a su procedibilidad, es decir, contemplan diferentes etapas, momentos procesales, etc. Es así como dentro del ámbito penal, el error judicial es determinado a través de recurso de revisión, este último procede, únicamente, cuando se trate de razones fácticas.

En otras palabras, en lo referente a causas penales, en las cuales se determine el error judicial, esté siempre constituirá un error de hecho, el mismo que se hace visible previo a la presentación y práctica de pruebas nuevas, esto de conformidad con lo establecido por la disposición normativa del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal. De lo manifestado se puede establecer que, en materia penal, existen cuestiones jurídicas procesales, que resultan contradictorias y que no pueden ser tratadas o demostradas mediante la interposición y fundamentación del recurso de revisión. A decir del Dr. Giovanni Egas:

1. El error de derecho no es materia del recurso de revisión, lo que significaría la improcedencia de determinar un error inexcusable por la naturaleza de este último, sino en todo caso la manifiesta negligencia. 2. Dada la imprescindibilidad de las nuevas pruebas prácticamente es una posibilidad de atribuirle responsabilidad administrativa al juez, pues se trataron de elementos de convicción que no fueron conocidos por él (Portero y Egas, 2018, p. 20).

Ahora bien, siguiendo con el tratamiento que se da al error judicial en la normativa ecuatoriana, tiene su sustento en diferentes cuerpos normativos que de manera específica y concreta establecen cuestiones referentes al mismo. Así, por ejemplo, la Constitución de la República, en su artículo 11 establece la facultad y responsabilidad estatal para que una vez reconocido el error judicial dentro de una causa y, posteriormente de que este sea reparado, sea el Estado el obligado a ejercer el derecho de repetición que opere en contra del operador judicial que expidió la resolución errónea.

El artículo 172 del mismo cuerpo constitucional, contempla la declaración de responsabilidad que acarrea el Estado, cuando los operadores de justicia incurran

en negligencia, retardo o denieguen justicia y causen un perjuicio en las partes litigantes dentro de una causa. En lo referente a normas supletorias, específicamente en el Código Orgánico de la Función Judicial, su artículo 15 recoge el principio de responsabilidad. Este mandato de optimización establece la responsabilidad del Estado en casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, entre otros.

La base fundamental del mismo radica en la concepción de la justicia como un servicio público, el mismo que debe desarrollarse en concordancia y apego a otros principios consagrados en la Constitución de la República como por ejemplo, el principio de la debida diligencia. El perjudicado podrá demandar la responsabilidad del Estado, ya sea por sí mismo, a través de un mandatario o, en caso de tratarse de una persona jurídica, mediante su representante legal, la acción se propondrá ante el juzgado de lo contencioso administrativo del lugar de domicilio de la persona con la legitimidad activa.

La legitimidad de personería pasiva estará a cargo del presidente del Consejo de la Judicatura, quien, de ser el caso, podrá comparecer mediante un delegado. De igual forma, se establece la prescripción del ejercicio de esta reclamación, el mismo que figura en torno al plazo, específicamente cuatro años contados, desde que se haya ejecutado la última actuación violatoria de derechos.

Como se mencionó anteriormente, en los casos en los que se haya establecido una sentencia condenatoria, para que esta sea revocada o modificada, el error judicial debe decretarse a través del recurso de revisión, manteniendo la obligación del Estado para la consecuente reparación a los afectados. En consecuencia, el error judicial es la equivocación incurrida por las autoridades jurisdiccionales, es decir, la operatividad judicial dentro de una causa. La contextualización del error judicial ha sido comprendida en la normativa contenciosa administrativa, la cual permite identificar implicaciones legales tales como la responsabilidad objetiva del Estado.

La principal característica del error judicial es la antijuridicidad de la conducta llevada adelante por el operador judicial, cuyo yerro procesal, debe entenderse; insubsanable, atentatorio de derechos, lo que le otorga al titular de estos últimos a exigir la correspondiente reparación del Estado. La transgresión puede ser de hecho o de derecho según el caso en concreto que se está analizando, la imputación que se hace al Estado es de tipo abstracta, es decir, se trata de una responsabilidad objetiva y también de responsabilidad subjetiva, en lo referente a la responsabilidad del servidor u operador de justicia.

3.3.1.1 El principio iura novit curia y los límites de la discrecionalidad judicial en Ecuador

Es muy frecuente que en Ecuador, con base en este principio que encierra la idea general de que el “juez conoce el derecho a aplicarse”, se resuelva una sentencia con un fundamento de derecho diferente al planteado por el actor, cuando la acción se inició con un fundamento de derecho, y los jueces deciden resolver con base en uno diferente. De esta manera, se podría causar indefensión, incurriendo en una motivación incongruente, y resolviendo sobre un punto de derecho que no fue planteado. Resoluciones en este sentido dejan al demandado en completa indefensión, y desborda la facultad discrecional del juez pues se ha imposibilitado presentar pruebas y argumentos respecto de su motivación, toda vez que se litigó conforme a los fundamentos de derecho planteados por el actor y se ha resuelto con base en otro, es así que el invocar este principio sólo puede darse cuando se ha respetado los límites a la discrecionalidad de los jueces que normativamente está permitido.

Precisamente, el plantear los fundamentos de derecho en la demanda son requisitos indispensables para que su contenido sea adecuadamente notificado a las partes y puedan defenderse de dichos fundamentos, así el artículo 142 COGEP sobre el contenido de la demanda señala que, la demanda se presentará por escrito y contendrá: 6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Este requisito fundamental de la demanda es precisamente porque le permite al accionado conocer de qué se le acusa, de qué fundamento de derecho debe defenderse, es por eso que se considera causal de nulidad la falta de citación con la demanda de acuerdo al artículo 107 de COGEP, dejándose de aplicar esta norma, pues el mismo efecto causa que citen con una demanda que contiene un fundamento de derecho y la causa se resuelva con base en otra norma que no se me notificó por no ser parte del fundamento de derecho del actor. En concordancia con esto, podemos citar el artículo 8 núm. 2 lit. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que textualmente dice:

Art. 8.- Garantías judiciales. - 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Al respecto, también podríamos citar el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador que señala:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 77).

Es por esta razón, que no se puede bajo ningún concepto aceptar, que durante todo el proceso la defensa se haya ejercido teniendo como base la demanda del actor con la que se notificó, y los jueces al decidir y fundamentar su sentencia, reconocen que el actor fundamentó su demanda en una norma de derecho que no se adecuaba a los hechos, y resuelve aplicar un fundamento de derecho que nunca

fue invocado como fundamento de derecho de la demanda, esto claramente violenta el artículo 76 numeral 7, letra b) y h) el cual se ha dejado de aplicar:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 76).

El momento en que se cambia el fundamento de derecho de la acción, automáticamente se ha privado del derecho a presentar argumentos jurídicos y pruebas respecto de esos presupuestos normativos, es decir, no se puede inducir a una defensa técnica que defienda algo para luego se vaya a resolver por otro asunto diferente. En otras palabras, el derecho a refutar y argumentar queda abolido por completo, es por eso que la Corte Constitucional señala que:

Todo acto que conlleve privación o limitación del derecho a la defensa producirá, en última instancia, indefensión, la que se produce cuando se impida ejercitar oportunamente su defensa, lo que se produce cuando se obstaculiza el derecho a la defensa como posibilidad de refutar y rechazar el contenido de un señalamiento (Corte Constitucional, 2010).⁴

Con esta base, es sabido que nuestra Constitución obliga a motivar las sentencias⁵; y, también es sabido que la motivación no es simplemente enunciar normas, sino explicar cuál es la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de

⁴ Sentencia No. 001-10-SEP-CC, en el caso No. 0315-09-EP, Publicada en el Registro Oficial N. 117 de 27 de enero de 2010

hecho; así, al respecto sobre las omisiones sobre asuntos de derecho nuestra norma expresamente dice lo siguiente en el artículo 140 y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial:

Art. 140 Omisiones sobre puntos de derecho. - La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Art. 19.- Principios dispositivo, de inmediación y concentración. - Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo. Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, arts. 140-19).

Como se puede analizar, esta norma limita la facultad discrecional del actuar judicial, de acuerdo al objeto fijado por las partes, y solo en el caso de garantías jurisdiccionales amplía la facultad discrecional del juez para que se pronuncie sobre derechos que no fueran expresamente invocados, según el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual sirve precisamente para limitar la arbitrariedad judicial. Recordemos, además que la arbitrariedad se encuentra constitucionalmente limitada a los funcionarios públicos, sean estos servidores judiciales o no. Al mismo tiempo, se deja de aplicar el artículo. 91 y 92 del Código

Orgánico General de Procesos que trata sobre las omisiones en los puntos de derecho que indica:

Art. 91.- Omisiones sobre puntos de derecho. La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes.

Art. 92.- Congruencia de las sentencias. Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso. (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pp. 91-92).

La facultad del juez de corregir los errores u omisiones de derecho de una de las partes es exclusivamente durante el proceso, es decir, normas procesales que han sido erróneamente invocadas por las partes, o todas aquellas que no versen sobre el asunto de fondo en conflicto, consecuentemente, nunca pueden corregir errores en el fundamento de derecho de la acción, por esta razón claramente dice que no se pueden otorgar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda. Lo correcto es declarar sin lugar la acción dejando salvo el derecho del actor para que plantee su acción con la pretensión adecuada al derecho que le corresponda, garantizando los derechos de ambas partes.

El principio de interdicción a la arbitrariedad está contenido también en las disposiciones constitucionales. El artículo 172 sostiene: “las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”. El artículo 226 que dice: “las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán

solamente las competencias y facultades que sean atribuidas en el Constitución y en la ley” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, arts. 172-126).

Con lo señalado hasta ahora, se puede decir que, el principio de interdicción de arbitrariedad es un principio ligado al principio de supremacía constitucional y del Estado Constitucional, como lo señala Ferrajoli: “en el Estado constitucional de derecho no se admite la existencia de poderes absolutos, es decir, no sujetos a leyes” (Ferrajoli, 2011, p. 36). Dejando de esta forma limitado el principio *iura novit curia* directamente a la discrecionalidad que la norma jurídica le permite.

Lo que Ferrajoli dice, es que en el Estado constitucional, todos los funcionarios públicos deben sujetarse a la Constitución y a la ley; pues el mandato del art. 226 está llamado a erradicar los actos arbitrarios y además, lo que dice el autor es que, el Estado constitucional no admite que cualquier poder público ejerza su sola voluntad; que, los actos de las personas que ejercen el servicio público; no pueden ser el resultado del capricho; que los actos deben ser el producto de un meditado razonamiento que tengan parámetros objetivos en los que se fundamenta su decisión, con la finalidad de conseguir resultados razonables; en definitiva, obtener resultados que legitimen los actos de los poderes públicos. Respecto de la motivación el COGEP en el artículo 89 sobre la motivación afirma:

Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación (Código Orgánico General de Procesos, 2015, art. 89).

En consecuencia, las resoluciones con base en el principio *iura novit curia* que no respeten los límites de la discrecionalidad pueden ser consideradas como *extra petitum*, pues se resuelve sobre un punto de derecho que no fue planteado, existe claramente un desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda, lo que causa total indefensión. A decir de la doctrina se:

Requiere un pronunciamiento judicial que recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo debatido. En definitiva, esta incongruencia se traduce en una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación de los derechos a la tutela judicial y a la defensa (Picó, 2012, p. 84).

El hecho de resolver casos con base en este principio sin respetar los límites de la discrecionalidad judicial, violentan el derecho a contradecir, alegar o probar en situación de igualdad, puesto que no solo se estaría litigando en contra del actor, sino también en contra el tribunal o juez de la causa, pues colocan en la posición de no saber sobre qué fundamento de derecho resolverá mañana un caso, lo que implicaría entonces, que debamos ser precavidos y con una suerte de adivinanza pretender argumentar, contradecir y probar sobre el posible fundamento de derecho bajo el cual se podría motivar una sentencia, lo cual resulta absolutamente violatorio al principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución ecuatoriana, pues bajo esta modalidad de aplicar el principio invocado se pretendería eliminar el requisito de establecer el fundamento de derecho en la demanda y se realizarían solo las pretensiones para que el juzgador ajuste los hechos al derecho que ellos creyeran conveniente. Consecuentemente, el principio analizado está siendo mal aplicado en muchos casos, excediendo las facultades discrecionales de los jueces.

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

La prestación del servicio público de la administración de justicia, se desarrolla bajo la Función Judicial, es por ello, que el Estado ecuatoriano debe evitar el error judicial por parte de los jueces, cuyo título de responsabilidad genera su responsabilidad extracontractual y la obligación de reparar al ciudadano afectado por el error, (Farfán, 2019). Por tanto, el Estado debe crear un sistema de selección de manera estructural que permita la designación de jueces capaces de administrar justicia con imparcialidad e independencia, con apego a la Constitución y a la ley, estableciendo las formas de aplicación e interpretación de las normas, y con esto evita que cometan errores en sus decisiones judiciales (Tobar, 2019). Asimismo, para garantizar el derecho de recurso de las partes procesales, el Estado debe establecer mecanismos ordinarios de recurso, que permitan subsanar los errores judiciales que no sean generadores de responsabilidad extracontractual.

Es relevante analizar el papel que tiene el juez dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, definir la forma de selección de cada uno de los órganos judiciales, diferenciar los jueces de primer nivel y los provinciales, así como los jueces nacionales (Acuña, 2012). También será necesario analizar la independencia e imparcialidad con que deben actuar en la instancia ordinaria y extraordinaria; la primera, para corregir errores judiciales sin que se constituya responsabilidad del Estado y; el segundo, como garantía para que los ciudadanos recurran a la ineficacia de la impartición de justicia por parte de los órganos judiciales ordinarios (Loiza, 2022).

4.1 El juez

Es útil comenzar con las definiciones léxicas de juez en las fuentes que usa para buscar terminología. En el diccionario jurídico, para Oyanader (2020) el juez se define de la siguiente manera: "en términos amplios y muy generales, la palabra se refiere a alguien a quien se le da autoridad para emitir un juicio fundado, resolver un problema o decidir una cuestión" (p.67).

De la definición especificada, debemos entender que un juez es una persona que recibe una investidura para cumplir una responsabilidad social. El mismo autor menciona que: En sentido estrictamente jurídico, el juez es el órgano instituido por una comunidad jurídica con facultad para juzgar y sentenciar una controversia, un conflicto de intereses sujeto a su decisión (Oyanader 2020).

En el mismo texto, citando a Fernández (2016), se entiende por juez a alguien investido de la facultad de administrar justicia a los particulares, es decir, de aplicar las leyes en juicios civiles o penales. De la misma forma, Oyanader (2020), lo define más adelante como: un magistrado, miembro del poder judicial, investido de la autoridad oficial requerida para desempeñar la función judicial, y obligado por los deberes inherentes a la función bajo la responsabilidad establecida por la Constitución y las leyes.

Estas definiciones, a pesar de sus diferencias, contienen elementos comunes que permiten determinar que un juez es la persona que cumple la función de juzgar, ya sea para resolver conflictos entre el Estado y los particulares o entre los propios particulares, o bien para sancionar a las personas que infrinjan el orden público y social que debe prevalecer para la adecuada convivencia en las comunidades humanas (Alarcón y Monteza, 2020). Por otra parte, Aguilar (2010) afirma que el juez es el magistrado o los funcionarios que ejercen la justicia, conocen de derecho, deciden las controversias y ordenan que se cumplan sus decretos o sentencias. Hay atribuciones para jurisdicciones voluntarias. El papel del juez es vital para los ciudadanos comunes, en el sentido de que cuentan con una persona imparcial que tomará decisiones con base en la ley y no en otras consideraciones. En cuanto al significado de 'juez', el diccionario lo define como:

Aquel que posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un pleito o causa (...) juez es el vindicador del derecho, el que lo declara o restablece. De ahí que se define como el magistrado, investido de imperio y jurisdicción, que según su competencia pronuncia decisiones en juicio. Es el que decide,

interpretando la ley o ejerciendo en arbitrio, la contienda suscitada o el proceso promovido. (Navarro, 2020, p.56)

Esto implica que los jueces tienen en sus manos lo que creen que es una aplicación justa y verdadera de la regla de la ley, y lo que dicen en su fallo resume lo que creen que es la regla de la ley. Así que, aunque una sentencia de un juez sea apelable, mientras ello no suceda, se entenderá que la sentencia expresa la regla de la ley. La confianza que tiene la ciudadana en un juez sirve para la credibilidad judicial (Villaroel y Duce, 2019). La figura del juez, como toda creación social, ha tenido una evolución histórica que está ligada a las distintas etapas del desarrollo humano. Los jueces eran expertos en derecho, pero aun así se someten a su consideración. El talismán se les dio a personas que eran muy inteligentes y buenas para tomar decisiones. Todos los respetaban porque siempre tomaban las decisiones correctas (Bustamante, 2015).

En la Edad Media, el poder de un juez estaba menos limitado y sus actividades y funciones eran similares a las de los jueces ingleses en la actualidad. Instaurar la doctrina de la separación cuando el juez de derecho continental era una especie de perito empleado (mero empleado público), cuya función consistía en encontrar la disposición correcta y aplicable a un determinado caso dentro del ordenamiento jurídico vigente (Villaroel y Duce, 2019). Ese papel relevante del juez actual, a nuestro criterio, es reflejar la verdad en la sentencia. En ese sentido, explica que la búsqueda de la verdad en el proceso es vista como un ideal, y es la praxis o práctica, la encargada de hacer sentir a los ciudadanos que no existe una verdadera justicia por los problemas que la búsqueda de ella presenta y averiguar la causa (Narváez, Naranjo y Mora, 2020).

En particular, se ha dicho que hoy en día la figura del juez se desarrolla en torno al significado sociopolítico que tienen los jueces en las sociedades modernas. Almanza, (2018) postula la posible distinción de tres periodos. Según el autor, el primero, correspondería al estado liberal, el segundo, al estado de bienestar y, el tercero y actual, sería la crisis del estado de bienestar. La evolución reciente del papel del juez se está dando en torno al significado sociopolítico de la función

judicial. En cuanto a la tercera y actual etapa de esta periodización, la característica más destacada es la fuerte politización del poder judicial (Oyanader, 2020).

Para el cumplimiento exitoso de tan importante función social, los jueces deben contar con una serie de atributos morales e intelectuales que ofrezcan altas garantías de su idoneidad, se sostiene que el juez se encuentra revestido de un status (Almeida, 2018). Desde un punto de vista intelectual, es importante que el juez tenga un buen conocimiento de la ley. El conocimiento del derecho incluye las leyes, mediante el texto legal. El juez tiene la facultad de conocer la ley, aunque no la tengan los intervinientes en un proceso constitucional. Los jueces deben conocer las normas jurídicas, pero deben ser aplicadas (Villaroel y Duce, 2019).

En ambos casos, el juez debe tener conocimiento y aplicación de la jurisprudencia, y tener dominio de la dogmática. La ley permite que un juez sepa qué soluciones se han usado en casos similares en el pasado, especialmente por tribunales superiores, y por qué se usaron. Esto le permite al juez ver si hay un consenso sobre el significado de las leyes (García, 2005).

Cabe señalar que, cuando el juez interpreta la ley y luego decide, refuerza la norma jurídica. Lo importante es que la resolución sea metódicamente consciente, teniendo en cuenta que el juez ha de buscar la verdad y la justicia del caso concreto con su propio entendimiento, ninguna ciencia necesita tanta agudeza de ingenio como la jurisprudencia, toda la fuerza de las leyes es inducción (Fernández, Vicente, 2021).

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se advierte que, a nivel de la Corte Nacional de Justicia, la triple reiteración de sentencias y su posterior aprobación por el pleno constituye un precedente judicial que debe ser aplicado obligatoriamente por los jueces de primer y segundo nivel y en el caso de la Corte Constitucional, con un proceso más complejo, se debe identificar la regla del precedente. La Constitución dice que son deberes del CNJ, además de los señalados en la ley: 2. Desarrollar el sistema de precedentes basado en sentencias

de triple reiteración. Este artículo trata sobre algo que requiere precisión, como lo menciona el art. 185:

Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la CNJ que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria (Corte Constitucional, 2010).

Al mismo tiempo, es indispensable que el juez tenga conocimiento de la doctrina, la cual es indispensable a la hora de resolver un caso puesto en su conocimiento, porque indica cuáles son los usos que tienen las normas jurídicas. A menudo, el dogmatismo jurídico desempeña un papel al juzgar la ley a favor de hacer una declaración de significado sobre las normas jurídicas, que puede servir como guía para que un juez evalúe hasta qué punto, en un caso particular, puede apartarse de o desviarse del precedente establecido. El juez debe conocer los criterios interpretativos y argumentativos que la teoría del derecho pone a su disposición (Fernández, 2021).

El conocimiento jurídico profundo también implica la capacidad de combinar y vincular las diferentes partes de la ley. No es lo mismo que un juez interprete y aplique una norma que un principio. Esta frase está diciendo que no es lo mismo hacer un razonamiento basado en hechos que uno basado en opiniones (Ochoa y Guevara, 2020). Por tanto, el conocimiento de la ley por parte del juez es de naturaleza compleja, teniendo en cuenta que la ley contiene ciertas disposiciones con contenido valorativo, cuya interpretación y aplicación debe realizarse a la luz de valoraciones socialmente existentes en un momento determinado del desarrollo social. Las prácticas colectivas tienen una existencia real (Igartua, 2009).

Es importante considerar una segunda posición en relación con la interpretación de las disposiciones. Se supone que el juez debe realizar un razonamiento moral, cuyo resultado colapsará en la interpretación que hará de la disposición legal en

discusión. Por ejemplo, para interpretar las cláusulas que prohíben los tratos crueles y degradantes, el juez debe realizar un proceso de razonamiento esencialmente moral, para lo cual requiere el auxilio de otras ramas del saber como la ética normativa, la bioética y la metaética (Torres, Tirado, y Trujillo, 2018).

Se piensa que los jueces son personas que saben de derecho y tienen las habilidades y destrezas para resolver los problemas que se presenten. Lo hacen de manera justa e imparcial, aplicando directamente la Constitución y la ley. Honran el principio de justicia al hacer esto. Pero, es necesario mencionar que el juez además de tener conocimiento de la ley, debe aplicar la sana crítica y la equidad, cumpliendo su importante tarea de administrar justicia y dando a las partes lo que es suyo, debe tener presente la moral y rectitud con que debe actuar en la búsqueda de la paz social y el desarrollo de la ética pública (Bulygin, 1971).

Creemos que, aunque un juez tenga mucho conocimiento, la falibilidad es una característica esencial de la actividad humana. Pensamos que las actuaciones de los jueces, plasmadas en sentencias, resoluciones y sentencias, pueden ser revisadas por sus superiores a través de los recursos judiciales que se establezcan. Estos pueden ser cambiados o confirmados. Se suele asociar a los jueces a su papel en la solución de controversias jurídicas, y eso es lógico, teniendo en cuenta que es su actividad más conocida. Tal vez la principal función de estos funcionarios sea tal vez la principal, pero no la única. Hay tres tipos de funciones que tienen los jueces en las sociedades contemporáneas: instrumentales, políticas y simbólicas (Fernández, 2005).

Las funciones instrumentales de los jueces incluyen la resolución de conflictos, el control social, la administración y la creación de derecho. La solución de conflictos es una función suficientemente conocida, el control social se refiere a las medidas que se toman para asegurar que las acciones individuales no se desvíen del patrón dominante de sociabilidad, o del orden social, esto es una contribución al mantenimiento del orden social y a su recuperación si se viola (Cepeda, 2021).

Las funciones administrativas son acciones de los jueces que no se enmarcan en el ámbito de la solución de controversias o del control de la sociedad. Dentro de este subtipo se encuentran una variedad de actividades: algunos actos de certificación y escrituración de divorcio de mutuo acuerdo, matrimonio, comisiones de servicio, funciones de auditoría, asesoría jurídica en ministerios y departamentos, entre otros (Jadán, 2019). El autor antes mencionado, y cuya clasificación de las funciones de los jueces venimos discutiendo, destaca el hecho de que los tres tipos de funciones instrumentales están naturalmente interrelacionadas, entrecruzadas, y de hecho ninguna puede entenderse en total aislamiento de las demás (Ochoa y Guevara, 2020).

Esta interacción de funciones, es a través de las funciones instrumentales que los jueces ejercen sus funciones políticas y simbólicas. Las funciones políticas derivan del hecho de que los jueces son órganos soberanos. El control de la interacción social y la legitimación del poder político en su conjunto son funciones innegables de los jueces, ya que un funcionamiento independiente, accesible y eficaz de la justicia, es hoy uno de los factores más fuertes de legitimación del sistema político (Narváez, Naranjo, y Mora, 2020).

Esto es demasiado difícil para un estudiante de segundo grado. Sin duda, la función de control social tiene un alto contenido de función simbólica, la justicia penal actúa sobre conductas que se apartan significativamente de los valores reconocidos por la sociedad como la vida, integridad física, honor, propiedad. Mediante su actuación eficaz, los jueces condicionan la confirmación de los valores apreciados por la sociedad y la importancia de su protección judicial. Aplicación consecuente de las normas del derecho procesal tienen tanto valor (Coizman, 2018).

La Constitución establece que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, y que los jueces administrarán justicia. La Constitución Política de México dice que el poder de administrar justicia proviene del pueblo y es ejercido por los órganos del Poder Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

La CRE también requiere que los jueces sean lo suficientemente preparados, y esto es parte de los requisitos para acceder, así pues, el art.176 menciona que los servidores judiciales deberán pasar un curso de formación general y uno especial para ingresar al servicio. También tendrán que superar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas. La importancia de la preparación intelectual, enfatiza que para ser juez en estos casos es necesario tener una licenciatura en derecho de una institución de tercer grado (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Todo juez debe tener una determinada personalidad y un conjunto de creencias, y esto es inevitable, sin importar cómo se elige al juez o el proceso de selección. Además, no solo es ingenuo decir que la justicia es buena si la hacen las máquinas; también es un error porque es difícil entender la ley correcta sin saber que está hecha por una decisión personal. Esto significa que incluso si un juez trata de seguir la ley sin prejuicios, no puede evitar ser influenciado por sus propias creencias personales (Díaz, 2021).

4.2 El juez en Estado constitucional de derechos y justicia

Uno de los logros del Estado constitucional de derecho es que los jueces están sujetos, en primer lugar, a la constitución, en segundo lugar, a los tratados internacionales como normas supranacionales y, finalmente, a la ley. El producto de eso es la evidencia de que un Estado constitucional de derechos y justicia social, aunque esté ligado a lo social, no es igualitario. Ese paradigma de que todos son iguales ante la ley, es una retórica característica de este Estado de derechos sociales. Por ello, es necesario desarrollar políticas sociales, por un sistema eficaz que desmantele todas aquellas prácticas que sean contrarias a ese fin supremo de búsqueda de la igualdad entre los ciudadanos (Gómez, 2020).

Esta definición del Estado ecuatoriano implica la aplicación imperativa de la constitución y sus preceptos, principios, garantías y derechos, por encima de las demás normas que forman el ordenamiento jurídico, la aplicación de la ley no es necesariamente el resultado de ese paradigma. Esto no limita la atribución de los jueces, a pesar de ello, el juez no puede ignorar la ley escrita, que contiene mandatos imperativos para ser sustituida por principios subjetivos, que no son

imperativos, pero que pueden ser utilizados como fuente secundaria de derecho, cuando no exista ley expresa, al momento de la interpretación y resolución del caso concreto (Oyanader, 2020).

4.3 Modelo de selección de jueces en Ecuador

El proceso de selección en el caso de la justicia ordinaria, garantiza que todos los ciudadanos que cumplan con los requisitos y tengan las habilidades necesarias puedan tener las mismas oportunidades de convertirse en jueces. La designación de los jueces ha experimentado cambios, así en determinadas etapas han sido designados por los emperadores, en otras han sido seleccionados entre un grupo de personalidades ilustres o bien elegidos con cierto grado de participación ciudadana en el proceso de postulación y elección. Los jueces son independientes del poder legislativo y del ejecutivo (Cuesta y Durán, 2019).

En la organización actual del Consejo de la Judicatura, la independencia es mucho más problemática, la burocracia judicial es permanente, no transitoria, en una República, los jueces duran en sus cargos considerablemente más que los gobernantes y parlamentarios, dado que la realidad del funcionamiento social es siempre más compleja y rica que cualquier intento sistemático de los tratadistas, este enfoque sugiere que los siguientes procedimientos generales para la selección de jueces en la práctica jurídica contemporánea se encuentra conforme el criterio de Fernández (2021) en:

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

En relación con el primer procedimiento, la elección popular de jueces se utiliza hoy en día en muchos países industrializados, es un proceso aplicado principalmente para la selección de jueces de primera instancia. Se ha señalado que una desventaja de este sistema es que los jueces pueden establecer lazos

amistosos con sus electores y con los partidos que los apoyan. Se ha buscado paliar esta situación a través de períodos prolongados de ejercicio, que reducirán los temores de ser reelegidos, y mediante promesas de que las sentencias serán dirigidas de acuerdo con la autoridad competente (Ventimilla, 2019).

El proceso de elección de jueces por parte del gobierno se realiza sin la ayuda del parlamento, aunque el mismo ha sido adoptado en numerosos países del continente europeo. Esto básicamente implica que, si bien se ha dicho que tal circunstancia puede disminuir las posibilidades de politización, tal característica suele depender más de posiciones personales. Es común que los jueces tengan aspiraciones a otros cargos públicos tanto dentro como fuera del poder judicial (Farfán, 2019).

Finalmente, se denominan procedimientos mixtos cuando se dan distintas combinaciones de los que hemos mencionado anteriormente. La participación de todos existe, pero el presidente propone los candidatos al Parlamento. En algunos casos, las asociaciones de abogados tienen la oportunidad de dar su opinión sobre la idoneidad de los candidatos (Oyanader, 2020).

Los presidentes y vicepresidentes de los tribunales de apelación, así como los presidentes y vicepresidentes de los tribunales de primera instancia, presentan una lista de candidatos. Los consejos provinciales luego presentan otra lista y el monarca selecciona de las dos. Las posibilidades de los procedimientos mixtos de selección de jueces son muy variadas, pero los tipos básicos que hemos considerado siempre serán útiles para evaluar la influencia de diferentes factores en un proceso de toma de decisiones tan importante (Tobar, 2019).

4.4 Sistema de selección de jueces ordinarios

En cuanto a los órganos administrativos, corresponde al Consejo de la Judicatura como órgano ejecutivo, de supervisión y disciplina de la Función Judicial, implementar las normas para el nombramiento de los jueces. Para lograrlo, ha emitido el Reglamento de Concursos de Méritos y Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social para el ingreso de los Servidores de la Función Judicial,

en el que se establecen los requisitos, y las distintas fases en que se desarrollará el concurso de mérito y se realizará la oposición para la selección de magistradas y magistrados que desarrollarán su labor en las distintas unidades judiciales de primer grado, cortes provinciales, tribunales y altas cortes (Ventimilla, 2019).

El ingreso del juez o jueza a la Función Judicial se produce mediante la superación de los puntos de fondo, oposición, audiencia pública y la aprobación del curso teórico y práctico en la Escuela Judicial. El Comité de expertos es un grupo de expertos que el Consejo de la Judicatura nombra para evaluar la calidad de las decisiones de los solicitantes en los casos en los que tienen experiencia judicial (Torres, Tirado, y Trujillo, 2018).

Los jueces y magistrados seleccionados pertenecen al Poder Judicial. El ejercicio de su función debe estar vinculado a los principios. En Ecuador, el proceso para ser juez está regulado por el COFJ, y se basa en los principios de igualdad, honradez, no discriminación, publicidad, oposición y méritos. Si bien este sistema de selección de jueces en el Ecuador debe ser un pilar fundamental de la independencia de los jueces, dejando por tanto el control de la actividad de los jueces exclusivamente al Consejo de la Judicatura. Algunas personas piensan que el comportamiento de ciertos funcionarios del gobierno, que se involucran en actividades que son labor de los jueces, lesiona la independencia de los jueces, que es muy importante (Ventimilla, 2019).

Capítulo II

Responsabilidad
extracontractual del estado
para reparar el daño por
error judicial

1. Origen de la responsabilidad

La aparición de una responsabilidad propia o particular del Estado es un fenómeno reciente dentro de la evolución de la disciplina jurídica que aparece sólo al final del siglo XIX. En el derecho de la responsabilidad civil, el concepto de origen de la responsabilidad se remonta al hecho de que el causante del daño tiene la obligación de indemnizar (Jiménez, 2013).

El principio de responsabilidad del Estado es un desarrollo reciente en el fondo legal. Desde la antigüedad ha sido asimilado a las leyes de responsabilidad civil y aplicado preferentemente a los funcionarios o agentes del Estado, pero no en relación con el ente abstracto que hoy llamamos Estado. En el sistema anglosajón, por ejemplo, hasta hace poco tiempo era el funcionario quien cometía el acto lesivo, responsable de su propiedad personal, solución implementada en Estados Unidos hasta la ley federal de 1946 y en Inglaterra hasta 1947 (Jiménez, 2013).

La responsabilidad, en términos generales, se define como el deber de una persona de asumir las consecuencias de sus actos. Quien inflige daños tiene la obligación o responsabilidad de pagar esas consecuencias. Básicamente, la responsabilidad estaba íntimamente ligada a las actitudes morales y religiosas de las diferentes épocas. Es solo con el tiempo que el concepto puramente legal se ha separado de los deberes morales o religiosos.

La responsabilidad civil es uno de los conceptos jurídicos que más desarrollo ha tenido en el campo del derecho en los últimos tiempos. Se han considerado varias definiciones en relación con esta persona jurídica, y la bibliografía sobre el tema enumera varias aproximaciones a la misma. La responsabilidad existe en todos los casos en que una persona está obligada a reparar el daño causado a otra persona. En términos generales, la responsabilidad civil se define como la obligación de asumir las consecuencias económicas y no económicas de un hecho, acto o conducta.

2. El Estado de derecho

El Estado de derecho es un concepto esencialmente controvertido que inevitablemente conlleva interminables disputas sobre su uso adecuado. No obstante, parece haber un consenso general sobre el núcleo del ideal del Estado de derecho. Bingham (1995) sugiere que el núcleo del principio del Estado de derecho es "que todas las personas y autoridades dentro del Estado, ya sean públicas o privadas, deben estar obligadas y tener derecho a beneficiarse de las leyes promulgadas pública y prospectivamente y administradas públicamente en los tribunales"(p.46). El ejercicio del poder por parte de los gobernantes, como la recaudación de impuestos, debe estar restringido por la ley. El Estado de derecho debe tener primacía sobre el gobierno de los seres humanos.

El concepto de Estado de derecho tiene dos significados diferentes, pero estrechamente relacionados. El primer significado es gobierno sub lege, es decir, el gobierno, gobierna de acuerdo con las leyes establecidas. Esto también es válido para los legisladores, pues deben ejercer su poder de acuerdo con las normas básicas existentes en el sistema jurídico (incluidos los principios jurídicos preestablecidos). El Estado de derecho también puede referirse al gobierno por leyes. Esto significa que el gobierno debe funcionar a través de leyes, es decir, a través de normas generales y abstractas en lugar de decretos específicos y concretos. Según el ideal generalizado del Estado de derecho, el gobierno debe ejercer el poder a través de la legislación general. Este requisito de la legislación general sirve de importante protección contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales.

Esta ley general se opone a cualquier tipo de mandato individual (regla de los hombres). Es una norma abstracta que no menciona casos particulares o personas individualmente designadas, sino que se emite para aplicarse a todos los casos y personas en abstracto. Al derecho concebido como norma general y abstracta se le atribuye la virtud intrínseca de promover la certeza, la igualdad y la libertad. En cuanto a la seguridad jurídica, la capacidad de la ley para proporcionar certeza depende de su carácter abstracto, que es una característica puramente formal de

la ley. Este ideal de gobierno de las normas se convirtió en un pilar central del gobierno liberal y constitucional durante el siglo XIX. Por lo tanto, existen fuertes vínculos entre las normas, la seguridad jurídica y el Estado de derecho. Por un lado, este modelo de Estado se refiere a un sistema jurídico basado en normas generales y abstractas. Por otro lado, la seguridad jurídica es uno de los principios centrales de este modelo de Estado.

Este se refiere a un sistema basado en normas en el que se defienden cuatro principios universales, uno de los cuales es: "las leyes son claras, publicitadas, estables y justas, y protegen los derechos fundamentales, incluida la seguridad de las personas y de los bienes". Como ya se ha dicho, hay muchas concepciones del Estado de derecho, pero se reconoce generalmente, que el principio de seguridad jurídica es un ingrediente clave del mismo. La constitución del Estado de derecho como modelo institucional necesita ser distinguida de su base y propósito. En particular, para explicarlo adecuadamente, no es suficiente simplemente describir los métodos para lograr los objetivos, debe explicar cómo se logra el objetivo de proteger (Aguilar, 2010).

La base de esto es la doctrina racional del derecho natural. El Estado de derecho, en este término, es la organización y funcionamiento del Estado conforme al derecho natural. La explicación de esta palabra debe entenderse esencialmente como sometiendo al Estado no a la ley nacional, sino a un derecho supra – positivo, permanente y universal que emana de la razón. Su base, por lo tanto, se encuentra en la naturaleza del individuo. El desarrollo de la libertad e igualdad de las personas en la comunidad, la autonomía moral, la igualdad jurídica y la posibilidad de alcanzar el bienestar económico mediante la adquisición de la propiedad y la libre empresa (Barberán, 2010).

De esta forma, este modelo eleva el estándar de legitimidad del gobierno del Estado en la protección de la libertad y la propiedad individual, y se deriva de ello, es a esta esfera privada a la que se desplaza la esencia de la existencia humana desde la esfera pública/general a la esfera privada, y a la que se refiere funcionalmente la esfera pública. La versión más influyente de esta lógica en la

tradición de la jurisprudencia civil es la de (Kant, 2004), cree que la constitución de un Estado según el principio de la razón requiere el respeto de ciertos principios, tales como:

(i) La libertad humana, que Kant expresa en fórmula: Debo ser feliz a mi manera y es lícito que cada uno busque su propia felicidad como mejor le parezca, siempre que no perjudique la libertad de los demás para perseguir fines similares, y que la libertad se rija por las leyes universales de la posibilidad. (ii) la igualdad jurídica, que puede formularse como: Cada miembro de la comunidad tiene derecho a coaccionar a los demás (...). Está sujeto a todas las cosas en el Estado a las mismas leyes de coerción que a todos los demás miembros de la comunidad (...). Debe ser lícito que cada miembro de la comunidad pueda alcanzar cualquier posición en la comunidad en virtud de sus talentos, esfuerzos y suerte. Y no es permisible que un co-gobernante bloquee su camino por privilegios hereditarios y lo perpetúe a él y a su descendencia. (iii) Finalmente, Kant propone la idea de autolegislación pública. (...) El derecho público, que determina lo que es lícitamente ilícito o prohibido a todos, es un acto de voluntad pública precedido de todos los derechos, y por tanto no hace daño a nadie. Porque sólo a sí mismo/nadie puede hacer mal, pero en el caso de los demás, la mera voluntad de estos últimos no puede decidir qué puede ser justo acerca de sí mismo.

La idea de Estado de derecho está en su origen muy relacionada con la idea de derecho natural, ha sido revivida bajo la forma de una ley superior a la que se debe ceder. En palabras del Tribunal Constitucional Federal Alemán, "el principio esencial para la coexistencia de la humanidad (...) es un fundamento inviolable que existe en la conciencia jurídica de toda persona civilizada, independientemente de cualquier reconocimiento estatal". Si bien este argumento es interesante, no es la preocupación central del Estado de derecho como principio de legitimidad institucional estatal. (Hassemer, 2003).

2.1 Contenido del Estado de derecho

De la noción del Estado de derecho como principio constitucional liberal, podemos concluir dos principios que intervienen en todas las formulaciones de este. Estos son, en la célebre expresión de Carl Schmitt, una de las mayores críticas al parlamentarismo liberal, el principio de distribución y el principio de organización. Por supuesto, junto con el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia, el contenido tiende a volverse más sofisticado. En este contexto, Legaz (1951) citado en (Barberán, 2010) pensaba que el Estado de derecho correspondía a la concepción individualista de la justicia y que su servicio era necesario. (i) Confirmación de que el ordenamiento jurídico constituye un todo estructurado jerárquicamente; (ii) confirmación de los derechos humanos básicos; (iii) existencia de los derechos de la personalidad jurídica; (v) Finalmente, aunque incidental más que esencial, el Estado de derecho tiende hacia lo que podría denominarse regla jurisdiccional ejecutiva.

Más recientemente, se puede mencionar que el concepto de Estado de derecho incluye (i) la seguridad jurídica y la justicia, (ii) la constitución es la norma suprema, y (iii) las autoridades públicas están obligadas por la ley. Los poderes públicos están obligados por la primacía y reserva de ley, (v) la división de poderes, (vii) la protección de los derechos fundamentales y la tutela judicial, (viii) la protección de la seguridad jurídica (Benda, et al., 1996).

De esta forma, así como el concepto de Estado de derecho se ha desarrollado a lo largo de la historia, los sistemas y requisitos que lo constituyen también han variado. Pero todos estos contenidos están subsumidos por las ideas simples y más generales de Schmidt. El principio distributivo marca la separación público-privada básica de la filosofía liberal. El principio organizador, que pretende institucionalizar la protección del principio distributivo, inicialmente parece ser un principio sin algo concreto.

2.1.1 El principio de la distribución

El principio de distribución se puede definir dentro del contexto, de que se supone que la esfera de la libertad individual precede al Estado, que la libertad individual es

infinita en principio y que el poder del estado para evadirla es limitado en principio. La declaración constitucional más famosa del principio de distribución se encuentra en el artículo 4 y 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y ciudadano de 1789 que señalan:

Artículo 4.- La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley. Artículo 5.- La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.

2.1.2 Principio de organización

Bustamante (2015) presenta el principio de organización de la siguiente manera: Es poner en práctica el principio de distribución, dividiendo los poderes del Estado (que en principio son limitados) y encerrándolos en un sistema de poderes limitados. No cabe duda de que, ante todo, la forma organizativa del Estado de derecho es la separación de poderes y división de funciones entre los órganos del Estado. La división de funciones administrativas, legislativas y especialmente judiciales es, sin duda, una parte central del Estado de derecho (Barberán, 2010). Por consiguiente, está el principio de legalidad, que encarna la mensurabilidad general. En su versión más cruda, como simple sometimiento del Estado a leyes preestablecidas. Una versión mejorada permitiría que las acciones del gobierno sean obedecidas por la ley y revisadas por un juez independiente.

Asimismo, la independencia judicial es, pues, otra característica organizativa relacionada, tanto con la separación de poderes como con la legalidad en la que mejor se realiza. La legitimidad es la relación que garantiza la posición de un individuo en la administración, y da efecto a la garantía abstracta de que la administración obedecerá a la ley. La independencia judicial se describe en el

principio del Estado de derecho como una forma de garantizar el control judicial de la administración (Jadán, 2019).

Los legisladores están obligados por la constitución en relación con la legalidad en el sentido más amplio, es decir, la obediencia a las leyes preestablecidas. Como reproducción de la relación entre derecho y acción administrativa, la norma constitucional como norma jurídica se presenta como la capacidad, requisitos procesales y materiales para el ejercicio del poder legislativo.

2.1.3 El Estado de derecho en la Constitución ecuatoriana

Hoy en día, la idea del Estado de derecho es casi universalmente aceptada. Es así que, el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador se refiere a la forma del Estado, el cual se destaca entre sus diversas características como un Estado constitucional de derechos y justicia. Este es un rasgo novedoso en la historia de nuestro gobierno constitucional y en el constitucionalismo en general (Velázquez, 2021).

La Constitución ecuatoriana del siglo XX caracteriza al Estado de muchas maneras. En este sentido, este esquema del Estado constitucional de derechos, como su nombre lo indica, es una transformación del concepto tradicional del Estado constitucional. Como tal, contiene las ideas centrales de la supremacía constitucional.

El esquema tiene varias implicaciones, las dos más relevantes se enumeran a continuación. El pluralismo jurídico, que incluye también la protección, promoción y difusión de los derechos como fin primordial del Estado y la redefinición de las fuentes del derecho. Primero, contiene disposiciones que articulan claramente la importancia de los derechos para el Estado y cómo afectan todas las actividades del Estado. Por ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador (2008) reconoce como deberes primordiales del Estado el:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en

particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

De la misma forma el artículo 11 numeral 9 respecto de los principios del ejercicio de los derechos señala que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Es así que, la clasificación de Ecuador no ha cambiado mucho desde que se publicó el Índice de Estado de derecho. Ocupó el puesto 77 de 102 países en 2015, el 87 de 126 países en 2019 y el 86 de 128 países en 2020. En estos años ha ocupado el puesto 92 entre 139 países. Los puntajes van de 0 a 1, donde 1 representa una nación con un fuerte Estado de derecho. Los países europeos ocupan las primeras posiciones, con Dinamarca en el número uno. Mientras tanto, los cinco últimos son los países del África subsahariana (Camerún, Congo), Egipto en el Medio Oriente, Camboya en Asia y Venezuela en la parte inferior, donde puntaje de Venezuela de 0,27 está muy por detrás de Camboya, que ocupa el puesto 138 con 0,32 (World Justice Project, 2019).

A nivel regional, Ecuador ocupa el puesto 21 entre 32 países, mientras que Uruguay, Costa Rica y Chile están clasificados como países con una alta calidad de vida y una economía sólida. Por ejemplo, Uruguay tiene la puntuación más alta en derechos humanos básicos, lo que demuestra respeto por los derechos humanos. Brasil ocupa el puesto 16, detrás de Argentina (13) y Panamá (15). El peor puntaje de Brasil es la justicia penal, especialmente la corrupción y la mala influencia del gobierno. Ecuador, Perú y Colombia tienen puntajes muy similares, ubicándose junto a 21, 20 y 19 respectivamente. Finalmente, Bolivia, Nicaragua, Haití y Venezuela por debajo de los anteriores (Suárez, 2022). Esta situación podría variar ahora, a finales del 2025.

3. Seguridad jurídica como elemento de la responsabilidad

A principios del siglo XX, la idea de la seguridad del derecho estaba en su apogeo. Mientras que las ciencias naturales, la filosofía y las bellas artes se

encontraban ya en diversas fases de rebelión contra las ideas dominantes del siglo pasado, la teoría jurídica seguía reflejando la constancia del desarrollo económico y la paz internacional que existía hasta 1914, al menos en lo que respecta a Europa Occidental y América. La promoción de la seguridad jurídica con vistas a eliminar los riesgos legales de los negocios y de otras transacciones haciéndolos claramente predecibles se consideraba más importante que la lucha por la justicia y la equidad, que en gran medida no se consideraban en peligro, de todos modos.

Como ha argumentado el abogado y filósofo del derecho alemán Gustav Radbruch (1999), la seguridad jurídica es definitivamente uno de los valores jurídicos más fundamentales. La seguridad jurídica tiene un doble valor: uno intrínseco y otro instrumental. El valor intrínseco de la seguridad jurídica se refiere a la noción de libertad personal, que se refiere, en primer lugar, a la libertad de hacer y no hacer lo que uno quiera. Esto se denomina a menudo "libertad negativa", la libertad de elegir entre cursos de acción alternativos sin la interferencia de otros. Las personas quieren estar seguras de las consecuencias legales de sus transacciones. La certeza sobre la ley vigente permite a las personas tomar decisiones racionales y planificar sus actividades en general. La fiscalidad es una injerencia en el derecho al disfrute de la propiedad. Por lo tanto, en el derecho fiscal, esta certeza se refiere al "alcance" de la ley fiscal y a las injerencias en el derecho de propiedad y la libertad económica del contribuyente, es decir, la certeza con respecto a su carga fiscal.

En este sentido, nos viene a la mente la segunda máxima de Adam Smith sobre la fiscalidad en general: para Smith, la arbitrariedad es la mayor amenaza para la libertad. Los individuos tienen libertad en proporción al grado en que pueden predecir la acción del gobierno. La forma en que el gobierno los tratará debe estar consagrada, en la medida de lo posible, en las leyes generales. Así, las leyes establecidas que ofrecen certeza son una gran seguridad para la libertad de los contribuyentes, ya que se sabe de qué manera va a proceder la administración tributaria. Smith continúa: La falta de seguridad en la legislación fiscal puede dejar a la gente en la oscuridad con respecto a sus derechos y obligaciones fiscales.

El concepto de seguridad jurídica no es fácil. La seguridad jurídica es, por su naturaleza, difusa, quizás más que cualquier otro principio general, y su contenido preciso es difícil de precisar. Por lo tanto, es necesario echar un vistazo a la literatura jurídica para encontrar algo a lo que aferrarse. En este caso, distinguir los aspectos de la seguridad jurídica puede ser un arma de doble filo. Por un lado, para demostrar el valor normativo de la seguridad jurídica, se desarrollan varios de sus aspectos. Por otro lado, estos aspectos no solo constituyen aspectos normativos, sino que pueden ser vistos como criterios para evaluar la elaboración de leyes.

De este modo, la seguridad jurídica se hace operativa como herramienta jurídica para combatir la incertidumbre en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la transformación del principio de seguridad jurídica en una herramienta jurídica no debe dar lugar a expectativas irreales. El realismo no significa que estemos totalmente en manos del escepticismo. En efecto, el escepticismo sobre la seguridad jurídica se debe a menudo a la idea errónea de que se trata de una concepción estática que exige una certeza absoluta. Sin embargo, una concepción dinámica de la seguridad jurídica preserva la necesaria flexibilidad del derecho, al tiempo que reconoce la libertad personal del individuo para decidir y desarrollarse, lo que presupone la previsibilidad del marco jurídico.

Para concebir el principio de seguridad jurídica como un concepto relativo, debemos comprender su significado y la razón de su existencia. La seguridad jurídica es una garantía contra la arbitrariedad gubernamental. Trata de asegurar la autonomía del individuo. Una persona libre se define como una persona autónoma: una persona socialmente vinculada que, sin embargo, decide y actúa por sí misma. Para ello, el derecho le ofrece un marco de posibilidades para actuar, tomar decisiones racionales y perseguirlas, incluso a largo plazo. La seguridad jurídica requiere, por tanto, que la ley deje claro de antemano qué consecuencias jurídicas conllevan determinadas acciones u omisiones. Las personas toman decisiones en función de diversas consideraciones, entre las que figuran las opciones y consecuencias jurídicas.

Sin embargo, tanto el legislador como los ciudadanos necesitan espacio para adaptarse a los nuevos acontecimientos y circunstancias. Una persona siempre actúa en condiciones de incertidumbre. Debe seguir el ritmo de los nuevos avances en el contexto socioeconómico, tecnológico o político. Por lo tanto, no puede aspirar a una certeza absoluta. A la inversa, la evolución de las circunstancias puede incluso hacer que se solicite la modificación de la ley.

Así, aunque los autores suelen afirmar que la seguridad jurídica y el progreso social son fines jurídicos que se contraponen entre sí, en realidad la seguridad jurídica puede exigir un cambio legal para que ciertos derechos u obligaciones adquiridas siguen siendo significativos. Al final, todo depende del contexto: el objetivo de interés público que está en juego, la cuestión de hasta qué punto una persona ha confiado realmente en una determinada norma, la flexibilidad requerida en un determinado ámbito o contexto.

Por otra parte, el legislador debe tener en cuenta la evolución social más general, por lo que no puede dar prioridad absoluta a las necesidades y expectativas individuales. La seguridad jurídica, por tanto, no implica que las personas tengan derecho a una seguridad absoluta. Por el contrario, la seguridad jurídica ayuda a las personas a hacer frente a la inevitable incertidumbre.

La seguridad jurídica es también un principio central de una visión más reciente sobre el Estado de derecho planteada por el filósofo del derecho (Raz, 1977), que también afirma una concepción formal del Estado de derecho. Observa que la sujeción del gobierno al Estado de derecho restringe drásticamente la posibilidad de utilizar su poder de forma arbitraria. No obstante, muchas formas de gobierno arbitrario son compatibles con el Estado de derecho. Un gobernante puede promover normas generales basadas en el capricho o el interés propio, etc. Además, este fomenta la libertad individual y la dignidad humana. Permite a las personas planificar sus actividades con conocimiento de sus posibles implicaciones legales. Respetar la dignidad humana implica respetar la autonomía de las personas, es decir, "tratar a los seres humanos como capaces de planificar y trazar su autonomía futura". De este modo, se permite a las personas ser autoras de sus

propias vidas. La autonomía es la habilidad o capacidad de gobernarse a sí mismo. La autonomía tiene una connotación de conciencia, de "capacidad de elección reflexiva". Esta autonomía personal alude a la condición de un hombre cuyas elecciones y acciones son expresión de sus propias preferencias y aspiraciones.

Raz siguió los pasos de Hayek cuando identificó "la intuición básica" que subyace al Estado de derecho: "la ley debe ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos". La ley debe ser tal que las personas puedan adquirir conocimiento de la misma. Si no es así, la ley no es susceptible de ser obedecida, ya que sus súbditos no pueden conocerla y no pueden actuar en consecuencia. La conformidad con el imperio de la ley es una condición necesaria para que la ley sirva directamente para cualquier propósito bueno. Raz compara la ley con un cuchillo. Un buen cuchillo es, entre otras cosas, un cuchillo afilado. Del mismo modo, la conformidad con el Estado de derecho es un valor inherente a la ley, de hecho, es su valor inherente más importante. La conformidad con el imperio de la ley es la virtud de la ley en sí misma, la ley como ley independientemente de los fines a los que sirve. Al igual que otros instrumentos, la ley tiene una virtud específica que es moralmente neutra al ser neutral en cuanto al fin al que se destina el instrumento (Raz, 1977).

Raz, por tanto, desconecta el Estado de derecho como medio y el fin o fines externos a los que sirve. Se trata de una concepción puramente instrumental y moralmente vacía del Estado de derecho. Esta versión no tiene ningún requisito de contenido, lo que "lo hace abierto a una serie de fines". Según Raz, de la idea básica del Estado de derecho se pueden derivar muchos principios, cuya validez o importancia depende de las circunstancias particulares de las distintas sociedades. Considera que no tiene mucho sentido intentar enumerar todos estos principios. Solo menciona algunos de los más importantes. Es significativo que comience con dos principios que están relacionados con el ideal de seguridad jurídica (Raz, 1977).

En primer lugar, menciona el principio de que todas las leyes deben ser prospectivas, abiertas y claras. Aquí, señala inmediatamente que la ley retroactiva no puede guiar el comportamiento de las personas. Sin embargo, la ley retroactiva en sí misma no es una línea que no deba cruzarse nunca, ya que cuando se sabe

con certeza en el momento de la acción que se promulgará una ley retroactiva, no hay "ningún conflicto con el Estado de derecho (aunque se pueda objetar por otros motivos)". Además, la ley debe ser abierta y estar adecuadamente publicitada. Si la ley no se puede conocer, la gente no puede saber cuál es la ley, y esta no guiará su conducta. Para guiar, el significado de la ley debe ser claro, es decir, la ley no debe ser ambigua, vaga, oscura o imprecisa. El segundo principio relacionado con el ideal de seguridad jurídica es que las leyes deben ser relativamente estables. Las leyes que cambian con frecuencia dificultan que las personas sepan cuál es la ley en un momento dado y no estarán seguras de que la ley no haya cambiado desde la última vez que supieron cuál era. Señala que la estabilidad se refiere tanto a las decisiones a corto plazo como a la planificación a largo plazo (Raz, 1977).

En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador del 2008, en el artículo 82 proclama el derecho a la seguridad jurídica expresando que "el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 82).

Del concepto trivial que surge de la seguridad jurídica de la Constitución, se puede concluir que se trata de seguridad y confianza en que el Estado respetará todos los derechos de sus ciudadanos, derecho a la libertad, privacidad de la propiedad, libertad de expresión, juicio justo, entre otras, precisamente por la existencia de una norma pública previa que hace cumplir, permite o prohíbe, y a la cual el poder público no solo debe adecuar su actuación, sino que debe hacerla cumplir.

4. Elementos de la responsabilidad extracontractual

Se presenta la responsabilidad extracontractual cuando entre quien sufre el daño y quien lo ocasiona no exista vínculo anterior de naturaleza contractual o que, existiendo tal vínculo, el daño no es consecuencia del mismo sino de otra circunstancia. Según Mazeaud y Mazeaud (1969), en la responsabilidad

extracontractual o delictual no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad.

La responsabilidad extracontractual puede ser definida como el encuentro accidental y fortuito que proviene de una fuente como lo es la obligación resarcitoria generada por mandato legal y que, para que haya lugar a esta deben concurrir tres elementos: i) el daño, ii) la imputación del daño y iii) nexo causal.

4.1 El daño

El daño es uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial, y el primero en analizarlo en orden, señalando que no hay responsabilidad sin daño, ni responsabilidad de reparación sin daño.

En el prólogo del libro *El Daño* de Henao, Hinostrosa (1998) afirma que: “el siniestro es el factor real o elemento fundamental de la responsabilidad; y, sobre todo, es el punto de partida de cualquier investigación, sea judicial o académica, que se trate. Se puede inferir que el daño es uno de los elementos de la responsabilidad, y que el daño debe ser indemnizado, como argumenta el mismo Hinostrosa cuando afirma que: extender la responsabilidad más precisamente, es mejor, en mi opinión, hablar de daño indemnizado, que significa la presencia de un daño determinado, su reconocimiento legal, por lo tanto, se indemniza, que, al final, sobre lo que hay en él (Hinostrosa 1998). Por lo tanto, la existencia del daño no es suficiente, sino que también debe presentar una característica o presunción de daño reparable para que implique responsabilidad.

En el concepto y designación de la responsabilidad civil, el daño es un elemento primario y es el único común a todas las circunstancias cuya infracción está determinada por la ley”, en el sentido de que no hay responsabilidad si no se prueba el daño, por lo que cualquier acción reparadora se convierte en ineficaz. De lo contrario, se hará rica sin ninguna razón.

Cuando se define que el daño es el primer elemento de responsabilidad, se trata de establecer la secuencia de análisis de los elementos que integran la

responsabilidad, es decir, por qué se debe estudiar el daño, por qué se debe reparar antes de su atribución y justificación que obviamente tienen otros elementos de responsabilidad. Esto es comprensible, dado que, en los casos de responsabilidad estatal, puede haber una falla en el servicio sin daños, lo que significa que no se asume la responsabilidad; y, en este caso, de nada serviría hablar de fallo del servicio si al final no se asume la responsabilidad, de ahí la importancia del orden de estudio de sus elementos.

Otra regla fundamental se basa en que, si bien el daño es una de las condiciones obligatorias para configurar la responsabilidad, no es suficiente por sí mismo, pues se requieren otros elementos para declararlo. Lo que, en palabras de Henao (1998) significa: “el daño es un elemento necesario para la existencia de la responsabilidad, pero su sola presencia, por sí sola, no hace acreedor de la indemnización a quien lo sufre”. Pero estamos de acuerdo en que el daño debe ser probado para su reparación.

4.2 Imputación del daño

La imputación del daño es el segundo elemento que configura la obligación de reparar, en virtud de la responsabilidad extracontractual del Estado. La imputación para Juan Carlos Henao es la atribución jurídica de un hecho a una o varias personas, que en principio tienen la obligación de responder (Henao, 1998). Es importante determinar que la imputación se estructura sobre quien ha resultado causante del hecho que provocó el daño. Jurisprudencialmente se ha reconocido que la imputación tiene relación con el servicio prestado por la administración pública, esto es, la atribución jurídica que se hace al Estado porque el daño se produjo por un deficiente servicio público.

La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la

entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que este se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios solo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público.

Imputar es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último. En consecuencia, la imputación es la atribución del daño al Estado, la cual depende de que se haya causado derivada de la acción o la omisión en la prestación de un servicio público, cuando se atribuya por la falta o prestación deficiente del mismo; en su caso, cuando se atribuya por el riesgo creado de actividades peligrosas o cuando se deriva de una inequitativa distribución de las cargas públicas.

4.3 Nexo causal

Para que el Estado establezca tal atribución, es necesario que exista un vínculo con el servicio, es decir, que la acción del agente, que causó el daño, esté ligada o conectada con el servicio prestado por el Estado.

Si se prueba que el daño fue causado, ya sea en horario de servicio, o en el lugar de servicio, o con equipo de servicio, o con voluntad de servicio, o con la imputación del mismo, o si concurrieran todos estos elementos, existiría una conexión con el servicio y eso significaría que se habría cumplido la condición de inhabilitación, es decir, el Estado sería responsable de la imputación de los daños y perjuicios causados por ella al Estado.

Para tratar el vínculo como un requisito para la imputación de daños al Estado, es necesario observar si la acción es de servicio o no, individualizando así cada caso en que el Estado es responsable por los daños y, por tanto, el Estado está obligado a repararlo.

5. La responsabilidad del órgano jurisdiccional en el error inexcusable.

En Ecuador, un Estado constitucional de derechos y justicia social, la responsabilidad de los funcionarios públicos por los errores, acciones u omisiones que llegaren a cometer en el ejercicio de sus funciones, se encuentra reconocida y determinada penal, civil y administrativamente, es así que, en la disposición normativa contenida en el artículo 233 de la norma suprema se establece:

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 233).

Si bien, la responsabilidad desde un contexto general, es entendida como una especie de limitación al poder del Estado, cuando se habla de un Estado constitucional de derechos y justicia, la responsabilidad figura como una máxima del funcionamiento del aparataje estatal, limitando la arbitrariedad en la que este pudiera incurrir. Ahora bien, de entre todos los poderes del Estado, el poder judicial aporta de manera esencial al Estado constitucional de derechos y justicia, pues, el primero, se constituye en garante de los derechos reconocidos en la Constitución, es decir, frente a la trasgresión de derechos constitucionales, ya sea por parte de un poder privado o de otro poder estatal, de ahí la importancia y necesidad del reconocimiento de la independencia del poder judicial.

Como bien se dijo, la independencia reconocida al poder judicial y por ende a los órganos jurisdiccionales y operadores de justicia, es necesaria, sin embargo, esta no debe ser entendida a manera de inmunidad concedida a los jueces, sino más bien como un contrapeso de la responsabilidad. En otras palabras, la responsabilidad constituye un elemento inseparable de la independencia y su discrecionalidad para tomar una decisión.

En palabras de José García Falconí: “la independencia de la función judicial en el Ecuador debe ser una meta a conseguir, recordando que esta independencia es

paralela a la responsabilidad, pues el ser independiente es ser responsable y responder por las decisiones adoptadas” (García Falconí, 2005, p.17). La responsabilidad es el verdadero elemento que transforma al poder judicial en un poder limitado, es decir, el reconocimiento de la responsabilidad a la que los operadores de justicia están sujetos, es una forma de restringir la arbitrariedad de estos, minimizando la posibilidad de abuso de poder.

6. Tipos de responsabilidad

Como bien se mencionó, existen varios “tipos” de responsabilidad por la que pueden responder los jueces, la responsabilidad va a depender directamente de la causa que la origina y el órgano que exige la sanción. En el Ecuador se reconocen tres tipos de responsabilidad: Responsabilidad administrativa, civil y penal. Estas modalidades de responsabilidad pueden operar en conjunto o por separado.

6.1 Responsabilidad civil

La responsabilidad jurisdiccional derivada de los deberes jurídicos, tiene cabida en materia civil. Las actuaciones o conductas antijurídicas en las que puedan incurrir los jueces, pueden y deben ser sancionadas civilmente, previo a esto, se debe determinar la responsabilidad jurídica, misma que se encuentra asociada directamente al daño ocasionado por el servidor judicial, cuando este se encuentra ejerciendo las funciones a él designadas (Aguirre y Alarcón, 2018).

Es necesario comenzar revisando la definición de la palabra responsabilidad antes de abordar el tema de la responsabilidad civil en Ecuador. Su etimología latina “responderé” es la responsable de su origen. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2016), esta palabra se relaciona con el deber de arreglar algo, de reparar; también significa deuda; deber de satisfacer, ya sea por sí o por medio de otra persona como resultado de una actividad delictiva, culpa u otra causa legal (Almanza, 2018).

La responsabilidad se analiza como el deber de rendir cuentas por hechos específicos, sean o no culpables, y en particular si han causado daño a las personas. Su significado en esta línea se refiere a responder a lo impactado por

reparación, corrección o compensación. Cabe señalar, que pueden existir diferentes tipos de responsabilidad, como administrativa, penal y civil, según esta definición (Acuña, 2012). Para Rodríguez (2016), la responsabilidad reconoce que es una obligación jurídica de reparar las pérdidas o daños que resultan del incumplimiento de una obligación que está estipulada en un contrato o reconocida en una norma particular. Por otro lado, se establece la responsabilidad civil en:

La efectivización de la reparación abstracta del daño en relación con un sujeto pasivo de la relación jurídica que se forma. No importa si el fundamento es la culpa, o si es independiente de ésta. En cualquier circunstancia, donde haya subordinación de un sujeto pasivo a la determinación de un deber de resarcimiento, ahí estará la responsabilidad civil (Estivariz, 2016).

En particular, la responsabilidad civil asegura que los daños de las víctimas serán reparados en el ámbito privado y tiene por objeto devolver las cosas a su estado original; por lo que, en la mayoría de las circunstancias, esta responsabilidad es compensatoria y no implica represión. Es importante mencionar el papel que desempeña la Lex artis médica en el área de la salud, ya que permite comprender mejor la responsabilidad civil del médico (Braithwaite, 1989).

Funciona como un patrón de comportamiento médico típico en el desempeño de sus responsabilidades, que incluyen el cumplimiento de las leyes y reglamentos que rigen la práctica de la medicina. Son requisitos legales de carácter médico y técnico que expresan también la conducta del médico. Se cree que son factores que controlan cómo se comporta un médico frente a un paciente, cómo responde en un escenario clínico específico y cómo avanza de acuerdo con el desarrollo tecnológico (Rojas Balanza, 2012).

La responsabilidad civil contractual se fundamenta en un acuerdo voluntario entre las partes que, en consecuencia, produce los efectos jurídicos necesarios. El acuerdo puede ser verbal o escrito y, en caso de incumplimiento, los daños y perjuicios deben repararse mediante una indemnización. La responsabilidad

extracontractual, por el contrario, se desarrolla sin que exista previamente una conexión entre el causante del daño y la víctima a través de un contrato. El daño, la causa y la culpa sirven para definir su existencia (Ferrajoli, 2011).

Por otra parte, conviene aclarar que en la responsabilidad extracontractual la obligación de reparar nace de la ocurrencia de un hecho dañoso, mientras que en la responsabilidad contractual el deber de indemnizar deriva de otro deber: el de cumplir con lo dispuesto. Es evidente y necesario en la práctica médica aplicar una teoría unificadora para garantizar los derechos y obligaciones de ambas partes en el campo médico.

Cabe señalar que, conforme Alarcón y Monteza (2020), se han identificado los componentes de la responsabilidad profesional en el ámbito médico y, entre ellos destacan: la obligación preexistente, que es un elemento crucial en el sentido de que cuando existe una omisión en la prestación de los servicios y con ello cause daño o perjuicio, se ha detenido algo establecido. Entonces, se debe establecer cómo debió responder el médico en esa circunstancia.

También, se debe mencionar el elemento de relación de causalidad porque se refiere a una relación de causa y efecto entre el daño causado a la persona y el delito que cometió (Alarcón y Monteza 2020). Cuando se establece la relación, se piensa que un profesional médico tiene el deber de actuar. Es extremadamente raro que haya una sola causa directa del daño que experimenta el paciente; en estas situaciones, el daño es siempre el resultado inevitable. En contraste con esto, la norma es que existen múltiples causas, cada una de las cuales juega un papel diferente en la iniciación o jerarquía del daño.

6.2 Responsabilidad penal

La responsabilidad penal del error inexcusable, se traduce en el prevaricato de los jueces, con algunas modulaciones en el caso de los jueces constitucionales. De manera general, en el inicio del ejercicio de la acción penal, se ha de establecer e identificar con plena conciencia la normativa aplicable al caso concreto, para esto es necesario conocer la fecha exacta en la que se ejecutó la conducta dolosa. Es

necesario mencionar que, en el Ecuador, al momento, la normativa penal vigente, es la contemplada en el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Ahora bien, si nos basamos en el cuerpo normativo antes dicho, encontramos que el prevaricato se encuentra tipificado en la disposición normativa contenida en el artículo. 268, misma que instituye:

Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses (art.233).

Como se puede deducir del texto citado, el prevaricato contempla un sujeto activo calificado, es decir, solo determinadas personas pueden cometer este delito; así, los sujetos activos del delito de prevaricato son los jueces o árbitros iuris. Esta actuación antijurídica, será sancionada con dos tipos de pena, una pena privativa de libertad que puede ir desde tres años hasta 5 años, y la inhabilitación, por seis meses, para desempeñar la profesión u oficio.

Es necesario mencionar que, el delito de prevaricato, tipificado en la legislación penal derogada como en la actual legislación, "en lo relacionado a la prohibición de fallar en contra de ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda", no se aplica en el contexto de la justicia constitucional, sino únicamente cuando se violenta una norma procesal, producto de pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional del Ecuador. Es decir, las actuaciones de las juezas y jueces, cuando intervienen en el conocimiento y resolución de garantías, no son susceptibles de subsumirse en la conducta típica descrita en la infracción

denominada como prevaricato; por tanto, no pueden ser procesados y mucho menos sancionados penalmente por dicho tipo penal.⁵

Resumiendo, la disposición normativa que contiene la descripción típica del prevaricato, es, en su gran mayoría, buena, pues, se debe considerar que, en el contenido, se establece categorizaciones de los órganos jurisdiccionales, así como de los árbitros en derecho. De lo mencionado, sabemos que el tipo penal de prevaricato se puede consumir por los jueces, en los siguientes casos:

- a) Dentro de la sustentación de una causa o proceso, siempre y cuando se contravenga norma procesal o cuando la actuación del juzgador se realiza, aún bajo conocimiento de que él mismo, patrocinó o participó como curador, de una de las partes, en una causa diferente.
- b) Cuando el juzgador, conocedor de la causa, falla contra ley expresa, causando perjuicio a una de las partes.

En conclusión, se debe precisar que, la tipificación del prevaricato, como conducta punible, dentro de la legislación ecuatoriana, se ha establecido como protección de la correcta administración de justicia. De ahí que, para determinar la responsabilidad penal de un juzgador o árbitro derivada de la configuración típica, debe reconocerse el dolo en la actuación del funcionario, pues la culpa o de mera negligencia, no son constitutivas de prevaricato. Se presenta en este caso un elemento normativo medular para interpretar el citado tipo delictivo porque se relaciona con el término “persona jurídica”, el cual requiere ser interpretado jurídicamente (Sarango, 2020). Los tipos penales se componen de elementos normativos y descriptivos. Para ello, comenzamos con algunas generalizaciones que se dividen en tres grandes categorías de personas jurídicas: 1) personas jurídicas de derecho civil, 2) personas jurídicas de derecho comercial, y 3) personas

⁵ (Registro Suplemento Séptimo No. 61 Tomo VI), ver Registro Oficial Suplemento 61 de 11 de septiembre de 2018, página 137.

jurídicas de derecho público. En este sentido, las primeras encuentran regulación en el Código Civil ecuatoriano (Galarza, 2002).

Esto da una definición general de persona jurídica a la persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. En este contexto, cabe señalar que, en general, se considera personas jurídicas a quienes pueden actuar como representantes legales y tienen capacidad para tener derechos y obligaciones (Fernández, 2021). En este caso, las asociaciones y fundaciones son esencialmente personas jurídicas porque tienen la consideración de sociedades anónimas bajo la ley ecuatoriana. Sin embargo, es crucial recalcar que para que una persona jurídica se manifieste o se constituya legalmente, independientemente de las modalidades antes mencionadas, se deben cumplir ciertos requisitos legales (Blacio y Orellana, 2022).

En consecuencia, si bien el nacimiento de una persona jurídica puede darse por convenio, contrato o ley, en todos los casos el origen de estas personas morales se fundamenta en un acto de poder político que crea esta figura jurídica. Sin embargo, en lo que se refiere al derecho comercial, las personas jurídicas que, generalmente, se denominan empresas, son creadas por negocios comerciales que tienen como objetivo obtener ganancias y tienen un régimen constitucional único que se rige en gran medida por la legislación comercial (Aguirre y Alarcón, 2018).

Finalmente, identificamos las personas jurídicas públicas, que adoptan diferentes formas y están representadas por una gama más amplia de instituciones. Estas entidades se distinguen de los particulares en dos aspectos fundamentales: 1. Las entidades públicas son aquellas que interactúan con el Estado de conformidad con el derecho público de manera que permita su integración en su estructura general; 2. Adopten también la forma de Sociedad Anónima o de Fundación, pero no de Sociedad (Etcheverry J. B., 2010).

Por ello, las empresas, ya sean de economía mixta o de propiedad de una sola entidad pública, no se consideran personas jurídicas de derecho público; más bien, su estructura organizativa se rige por el derecho privado. Más allá de posibles

definiciones o limitaciones, es fundamental resaltar que, tal como lo establece el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, estas personas no están sujetas al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Montoro, 2007).

Esto plantea un problema común en la materia, relacionado con el hecho de que algunos autores se refieren al término "empresa", pero dicho término es factible siempre que la legislación lo utilice. Sin embargo, habiendo explicado algunas disposiciones generales relacionadas con el alcance del elemento normativo "persona jurídica", es claro que existen dos grandes bloques de personas pertenecientes al derecho privado (personas jurídicas civiles y personas jurídicas comerciales), que están expresamente determinados en la legislación (Fernández, 2005).

A pesar de la posibilidad de que puedan ser interpretados como sinónimos, ya que hacerlo violaría el principio de legalidad penal, la interpretación de los tipos penales debe ser literal, prohibiendo la interpretación extensiva o analógica en perjuicio del procesado, violaría el principio de legalidad penal, conforme lo establece el Código Orgánica Integral Penal. Esto significa que debe excluirse cualquier interpretación que incluya otros términos como sociedades o, incluso, sociedades, asociaciones, corporaciones, fundaciones, entre otros (Galarza, 2002).

Del mismo modo, sólo se mencionan específicamente las personas jurídicas privadas, con exclusión de las figuras de carácter público. En consecuencia, nos vemos obligados a excluir por el principio de legalidad a las personas jurídicas mixtas con capital privado y público, por otra parte, se aduce que se trata de personas jurídicas nacionales o extranjeras, aspecto que se va a determinar (Gozáini, 2017).

Conforme al acta constitutiva o de registro, a pesar que pueden existir personas jurídicas registradas o inscritas en diversos países, en todo caso, la norma abarca a cualesquiera, tanto patrias como de otros Estados. Por último, pero no menos importante, el estudio del artículo 49, que establece el elemento normativo referente

a las personas jurídicas nacionales o extranjeras, lo que obliga a realizar diversas aclaraciones (Cepeda, 2021).

En primer lugar, las referencias a personas jurídicas extranjeras se hacen sin indicar si se trata de personas jurídicas extranjeras domiciliadas en el Ecuador o en otro lugar. Al respecto, no existe ningún problema con respecto al estándar analizado en cuanto a las personas jurídicas domiciliadas en el Estado ecuatoriano, pero en cuanto a las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en el país que operan en el país, deben cumplir con ciertas normas, tales como impuestos o estafas (Ezurmendia, 2018).

Sin embargo, creemos que el tipo penal no distingue entre las personas jurídicas que cumplen o no las normas que le corresponden y que estas son en realidad personas jurídicas, por lo que no hay mayores problemas. De igual forma, el incumplimiento de las normas mencionadas podría generar problemas en la atención al alcance del tipo penal, pues se podría decir que estas personas jurídicas no están legalizadas (Estivariz, 2016).

En caso de que una persona jurídica que no sea residente en Ecuador cometa un delito (en el entendido de que es a través de uno de sus representantes), debemos seguir las reglas señaladas en el primer párrafo del artículo 14 del Código Orgánico Integral Penal, que en esencia ordena que se respete el principio de territorialidad (*locus regit actum*) (Benda, et al., 1996).

Los números segundo y siguientes del artículo en comentario, que regulan los casos, deben emplearse para la extraterritorialidad de la aplicación espacial de la ley penal. De no ser así, aplicar la ley penal ecuatoriana en casos específicos, cuando la infracción (delito) involucre otros problemas relacionados con el lugar donde se cometió el delito. Sin embargo, en cuanto a la exclusión del régimen relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de ser aplicado por las personas jurídicas del Estado (Bechara y Vides, 2019).

Esto debido a que el artículo 49 examinado limita expresamente la responsabilidad al ámbito de las personas de derecho privado, la anormalidad de

que el Estado ejerza el poder punitivo sobre sí mismo o sobre los órganos, a través de los cuales ejerce otros poderes, entre otras razones, es la que se excluyen de ella las personas jurídicas de derecho público (Díaz, 2021).

6.3 Responsabilidad administrativa

Los juzgadores y servidores judiciales, como servidores públicos, son el elemento humano que utiliza el Estado para el cabal cumplimiento de sus objetivos. La calidad de servidor público, viene asociada al ejercicio de derechos y obligaciones, se trata de una sujeción especial entre el funcionario público y el Estado.

La responsabilidad administrativa es aquella que se configura cuando el funcionario público incumple con los derechos y obligaciones que le han sido reconocidos con base en la calidad que ostenta. Es decir, la responsabilidad administrativa está asociada a comportamientos disciplinarios, transgresión de derechos e incumplimiento de deberes, en los que pudieran incurrir los magistrados. Esta responsabilidad es sancionada por una autoridad administrativa competente.

La responsabilidad administrativa de los operadores de justicia del Ecuador, se encuentra determinada en el Código Orgánico de la Función Judicial; así, el artículo 104 del mentado cuerpo normativo establece: “las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubiere lugar”(Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art.104).

Ahora bien, la disposición normativa contenida en el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, reconoce al error inexcusable como una infracción “gravísima”, cuya sanción se traduce en la destitución, el “sujeto activo” de esta infracción administrativa puede ser cualquier servidor de la función judicial, así el artículo señalado indica que: a la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, *por* las siguientes infracciones disciplinarias: “7. intervenir en las causas como jueza, juez, fiscal o defensor público con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable declarados en el ámbito jurisdiccional, de

conformidad con las disposiciones establecidas en los artículos siguientes, en concordancia con el artículo 125⁶ de este Código” (Código Orgánico Integral Penal, 2009, art. 109).

Si nos fijamos en la disposición citada anteriormente, podremos notar que, si bien se hace alusión al error inexcusable, sin diferenciar los elementos constitutivos del mismo. Cabe mencionar que no existe normativa que contenga una prerrogativa de lo que se debe entender por error inexcusable. Al existir un vacío normativo a fin de determinar cuándo y cómo un funcionario judicial, incurre en error inexcusable, el Consejo de la Judicatura, órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial (Constitución de la República del Ecuador, 2008), se ha irrogado la función de desarrollar las cuestiones referentes al error inexcusable a través de resoluciones de su autoría.

6.4 Responsabilidad contractual

Es una obligación de una relación contractual. Los daños derivados de la falta de ejecución de un contrato anterior y la obligación de repararlo. Se considera que es un hecho dañoso el que se produce por incumplimiento del contrato y afecta a los bienes del acreedor, que ya son ciertos. Este tipo de responsabilidad corresponde al Estado, en caso de acción u omisión lesiva en el marco de una relación contractual (Calle, 2012). La administración pública es responsable de las acciones de una parte contratante sólo en la medida en que se le pueda atribuir una acción que cause un daño. No se puede hablar de responsabilidad contractual si el culpable y su víctima no han creado la posibilidad de daño.

La determinación de la naturaleza de la responsabilidad derivada del incumplimiento de contratos preliminares antes de la consecución del contrato o la

⁶ El artículo 125 del Código Orgánico de la Función Judicial señala “actuación inconstitucional. Sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que haya lugar, las juezas y jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que en la substanciación y resolución de las causas, hayan violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República, serán sometidos a procedimiento administrativo, siempre que, de oficio o a petición de parte, así lo declare el tribunal que haya conocido de la causa vía recurso, o que el perjudicado haya deducido reclamación en la forma prevista en este Código, sin perjuicio de que pueda también presentar la denuncia con base en lo establecido en el artículo 109 número 7 de este Código”.

dificultad de limitar el momento de inicio y, más importante aún, la terminación de los contratos para determinar si la responsabilidad por un acto determinado es contractual o no contractuales es un tema sumamente importante para concretar la responsabilidad contractual. Asumiendo que un preacuerdo no puede combinarse con un contrato, existen posiciones encontradas y la situación debe ser analizada caso por caso, pero la dificultad de hacerlo es obvia. Además, para que una obligación sea calificada como contractual, el contrato debe ser válido, ya que la consecuencia generalmente aceptada de la nulidad es que las obligaciones estipuladas en el contrato nulo se suponen inexistentes (Guevera y Mufdi, 2017).

6.5 Responsabilidad extracontractual o patrimonial

La responsabilidad extracontractual, como su término lo indica, es aquella que no nace de una relación contractual, por lo que los daños resultantes del incumplimiento del contrato exigen la responsabilidad extracontractual. La expresión obligación extracontractual, como fácilmente se puede deducir, se enmarca como una renuncia a la obligación contractual. Es decir, aunque pueda parecer una perogrullada, lo que no forma parte de una obligación contractual es un agravio, si el daño resultó de una conducta humana que no resultó en un incumplimiento de contrato. Al respecto se puede señalar que:

La expresión responsabilidad extracontractual tiene carácter negativo, pues su objeto parte como algo contrapuesto al de responsabilidad contractual. Bien se puede afirmar en este sentido que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contratos, que concede un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho del hombre distinto del incumplimiento contractual será extracontractual. (Yzquierdo, 2021, pp. 502-503)

La responsabilidad extracontractual se deriva de la ley e incluye una obligación general de actuar con suficiente cuidado para evitar actos negligentes u omisiones que puedan causar daño a terceros. Si se infringe el deber general de cuidado en

este contexto y se produce un daño, existe la obligación de reparar el daño. Cualquiera que sea el término que se utilice para describir la responsabilidad extracontractual en su pleno sentido jurídico, siempre incluye la obligación de reparar el daño causado al otro, sin relación contractual alguna entre ambos (Fernández Ruiz, 2016).

Se puede argumentar que la responsabilidad extracontractual incluye siempre la obligación de reparar el daño causado al otro y, también se conviene que no debe existir una relación contractual entre el actuante y la parte afectada para que este agravio resulte en responsabilidad. El tema principal de este ensayo se centra en la obligación extracontractual del Estado (Farfán, 2019).

Con el fin de arrojar luz sobre la situación actual en Ecuador, se proporciona una breve historia del tema y se analizan los debates constitucionales que lo rodean, utilizando ejemplos de sentencias judiciales recientes y su sustancia. Se examina la función de una organización privada denominada Corporación Pro Derechos Ciudadanos, que se dedica a la lucha por el respeto y vigencia de los derechos ciudadanos, en particular los garantizados por las constituciones de Ecuador, artículos 20, 21 y 22 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Se justifica el incumplimiento del Estado de sus obligaciones de responsabilidad extracontractual, en virtud, de las obligaciones constitucionales del Estado. Se termina reflexionando sobre este tema a nivel nacional y ofreciendo algunas recomendaciones específicas para fortalecer la existencia de una verdadera responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano (Hassemer, 2003).

Antes de adentrarnos de lleno en el análisis de la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario hacer un brevísimos recorrido por el concepto de Estado de derecho. Los regímenes políticos, en particular los occidentales, tienen reglas fundamentales universalmente aceptadas que rigen cómo deben operar. Hay un sistema político, de una forma u otra, que se rige por la ley y está protegido por una ley fundamental (Etcheverry, 2010).

El reconocimiento de los derechos de los gobernados con anterioridad al Estado, el establecimiento de garantías de las que pueden valerse los gobernados para proteger sus derechos en caso de que sean vulnerados, y la existencia de órganos dotados de autoridad que sólo pueden ejercer dentro de los límites y de conformidad con los procedimientos establecidos por la ley son todos característicos de un Estado de derecho (Araujo, 1993).

Un sistema de gobierno y relaciones jurídicas que aspira a un alto grado de convivencia social se conoce como Estado de derecho. En este sistema, el ejercicio de la autoridad pública se realiza dentro de los límites de la ley y con miras a equilibrar amigablemente el interés público con el interés del individuo. El Estado de derecho se compone de varios elementos, como se puede inferir de lo dicho (Almanza, 2018).

Entre estos elementos que integran el Estado de derecho predomina la responsabilidad extracontractual del Estado. El Estado cumple funciones administrativas, legislativas y judiciales en sus actividades. A medida que el Estado crece, sus acciones como juez, legislador o administrador pueden causar daños a sus ciudadanos o la administración (Aguilar, 2010).

La responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano se encuentra codificada en los artículos 20, 21 y 22 de la Constitución ecuatoriana. Por tal motivo, no podría existir un verdadero Estado de derecho sin el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del poder público. De hecho, la culminación de la estructura del edificio de la legalidad del Estado es la consagración del instituto jurídico, que es un elemento crucial (Mogrovejo, 2009).

Por tanto, si la constitución sólo reconociera la existencia y el respeto de los derechos públicos subjetivos a favor de las personas, sin establecer simultáneamente un control o jurisdicción efectiva cuyo complemento sea la admisión de la responsabilidad extracontractual del Estado, de muy poco serviría para la estructuración y funcionamiento de un sistema jurídico (Morales, 2011).

Por último, pero no menos importante, cabe señalar que, este trabajo sólo analizará la responsabilidad extracontractual del Estado administrador y no la del Estado juez o el Estado legislador. Es necesario distinguir diferentes tipos de responsabilidad del Estado al analizar el problema. Primero, hay una distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.

La responsabilidad contractual resulta del incumplimiento de un contrato, mientras que la responsabilidad extracontractual se refiere a circunstancias en las que la persona que recibe una compensación por el daño causado por el gobierno no tenía previamente un contrato legal. A su vez, la responsabilidad civil se divide en categorías objetivas y subjetivas; se explica que la responsabilidad objetiva procede cuando el agente o productor del daño actuó sin culpa (Etcheverry, 2021).

El factor principal es el daño. Basta demostrar que alguien es perjudicado por el Estado en los juicios de responsabilidad objetiva. Se podría decir que el primer párrafo del artículo 20, es el tema de mayor discusión cuando se trata de la responsabilidad extracontractual del Estado. Como componente del marco constitucional del Ecuador y de sus garantías, la responsabilidad extracontractual del Estado en ese país, tal como se describe en este artículo, es relativamente nueva (Guevara, 2020).

En la Constitución de 1946 solo se esbozaron algunos aspectos de la responsabilidad oficial. A modo ilustrativo, el artículo 169 establecía que ninguna autoridad en el Ecuador estará exenta de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Tal como lo establece el artículo 178, los funcionarios o empleados públicos que violen cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con su patrimonio de los daños y perjuicios que causen (Flórez y Mojica, 2020). Esto dio lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado de indemnizar a los particulares por sus daños, que luego fue incorporada a la constitución vigente. El artículo 27 de esa Constitución decía:

El Estado y demás entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los

perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.

Díaz (2021) refiere que, en este artículo se consagra la teoría de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado. En la misma línea, el artículo 20 de la Constitución de 1978 establecía la responsabilidad extracontractual del Estado, cuyo texto es idéntico al del artículo 27 de la Constitución de 1967:

El Estado y demás entidades del sector público estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos.

Con la reforma de la Asamblea Constituyente de 1998 a la Constitución del 79, solo quedó la responsabilidad objetiva respecto de "los actos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus funciones". Se realizó un cambio en el texto de este artículo en relación con los servicios públicos, a pesar de que la idea de responsabilidad extracontractual se mantiene en gran medida igual (Calonge, 2016).

El texto del actual artículo 20, "Responsabilidad del Estado", fue completamente objetivo en la Constitución de 1979, porque no diferenciaba entre la calidad del servicio público. Se agregó la frase "deficiencia del servicio" al texto del artículo 20 como parte de la reforma de 1998. Esta modificación creó un enigma porque eliminó la clara objetividad de la obligación extracontractual del Estado de reparar los daños causados a las personas por sus servicios públicos, (Constitución de la República del Ecuador, 1997). En ese mismo sentido:

Digamos que en la línea de la responsabilidad que tiene como causa los actos de los funcionarios y empleados, es una responsabilidad objetiva, según artículo 20. Y en la línea de la responsabilidad del Estado por los servicios públicos es una responsabilidad que, lamentablemente, tiene elementos de subjetividad. ¿Por qué subjetividad? Porque hay que

probar la deficiencia de servicios. Entonces, la prueba de la deficiencia, la tiene el administrado, cuando antes tenía que probar el perjuicio y la causa de ese perjuicio en el servicio sin otra calificación o sin otra prueba. Cuando la situación depende de que usted pruebe, no solamente la causa sino una característica del servicio como deficiente, en ese momento la responsabilidad del Estado por los servicios públicos, lamentablemente, tienen incorporado elementos subjetivos que le quitan las características tuvo antes del año 98. (Reyes, 2011)

Es similar a cómo se asume la efectividad del servicio público mientras se debe demostrar la ineficiencia, según el abogado Alex Reyes. Sin embargo, se debe tener en cuenta el elemento de eficiencia del servicio, que es una novedad desde la promulgación de la Constitución de 1998, en donde se señala que la responsabilidad extracontractual objetiva, jurídicamente, es un principio que refleja el avance del derecho administrativo (Maccormick, 2017).

6.6 Responsabilidad subjetiva o con culpa

Para evitar confusiones terminológicas, es más adecuado hablar de factores de atribución que de responsabilidad subjetiva u objetiva, y mencionar que los denominados factores de atribución subjetiva se dan en un heredero concreto que soporta las consecuencias de un hecho dañoso, de negligencia, descuido o frivolidad de cualquier persona. En este caso, se debe tomar una decisión sobre el comportamiento de la persona que actúa de esta manera, como se verifica a continuación:

Denominamos factores subjetivos a aquellos que encuentran la razón por la que un determinado patrimonio es el que debe salir al paso de unas determinadas consecuencias dañosas, en un juicio de reproche, descuido o ligereza que cabe hacer a la conducta de alguien. Son culpa y dolo, únicos criterios de atribución que se conocían en responsabilidad extracontractual cuando el Código Civil se promulgó, momento en el cual, y como se ha dicho, imperaba en la sociedad una concepción moralizante de la responsabilidad en la que no estaban ajenos ciertos

prejuicios religiosos: se paga o indemniza “porque se ha pecado”.
(Yzquierdo, 2021, p. 240)

6.7 Responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva significa que el daño causado por la conducta de una persona debe ser reparado, independientemente de que el malhechor haya cometido un error o no, y que no está exento de responsabilidad, aunque haya actuado con extrema cautela. Sí, sí lo ha hecho, él será dañado por sus acciones. Se trata de la indemnización por daños y perjuicios, pues parte de la idea de que las personas no están obligadas a sufrirla, salvo en los casos en que la ley lo prescriba, ya que no habría ilegalidad en tal situación. Se trata de aproximarnos a la noción de justicia, y no se considera adecuado el fundamento de que la víctima debe sufrir las consecuencias del daño, que debe aceptar sufrir y llevar las consecuencias físicas y psíquicas del daño. Por otra parte, impide que la persona que causó el daño quede relevada de la obligación de reparar el daño, aunque no haya actuado con negligencia; En otras palabras, debe compensar la pérdida, incluso si ha actuado con cautela, prudencia e incluso sumo cuidado (Yzquierdo, 2021).

7. Régimen de responsabilidades del juez y la infracción administrativa del error inexcusable

De manera general, la responsabilidad es considerada como un freno a la arbitrariedad o abuso en los que puede incurrir la administración, es decir, la responsabilidad es la garantía de protección de derechos que se otorga a los ciudadanos. La responsabilidad a la que están sujetos los funcionarios del sector público, es un tema del cual, algunos estudios han enfocado sus esfuerzos, a fin de establecer aspectos referentes al derecho, sin embargo, las discusiones que giran en torno a este tema, son muchas.

La responsabilidad, es uno de los elementos fundamentales de un Estado Constitucional de derechos y justicia social, en este, todos están sujetos a una responsabilidad, de ahí que, el funcionamiento estatal tome a la responsabilidad

como una de las máximas que lo rige. Ahora bien, los funcionarios públicos, tienen responsabilidad en todas las actuaciones que lleven adelante, siempre que estas sean desarrolladas en ejercicio de las facultades que la función pública les ha otorgado.

7.1 ¿Quién debe determinar que es error judicial inexcusable?

Como bien se manifestó en páginas anteriores, la definición y determinación de elementos sustanciales del error inexcusable, no se encuentra colegida en la normativa ecuatoriana, así como ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional (sentencia N.º 3-19-CN/20, sentencia N.º 964-17-EP/24), a pesar de que producto del debate doctrinario, ha sido considerada como un concepto jurídico indeterminado. Por lo manifestado, debemos recurrir al derecho comparado, tomando como base al derecho español, en el cual se reflexiona que, en función del respeto que se debe a la independencia del poder judicial, el análisis de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales, debe ser realizado por el sistema de recursos y el régimen legal de la responsabilidad penal y civil.

Es decir, en el derecho español se piensa que, el análisis de la actividad judicial y el hecho de poder establecer la existencia de error judicial, no debe ser considerado como tarea de un órgano administrativo. Ahora bien, en lo referente al sistema de recursos, este se plantea con el fin de que el control de las actuaciones llevadas adelante por los jueces, esté a cargo de otros jueces, de mayor jerarquía, y de tribunales.

En el caso de Ecuador, la Constitución de la República, en su disposición normativa contenida en el artículo 181, reconoce al Consejo de la Judicatura como el órgano al que se le atribuye como competencia el poder para sancionar a los jueces ecuatorianos de la siguiente forma serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley, el “3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como, su evaluación, ascensos y sanción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.181).

Sin embargo, es menester recalcar que, la competencia otorgada al Consejo de la Judicatura es la sanción de las actuaciones judiciales, sin que esto implique que la determinación de este último, sea también competencia del Consejo, pues, al igual que en el derecho español, la legislación ecuatoriana establece que, la determinación de error judicial, le compete a los jueces y tribunales superiores. Esto ha quedado claro en la sentencia N.º 3-19-CN/20 cuando la Corte Constitucional ha indicado que:

La Constitución no habilita al CJ a ejercer competencias jurisdiccionales. Por ello, es claro que este organismo de administración de la Función Judicial no puede declarar por sí mismo la existencia de dolo, la manifiesta negligencia o el error inexcusable a los que se refiere el artículo 109 numeral 7 del COFJ en ningún caso. Esta declaración solo pueden realizarlo quienes tienen jurisdicción y conocen la causa vía algún recurso, es decir los jueces y tribunales. En consecuencia, cualquier intervención de este tipo en las causas judiciales por parte del CJ constituye una violación del principio constitucional de independencia judicial (Sentencia N.º 3-19-CN/20,2020, párr.93).

En ese mismo orden de ideas, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 10 establece sobre los principios de unidad jurisdiccional y gradualidad que “la administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituye instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art.10). De igual forma, el mismo cuerpo normativo, en su artículo 131 sobre las facultades correctivas de las juezas y jueces que, a fin de observar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, las juezas y jueces deben:

3. Declarar en las sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación, el dolo, la negligencia manifiesta y/o el error inexcusable de las y los jueces, fiscales, o defensores públicos, y comunicar al Consejo de la Judicatura a fin de que dicho órgano

sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones.

De forma similar se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia N.º 3-19-CN/20 cuando ha indicado que debe existir siempre una declaración jurisdiccional motivada de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, la que debe ser efectuada por el juez o tribunal superior que conoce el recurso, mientras que en procesos de única instancia debe hacerlo el juez orgánicamente superior, en caso de garantías jurisdiccionales, debe hacerlo el tribunal de nivel superior y en caso de autoridades de última instancia, la Corte Constitucional (Sentencia N.º 3-19-CN/20), lo que también se recoge por parte del Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 190.1, 109.2, 109.3, y 109.4.

En conclusión, sabemos que la determinación de un error judicial no es competencia de un órgano administrativo en el caso ecuatoriano; sin embargo, esta no es la única razón. Así, en el Ecuador, la carta fundamental instituye que los vocales del Consejo de la Judicatura, órgano de control y disciplina de la Función Judicial, no deben, necesariamente, ser abogados, es decir, este órgano de administración puede estar conformado por personas que nada tienen que ver con el derecho. De esto podemos colegir que, en el caso hipotético en el que se permitiera al Consejo determinar la existencia de error judicial, se estaría confiando tan importante competencia, a personas que muy probablemente no cuentan con los conocimientos y competencias jurídicas necesarias para valorar las decisiones a las que llegaron los jueces. De esta forma, en el Estado ecuatoriano, la independencia de la Función Judicial, está tan garantizada, al punto de no permitir que los otros poderes del Estado intervengan en las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales, esta independencia se extiende, también, en referencia a los propios órganos del poder judicial.

No obstante, la independencia externa de la que goza el poder judicial, no debe ser considerada como permiso para que los jueces actúen de forma arbitraria, pues el límite a las actuaciones y decisiones de estos se encuentran traducidos en los Tratados e Instrumentos Internacionales, la Constitución y la ley, es decir, todas las

decisiones que sean adoptadas por los juzgadores deben siempre fundamentarse en derecho.

De esta forma, concluimos que la independencia reconocida a los juzgadores está asociada a la responsabilidad, de ahí que, cuando un juez incurra en una actuación cuyo resultado sea el incumplimiento de sus deberes o la adopción de una decisión que no está apegada a derecho, deberá responder administrativa, penal y civilmente. Se deja, pues, de manifiesto el balance y equilibrio que debe existir entre responsabilidad e independencia, una institución en contraposición de la otra. La independencia, de la que nunca debe sobrevivir la arbitrariedad y la responsabilidad que nunca puede utilizarse para vulnerar la independencia de los juzgadores.

En Ecuador, la relación equilibrada entre la independencia y la responsabilidad se ve afectada, esto, en los casos en los que se deba determinar la existencia de un error judicial, pues, como bien se manifestó en líneas anteriores, la tipificación de error judicial, en la legislación ecuatoriana, es indeterminada, incluso su concepción es deficiente en función del nivel teórico. De esta forma, la mejor manera para poder establecer el error judicial, es tomando como principal fundamento los supuestos de hecho de los que nos provee la doctrina, así también, es menester considerar con diligencia los hechos concretos de la situación.

Consiguientemente, debido a la indeterminación del concepto de error judicial, previo a la determinación de un error judicial, se debe tener en consideración los principios básicos de la independencia del poder judicial⁷, así como a los estándares que se ponen de manifiesto a través de las decisiones y resoluciones adoptadas por la Corte Interamericana, siendo estos:

⁷Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

1. La imperante necesidad de la instauración de normativa precisa, tendiente a regular todos los aspectos referentes al error judicial inexcusable.
2. La competencia para determinar la existencia de error judicial, debe ser otorgada a un órgano judicial, pues un órgano administrativo no puede ni debe hacer a las decisiones judiciales sujeto de revisión.

Frente al error judicial inexcusable, el Consejo de la Judicatura ha cumplido con las funciones dadas por el marco normativo y constitucional, esto pese a la dificultad que se ha dejado sentada respecto de la determinación de los elementos constitutivos de esta falta disciplinaria. Lo otro hubiere significado la impunidad de actuación de los jueces, que al igual que los demás servidores públicos se someten a la Constitución y a la ley en el ejercicio de sus actividades, tanto más que en el ámbito internacional se reconoce que la estabilidad no es un derecho absoluto y que debe, necesariamente regularse por cada ordenamiento jurídico nacional para fines del servicio de justicia y el fortalecimiento institucional.

8. Teorías que sustentan el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado

8.1 Teoría de la falta de servicio

La responsabilidad del Estado por la falta de servicio se ajusta cuando, en definitiva, el servicio no funcionó, funcionó mal o con retraso, debiendo apreciarse la relación de causalidad entre la mala organización del servicio y el daño causado, por lo que debe responder por los daños sufridos administrados por las personas, sin necesidad de probar la culpabilidad del funcionario. Para la adopción de la declaración de responsabilidad estatal, se indica que debían darse los siguientes presupuestos conforme al criterio de Candela (2014):

- a) Ausencia o fallo de un servicio o administración por omisión, retraso, irregularidad, ineficacia o falta de servicio. Esto no es culpa de un agente administrativo, sino de un servicio o de una administración anónima.

- b) De lo anterior se desprende que la administración actuó o no actuó, por lo que se excluye la actuación del agente, no relacionado con el servicio, realizado como simple ciudadano.
- c) Un daño que implique una lesión o un perjuicio patrimonial protegido por la ley, ya sea civil, administrativa, etc., con características generales basadas en el derecho privado de los daños indemnizables, como que sea cierto, definido o determinable, etc.
- d) Una relación de causalidad entre la ausencia o fallo de la administración y el daño causado, sin la cual, aunque se pruebe la ausencia o fallo del servicio, no habrá indemnización.

La teoría de la falta de servicio contiene varias hipótesis que incluyen la negligencia de los empleados o sus dependientes, o el mal ejercicio del poder de policía. Esto proporcionó un amplio apoyo normativo a la institución para sostener el supuesto de que el Estado debe, en su caso, responder patrimonialmente (Galdós, 2000).

La responsabilidad de la administración no debe ser siempre objetiva, sino que sólo en casos excepcionales, en los casos directa y típicamente previstos por las normas reglamentarias y dirigidos al funcionamiento anormal de los servicios públicos (como sinónimo de actividad administrativa), debe significar la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la administración, la misma acción administrativa. Ahora prevalece una visión objetiva para incurrir en culpa, basta con infringir la norma objetiva de cuidado. El comportamiento realizado se compara con el modelo de comportamiento resultante de la norma especificada. Esta culpa objetivada, que es sin duda la "Faute de service" francesa, también se ha colocado en la responsabilidad extracontractual de la administración pública (Candela, 2014).

El prestador del servicio público debe cumplir con las condiciones necesarias para alcanzar un determinado objetivo y es responsable de los daños causados por su incumplimiento o su incorrecta actuación. Para su configuración, es necesario que la prestación sea defectuosa, tenga carácter objetivo y directo, y no tenga en

cuenta la culpabilidad o inocencia de sus agentes, es decir, que sus funcionarios cumplan indebidamente las obligaciones legales que tienen asignadas, lo que implica atribuir implícitamente al funcionario el carácter de "órgano público". Los órganos y funcionarios del Estado deben ser los principales y directos responsables de las consecuencias perjudiciales causadas.

8.2 Teoría del riesgo excepcional

La teoría del riesgo excepcional, que determina que el Estado asume la responsabilidad siempre que, en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio destinado al beneficio de la sociedad, utilice medios o recursos que pongan a los controlados, ya sea en sus personas o en sus bienes, en una situación en la que estén expuestos a un riesgo de carácter excepcional, que, dada su particular gravedad, exceda claramente los costos que usualmente deben asumir las empresas en compensación por los beneficios derivados de la realización de la obra o de la prestación de un servicio (Arbeláez y Sánchez, 2010).

Téngase en cuenta que, en el aspecto relacionado con el riesgo y las actividades peligrosas, la jurisprudencia del Consejo de Estado anterior a la Constitución política de 1991, tenía imprecisiones conceptuales en relación con su aplicación, un ejemplo, es la teoría del riesgo que se introdujo en 1984, tomada únicamente para los daños causados por el servicio de energía eléctrica. En otros casos, donde la actividad peligrosa era evidente, no se aceptaba la teoría del riesgo, sino que estas acciones eran formuladas por este máximo tribunal en la llamada teoría del incumplimiento presunto, considerando que en cuanto el daño era causado por dicha actividad peligrosa, ocurría que el incumplimiento se presumía en contra del Estado, y este debía desvirtuar esa presunción probando que el daño no era resultado de su actuación negligente o inoportuna (Arbeláez y Sánchez, 2010).

Por otro lado, la teoría del riesgo excepcional se basa en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y en la no obligación de soportar los gastos públicos que surgen cuando el Estado, en el desarrollo de la obra pública o en la prestación de los servicios a su cargo, utiliza determinados recursos que, aun siendo necesarios para su funcionamiento, exponen a las empresas a un riesgo particular

o especial que es mayor o superior al que normalmente se debe tolerar; en este caso, la obligación del Estado es la de resarcir el daño causado como compensación de los beneficios recibidos como consecuencia de la obra realizada o de los servicios prestados.

Las condiciones necesarias para estructurar la responsabilidad por riesgo excepcional, como el desarrollo de un trabajo o servicio público en el que la administración utiliza recursos o medios que ponen a las empresas o a su patrimonio en una situación expuesta a un riesgo que, dada su gravedad, excede de la carga que normalmente soportarían los ciudadanos, a cambio de los beneficios que les reporta la actividad o el servicio. Si el riesgo así creado por la administración se materializa, se le indemnizará por el daño.

Esta creación de riesgo excepcional puede generarse en virtud de la llamada operación administrativa, que consiste en el desarrollo de una decisión de la administración con su posterior ejecución práctica, de lo que se desprende la siguiente cuestión: si un funcionario corrigió su conducta conforme a la ley, pero se produjo un daño patrimonial o a la vida de un ciudadano sin extralimitarse en sus funciones, ¿debemos hablar no de responsabilidad, sino de la obligación de indemnizar el daño? Esta cuestión debe ser decidida por el operador jurídico, teniendo en cuenta todos los aspectos reales del comportamiento del representante del Estado (Arbeláez y Sánchez, 2010).

En estas condiciones, la responsabilidad del Estado por el riesgo excepcional se formará, como creyó el órgano administrativo supremo, en los casos en que el daño se produce como resultado de la realización de un riesgo legalmente creado por el Estado.

Además, se señaló que, si bien el uso de objetos peligrosos o la realización de actividades riesgosas implican un riesgo potencial, cierto y permanente para la vida y la integridad de las personas, este es aceptable en la sociedad debido a los beneficios generales que estas actividades representan y siempre queda reducido

por mecanismos de seguridad efectivos y acordes con los avances tecnológicos disponibles.

8.3 Teoría de la ruptura del principio de igualdad o proporcionalidad frente a las cargas públicas

Para la doctrina clásica, esta era la consagración de la responsabilidad sin culpa de la administración por la violación de la igualdad ante los deberes públicos, que es una de las expresiones del principio de igualdad ante la ley. Al respecto, este principio:

Sienta las bases de la responsabilidad sin culpa de las figuras públicas cuando éstas imponen cargas especiales a determinados miembros de la comunidad en nombre del interés común. Esto explica y justifica la necesidad de pagar una indemnización: el pago de esta indemnización restablecerá la igualdad perdida (Saavedra, 2020, p.54).

La doctrina reconoce, por tanto, la autonomía del principio de violación de la igualdad ante los deberes sociales, pero solo como uno de los motivos de responsabilidad sin culpa, y no como el motivo de toda la responsabilidad, tal como han sostenido algunos autores modernos (Saavedra, 2020). Este régimen particular de responsabilidad debe su originalidad al hecho de que regula las hipótesis de que el daño no es accidental, a diferencia de la responsabilidad por riesgo, en la que el daño es el resultado de un conjunto de circunstancias desafortunadas, producidas como no podían hacerlo.

Para fundamentar técnicamente la responsabilidad del Estado por violación del principio de igualdad ante los deberes públicos, es necesario que este realice actividades que sirvan a los intereses de la sociedad. Con el desarrollo de esta actividad, que es el objetivo principal de la actuación del Estado, es posible que se produzcan daños menores o colaterales (Saavedra, 2020).

En la medida en que estos daños no superan el ámbito normal de las contingencias sociales, no dan derecho a ninguna indemnización o compensación. Es necesario que sean de carácter especial y anormal, afecciones siempre

conjuntas y no previsibles, por ejemplo, las que se forman por falta de mantenimiento o como consecuencia de riesgos concretos. Se trata, en definitiva, de "víctimas" impuestas indirectamente por la acción del Estado y que suponen, para quienes las soportan, una violación del principio general de igualdad ante la ley. En la medida en que el bien público se nutre de las contribuciones de todos los contribuyentes a través de los impuestos, la restitución es una forma de hacer recaer sobre todos ellos la carga del daño ilícito y de restablecer así la igualdad sacrificada.

No se trata, pues, de obligaciones indemnizatorias, que se imponen sólo por razones de justicia, sino del verdadero derecho de la víctima, basado en estrictas consideraciones de derecho positivo y, en particular, en el artículo 13 de la Constitución. Y por ello, no es razonable ni lógico recurrir al principio de igualdad ante la acusación pública para justificar la responsabilidad del Estado, que realmente corresponde al hecho de un tercero.

Como demuestra la jurisprudencia, la aplicación del principio se limita a una determinada clase de actos: los actos individuales o generales o las decisiones de un órgano administrativo, así como los actos normativos, cuya creación o aprobación requiere la actuación del Parlamento, como las leyes y los tratados. Además, el derecho a la reparación no está simplemente condicionado al perjuicio. El daño debe ser tanto "especial" como "anormal" (Saavedra, 2020).

Particular, es decir, que afecte solo a determinados miembros del ente público, porque de lo contrario no habría violación de la igualdad de todos ante las cargas públicas. Anormal, es decir, capaz de alcanzar un cierto grado de significación, porque los miembros de la colectividad deben soportar gratuitamente las molestias e inconvenientes habituales de la vida en sociedad o inherentes a la realización de sus actividades, como condición inevitable de las mismas.

9. Responsabilidad del Estado ecuatoriano por error judicial

Para reclamar los daños y perjuicios causados por un error judicial, se recurre a la vía penal ordinaria y se interpone un recurso de casación. A estos efectos, quien conoce y resuelve el recurso de revisión es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo,

es decir, en este caso, se anuncia la anulación o modificación de la sentencia o en su caso corregido. Si la Sala Penal Especializada mediante una resolución anuncia la anulación de la resolución sometida a revisión y dicta una resolución de excarcelación del condenado; entonces, desde el punto de vista de este estudio en todos estos casos, dicha resolución anulada equivale a declarar el daño causado, en otras palabras, equivale al título de imputación en el que el perjudicado basará sus pretensiones de indemnización y rehabilitación.

Pero, hay que tener en cuenta que no en todos los casos de modificación de la sentencia por la vía del recurso de revisión, cabe la responsabilidad del Estado, como parece indicar la norma constitucional. Dicha responsabilidad y la posterior rehabilitación e indemnización de la víctima por parte del Estado debe depender no solo de la modificación de la sentencia revisada, sino, sobre todo, de que se pruebe la imputación al Estado de un daño indebido, al particular.

Como se ha comprobado, la Constitución de 2008 establece la reparación integral como un derecho y un principio por el cual las personas cuyos derechos han sido afectados reciben del Estado todas las medidas necesarias para compensar los daños causados como consecuencia de dicha violación. Así lo establece el Art. 11, N° 9 CRE:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos (Art. 11).

Esta responsabilidad de carácter general se concreta en un error judicial relacionado con un deficiente servicio público de justicia, aspecto que también se menciona en la Ley de Tribunales, que caracteriza a la administración de justicia como un servicio público en el Art. 15, que dice:

La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la constitución y la ley. En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso (Art. 11).

Este cambio constitucional se da en respuesta a la denominación del Ecuador, estableciéndolo como un Estado constitucional de derechos y de justicia social, cuyo objetivo principal no solo debe limitarse a garantizar la observancia de los derechos constitucionales, sino que debe ir más allá y avanzar hacia el establecimiento de medidas conducentes a reparar la situación de la víctima de una violación del derecho. Con lo cual se logra el objetivo de las garantías constitucionales de protección efectiva e inmediata de los derechos reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

No es posible reconocer que los términos "indemnización integral" e "indemnización por daños y perjuicios" tengan el mismo significado, pues en este caso la garantía prevista en la CRE y el desarrollo anticipado de los derechos en sí mismos, no tendrían un significado claro, ya que la indemnización por daños y perjuicios siempre tiene, y así se entiende, su carácter o función material. El resarcimiento debería tener un significado diferente al de la indemnización, puesto que, mientras esta última implica tradicionalmente una compensación monetaria, la primera puede adoptar diversas formas de realización.

Capítulo III

**Error inexcusable en las
resoluciones del Consejo
de la Judicatura:
su incidencia en la
independencia judicial**

1. El error judicial y el error inexcusable en las resoluciones del Consejo de la Judicatura

1.1 Definición.

En apartados anteriores, se ha manifestado concepciones referentes a lo que entendemos por error judicial, por lo que, es necesario especificar que, en el presente título, se hará alusión a la concepción de error judicial desde la opinión del Consejo de la Judicatura ecuatoriano, tomando como base las decisiones sancionatorias que este órgano administrativo ha adoptado. Luego de eso, identificará su variante específica que se conoce como error inexcusable para enfocarnos en esta última. Uno de los principales significados de error judicial inexcusable, que ha sido establecido mediante la resolución MOT-086-UCD-012-MEP de un proceso administrativo llevado adelante por Consejo de la Judicatura ecuatoriano, que instituye:

El error judicial, por su propia naturaleza, es atribuible al juzgador más que a cualquier otro servidor judicial. Por otra parte, el error judicial, en sentido estricto se produce exclusivamente cuando se comete en un acto formal de la administración de justicia. Para que se configure el error inexcusable, es necesario que una norma jurídica legítima que, a su vez, contenga una obligación clara, inequívoca y prescriptiva y que el juzgador conociéndola o teniendo la obligación jurídica de conocerla, actúa de forma abiertamente contraria, sin motivar satisfactoriamente dicho desacato (Resolución MOT-086-UCD-012-MEP, 212).⁸

De la definición citada, se desprende que, la misma hace alusión a la individualización plena, de quien sería el sujeto activo en el error judicial. El juez es quien responderá, penal, civil o administrativamente, por la infracción, error judicial, en el que incurra. De ahí que esta definición, afirma que el error judicial siempre va a devenir de una deficiente actividad jurisdiccional, pensamiento que puede ser

⁸ Expedientes disciplinarios: MOT-677-UCD-013-FR, MOT-0126-SNCD-2014-AB, MOT-190-UCD-013- MEP, D-0879-UCD-2013-PM.

calificado como cierto; sin embargo, en líneas posteriores, el Consejo de la Judicatura menciona que, el error inexcusable consiste en dejar de aplicar una disposición jurídica que contiene una obligación clara, inequívoca y prescriptiva sin que exista la argumentación debida.

En lo que a esta segunda afirmación respecta, se debe tener claro que, de manera general, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, mismo que se exterioriza mediante cuerpos normativos, son escasamente característicos, es decir, pocas disposiciones normativas contienen una obligación precisa, incuestionable y a la que le corresponda una única interpretación, por lo que fácilmente se pueden dar aplicaciones discrecionales en varios casos por parte de los jueces. Por otro lado, en resolución No. MOT-620-UCD-011-PM, el Consejo de la Judicatura determina:

Es importante señalar que el error judicial, en sentido estricto, se produce exclusivamente cuando el mismo se comete en un acto formal y materialmente jurisdiccional, que, a su vez, puede ser de iure o de facto. El de iure se produce cuando el juzgador se aparta considerablemente de las reglas que para el efecto se establecen en los ordenamientos jurídicos, o bien, cuando dicta una resolución contraviniendo, de cualquier forma, una o varias normas jurídicas vigentes. En cuanto al error judicial de facto se produce cuando el juzgador cambia los hechos materia de la litis, o altera cualquier otro hecho relacionado con las actuaciones del juicio (Resolución N.º MOT-620-UCD-011-PM).⁹

En lo que a esta definición respecta, debemos manifestar que, al igual que en la concepción que precede, el sujeto activo del error judicial se encuentra individualizado, lo nuevo que trae a colación la definición es la clasificación que se hace entre el error de derecho y el error de hecho. El primero, hace referencia a la actuación contraria del juzgador, frente a lo que una norma prescribe, lo que ya se

⁹ Expedientes disciplinarios: MOT-190-UCD-013-MEP, D-0879-UCD-2013-PM

ha hecho mención en párrafos anteriores. El error de facto, por el contrario, se refiere a los elementos fácticos en los que se centra la Litis. La infracción se comete cuando los hechos son alterados o sufren una modificación a cargo del juzgador, es decir, cuando el juez hace una interpretación no diligente de los hechos. Ahora bien, el autor Hernández Terán, es muy explícito explicar y ejemplificar el error inexcusable y se expresa diciendo:

Ahora bien, hay cierto nivel de error judicial que por su crudeza no pasa ni puede pasar desapercibido; es el llamado error inexcusable. Es decir, aquel error que, por su total evidencia, carácter manifiesto, la claridad de descuido que refleja, la ignorancia extrema que supone, la desidia que implica, la inconsciencia de su autor, lo absurdo de la “interpretación”, la flagrancia de la violación a la norma jurídica pertinente; la extracción de significados absurdos de las normas jurídicas, o conducentes a conclusiones absurdas; en definitiva, “lo salvaje del error”, no admite justificación razonable a la luz del derecho. Queda claro, pues, que quedan fuera del error inexcusable aquellos casos en que la solución del problema plantea análisis jurídicos profundos, problemas interpretativos complejos respecto de los hechos o del derecho; notable relatividad de la solución a definirse; problemas doctrinarios novedosos o no, aplicación de jurisprudencia que se muestra contraria a la Constitución, a criterio de juez. El error inexcusable es, en definitiva, un error de comisión inexplicable jurídicamente para quien tiene la trascendente misión de hacer justicia. Es algo así como la barbaridad llevada al campo de la actividad judicial; la estupidez judicializada (Terán, 2021, p. 54).

En ese mismo sentido, la sentencia 3-19-CN/20 ha indicado en su párrafo 64 que “de forma general, el error judicial puede entenderse como la equivocación generalmente imputable a un juez o tribunal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y consistente, en sentido amplio, en una inaceptable interpretación o aplicación de normas jurídicas, o alteración de los hechos referidos a la litis. Puede

implicar, dadas ciertas condiciones, no solo la responsabilidad del funcionario judicial sino también del Estado” (Sentencia N.º 3-19-CN/20, 2020, párr.64).

De este error judicial que ha sido conceptualizado, conforme la doctrina nacional, se puede desprender el error inexcusable. Al respecto, Hernández Terán indica que dentro de el error judicial se encuentra una variante que es el error inexcusable, que en suma es especialmente condenable y no tiene perdón (Hernández, 2022), el que es grave y dañino (Sentencia N.º 964-17-EP/22, párr. 79). Por lo expuesto, se puede identificar lo complejo de esta figura, la que tiene especial trascendencia en Ecuador.

2. Tipología del error inexcusable en el marco jurídico ecuatoriano

La tipología del error judicial, en función de la doctrina, jurisprudencia y otras fuentes del derecho es amplia. En el presente apartado, nos ocuparemos de establecer la tipología del error judicial inexcusable, tomando como base cuerpos normativos del marco jurídico ecuatoriano y el desarrollo jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los cuales constan las prerrogativas a fin de establecer dos esferas, tanto en la sustanciación del error como en la decisión adoptada. Siendo así, la sentencia 964-17-EP/22 ha establecido en su párrafo 79 lo siguiente:

El error inexcusable, según dispone la Ley Reformativa del COFJ, consiste, por su parte, en un error judicial “grave y dañino, sobre el cual el juez, fiscal o defensor tiene responsabilidad. Es grave porque es un error obvio e irracional, y, por tanto, indiscutible, hallándose fuera de las posibilidades lógicas y razonables de interpretación de las normas o de apreciación de los hechos (...) es dañino porque (...) perjudica significativamente a la administración de justicia, a los justiciables o a terceros (Sentencia N.º 964-17-EP/22, párr. 79).

2.1 El sujeto activo en el error judicial

La disposición normativa contenida en el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que a la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución por “intervenir en las causas

como jueza, juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable declarados en el ámbito jurisdiccional” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 109). Al citar la precedente disposición normativa, es claro identificar a los juzgadores como sujeto activo de error inexcusable.

Recapitulando, según la normativa ecuatoriana vigente, sabemos que, son sujetos activos de error inexcusable: jueces, fiscales y defensores públicos. Asimismo, es menester identificar las funciones y competencias que tiene cada uno de estos personajes. Los juzgadores son los encargados de llevar adelante las acciones u operaciones jurisdiccionales, que pueden desarrollarse en la sustanciación de las causas o al momento de adoptar una resolución.

Por su parte, los fiscales, son los dueños de la prerrogativa del ejercicio de la acción penal pública, esto de conformidad con lo establecido en la disposición normativa contenida en el artículo 195 de la Constitución de la República, misma que señala que “la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre-procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 195).

De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.

Por último, los defensores públicos están obligados a ejercer la defensa o patrocinio jurídico, de todos aquellos ciudadanos que así lo requieran, por falta de recursos económicos, sin importar la materia. Ahora bien, la necesidad de establecer en qué consisten las funciones de cada uno de los perfiles que pueden

incurrir en el error judicial, se debe a que, en la disposición normativa del artículo 109 se incurre en un yerro, en función de que se confunde la actividad jurisdiccional con las que desempeñan los otros órganos autónomos de la función judicial.

En otras palabras, tanto Fiscalía como la Defensoría Pública, en el proceso judicial, desempeñan un rol como partes procesales y nunca una posición jurisdiccional. Vale precisar, además que, los órganos jurisdiccionales pueden ser pluri o unipersonales, lo que implica que, en caso de que existencia de error judicial, la responsabilidad es atribuible a uno o todos los miembros, en caso de que se tratase de un tribunal.

2.2 El sujeto pasivo

Es claro que, de manera general, el sujeto pasivo de la infracción, es la persona a la cual se le afecta con el error judicial, es decir, quien sufre los efectos perjudiciales que derivan de la actuación judicial. Ahora bien, el rol de sujeto pasivo en una infracción, encierra dos aspectos concretos. Primero, en un aspecto sustantivo, que es a lo que nos referimos en el párrafo anterior, el ser reconocido como la persona afectada por las consecuencias de un error judicial, y, el aspecto adjetivo, que implica que, el ser calificados o definidos como perjudicados o agraviados, nos habilita para poder iniciar la acción necesaria, a fin de que el daño sea reparado.

El COFJ, en su artículo 113, establece las formas mediante las cuales se puede ejercer la acción que luego va a dar lugar a la determinación y sanción del error judicial, indicando que “la acción disciplinaria se ejercerá de oficio o por denuncia. Cualquier persona natural o jurídica podrá presentar denuncia en contra de una servidora o un servidor judicial por actuaciones que vayan en contra de sus deberes y obligaciones que constituyan infracción leve, grave o gravísima” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art.113). Como se observa, podrán presentar denuncia escrita cualquier persona, sea natural o jurídica, así como colectivos, entre estos, grupos de personas, pueblos o nacionalidades, que consideren mantienen un interés directo en la causa que pretenden impulsar.

2.3 Verbo rector

Para abordar este tema, debemos comenzar distinguiendo que, el error judicial inexcusable puede ser resultado de la acción u omisión del servidor judicial, esto a pesar de que la disposición normativa en la que se determina el verbo rector, que debe verificarse a fin de poder establecer la existencia de la infracción, habla únicamente de “intervenir”.

Aclarado este punto, debemos centrar nuestra atención en la disposición normativa del cuerpo legal aplicable indica así, el artículo 109 numeral 7 del COFJ, como se dijo al inicio de este apartado, reconoce un verbo rector, intervenir, situación que es importante dentro de su desarrollo.

Recurriendo a la semántica, sabemos que intervenir significa: tomar parte en un asunto, participar, operar, curar, entre otros (Real Academia Española, 2020). De lo analizado, podemos establecer que ~~que~~ existe cierta complejidad a la disposición normativa. Sin embargo, es evidente que al verbo intervenir le hace falta ser dotado de contenido, en lo referente a la función que desempeña el órgano jurisdiccional.

Otro yerro que se puede observar en el artículo 109 numeral 7 del COFJ, es que, se establecen que los dos elementos subjetivos de la infracción, siendo estos el dolo o la negligencia manifiesta, son sinónimos, aun cuando cada uno de ellos mantiene significación y rasgos específicos.

2.4 Elementos normativos o valorativos

Cuando en materia y en función de la técnica legislativa se trata de resolver el error judicial, se pone de manifiesto un problema, sobre todo cuando se trata de describir la infracción disciplinaria. Este problema tiene relación directa con el empleo del adjetivo “inexcusable” en la tipificación. Se cree que la solución a la dificultad manifestada, se traduce en la importancia de dotar de contenido al término inexcusable, esto puede ser posible desde dos aspectos: descriptivo o normativo.

Un elemento descriptivo es aquel que expresa una realidad naturalística aprehensible por los sentidos. Un elemento normativo por su parte, es aquel que alude a una norma jurídica o social (Mir Puig, 2010). Considerar el elemento

descriptivo o, en su defecto, el elemento normativo, no es suficiente para satisfacer, de manera plena, la definición de inexcusable, porque como se ha mencionado con anterioridad, no existe una definición completa de lo que el error judicial significa, así también, no existe, en la norma, una definición concreta de inexcusable.

Ahora bien, si hacemos una excepción y consideramos al adjetivo inexcusable como un elemento normativo, se entendería que la disposición normativa del COFJ, constituye una norma en blanco, pues operaría la remisión del COFJ a otro cuerpo normativo, sin que esto represente el respeto debido al principio de legalidad y seguridad jurídica. Por último, debemos hacer una diferenciación entre el dolo y la negligencia, pues estos elementos subjetivos, son necesarios a fin de instituir la consumación de una infracción gravísima.

Si recurrimos al marco jurídico ecuatoriano, tenemos que el dolo, se encuentra especificado en el artículo 6 de la Ley reformativa al Código Orgánico Integral Penal, mismo que establece: “actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Con respecto a la negligencia, debemos recurrir a una norma supletoria como lo es el Código Civil, este cuerpo normativo en su disposición normativa del artículo 29, reconoce tres especies de culpa o descuido, en la primera clasificación, se hace constar la negligencia grave, y declara que la misma consiste en: “no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios” (Código Civil, 2005, art. 29).

2.5 La pena

En el derecho sancionatorio administrativo, la pena debe ser siempre acorde a la proporcionalidad del esquema constitucional. En la legislación ecuatoriana, el error inexcusable se encuentra “tipificado” como una infracción gravísima, cuya sanción constituye la destitución, esto en función de lo determinado en el artículo 109 numeral 7 del COFJ. La proporcionalidad entre la infracción y la pena, es un mandato que se encuentra contemplado en elementos internacionales de derechos

humanos. El Ecuador, en su particular texto normativo, en apego a dichas disposiciones, establece la proporcionalidad de sanciones como una garantía del debido proceso, así se sostiene en el artículo 76 que:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 76).

3. Etiología del error

Cuando hablamos de etiología del error, nos referimos a las causas que originan o podrían originar un error inexcusable. La doctrina, con el objetivo de concretar ciertas causas, pues, generalmente son casi innumerables, ha establecido las siguientes:

En la justificación interna de una decisión judicial; en el encabezamiento de la decisión; en el fundamento de derecho; en el fundamento de hecho; en la construcción de hipótesis fácticas y en la valoración de las pruebas; en el fallo; por ausencia de motivación; respecto de la prisión preventiva; atribuibles al juez; no atribuibles al juez; atribuibles a las partes (Malem, 2008, p.125).

Los errores mencionados en el párrafo anterior, entiéndase que son originados, primariamente, al momento de sustanciación y resolución de una causa. En otras palabras, el reconocimiento del yerro se circunscribe a la decisión del juzgador, la misma que se expresa a través de una sentencia o resolución. Ahora bien, el yerro se puede clasificar dependiendo de la materia, instancias, en función de los sujetos que lo ejecutan, siendo esta última clasificación la que nos interesa. Así: a) abuso de la jurisdicción, atribuible al juez y lo que luego constituye motivo de procesamiento disciplinario; b) abuso del derecho de acción por una de las partes, y objeto de corrección y coerción dentro del proceso por el juez conforme las facultades previstas en los artículos 130 al 132 del Código Orgánico de la Función

Judicial; y, c) abuso en el cumplimiento de deberes específicos por auxiliares o terceros llamados a intervenir en el proceso los que constituye falta disciplinaria conforme el catálogo del COFJ (Louayf, 2020), lo que siempre fue regulado por la ley hasta la promulgación de este cuerpo normativo (Toscano, 2020).

El abuso del derecho ha sido tratado en la doctrina ya como doctrina, ya como teoría del abuso del derecho, en general. O bien como teoría de los actos anti normativos, para describir el ejercicio del derecho de la acción en contraposición al espíritu mismo de la norma, en tanto que, el desarrollo jurisprudencial no siempre ha ido de la mano con la doctrina.

En Ecuador, con posterioridad a la vigencia del COFJ se describió el abuso del derecho en el artículo innominado agregado al artículo 36 del Código Civil, que en su parte literal expresa: “Constituye abuso del derecho cuando su titular exceda irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico” (Código Civil, 2005, art.36).

De lo manifestado, sabemos que el abuso del derecho de acción y el fraude procesal, en esencia, no le son atribuibles al juez porque este no fue quien lo provocó, aunque siempre quedará el margen para discutir hasta qué punto el juez, a través de las facultades jurisdiccionales, pudo controlar estas manifestaciones de las partes en el proceso tanto más que puede rechazar las peticiones, pretensiones, excepciones, reconvenciones, incidentes de cualquier clase que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho, a evidente fraude a la ley, o con notorio propósito de retardar la resolución o su ejecución.

3.1 Diferenciación conceptual entre error y prevaricación: la intención. El error no querido o no negligente es mero error, no ilícito judicial sancionable disciplinariamente o penalmente:

En apartados anteriores de este trabajo, se ha tratado lo referente a la definición del error judicial y error inexcusable, resaltando las diferencias entre el uno y el otro. Sabemos hasta el cansancio que el error judicial en el que un juzgador puede incurrir

siempre le será reprochable a este último, asimismo, la consecuencia directa de la incursión en un error judicial es la resolución injusta en un caso en concreto.

Ahora bien, es necesario considerar también las divergencias que existen entre el error y la prevaricación, esto debido a que a simples rasgos se podría pensar que, en función de los criterios diferenciados que existan en que temas de derecho, podrían ser sujetos de reproche penal; sin embargo, debemos tener claro que, por concepto de complejidad del caso o la materia y las diversas interpretaciones que se les pueda dar a estos, el error en el que pueda incurrir un servidor judicial no constituye de manera obligatoria, un elemento determinante a fin de justificar el cometimiento de un delito de prevaricato.

Previo al análisis de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que debe realizarse, debemos prevenir que casi de manera general, el delito de prevaricato se configura cuando, por parte del servidor judicial, se han ejecutado de manera deliberada, actuaciones de mala fe a fin de hacer creer que se ha incurrido en un error.

Es decir, debe considerarse siempre que un error es algo propio de la persona; sin embargo, a pesar de que este genere consecuencias, en su mayor grado perjudiciales para los implicados, la responsabilidad en el ámbito penal debe ser expuesta únicamente cuando se pueda comprobar que, ciertamente el error es delictivo. Para que un error judicial se traduzca en el delito de prevaricato, debe poder demostrarse o al menos existir indicios suficientes que den cuenta de la intención perversa con la que ha obrado el juzgador, es decir, es indispensable que se ponga de manifiesto el ánimo del juez para vulnerar la ley a través de su decisión o fallo. En el marco jurídico ecuatoriano, el prevaricato se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, la disposición normativa del artículo 268 que establece:

Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho y los fiscales que resuelvan, dictaminen o fallen contra ley expresa, en perjuicio de una

de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años. Si se ha beneficiado a integrantes de un grupo de delincuencia organizada, se cometiere en procesos de delitos contra la eficiencia de la administración pública, de delitos contra de las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario durante conflicto armado interno, los delitos cometidos en el marco del conflicto armado y conexos, o en perjuicio de grupos de atención prioritaria, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años. Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán inhabilitadas o inhabilitados para el desempeño de la profesión de abogado y para el ejercicio de un cargo público por el doble de la pena impuesta (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 268).

Como se observa en el texto citado, para que un juzgador incurra en el delito en mención, es necesario que, en juicio, se demuestre que el fallo que haya emitido, vaya o proceda contra de ley expresa, causando perjuicio en una de las partes, situación que debe justificarse de forma adecuada. En ese mismo sentido, los artículos 109.1, 2, 3 y 4 del Código Orgánico de la Función Judicial respecto de: a) las etapas del procedimiento, b) las normas para el procedimiento disciplinario, c) los parámetros mínimos para la declaratoria de error inexcusable, y d) los criterios mínimos para la resolución por dolo, negligencia o error inexcusable indican lo siguiente: el artículo 109.1, textualmente señala que el procedimiento disciplinario por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable implicará, en todos los casos, las siguientes etapas diferenciadas y secuenciales:

1. Una primera etapa integrada por la declaración jurisdiccional previa y motivada de la existencia de dolo, manifiesta negligencia y/o error inexcusable, imputables a una jueza, juez, fiscal o defensora o defensor

público en el ejercicio del cargo; 2. Una segunda etapa, consistente en un sumario administrativo con las garantías del debido proceso ante el Consejo de la Judicatura por la infracción disciplinaria. La declaración jurisdiccional previa de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, será siempre adecuadamente motivada. El sumario administrativo correspondiente garantizará el debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa de la o el funcionario judicial sumariado, así como el deber de motivación de estas decisiones por parte de las autoridades judiciales y administrativas (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 190.1).

En ese mismo sentido, el artículo 109.2 sobre las normas para el procedimiento disciplinario por dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable indica que el Consejo de la Judicatura dará inicio al sumario administrativo cuando, en virtud de la interposición de un recurso, la jueza, el juez o tribunal consideran que existió dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable por parte de la juez o juez que conoció la causa en un inicio y, por tanto, en cumplimiento de su obligación de supervisión y corrección, comunica al Consejo de la Judicatura a fin de que este organismo ejerza el correspondiente control disciplinario, conforme con los artículos 131 número 3, 124 y 125 de este Código. La declaración jurisdiccional previa, constituirá condición suficiente para que el Consejo de la Judicatura inicie el sumario correspondiente (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 190.2).

De igual forma, la misma norma señala que en procesos de única instancia, la declaración jurisdiccional deberá realizarla la o el juez del nivel orgánicamente superior. En el caso de las y los jueces y las y los conjuces nacionales, la declaratoria deberá realizarla el Pleno de la Corte Nacional. En procesos de garantías jurisdiccionales constitucionales, la declaratoria jurisdiccional deberá realizarla el tribunal del nivel inmediato superior que conoce el recurso de apelación y, en el caso de las autoridades judiciales de última instancia, la Corte Constitucional. La declaratoria jurisdiccional previa de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable también podrá ser emitida por los jueces

que conozcan el respectivo juicio contra el Estado por inadecuada administración de justicia, regulado en el artículo 32 de este Código. En el caso de las y los fiscales y de las y los defensores públicos se aplicarán las mismas reglas que corresponderían a la jueza o el juez ante el cual se produjo la presunta falta disciplinaria, por lo cual la declaratoria previa la realizará el tribunal jerárquico superior de la jueza o el juez (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 190.2).

En ese mismo sentido, en los casos de denuncia por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, deberá dictarse siempre y necesariamente una declaración jurisdiccional previa por parte del juez o tribunal que conoce la impugnación respectiva. El Consejo de la Judicatura se limitará a requerir esta declaración jurisdiccional sobre la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, sin expresar por sí mismo, criterio alguno sobre la real existencia o naturaleza de la falta. Para este efecto el Consejo de la Judicatura requerirá a la o el presidente de la Corte Provincial de Justicia o a la o el presidente de la Corte Nacional de Justicia, según el caso o jerarquía orgánica superior, sortee un tribunal especializado o afín de la materia de la queja o denuncia para que emita la declaración previa requerida. Si la parte denunciante no adjunta la referida declaración jurisdiccional o la o el juez o tribunal no la dictan, la denuncia será archivada. En ningún caso, la denuncia será tramitada, de manera directa, por el Consejo de la Judicatura, sin la declaración jurisdiccional señalada en este artículo (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 190.2).

Por último, la norma citada, sostiene que el Consejo de la Judicatura no requerirá de la declaración jurisdiccional previa para el ejercicio de la acción disciplinaria respecto a otras infracciones establecidas en esta Ley. El control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y el desempeño de las y los servidores judiciales en tanto funcionarias y funcionarios públicos. Por esta razón, aun cuando exista una declaración previa por parte de un órgano jurisdiccional, el Consejo de la Judicatura analizará y motivará, de forma autónoma, la existencia de una falta

disciplinaria, la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 190.2).

De la misma forma, el artículo 109.3.- recoge los parámetros mínimos para la declaración judicial de error inexcusable, afirmando que se deberán verificar los siguientes parámetros mínimos:

1. Que el acto u omisión judicial que se imputa como error inexcusable sea de aquellos errores judiciales sobre los cuales no se puede ofrecer motivo o argumentación válida para disculparlo.

2. Que el acto u omisión judicial que se imputa como error inexcusable no se trate de una controversia derivada de diferencias legítimas, e incluso polémicas, en la interpretación o aplicación de disposiciones jurídicas.

3. Que el acto u omisión judicial que se imputa como error inexcusable cause un daño efectivo y de gravedad al justiciable, a terceros o a la administración de justicia. Esta declaración judicial, por tanto, será realizada con la mayor seriedad y responsabilidad y permitirá escuchar a la o el servidor judicial; adecuadamente motivada; tramitada con prontitud e imparcialidad; y, de acuerdo con el procedimiento pertinente. Este procedimiento incluirá en esta etapa, la debida confidencialidad, a menos que la servidora o el servidor judicial soliciten lo contrario. No es indispensable que el acto cause ejecutoria y sea inimpugnable (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 190.3).

Por último, el artículo 190.4 sobre los criterios mínimos para la resolución por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable indica que la resolución administrativa emitida que sancione a una o a un servidor judicial en aplicación del artículo 109 número 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, contendrá como mínimo:

1. Referencia de la declaración jurisdiccional previa de la existencia de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable;

2. El análisis de la idoneidad de la o el servidor judicial para el ejercicio de su cargo;
3. Razones sobre la gravedad de la falta disciplinaria;
4. Un análisis autónomo y suficientemente motivado respecto a los alegatos de defensa de las o los servidores sumariados;
5. Si es el caso, la sanción será proporcional a la infracción. La resolución del Consejo de la Judicatura no afecta lo resuelto jurisdiccionalmente, puesto que esta solo involucra la responsabilidad administrativa de la o el servidor judicial (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 190.4).

A efectos de transparencia y publicidad, todas las resoluciones administrativas del Consejo de la Judicatura que resuelvan sobre la aplicación del artículo 109 número 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, serán accesibles y publicadas en la página web del Consejo de la Judicatura (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 190.4).

3.1.1 Análisis de la Sentencia No. 3-19-CN/20 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador

Con fecha 29 de julio del año 2020 se ha expedido la sentencia No. 3-19-CN/20, en respuesta a una consulta realizada por uno de los jueces de la unidad judicial civil del Distrito Metropolitano de Quito. El problema jurídico que ha sido resuelto en la sentencia antes dicha, se traduce en determinar si existe o no inconstitucionalidad en el numeral 7 que hace parte de la disposición normativa contenida en el artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial. El apartado mencionado, hace referencia a la facultad dada al Consejo de la Judicatura a fin de que, en los casos que así lo ameriten, pueda imponer como sanción la destitución cuando un juez, fiscal o defensor público, intervenga en causas con dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable.

Los magistrados que han sido consultados, a fin de dar respuesta al requerimiento elevado a ellos por el juez de unidad judicial civil, se han ocupado en

resolver algunos sub problemas, directamente relacionados con la disposición normativa que se entiende inconstitucional. El primer sub problema al que se ha referido la Corte, es el que tiene relación con la independencia judicial y responsabilidad en el de la Constitución ecuatoriana. Es necesario que partamos de la afirmación general que establece que, en un Estado constitucional de derechos y justicia social como lo es el Ecuador, la inamovilidad de los jueces, constituye una garantía que asegura y fija la independencia judicial.

La importancia reconocida a la independencia judicial se encuentra plasmada no solo en textos constitucionales de cada país, sino también en instrumentos internacionales de derechos humanos. El resultado de la transgresión a la independencia judicial, debilita sobremanera a los Estados constitucionales, lo que implicaría, además, el irrespeto a la democracia y a los derechos reconocidos a los ciudadanos de un Estado.

En Ecuador, la independencia judicial se encuentra dotada de una relevancia importante, esto debido a los hechos históricos, políticos y judiciales acaecidos, con los que se ha limitado la independencia tan anhelada y que ha sido mencionada anteriormente, de ahí que, frente a la violación a la independencia judicial se haya establecido responsabilidades de varios tipos. En lo que a la Constitución ecuatoriana respecta, la independencia de la función judicial resalta de tal forma, tanto más cuando se reconoce que los órganos de la función judicial están revestidos de independencia interna y externa. Estas dos formas de independencia son más que necesarias, pues, se cree que solo así se puede garantizar que las personas que activan el sistema de justicia puedan ver realizado su derecho a un juez imparcial e independiente.

Así, también, a la independencia judicial se la entiende como un derecho que se les debe reconocer a los jueces, fiscales y defensores públicos, a fin de que puedan ejercer, de forma óptima, el cargo público con el que se les ha nombrado. De lo manifestado, se puede concluir que, dentro del marco jurídico ecuatoriano, la independencia judicial figura como una garantía al debido proceso; y, en función con la interdependencia, este se encuentra vinculado a otras garantías; así, por

ejemplo: a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, la motivación, derecho a la defensa, etc.

El artículo 172 de la Constitución de la República del Ecuador, combina a la independencia negativa y a la independencia positiva que debe reconocerse en el marco para el ejercicio adecuado de la función judicial. La independencia positiva se pone de manifiesto cuando se le permite al juzgador argumentar sus decisiones de forma autónoma, cuando, además, pueden interpretar la ley. Por otro lado, si nos referimos a la independencia negativa, nos encontramos con la garantía que ampara a los jueces para que puedan decidir y emitir sus fallos son injerencias.

Ahora bien, como se ha dicho en varios apartados de este trabajo, la independencia con la que deben actuar los jueces, no implica que sus actuaciones deriven en algún tipo de responsabilidad cuando, ese actuar, cause un perjuicio para terceros. La responsabilidad a la que deben responder los jueces, constituye el límite a la arbitrariedad o a un posible exceso en la actividad jurisdiccional en la que puedan incurrir.

Se dijo en párrafos anteriores que, la inamovilidad de los jueces responde, de cierto modo, a la independencia judicial; sin embargo, es necesario aclarar que, la estabilidad e inamovilidad de los servidores judiciales, no deben ser consideradas garantías absolutas, pues, los jueces, fiscales y defensores públicos pueden ser destituidos siempre y cuando incurran en faltas realmente graves.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que, la destitución de un juez, tiene cabida únicamente cuando las conductas de los servidores judiciales obedezcan a faltas bastante graves. Cuando se trate de manifestar impericia o negligencia, las sanciones a adoptarse serían sanciones menos rigurosas. Además, la misma Corte ha manifestado que, en los casos en los que deba resolverse la destitución de un juzgador, la decisión siempre debe ser adoptada por órganos competentes e imparciales, a fin de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa, pues la destitución de jueces, siempre que se haga de manera arbitraria, se traduciría en violación a la independencia judicial.

En el caso ecuatoriano, el Código Orgánico de la Función Judicial, contempla la destitución no solo para los jueces, sino también para los fiscales y defensores públicos; en este sentido, debemos manifestar que, tanto la Fiscalía General del Estado como la Defensoría Pública son órganos que gozan de autonomía e independencia interna y externa, tal y como consta en la carta fundamental.

Consecuentemente, los procesos que operen y mediante los cuales se pretende resolver la destitución de estos servidores públicos, también deben estar a cargo y ser dirigidos por un órgano competente, recalando que, tanto fiscales como defensores públicos únicamente se encuentran sometidos a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución y la ley.

La Corte Constitucional, en la resolución que está siendo analizada, ha concluido que, nunca se debe tergiversar la idea original que se tiene de independencia judicial y responsabilidad. Es decir, los procesos disciplinarios que se inicien en contra de jueces, fiscales o defensores públicos, nunca deben utilizarse como instrumento, a fin de que se ponga de manifiesto injerencias o limitantes y así influir en las decisiones adoptadas por estos servidores del poder judicial.

Por lo manifestado, se entiende que el Consejo de la Judicatura juega un papel decisivo en los procesos de control disciplinarios de jueces, fiscales y defensores públicos; sin embargo, el rol que se le reconoce al Consejo de la Judicatura, no es más que meramente complementario, encargándose de crear y establecer condiciones institucionales y administrativas adecuadas, garantizando así la independencia judicial.

En definitiva, para poder asegurar que la actuación del Consejo de la Judicatura, ha sido cumplida cabalmente, es menester que se respete, de manera estricta, el orden jurídico, esto con respecto al juzgamiento de los actos disciplinarios desempeñados por servidores judiciales. Esto último, únicamente se puede conseguir siempre y cuando, en los procesos administrativos disciplinarios que se lleven adelante a manos del Consejo de la Judicatura, se respeten de manera íntegra las garantías básicas del debido proceso, consagradas en el particular texto

normativo. En este caso, una vez que se llevó a cabo la audiencia ante la Corte Constitucional la principal alegación del Consejo de la Judicatura en su defensa fue que:

Es importante que se resuelva sobre la constitucionalidad o no de enunciado normativo, para resolver la acción de protección en el fondo, puesto que la defensa del Consejo de la Judicatura, radicó en que la ley sí le faculta calificar la existencia del error inexcusable y, por tanto, es competente para haber sido sancionado al actor con la sanción de destitución (Sentencia No. 3-19-CN/20, 2020, párr. 15).

Ahora bien, la discusión se centra en la independencia que pueden llegar a tener los jueces, si el Consejo de la Judicatura al momento de resolver sobre una falta grave, puesto que el mismo se convierte en juez y se debe indicar que, si bien los jueces gozan de estabilidad e inamovilidad, estas garantías no son absolutas (Caso Chamba Campos Vs. Ecuador, 2013). Al respecto, el Comité de Derechos Humanos estableció ¹⁰ que, los jueces pueden ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia (Comité de Derechos Humanos, 2007). Asimismo, la Corte IDH ha insistido que “la garantía de inamovilidad implica que la destitución obedezca a conductas bastante graves, mientras que otras sanciones pueden contemplarse ante eventos como negligencia o impericia” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

Sin embargo, atendiendo a la tipificación que hace el COFJ, tenemos que el mismo enuncia una serie de conceptos que describen conductas, pero no se da una definición exacta de las conductas judiciales que se adecúan al dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable, pese que los mismos están descritos en el Código Civil y en el Código Orgánico Integral Penal. Se considera que los mismos resultan vagos, lo cual genera una especie de indefensión y viola el principio de seguridad jurídica, así la CC manifiesta que:

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párrafo 20.

Tanto el juez consultante como varios de los expositores en la audiencia pública convocada para esta causa manifestaron que la norma acusada contiene conceptos jurídicos considerados como indeterminados de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable. Estos conceptos, y en particular el error inexcusable, no están desarrollados ni definidos en el COFJ y, por tanto, según el juez consultante, no constituyen una descripción previa, clara y suficiente de las conductas sancionables (Sentencia N.º 3-19-CN/20, 2020, párr. 39).

3.3.2 Tipificación del dolo, la culpa y el error inexcusable y su relación con los principios de legalidad, seguridad jurídica e independencia judicial:

Algo de lo que ya se ha hablado en algunos apartados de este trabajo de investigación, y que también fue tratado por la Corte Constitucional, hace referencia a que, la disposición normativa del Código Orgánico de la Función Judicial, que contempla y “tipifica” al error inexcusable, se traduce en concepciones jurídicas que no determinan de manera concreta el dolo, la manifiesta negligencia y error inexcusable como tal.

En consecuencia, la norma de la cual se cree su inconstitucionalidad, carece de una descripción clara y suficiente a fin de poder establecer y determinar si una conducta debe o no, ser susceptible de una sanción. Es decir, el no desarrollo de conceptos que atañen al error inexcusable y demás, impide que se pueda considerar o calificar la conducta de un servidor judicial.

Por lo manifestado, la aplicación de la disposición normativa contenida en el número 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, aún con los vacíos que contiene, implicaría la transgresión a principios constitucionales como: legalidad, seguridad jurídica, etc. Esto debido a que no se trata de una normativa penal, en la cual se tenga que desarrollar de manera concreta un tipo penal, es más, la mayoría de legislaciones en la que se contemplan sanciones disciplinarias, corresponden a disposiciones sancionatorias abiertas, de ahí que, el órgano encargado de llevar adelante el proceso y de determinar responsabilidades, deba recurrir a una interpretación sistemática de la norma.

Concluyendo, en materia de derecho administrativo y disciplinario, la tipicidad es menos rígida que en materia penal, de ahí que, no necesariamente se deba pensar que, la vaguedad de una disposición normativa sancionadora, implique la transgresión de derechos constitucionales. De forma más amplia, estos tipos que remiten a otros instrumentos normativos para su configuración son muy frecuentes en disposiciones de índole disciplinaria administrativa de diversas clases de organizaciones, además de la administración pública.

En todos estos casos tampoco se configura propiamente una violación de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, sino que se trata de enunciados normativos genéricos que deben ser especificados por el intérprete, siempre mediante la interpretación sistemática de otras normas legales pertinentes, para su aplicación. Como puede apreciarse, la diferencia en la tipificación de las faltas disciplinarias respecto de los delitos penales tiene relación con la diversa naturaleza jurídica y las distintas finalidades de las sanciones en estos dos tipos de infracciones. En las faltas disciplinarias lo que se sanciona es el incumplimiento de deberes y funciones del miembro de una institución; incumplimiento que atenta contra el correcto funcionamiento de esa institución. En la norma penal, en cambio, el Estado de forma exclusiva ejerce su poder punitivo frente a conductas que se consideran lesivas de bienes jurídicos fundamentales.

En el caso específico de la administración pública, el Estado despliega sus facultades sancionatorias a efectos de asegurar que los servidores y servidoras públicas desarrollen sus actividades conforme a los fines de interés público que la Constitución y la ley establecen. Así, el derecho administrativo sancionador y el derecho disciplinario, de forma diferenciada y autónoma, aunque no necesariamente aislada al derecho penal, regulan la determinación de la responsabilidad administrativa a la cual está sujeta todo servidor y servidora pública, según el artículo 233 de la Constitución. Esta diferenciación y autonomía implican ciertas especificidades de tipificación al concretar el principio de legalidad.

En consecuencia, el carácter frecuentemente abierto y menos estricto de los tipos disciplinarios no significa necesariamente la eliminación, violación o

inaplicación del principio de legalidad. El principio de legalidad puede concretarse de forma específica en estas materias y se satisface mediante remisiones pertinentes a otras disposiciones legales, como las relativas a los deberes incumplidos del servidor judicial establecidos en la ley.

En el caso de la disposición bajo análisis y como se señalará más adelante en esta sentencia, la determinación de la gravedad de la falta, la determinación clara de la sanción, la identificación de los sujetos activos de la infracción, el grado de culpabilidad y el debido proceso disciplinario, son algunos de los elementos que ayudan a especificar el principio de legalidad.

La indicación precisa de lo que constituye una falta disciplinaria para efectos de aplicación del artículo 109 numeral 7 del COFJ, incluye que esta disposición, para ser conforme a la disposición constitucional de legalidad, debe además siempre concretarse con la valoración de la conducta específica de los jueces y juezas que eventualmente hayan quebrantado deberes funcionales claros y expuestos que la Constitución, el COFJ, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) y el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) les imponen al intervenir en procesos judiciales.

Precisamente, la Corte determina que la aplicación del artículo 109 numeral 7 del COFJ debe siempre complementarse con el examen que realice el Consejo de la Judicatura de los principales deberes, prohibiciones y facultades de los jueces, fiscales y defensores públicos, establecidos en los artículos 75 a 82 de la Constitución, en el artículo 130 del COFJ (en el caso de los jueces y juezas), en el artículo 444 del COIP (en relación a los y las fiscales) y 286 del COFJ (para el caso de las defensoras y defensores públicos).

Las especificidades del derecho disciplinario y del derecho administrativo sancionatorio de modo alguno constituyen o pueden constituir una justificación para quebrantar los derechos constitucionales de protección y, en particular, el principio de legalidad, establecido en el artículo 76 numeral 3 de la Carta Fundamental, el cual se aplica con estas especificidades también en materia administrativa y

disciplinaria. En ningún caso, estas especificidades del derecho administrativo sancionatorio pueden constituir una puerta abierta a la arbitrariedad.

En el caso del artículo 109 numeral 7 del COFJ, si bien hay una enunciación genérica de las conductas susceptibles de sanción, la consecuencia se halla claramente determinada al establecerse que procede la destitución. Por otra parte, esta disposición sí incluye una identificación clara de los sujetos activos de la infracción (jueces, fiscales y defensores públicos), excluyendo claramente a otros servidores y servidoras judiciales.

En cuanto al procedimiento sancionatorio, otras disposiciones del mismo COFJ establecen la regulación de los procedimientos para la declaración jurisdiccional de estas faltas disciplinarias (artículos 124, 125, 131 numeral 3 del COFJ), así como la determinación de procedimientos para los respectivos sumarios administrativos (artículos 114 al 119 del COFJ) y de procedimientos que, además se reglamentan en otras normativas dictadas por el CJ como por ejemplo el “Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura”, con su última reforma del 14 de julio de 2022.

El artículo 109 numeral 7 del COFJ formula cierta delimitación y descripción previa, si bien general, de las conductas sancionadas. En efecto, según esta disposición, se trata de actuaciones dolosas manifiestamente negligentes o del cometimiento de un error inexcusable siempre.

Al incluirse en la disposición distintas formas de culpabilidad, con las particularidades del derecho administrativo sancionador, queda proscrita la responsabilidad objetiva. Por otra parte, se trata siempre y solamente de actuaciones de jueces y juezas “en ejercicio de su potestad jurisdiccional” o de las “intervenciones directas en procesos judiciales” por parte de fiscales y defensores públicos como motivo del ejercicio de sus funciones específicas. Estas actuaciones incluso integran los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, consagrados en el artículo 7 del COFJ.

Sin embargo, es indispensable que el funcionario judicial que revise un posible error judicial aplique especial atención a la descripción específica que hace la Corte Constitucional sobre esta conducta y los elementos que la configuran, es así que por abusivo que parezca es indispensable que este trabajo contenga íntegramente la tipificación de la Corte Constitucional, el cual se deja como nota al pie y con la especificación de los párrafos que la componen.¹¹

¹¹ Sobre el error inexcusable, la sentencia N.º 3-19-CN/20 en algunos de sus párrafos señala que este constituye en sentido amplio una especie de error judicial. De forma general, el error judicial puede entenderse como la equivocación generalmente imputable a un juez o tribunal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y consistente, en sentido amplio, en una inaceptable interpretación o aplicación de normas jurídicas, o alteración de los hechos referidos a la litis. Puede implicar, dadas ciertas condiciones, no solo la responsabilidad del funcionario judicial sino también del Estado. Para que un error judicial sea inexcusable debe ser grave y dañino, sobre el cual el juez, fiscal o defensor tiene responsabilidad. Es grave porque es un error obvio e irracional, y por tanto indiscutible, hallándose fuera de las posibilidades lógicas y razonables de interpretación de las normas o de apreciación de los hechos de una causa. Finalmente, es dañino porque al ser un error grave perjudica significativamente a la administración de justicia, a los justiciables o a terceros. El elemento definitorio del error inexcusable es, por tanto, una grave equivocación, a diferencia del incumplimiento intencional de un deber que es lo que caracteriza al dolo, o el desconocimiento e incumplimiento de un deber relacionado con el trámite y la ritualidad del proceso judicial, que es lo propio de la manifiesta negligencia. En el caso ecuatoriano, el legislador ha incluido entre los agentes de esta infracción no solo a los jueces o tribunales sino también a los fiscales y defensores públicos por sus actuaciones judiciales en una causa. Puesto que el fin de sancionar el error inexcusable es preservar la eficiencia y responsabilidad en la administración de justicia, valorando la conducta, idoneidad y desempeño del juez o jueza, fiscal y defensor público, no es necesario que la intervención a la que se imputa el error cause ejecutoria, sea firme o sea procesalmente insubsanable, según sea el caso, de forma que pueda revisarse a través de los mecanismos de impugnación contemplados en las normas adjetivas. El error inexcusable es siempre una especie o forma de error judicial, es decir, una equivocación grave y dañina, relacionada con la interpretación y aplicación de disposiciones jurídicas específicas o con la apreciación de hechos para la resolución de una determinada causa judicial. La manifiesta negligencia implica un marcado descuido, una falta de atención y cuidado, pero respecto a informarse sobre los deberes como juez, fiscal o defensor público y actuar conforme a dicho deber en el trámite y la ritualidad de una causa. En el error inexcusable, el énfasis está en la equivocación que se expresa en un juicio erróneo. En la manifiesta negligencia, este énfasis radica en el incumplimiento del deber, que se expresa en una acción u omisión contraria a la debida diligencia, por tanto, generalmente referida al trámite o actuación procesal requerida en una causa. En cuanto al carácter dañino del error inexcusable, hay que destacar que al igual que en el caso del dolo y la manifiesta negligencia, lo que se protege al sancionar estas infracciones es el correcto desempeño de las funciones públicas de juez o jueza, fiscal o defensor público, cuya actuación indebida genera de por sí un grave daño en el sistema de justicia. No obstante, y conforme con el artículo 110 numeral 5 del COFJ, la valoración de la conducta del infractor debe incluir el examen de "los resultados dañinos que hubieran producido la acción u omisión", lo cual incluye a los justiciables o a terceros. Sin embargo, no debe confundirse el proceso disciplinario al cual da lugar el error inexcusable y que tiene un fin sancionatorio, con el proceso por error judicial, el cual tiene un propósito resarcitorio. Pese a su relativa indeterminación, el concepto de error inexcusable da cuenta entonces de decisiones y actuaciones en las cuales pueden incurrir los jueces, juezas, fiscales y defensores públicos en el curso de una causa judicial, al aplicar normas o analizar hechos. Se trata de actuaciones de estos servidores judiciales, siempre en su calidad de tales y fuera de los límites de lo jurídicamente aceptable y razonable. Es decir, de juicios claramente arbitrarios y contrarios al entendimiento común y general del Derecho. Por esta razón, el error inexcusable es reconocido de

forma unánime o mayoritaria por la comunidad de operadores jurídicos como absurdo y arbitrario, pues se halla fuera de las posibilidades interpretativas o constataciones fácticas generalmente reconocidas como jurídicamente razonables y aceptables. Esta Corte advierte que el error inexcusable no debe ser confundido con el ejercicio legítimo de las facultades interpretativas connaturales de los jueces, las cuales son parte integrante de la independencia judicial. La legítima interpretación de un juez o jueza, a diferencia del error inexcusable, no constituye un error judicial, sino que por el contrario se fundamenta en una comprensión y valoración debidamente argumentada de las disposiciones jurídicas y de los hechos aplicables al caso. Por esta razón, la legítima interpretación de una jueza o juez, aun siendo opinable o incluso polémica, no genera el rechazo generalizado que suscita el error inexcusable. Las diferencias interpretativas son normales y frecuentes en la actividad judicial y, por ello, dan lugar a la interposición de recursos y a un debate en la comunidad de operadores jurídicos. El error inexcusable, en cambio, es reconocido mayoritariamente por esa comunidad como una equivocación muy grave y jurídicamente injustificable, sobre la cual no cabe discusión, como podrían ser, por ejemplo, el embargo o remate de una plaza pública, la sentencia condenatoria aplicando una ley penal derogada o en general la aplicación de normas inexistentes. Consecuentemente, la sanción del error inexcusable jamás debe atentar contra la independencia judicial, sino exclusivamente evitar que el ejercicio de la misma incurra en la vulneración de derechos. Es absolutamente indispensable que la jueza o juez que realice la declaración jurisdiccional del error inexcusable demuestre de manera exhaustiva que la decisión del juez o jueza, fiscal o defensor público constituye un error judicial inaceptable y no meramente una interpretación posible, puesto que, como se indicó previamente, la posibilidad de interpretar las disposiciones jurídicas es una dimensión importante de la independencia judicial que podría ser afectada o transgredida si se la confunde con el error inexcusable. Esta declaración judicial, por tanto, debe ser realizada con la mayor seriedad y responsabilidad, escuchando al juez, fiscal o defensor público, adecuadamente motivada, tramitada con prontitud e imparcialidad y de acuerdo al procedimiento pertinente. Este procedimiento incluirá en esta etapa la debida confidencialidad, a menos que el juez o jueza solicite lo contrario. La Corte también precisa que no todo error judicial constituye un error inexcusable. En efecto, resulta inevitable que eventualmente se cometan errores en la actividad judicial, es decir errores excusables o al menos errores que revisten, comparativamente, menor gravedad. Estos errores judiciales pueden deberse a factores como, por ejemplo, información falsa o incompleta, el volumen o complejidad de causas, el nivel de experiencia del funcionario judicial, o condiciones inadecuadas para su trabajo; es decir factores distintos a la marcada incapacidad o ignorancia, característicos del error inexcusable. Por otra parte, a diferencia del error inexcusable, estos errores son subsanables y no producen un daño grave. Por el contrario, con frecuencia, el sistema procesal hace posible corregirlos mediante la interposición de diversos medios de impugnación. Por ello, es necesario diferenciar el control jurisdiccional que debe existir sobre las decisiones de los jueces en la justicia ordinaria del control administrativo disciplinario. El control jurisdiccional tiene por fin controlar la corrección de las decisiones de los jueces inferiores a través de los diversos medios de impugnación ordinarios y extraordinarios. Como ha sostenido la Corte IDH, los jueces “no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano superior”. En este sentido, los jueces “no deben verse compelidos a evitar disenter con el órgano revisor de sus decisiones”, pues ello afecta la independencia judicial en su dimensión interna. A diferencia del control jurisdiccional de las decisiones judiciales, el control disciplinario tiene como objeto valorar la “conducta, idoneidad y desempeño” del juez, fiscal o defensor público en tanto funcionario público. Por esta razón, “aun cuando existiera una declaración de error judicial inexcusable por parte de un órgano de revisión, debe analizarse la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. Este tipo de revisión exige una motivación autónoma para determinar la existencia de una falta disciplinaria”. Esta declaración jurisdiccional previa y posteriormente la motivación autónoma del CJ, como se analizará más adelante, son también exigibles para los casos de dolo y manifiesta negligencia. Esta diferencia esencial entre la declaración jurisdiccional de la existencia del error inexcusable y el sumario administrativo que se abre para determinar su sanción, puede implicar que, pese a que jurisdiccionalmente se identifique un error inexcusable, ello no debería llevar siempre y necesariamente a una sola y exclusiva sanción para el juez o jueza sumariado. En efecto, en el sumario administrativo que lleva adelante el CJ, por su propia naturaleza y por la de la falta disciplinaria, deben siempre, como dice la Corte IDH, realizarse otras valoraciones como la de gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. En efecto, si la sola declaración jurisdiccional previa de la

En resumen, no es que la Corte considere que la tipificación que contiene el numeral 7 del artículo 109 del COFJ sea inconstitucional, sino que la indeterminación específica de los conceptos que lo componen conlleva el inminente riesgo de quien lo califique incurra en una injusticia, y es por esta razón, que declara como competente para aquello al tribunal que conozca los recursos que se han aplicado al caso y no sea el mismo ente administrativo como juez y parte el encargado de definir, si la conducta de un juez ha incurrido o no en un error inexcusable, dejando también la posibilidad de que lo hagan los jueces que conozcan los juicios contra el Estado por inadecuada administración de justicia conforme lo dispone el art 32 del Código Orgánico de la Función Judicial . De lo referido, el profesor Hernández Terán ha sintetizado minuciosamente los presupuestos bajo los cuales la Corte Constitucional considera que se incurre en un error inexcusable, según la sentencia N.º 3-19-CN/20 del 29 de julio de 2020:

“1.- Marcada incapacidad o ignorancia. (Párrafo 72)

2.- Genera rechazo generalizado. (Párrafo 70)

3.- Una equivocación muy grave y jurídicamente injustificable, sobre la cual no cabe discusión, como el embargo o remate de una plaza pública, la sentencia condenatoria aplicando una ley penal derogada o, en general, la aplicación de normas inexistentes. (Párrafo 70).

4.- Desconoce derechos de protección; es contrario al orden jurídico. (Párrafo 79)

existencia del error inexcusable fuera suficiente para imponer la destitución automática e inmediata del juez o jueza, tanto el sumario administrativo que lleva adelante el CJ como la defensa, prueba o motivación y determinación de la sanción que se desarrollan en el marco de este procedimiento, serían inoficiosos. Esta situación además contraria a la Constitución porque atentaría contra las facultades administrativas sancionatorias que la Constitución otorga al CJ y también violatoria del debido proceso del sumario administrativo.

5.- Es de aquellos errores judiciales “sobre los cuales no se puede ofrecer motivo o argumentación válida para disculparlo”. Párrafo 113 numeral 6 (i).

6.- Causa daño efectivo y de gravedad al justiciable, a terceros o a la administración de justicia. Párrafo 113 numeral 6 (ii).

7.- Grave y dañino. “Es grave porque es un error obvio e irracional, y por tanto indiscutible, hallándose fuera de las posibilidades lógicas y razonables de interpretación de las normas o de apreciación de los hechos de una causa. Finalmente, es dañino porque al ser un error grave perjudica significativamente a la administración de justicia, a los justiciables o a terceros” (Párrafo 64).

8.- Es insubsanable (Párrafo 72).

9.- Se trata de actuaciones “fuera de los límites de lo jurídicamente aceptable y razonable”. Es decir, de juicios claramente arbitrarios y contrarios al entendimiento común y general del derecho” (Párrafo 69).”

10.- Absurdo y arbitrario, “pues se halla fuera de las posibilidades interpretativas o constataciones fácticas generalmente reconocidas como jurídicamente razonables y aceptables” (Párrafo 69) (Terán, 2021, pp. 61-62).

De forma similar, el pleno del Consejo Nacional de la Judicatura ha aprobado la resolución 04-2023 que, tomando como base la sentencia 3-19-CN/20 y su auto de aclaración y ampliación de fecha 04 de septiembre de 2020, planteó una reforma al procedimiento para la declaratoria jurisdiccional previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, indicando que las normas de los artículos 109,1, 109.2, 109.3 y 109.4 que fueron reformadas del COFJ en 2020 son ambiguas.

En la resolución se hacen referencia a cuestiones como los procesos sin impugnación vertical (art.3), procesos con impugnación vertical (art.4), a petición de parte (art.5), casos de fuero en la Corte Nacional (art.8), en los casos de jueces de la Corte Nacional (art.12), contra jueces de Corte Provincial y del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (art.13), jueces de garantías penitenciarias, de primera instancia, de ejecución de sentencia, fiscal o defensor

público (art. 15), resolución (art.18), impugnación (art.19), excusa y recusación (art.20), entre otras cuestiones.

Capítulo IV

**El error judicial y su
separación en el sistema
jurídico ecuatoriano**

1. La reparación integral

El derecho a una compensación integral se deriva del derecho internacional, particularmente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como señala Rojas (2012), los tribunales protegen mejor el derecho global que establece el estándar de protección y compensación. En el sistema de derechos humanos, es claro que las reparaciones son importantes porque las reparaciones generales se reconocen como derechos reales de la víctima.

Por su parte García (2005), menciona que la naturaleza del conflicto, que atrajo la atención de Corte Interamericana de Derechos Humanos, justificó la necesidad de determinar las medidas de reparación en un sentido holístico, por lo que los daños fueron inicialmente considerados "daños compensatorios" y luego trasladados a "daños generales". Las "reparaciones" incluyen una gama de medidas que un Estado puede usar para remediar los daños que ha causado y, por lo tanto, ampliar su alcance.

Inicialmente, la Corte de Derechos Humanos solo aceptaba indemnizaciones por daños causados por violaciones de derechos fundamentales, pero con el tiempo quedó claro que esto no era suficiente y se tomaron diversas medidas para indemnizar a las víctimas. Pero aquí entra la llamada reparación integral: Medidas para eliminar los efectos de la violación, la naturaleza y extensión depende del daño, tanto material como moral (Farfán, 2019). La indemnización integral aprobada por la Corte de Derechos Humanos en su sentencia se fundamenta en el cimiento jurídico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), artículo 63(1), en la que menciona que cuando un tribunal determine que se ha violado un derecho o libertad protegidos por este pacto, determinará que la parte lesionada se beneficia del derecho o libertad violado. Asimismo, velará, en su caso, porque se reparen las consecuencias de los actos o circunstancias constitutivos de la vulneración de este derecho y porque se indemnice equitativamente al perjudicado (Farfán, 2019).

Sin embargo, la aplicación de las disposiciones anteriores no solo es clara, sino que el tribunal de derechos ha reconocido que la justa compensación es solo una de las medidas que integran la llamada compensación integral. Una de las primeras

decisiones judiciales de Corte IDH sobre daños generales fue el caso de Velásquez Rodríguez contra la República de Honduras, que marcó el inicio del reconocimiento posterior de la teoría, otorgando los siguientes daños por daños a las víctimas tal como lo señala Farfán:

Tomar medidas económicas como medida para indemnizar a los familiares de los fallecidos, pues no se puede retomar su derecho a la vida, y establecer la responsabilidad estatal de juzgarlos. Se proporcionó una pensión de por vida para el cónyuge fallecido, apoye la educación de los niños y cree un hogar maravilloso para la familia. Como datos generales sobre hechos, aceptan la unidad de otras víctimas como una unidad de víctimas al imponer su nombre o las reliquias de la cultura antigua como medidas simbólicas y celebrando datos generales (Farfán, 2019).

1.1 Fundamentos de la reparación integral

La teoría de los principios distingue las normas entre reglas y principios, respecto a estos últimos señala que, los principios son normas que prescriben que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. En consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden realizarse en diversos grados y que el alcance ordenado de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El alcance de las posibilidades jurídicas viene determinado por principios que juegan en sentido contrario (Estivariz, 2016).

En cuanto a las normas, señala que: "siempre pueden ser observadas o no observadas" (Estivariz, 2016, p.58). La norma dice que hay que hacer exactamente lo que se exige, ni más ni menos. Así pues, las normas contienen definiciones en el ámbito de lo que es real y legalmente posible; por lo tanto, son los mandatos finales. No se trata de que sea solo un "principio" en el sentido de la ley, sino que, a su vez, es una norma orientadora, ya que actúa como un mandato para optimizar las garantías jurisdiccionales, es decir, para hacerlas más eficaces (Estivariz, 2016).

Con base en este precepto, la Corte Interamericana, como veremos en los párrafos siguientes, desarrolla toda su teoría de la reparación integral, estableciendo diversas medidas conducentes a lograrla. Sin embargo, es importante destacar en este apartado que también se desprende de este artículo que establece que la reparación compleja es un principio, es decir, actúa como un mandato de optimización. En este sentido, (Storini y Navas, 2014) señalan que:

La reparación integral puede ser vista como un mandato de racionalización de las garantías constitucionales, (...) ya que amplía su alcance y maximiza la protección de los derechos que son de importancia trascendental tanto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, como en el derecho constitucional.

La "obligación de reparar íntegramente" es una obligación positiva que requiere una acción que puede clasificarse como una obligación de resultado. Como obligación, existe mientras no se haya cumplido íntegra y adecuadamente, o mientras el sujeto jurídico al que se le debe no haya renunciado (parcial o totalmente) a su beneficio. La obligación de resultado es, pues, controlada por su deudor a través de su propio cumplimiento, y por su acreedor a través de una posible renuncia (Aguirre y Alarcón, 2018).

Existe un alcance más profundo para la reevaluación holística con respecto al proyecto de vida de las víctimas, ya que las violaciones de derechos incluyen consecuencias de mayor magnitud en los ámbitos intangibles de los seres humanos, que incluyen, entre otras, la compensación económica. Es por ello, que la estricta indemnización se utiliza para reparar daños civiles, mientras que la reparación integral se utiliza para atender acciones más complejas derivadas de violaciones a derechos constitucionales (Aguirre y Alarcón, 2018).

Debe entenderse por daño toda interferencia en las facultades jurídicas de que dispone una persona para obtener un derecho constitucional. La responsabilidad jurídica tiene carácter internacional cuando se cometen actos ilícitos contrarios a las obligaciones reconocidas por el derecho internacional, que involucren un

elemento objetivo, es decir, una violación positiva o negativa de la prescripción estándar del derecho internacional de los derechos humanos, y el elemento subjetivo que se refiere a la atribución de esta conducta a un Estado (Aguirre y Alarcón, 2018).

Así, coincidimos con los argumentos esgrimidos por la Corte Interamericana, por un lado, al establecer la reparación integral como un "principio" del derecho internacional, que de hecho da lugar a la obligación de los Estados de compensar las consecuencias lesivas derivadas de la violación de cualquier derecho. Por otro lado, tenemos que doctrinalmente la reparación integral también se ha establecido como un "principio", no solo del derecho internacional, sino también del derecho interno (en su mayoría constitucional), en la medida que actúa como un mandato para optimizar las garantías jurisdiccionales.

Así, la reparación integral, además de ser un principio en el sentido de la ley, actúa en realidad como una norma orientadora para asegurar, tanto en el ámbito internacional de la protección de los derechos humanos como en el ámbito interno de la protección de los derechos, la vigencia de estos con mayor eficacia. La tendencia del "movimiento" hacia la justicia reparadora (si se le puede llamar así) a abarcar una serie de posibilidades se refleja en la calidad resbaladiza del lenguaje utilizado para transmitir sus conceptos clave. La expresión "reparar" solo sugiere la restauración de la víctima y transmite poco de lo que la participación en los planes de reparación puede significar para el delincuente. La "compensación" sugiere un propósito civil análogo a la indemnización por daños y perjuicios y pasa por alto el carácter penal inherente a tales disposiciones.

La "mediación" pretende estar orientada a la resolución de conflictos, pero suele referirse a proyectos que a menudo están más preocupados por evitar que los delincuentes sean procesados o por mitigar su condena que por tener en cuenta los intereses de la víctima. La "restitución" parece ser un término demasiado limitado, que sugiere poco más que la devolución de la propiedad o su equivalente financiero a la persona a la que se le arrebató ilegalmente. Como tal, tiende a confundir las funciones de la ley civil y penal.

El término "reparación" no es sinónimo de restitución, ni tampoco sugiere una importación directa de lo civil a lo penal. La reparación debería connotar un conjunto más amplio de objetivos. Implica algo más que "reparar" el daño causado a la propiedad, el cuerpo o la mente. También, debe implicar el reconocimiento del daño causado a la relación social entre el delincuente y la víctima, y el daño causado a los derechos sociales de la víctima en su propiedad o persona.

Según Davis, la reparación "no debe considerarse que reside únicamente en la oferta de restitución; una reparación adecuada debe incluir también algún intento de reparar la pérdida de la presunción de seguridad en los derechos de la víctima" (Davis, et al., 1987). Para que se restablezca el dominio, lo que se busca es alguna prueba de un cambio de actitud, alguna expresión de remordimiento que indique que los derechos de la víctima se respetarán en el futuro. Lograr ese cambio de actitud puede implicar que el delincuente acepte someterse a formación, asesoramiento o terapia y, como tal, todo ello puede considerarse parte de la justicia reparadora. Una disculpa forzada o el pago obligatorio de una indemnización no serán suficientes; de hecho, pueden ser incluso contraproducentes para provocar un verdadero cambio de actitud en el infractor. Pero, ¿es suficiente la "reparación simbólica" por sí sola? Según Braithwaite (1989), para que la reparación no resulte demasiado barata debe ir acompañada de una compensación material. Si se acepta la opinión de Braithwaite, las distinciones entre reparación material y no material o simbólica tienden a perder importancia. Parece que, en la mayoría de los casos, para lograr una reparación completa será necesaria una mezcla de ambas.

El motivo, pero también el objeto de la obligación de reparación integral es el perjuicio. El perjuicio es una construcción jurídica en dos aspectos. En primer lugar, intrínsecamente, debe consistir en un daño a un interés considerado como legítimo por el ordenamiento jurídico que rige la obligación de reparar; en otras palabras, para que un daño sea un perjuicio capaz de ser objeto de la obligación de reparar según el derecho internacional, dicho daño debe afectar a un interés legítimo según el derecho internacional. En segundo lugar, desde el punto de vista extrínseco, ese

daño a un interés legítimo debe estar vinculado al hecho ilícito por una relación causal: el daño debe ser consecuencia del hecho ilícito (Combacau y Sur, 2006).

En otras palabras, la causalidad desencadena la obligación de reparar determinados daños, es decir, aquellos que puede decirse que son el resultado de la infracción. Por lo tanto, la causalidad es de suma importancia cuando se trata de la obligación de reparar. Aunque se haya producido un acto ilícito, si no se puede considerar que el perjuicio ha sido causado por ese acto, el Estado o la organización responsable no tendrá que reparar ese perjuicio.

Según la obligación de reparar íntegramente, la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido dicho acto (Arditti, 2019). Por tanto, reparar es, en la medida de lo posible, restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el acto ilícito. Reparar no es restablecer la situación que existía justo antes de la infracción (*statu quo ante*), sino situar al sujeto perjudicado en la situación en la que, "con toda probabilidad", se encontraría en el momento del cumplimiento de la obligación de reparar (Arditti, 2019).

Junto a la restitución, las otras formas de reparación son la indemnización y la reparación simbólica, con el fin de proporcionar una "reparación completa", estas diversas formas de reparación se deben "por separado o en combinación" según sus propias condiciones jurídicas y la naturaleza y el alcance del perjuicio sufrido que debe ser reparado. Es perfectamente posible que no se deba ninguna indemnización como reparación de un daño material derivado de un acto ilícito porque se considera que este incumplimiento no está vinculado causalmente a ese daño, mientras que se debe una satisfacción como reparación del daño moral derivado del mismo acto ilícito (Arditti, 2019).

La forma más obvia y concreta de justicia reparadora es la indemnización. La indemnización monetaria reconoce el hecho de que el delito priva a su víctima de los medios necesarios para llevar a cabo sus opciones vitales: pretende reconocer

esa privación y restablecer el acceso a los medios que se le han negado o a medios alternativos comparables. Siguen existiendo dificultades para determinar lo que constituyen motivos razonables para no dictar una orden de indemnización o, cuando se dicta dicha orden, para determinar el grado de daño causado y, por lo tanto, el nivel de indemnización pagadero. En la práctica, las órdenes de indemnización se fijan con referencia a la capacidad de pago del delincuente y, dado que la mayoría de los delincuentes tienen medios limitados, rara vez dan lugar a un restablecimiento completo.

En la medida en que la reparación también busca promover la reintegración del delincuente, sería sin duda contraproducente imponer cargas intolerables. Aunque al tratar de abarcar simultáneamente la reintegración y la restauración, la justicia reparadora está necesariamente marcada por las tensiones, no deberíamos ver estos objetivos como competitivos o necesariamente en conflicto: son más bien dos caras de la misma moneda.

Garantizar la reparación íntegra mediante la indemnización puede requerir también el pago de intereses sobre cualquier suma principal adeudada, bien porque dicha suma se haya evaluado en un momento anterior a la determinación autorizada de la obligación de reparar (intereses compensatorios), bien porque el pago efectivo sea posterior a dicha determinación (intereses de demora).

Menos tangible, pero no por ello menos importante, es lo que podríamos llamar "reparación simbólica". Puede tratarse de una disculpa del agresor a la víctima o de otros intentos de reconciliación. La reparación aquí es "simbólica" en el sentido de que no implica la devolución de dinero o bienes materiales. Los defensores de la justicia reparadora sostienen que, si la disculpa no es un mero gesto vacío, sino que transmite remordimiento y un auténtico cambio de actitud, esta reparación simbólica es tan importante como las devoluciones más tangibles.

Por último, la reparación "íntegra" puede verse atenuada por la contribución al perjuicio "por acción u omisión dolosa o negligente" del Estado u organización perjudicada, o de "cualquier persona o entidad en relación con la cual se solicita la

reparación". La Constitución de la República del Ecuador (2008) hace referencia constantemente a la reparación integral. Conforme el Criterio de Aguirre y Alarcón (2018), esto se debe a dos circunstancias especiales en el contexto de la justificación de los derechos constitucionales. La primera es que fue la Constitución de 2008 la que reconoció de manera expresa e inédita el artículo 86 numeral 3, el concepto y alcance de la reparación integral en el marco de las garantías, de las cuales la declaración de vulneración de un derecho conlleva esencialmente la reparación integral por el derecho infringido. La segunda razón, en consonancia con la primera, es la recepción de los estándares internacionales de derechos humanos en nuestro derecho supremo, en especial, los estándares internacionales en materia de restauración en su conjunto, por lo que es necesario conocer el discurso judicial actual sobre este tema para tener el panorama claro respecto a la efectividad de las garantías de los derechos. En cuanto a su reconocimiento explícito en la Constitución de 2008, primeramente, resulta oportuno citar el artículo 86 numeral 3 que respecto de las garantías jurisdiccionales que sostiene:

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 86).

Cabe señalar que, el corpus de la actual Constitución está proporcionalmente ligada a cambios significativos, que también han sufrido garantías jurisdiccionales respecto de los existentes en 1998. Así, por ejemplo, uno de los principales cambios es la naturaleza de las nuevas garantías, del propio mecanismo jurisdiccional, del conocimiento, que deriva de un concepto puramente precautorio. De hecho, el carácter preventivo de las garantías previstas por la Constitución de 1998 no permitía a los jueces detectar violaciones a los derechos constitucionales y, en consecuencia, otorgar una reevaluación integral. Estas limitaciones y deficiencias, que afectaban claramente el ámbito físico de protección de estas garantías, fueron modificadas, otorgando al juez constitucional un papel protagónico en la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales vulnerados (Aguirre y Alarcón, 2018).

En efecto, si el objetivo primordial del derecho y la justicia estatal constitucional es asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las personas y de la naturaleza; entonces, las garantías judiciales de protección de los derechos sirven como mecanismos de tutela judicial, cuya reparación integral es central. Es precisamente, en este sentido, que el desarrollo estructural de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) (en adelante LOGJCC), es norma adjetiva de la Constitución en materia de control constitucional y garantías judiciales, el artículo 6 precisa que el objeto esencial de una garantía judicial es la protección efectiva e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, la observación de la violación de uno o más derechos, y la reparación integral por las consecuencias de esta violación.

En la misma línea, el artículo 17 de la LOGJCC asegura la reparación integral como elemento esencial de una decisión constitucional, al establecer los requisitos mínimos que deben incluir las garantías judiciales en las sentencias dictadas, señalando que la declaración de que la violación de uno o más derechos constitucionales pierde su significado sin la correspondiente reparación integral de la víctima.

Se determina expresamente en el artículo 18 del mismo cuerpo normativo que “la reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias de los hechos y la afectación al proyecto de vida” (LOGJCC, 2009, art. 18), por tanto, la reparación integral debe ser el resultado de la argumentación del juez constitucional, siendo la proporcionalidad el elemento principal que debe existir entre las medidas y la declaración de violaciones de derechos constitucionales.

Además, una norma única reconoce los tipos de reparaciones posibles, sin que sea una lista exhaustiva, como resultado de la adopción de normas internacionales. Así, menciona explícitamente medidas: restablecimiento de derechos, compensación pecuniaria, rehabilitación, satisfacción, garantía de no repetición, responsabilidad para la investigación, medidas de reconocimiento, amnistía pública, prestación de servicios públicos, atención médica, entre otras. De esta forma, la *restitutio in integrum* asegura a las víctimas de una vulneración de derechos constitucionales el disfrute de sus derechos de la forma más adecuada posible y, en la medida de lo posible, su restablecimiento a la condición anterior a la vulneración.

1.2 Tipos de reparación

Crear una clasificación de compensación es un desafío teórico, la razón principal de esta dificultad es la imprecisión de los términos definidos en torno al propio concepto y los diversos términos asociados a él, que se utilizan de forma imprecisa y desordenada, creando una verdadera confusión y desorden. En este sentido, se destaca el trabajo organizativo del autor Llamas, (2010), el que ofrece una clasificación sistemática y detallada de las compensaciones, lo que exige un mayor análisis de los tipos de reformas, por ser suficientemente integral y sistemática. En ese sentido, es necesario clasificar y determinar las formas de compensación de acuerdo con las diversas fórmulas propuestas en las sentencias judiciales, esta no es una tarea fácil y solo puede hacerse con jurisprudencia para lograr la reparación. La clasificación propuesta incluye una división inicial en dos categorías principales la reparación en forma específica y la indemnización pecuniaria, cada una de las cuales incluye subsecciones como se muestra a continuación:

- Reparación en forma específica.

- Reposición:
 - ✓ Reposición al Estado anterior mediante obligación de hacer.
 - ✓ Por obra del responsable.
 - ✓ Por obra de un tercero a costa del responsable.
 - ✓ Reposición al Estado anterior mediante obligación negativa.
- Restitución de las cosas.
- Sustitución del objeto.
- Reembolso de gastos e inversiones.
- Indemnización pecuniaria.
- Resarcimiento por equivalente del daño patrimonial.
- Compensación satisfactoria del perjuicio corporal y del daño moral en sentido estricto (Llamas, 2010).

Por supuesto, esta es una clasificación basada en cómo se reparó, por tanto, se debe tener en cuenta que ciertos nombres a veces se usan como sinónimos de reforma en general. La primera gran parte de esta clasificación se basa en la dicotomía de los dos conceptos básicos de prevención de daños. Se debe tener cuidado para distinguir correctamente entre el uso más general del término "reparación" y su aplicación más estricta a una de las principales formas en que se efectúan dichas reparaciones en particular (Farfán, 2019).

Una reparación específica sería aquel destinado a lograr el propósito principal de la acción del agravio, que es poner a las víctimas en la posición en la que habrían estado si no hubieran cometido los actos dañinos. La compensación pecuniaria o monetaria, por otro lado, incluiría medidas compensatorias en caso de que no se pueda obtener una compensación específica.

La doctrina suele afirmar que el retorno de la víctima real a este estado "no afectado" no es más que un principio o un ejemplo, ya que en realidad la víctima nunca puede volver al estado "como si nada hubiera sucedido". En definitiva, teniendo en cuenta el lucro cesante, la idea básica no es restituir concretamente al perjudicado al estado en que se encontraba, sino llevarlo a un estado ideal que cree

la situación imaginada a la que se enfrentará si no se hubiera configurado el daño. Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, la inclusión del caso en el concepto de integridad de la notificación es invaluable porque, como se enfatiza, el daño debe ser reparado, y todo daño debe ser reparado y no debe hacerse más daño, y las víctimas deben sacar las conclusiones apropiadas, sin caer en un nivel de satisfacción inmerecidamente necesario (Farfán, 2019).

Siguiendo la línea, la reparación como una forma de compensación económica por la indemnización de bienes de difícil reposición por no ser habituales en el mercado, o causar daños físicos como pérdida o deformación, o afectar a bienes de difícil reposición por su carácter ético. Analizando nuevamente la compensación específica esta es desde la visión de la víctima hasta el origen de la herencia material, esencialmente natural, de tipo económico, es sin duda un verdadero método de reparación (Farfán, 2019).

Quizás porque en la mayoría de las tradiciones continentales legales, aunque no está claramente definida en las reglas, son la opción ideal, pero las personas prefieren la reforma, especialmente más alta que la compensación financiera, aunque la víctima es aquella que tiene la posibilidad de escoger una alternativa a una opción.

La primera sección de esta compensación de esta clasificación en forma específica muestra que se obtiene por obligaciones con pérdida o terceros a expensas de la autoridad. En este caso, el objetivo es asegurar la reparación de la persona lesionada a sus expensas y mediante la acción positiva de la persona responsable o de otras personas. Obviamente, si el artículo dañado se pierde por completo, no se realizarán tales reparaciones. Aunque, se deben entregar los componentes individuales, es importante restaurar los envíos dañados. Es posible que se requiera la intervención de un especialista para mantener intactas las piezas reparadas.

Las reparaciones por parte de la persona responsable o de un tercero suelen ser una posibilidad de resarcir el daño, pero si hay causa razonable para cuestionar su

conocimiento o competencia, la parte perjudicada puede especificar en el testamento que las reparaciones fueron hechas por un tercero, no por el causante directo. Si bien el texto antes descrito no lo refuerza explícitamente, también debe respetar las reparaciones, disponiendo medidas encaminadas a prevenir el daño moral, tales como disculpas públicas, publicación de sentencias específicas en los medios de comunicación, indemnizaciones públicas, etc. (Farfán, 2019).

Llamas (2010) menciona que, solo el reemplazo de responsabilidad pasiva es una forma de compensación muy rara o inexistente. Así, aunque se reconocen que es al menos teóricamente posible prevenir el daño por la inacción, esto desalienta el proceso normativo habitual en la práctica judicial que debe seguirse en los casos de responsabilidad civil. Eso hace que se plantee la duda de cómo se debe proceder en esa situación para que se detenga o evite que ocurran actividades maliciosas, por tanto, se debe considerar que tal reforma tiene algún significado teórico.

Devolver bienes significa restituir cosas al propietario. Del mismo modo, que las reparaciones morales esta forma de indemnización no ha recibido mucha atención en el dogma. Cuando se trata de delitos contra la propiedad, por supuesto, el Código Penal incluye hurto, impone la obligación de devolver la cosa como objeto. Sin embargo, es cuestionable si esto puede considerarse una prevención completa del daño (Farfán, 2019).

No tiene sentido mirar hacia atrás cuando algo se pierde o se daña gravemente pensando en una devolución, en este caso, la sustitución de objetos se puede utilizar como una forma de reparación, donde la suposición básica es que la víctima debe ser reemplazada por otra cosa que coincida. Esta llamada identidad puede dar lugar a la evaluación de determinadas alternativas en función de las características del producto, el reemplazo es más conveniente cuando los artículos afectados están en el mercado para su compra. Sin embargo, la doctrina apoya la transferencia de productos genéricos a los acreedores como parte del patrimonio del difunto. En caso contrario, se indemnizará cuando se compre el producto en el mercado, en perjuicio del deudor. Para obtener un buen reemplazo, al menos debe haber

suficientes similitudes para lograr los intereses del sujeto original, o al menos en tales supuestos (Farfán, 2019).

El método de reparación final de esta clasificación, también se considera el reembolso y la inversión. Se ha observado que esta forma de indemnización puede generar ideas cercanas a la compensación monetaria, ya que se logra entregando una cierta cantidad de dinero. No es así, esta entrega de efectivo se debe al hecho muy simple de que es precisamente dinero lo que hay que devolver, por lo que, sin duda tenemos algún tipo de compensación. En tales casos, no es necesario crear ningún tipo de ecuaciones equivalentes, porque la compensación está diseñada para complementar la cantidad a pagar por la víctima, que se puede estimar rápidamente. A menudo, los costos de los daños a las víctimas están relacionados con acciones diseñadas para evitar un aumento de los daños o para reducir los daños que ya se han producido, es decir, mediante el uso de recursos financieros para compensar las reparaciones (Farfán, 2019).

Otro aspecto importante de la compensación es la retribución monetaria. En este caso, la finalidad de la indemnización no es devolver a la víctima al estado ideal en que se encontraba antes de la lesión, sino compensar el daño mediante la transferencia de una determinada cantidad. A pesar de la noción de que se prefiere una compensación específica en los sistemas legales, hay muchas situaciones en las que esto no es posible, por lo que debe ser posible proporcionar una compensación adecuada a la víctima (Farfán, 2019).

Entre las causas que determinan la posible imposibilidad de una determinada reparación se encuentran diversas lesiones corporales, pérdida o destrucción de elementos inservibles, daño moral y otros. Por lo tanto, la indemnización se considera una compensación económica por el daño causado. La cuantía exacta de la indemnización será una especie de precio o valor del daño causado. En el caso del beneficio económico, el concepto de "equivalente económico" es relativamente fácil de aplicar (Farfán, 2019).

En tales casos, la compensación puede ser de naturaleza comparable, ya que los daños a la propiedad pueden evaluarse con precisión. Con un beneficio intangible no puede ocurrir lo mismo que con la asunción de una pérdida intangible, esto genera que en esas situaciones no se pueda calcular un equivalente financiero o costo de los intereses devengados por los daños, ni puede haber costos de naturaleza genética (Farfán, 2019).

En concreto, teniendo en cuenta estas dos características de los intereses lesionados, se distinguen dos modalidades de restauración de la compensación económica: una es la denominada indemnización equivalente a la pérdida monetaria, que tiene por objeto compensar los propios intereses lesionados, relación de valor y dinero; para algunos, el método es el mismo que el de compensación. En ese mismo orden de ideas, autores como Llamas (2010) definen literalmente como una compensación satisfactoria por daños físicos y psicológicos destinados a compensar a las víctimas por la imposición de ciertas ventajas no genéticas al proporcionar una cierta cantidad, de ninguna manera puede considerarse equivalente a él, pero tiene un carácter compensatorio, más que el sentido indemnizatorio que le da al método un nombre específico.

Analizando los diferentes tipos de compensación que nos brinda esta clasificación, se puede notar que mantiene una amplia distinción entre la compensación de carácter específico y la compensación influenciada por los equivalentes de efectivo y variables relevantes para la clasificación, pues proporciona una orientación adecuada sobre las alternativas disponibles para llevar a cabo las reparaciones (Farfán, 2019). La ventaja innegable de este análisis es que revela tejidos tradicionales que eliminan el desorden circundante.

La existencia de esta clasificación tipológica no significa ni implica que deba utilizarse en una determinada situación con exclusión de otras. Alternativamente, lograr un tratamiento completo y apropiado puede requerir una combinación de múltiples alternativas o adherencia, de hecho, en muchos casos puede haber una necesidad de compensaciones específicas, así como compensación por el método de desiderátum reparatorio.

En relación con el Sistema de Protección de Derechos Humanos, una extensa compensación garantiza el impacto de la pérdida u otros procedimientos que pueden ser acusados. Al respecto, Paula Ayala mencionada por Mogrovejo (2009) señala que la reparación integral responde a los derechos de la víctima, contrariamente a una percepción más amplia de la justicia en el derecho internacional, el derecho a obtener compensación financiera, hechos y procesos apropiados y apegado a las reglas del autor, rehabilitación, compensación, rehabilitación y reformas morales si sus víctimas y repeticiones en realidad son correctos, la restitución tiene como objetivo dejar a la víctima en esta posición de estado original y trate de evaluar la compensación por pérdida considerando retribución por medio de moneda. Por otro lado, el costo será asumido por el causante y está esencialmente dirigido a eventos violentos como prevención.

A veces, el término reparación e indemnización se utiliza como un esquema de sinonimia, pero en realidad el segundo es parte del primero en este caso, es posible la búsqueda de justicia y amabilidad colectiva. Por lo tanto, los medios oficiales y el sistema de comunicación del país publican en grandes periódicos comerciales nacionales, lo que llevará a cabo reformas morales de víctimas y herederos. A veces, la última fecha de establecimiento de autoridades nacionales es realizar una investigación judicial apropiada y un autor que se intente y se castiga con las violaciones de los derechos humanos. En términos de daños para compensar se requiere determinar la cantidad de pago, se requieren los materiales y la pérdida de vida esperados. A veces se exige a los Estados que proporcionen becas a los familiares de las víctimas y, en algunos casos, que erijan monumentos y placas en memoria de las víctimas (Velásquez, 2013).

La Corte IDH, en su producción jurisprudencial, enfatizó otras formas de compensación además de los daños económicos y no económicos. El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, también reconoció la reparación general de los derechos de las víctimas y se sumó a la jurisprudencia de la Corte IDH y la propia Constitución ecuatoriana. El artículo 628 del COIP tiene en cuenta la previsión de la reparación íntegra en la sentencia, donde la indemnización pecuniaria de la víctima

tiene prioridad sobre las demás penas, y la publicación de la sentencia corre a cargo del condenado (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

1.3 Mecanismos de reparación integral en el derecho internacional

Debido a su juicio, el sistema interamericano tuvo un impacto significativo en el sistema interno de los Estados miembros, en la reforma y la compensación considerando su parte financiera. El término de reparación tiene una opinión más amplia en la que el derecho internacional menciona que esto no se considera lo suficiente como para proteger los derechos humanos de la víctima y sanar la compensación por lesiones. Sin embargo, durante un hecho grave, el público es sanado, por lo que se debe hacer autenticidad y justicia. Además, el acto de los derechos humanos, el honor básico y los derechos es una opinión similar, para que todos puedan compensar completamente a las víctimas y comprender la compensación financiera y lograr pérdidas por la justicia, aquellos que usan los métodos de la empresa y la justicia de búsqueda real, y una sanción justa para estas autoridades (Farfán, 2019).

El efecto de reestructuración se basa en principios, no en reglas, es decir, la vida moral y la vida ética, en la cual se aclara que, desde esta corriente teórica, el héroe principal no es el legislador, sino el juez que puede interpretar la constitución para buscar justicia. Al igual que el sistema interamericano, la Corte sostuvo que el derecho de la víctima a una indemnización se fundamentaba en condiciones morales y de derecho, para lo cual determinó los siguientes elementos relevantes:

1. Una respuesta que devuelve a la víctima a un estado anterior tanto como sea posible.
2. El objeto de la indemnización es determinar un valor monetario que cubra todas las pérdidas sufridas, incluidas las denominadas pérdidas contingentes como consecuencia del delito y el lucro cesante como consecuencia del delito.
3. Rehabilitación con el objeto de brindar a la víctima la asistencia médica, psicológica y social necesaria para su reinserción en la sociedad;

4. El derecho a conocer la verdad ya tomar las medidas de aseguramiento que favorezcan a la víctima para que se entere de lo ocurrido o acontecido y tome las medidas de reparación que correspondan.

5. Garantía de no repetición, cuyo objetivo principal es asegurar que los derechos de la víctima no sean objeto de nuevas violaciones.

Sabiendo que Ecuador es signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe establecerse si estos cinco elementos de la reparación integral, desde este punto de vista, se aplican a las disposiciones que condenan los errores judiciales en el país de Ecuador. Estos daños son consecuencia directa de la responsabilidad o de la negativa del demandado, pudiendo reclamarse el daño moral.

1.4 La reparación integral y el error judicial

Con el propósito de instituir una correcta interpretación entre la reparación integral y el error judicial es importante recordar que connotar el término error judicial no es tarea fácil, pues dicha expresión carece de una definición consensuada y su significado puede variar dependiendo tanto del contexto en el que se utilice como de la perspectiva individual de cada persona. Es importante destacar que los cambios culturales, sociales y políticos también pueden alterar la percepción de las personas y, por tanto, su definición al generar un nuevo significado para el error judicial. Establecer una definición al error judicial, también puede depender de cómo se define el término justicia, destacando que cuando el Estado trata de sancionar a un individuo, el proceso es, por su propia naturaleza, coercitivo y desequilibrado, y que la justicia es una situación en la que ese desequilibrio y coerción se minimiza o se reduce a niveles tolerables (Naughton, 2005).

Es menester acotar que el hecho de que se logre la justicia en cada caso penal viene determinado, tanto por la integridad del proceso como por su producto a obtener. Walker y Starmer (1993) sostienen que la justicia se logra cuando el Estado y sus representantes dan un trato justo y equitativo a las personas, con el objetivo

de respetar cada uno de sus derechos, lo que por supuesto está plenamente sustentado en el documento mayor de un país y de deben ser reconocidos y protegidos dentro de un Estado garante de derechos. Por lo tanto, un error judicial puede conducir a una definición de derechos, o más bien a una violación de los derechos de una persona.

Este significado de error judicial incorpora la aplicación desproporcionada y gratuita de los poderes judiciales. También incorpora situaciones en las que se condena a una persona objetivamente culpable como resultado de procesos o prácticas erróneas. El apoyo a esta definición de error judicial procede de la alta judicatura, como demuestra el pronunciamiento de Lord Taylor, quien tras anular la sentencia de Tres de Cardiff por el asesinato de Lynette White en 1992, declaró que: "el hecho de que la confesión de Steven Miller sobre el asesinato fuera cierta o no era irrelevante" (Ressler y Shachtman, 1992, pp. 2-3).

El reclamo aparece como tal, ya que fue obtenido de manera ilegal. Esto sugiere que establecer un significado para el término "justicia" tiene tanto que ver con el proceso como con el resultado deseado. Por lo tanto, el término "error judicial" se asocia a menudo con la percepción de la inocencia de las personas condenadas injustamente en la mente de las personas. Dicho esto, con la excepción de una minoría de casos en los que la tecnología del ADN¹² ha absuelto a una persona condenada, a menudo es imposible identificar completamente a los inocentes condenados injustamente (Ressler y Shachtman, 1992, pp. 2-3).

Esta categoría podría denominarse más exactamente una condena cuestionable. Sin embargo, la mayor atención prestada a las víctimas del delito y a su lugar en el sistema de justicia penal desde principios de los años 90, tanto por parte del

¹² Lynette Deborah White (5 de julio de 1967 - 14 de febrero de 1988) fue asesinada el 14 de febrero de 1988 en Cardiff, Gales. La policía de Gales del Sur publicó una foto de un hombre blanco en un charco de sangre que fue visto cerca en el momento del asesinato, pero no pudo localizar al hombre. En noviembre de 1988, la policía presentó cargos contra cinco hombres negros y mestizos por el asesinato de White, a pesar de que no había evidencia científica que los vinculara con la escena. En noviembre de 1990, tras el juicio por asesinato más largo de la historia británica, tres hombres fueron condenados a cadena perpetua.

gobierno como de los medios de comunicación sugiere que los errores judiciales no pueden reducirse simplemente a hacer lo que no se debe, sino que también pueden deberse a que los profesionales de la justicia penal, en particular la policía, jueces y entes regulatorios (Walker y Starmer, 1993). Esta categoría de errores judiciales puede incluir la falta de protección de los ciudadanos frente a las situaciones de peligro que un individuo puede atravesar. Al respecto del error judicial, si lo abordamos de la Constitución de la República del Ecuador, esta se permitió abordar la temática desde el ordenamiento jurídico al establecer en su artículo 22 lo siguiente:

El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable (Constitución de la república del Ecuador, 1998, art. 22).

Dentro de este ámbito, se establece firmemente que el Estado será el responsable de los casos, en los cuales se enliste y/o manifieste el error judicial, ya sea originado por una mala administración pública o, en su defecto, por una serie de actos que promovieran el encarcelamiento arbitrario de un individuo. En caso de suscitarse tan desproporcionado acto el Estado tendrá derecho de repetición¹³ con el juez o funcionario pertinente. Estos aspectos no tuvieron un desarrollo legal pertinente. Desde este punto en adelante la CRE de 2008, dentro de sus artículos denota lo siguiente en el artículo 11 numeral 9. El ejercicio de los derechos deberá regirse con base en los principios que se detallan a continuación:

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

¹³ El derecho de repetición surge cuando el daño que se ha reparado es imputable a hechos, actos u omisiones de los servidores públicos en el desempeño de sus cargos; este puede ser aplicado para recuperar la pérdida económica ocasionada al Estado.

concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares (...). El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención (...) por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativas o judiciales, se repetirá en contra de ellos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11).

En este numeral en particular se deja en manifiesto que el Estado dentro de sus directrices debe bajo todo aspecto respetar y hacer respetar los derechos. Es importante acotar que el Estado, delegatarios, concesionarios, es decir, toda persona perteneciente a una entidad pública deberá efectuar una compensación y/o reparación siempre y cuando haya existido violación de los derechos de algún individuo. Una vez que se susciten tales actos el Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición con base en el daño generado. Las consecuencias que tales actos traen consigo se reflejan dentro del artículo. 24 denotado con antelación. Sin embargo, de presentarse una sentencia condenatoria, la cual haya sido reformada o revocada el Estado reparará al individuo castigando el acto punible.

En este punto se puede aseverar que la temática del error judicial no está debidamente complementada. Es por tal motivo que, dentro del Código Orgánico de la Función Judicial (desde este punto connotado como COFJ); en su artículo 32 se permite entablar una serie de definiciones y/o conceptualizaciones con el propósito de sustanciar las demandas que pudiesen ser evidenciadas. Dentro de los parámetros abordados se muestran cuáles son los jueces competentes, qué se debería reclamar, quiénes gozan de legalización activa y desde luego cuáles son los plazos y característica del trámite. El texto del COJF, artículo 32 asevera que:

El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Las acciones por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, podrán interponerse, de manera independiente, en cualquier materia.

El error judicial se produce cuando existe por parte de un juez, tribunal, fiscal o defensor una alteración de los hechos o una equivocación inaceptable e incontestable en la interpretación o aplicación de disposiciones jurídicas específicas, en la sustanciación y resolución de un determinado proceso judicial. Puede implicar, dadas ciertas condiciones, no solo la responsabilidad del funcionario judicial sino también del Estado. La responsabilidad será declarada por órgano judicial competente en sentencia o resolución debidamente motivada. Las acciones por retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso requerirán declaración judicial previa. Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello. El legitimado pasivo en estas acciones será la directora o el director general del Consejo de la Judicatura.

El trámite de la causa será el previsto en el Código Orgánico General de Procesos y las prescripciones procesales adicionales previstas en este Código. Estas reclamaciones caducarán en el plazo de cuatro años

contados desde que se realizó el último acto considerado como violatorio del derecho del perjudicado.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, bajo los parámetros previstos en el Código Orgánico Administrativo para el establecimiento de Responsabilidad extracontractual del Estado. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art 32).

1.5 Presupuestos de la reparación por error judicial

Respecto de este punto, en especial, el CRE y COFJ sostienen que el Estado ecuatoriano es responsable por los daños y perjuicios derivados de la jurisprudencia de error judicial. En Ecuador, sin embargo, no existen amplios criterios que definan el concepto jurídico de error judicial y desde luego ni los elementos que lo constituyen. Es importante recordar que existen ciertas instancias; tal es el caso de (Resolución N° 600-2012; resolución N° 817-2016). Dentro de esta se señala que el error judicial no es meramente el resultado de la nulidad de las decisiones judiciales y la adopción de una nueva. Desde este punto se puede connotar que toda sentencia o decreto dictado por órganos de la administración de justicia como una prueba que el error del juez es incuestionable y se dictó con total ignorancia o desacato a los requisitos legales. La jurisprudencia ecuatoriana incluye elementos que son determinantes al momento de constituir una responsabilidad objetiva del Estado, pero que no necesariamente se catalogan como un error (Resolución N° 600-2012; resolución N° 817-2016). Sin embargo, se deberá comprender que los mentados elementos tienen las siguientes consideraciones:

- a) que se produzca un daño o perjuicio; b) que se dé un nexo causal; c) que exista un factor de atribución, esto es la falta de la prestación de un servicio público; o la deficiencia (funcionamiento anormal del mismo); o el cumplimiento (acción) o incumplimiento (omisión) irregular de las

obligaciones y deberes de las y los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y, d) que se pueda imputar ese daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal, por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado (lo que nos lleva a la teoría del riesgo), así como a la posición de garante (Recurso de casación No. 600-2012; Resolución No. 817-2016).

Bajo ningún concepto debe producirse daño o perjuicio, no debe existir un factor de atribución o la deficiencia al respecto de la prestación de un servicio de índole pública, entre otros. Es por este motivo, que de existir alguno de los aspectos mencionados, el Estado deberá dictaminar una reparación extensa en todos los niveles con respecto a la cantidad de daño efectuado. Dentro del modelo desarrollado en caso de evidenciarse el error, a los operadores de justicia no se les puede exigir infalibilidad, pues siempre puede existir alguna. Pero, es estrictamente necesario que se administre justicia dentro de los lineamientos detallados en la carta fundamental con el debido respaldo del principio de diligencia¹⁴ en cada uno de los procesos desarrollados.

2. Responsabilidad del Estado por error judicial

Algunas de las investigaciones realizadas hasta la fecha en Ecuador, han demostrado que los casos por error judicial contra el Estado no son infrecuentes y que los abogados independientes carecen de supervisión suficiente de los pasos y procedimientos que deben seguirse para presentar un caso de abuso contra el Estado (Acuña, 2012). Contrariamente a la creencia popular, los reyes, a pesar de su carácter omnipotente e incluso divino, acordaron otorgar compensación o indemnización a quienes se determinará que serían juzgados injustamente. Pero, cuando las autoridades hacen daño en el desempeño de otros deberes públicos, no lo hacen sino en procesos judiciales que no dañan al Estado (Hitters, 2000). Los

¹⁴ El principio de diligencia juega un papel preponderante dentro de los poderes judiciales, ya que la diligencia debida en las actuaciones del juez y de la jueza constituye una garantía de la justicia, de lo que indiscutiblemente depende la solución efectiva de los conflictos y la eficacia de las decisiones.

errores de juicio pueden conducir a varios tipos de responsabilidad y al menos se pueden distinguir los siguientes puntos desde la arista de las distintas ramas del derecho:

- a) Responsabilidad civil conforme el artículo 34 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- b) Responsabilidad penal si la infracción es de una de las previstas en la ley penal, siendo esta responsabilidad definida en el artículo 268 de la ley ecuatoriana del Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014).
- c) Responsabilidad administrativa del centro disciplinario.
- d) La responsabilidad directa y objetiva del Estado, sean jueces o jueces subalternos, por falta de servicio en la administración de los tribunales o por errores judiciales (Ecuador, Constitución de la República, 2008)

3. Casos en contra del Estado por error judicial

3.1 Demanda por error judicial

Recientemente, los casos enmarcados en el Estado por errores judiciales han aumentado de manera considerable, evidenciando que como institución que posiblemente en algunos casos no se manejen de forma adecuada las funciones que deben ejecutar; sin embargo, los tribunales han incrementado el uso de la doctrina que beneficie a la ciudadanía y, al mismo tiempo, han erosionado sus fundamentos, algunos han confirmado condenas contaminadas sin reconocer que los errores causaron un perjuicio inconmensurable, otros han debilitado el nivel de certeza requerido antes de que el tribunal pueda considerar un error. La presente nota sostiene que los tribunales deberían emplear un criterio estricto de revisión de los errores en los juicios penales y considerar la aplicación inapropiada la doctrina del error al igual que la doctrina del error inofensivo si no pueden medir la inocuidad. La especulación judicial sobre un perjuicio no determinable invita a un error de cálculo que condenaría al acusado a sufrir las consecuencias de una de una condena injusta (Blacio y Orellana, 2022).

Históricamente, incluso un error trivial en el juicio daba lugar a la revocación dentro de los tribunales que revocaron el fallo, solían explicar que, en caso de error, la parte perdedora tenía derecho legal a un nuevo juicio y que cualquier otra norma obligaría a los tribunales de apelación a usurpar la función del jurado. Aunque, esta norma ofrecía a los litigantes la máxima protección contra el error, su exaltación de los tecnicismos suscitó oposición. En 1919, el Congreso decretó que sólo los errores que afectaban a “los derechos sustanciales de las partes eran reversibles en los tribunales”. Los casos posteriores siguieron la pauta legislativa, donde el péndulo doctrinal ha oscilado ahora en la dirección opuesta y los comentaristas han advertido en repetidas ocasiones que un mayor error inofensivo es intrínsecamente peligroso, independientemente de si los errores violan la Constitución, los estatutos o el derecho común (Catucuago, Chugá, y Puetate, 2022).

Cuando los tribunales de apelación aplican la doctrina del error inofensivo, redefinen el impacto de la ley sobre el acusado. Cada conclusión de inocuidad recorta efectivamente los derechos del acusado; desde el punto de vista del acusado, el derecho podría no haber existido. Además, la aplicación de la doctrina distorsiona el proceso de apelación; el tribunal debe determinar el impacto de un error y no limitarse a declarar su existencia. Dejando a un lado la cuestión de la carga de la persuasión, afirmar sobre la base de un error inofensivo si no hay perjuicio aparente, no difiere de sostener que una investigación sobre el perjuicio es relevante para decidir si hubo algún error (Fernández, 2021).

La doctrina del error inofensivo amenaza con erosionar la distinción entre culpabilidad de hecho y culpabilidad de derecho. Incluso si un acusado es culpable de hecho, el Estado no puede castigarlo a menos que pueda demostrar su culpabilidad en derecho. En ocasiones, la abogacía inteligente libera a los culpables, pero la sociedad lo ha considerado un coste aceptable de la justicia. Los tribunales de apelación que hacen hincapié en las pruebas independientes de la culpabilidad de hecho como justificación para encontrar un error inofensivo, subestiman el uso astuto que hace el abogado defensor de los mecanismos procesales de protección de nuestro sistema (Cuesta y Durán, 2019).

Por último, el uso inadecuado de la doctrina del error inofensivo puede impedir la interpretación de la ley, dejando a los futuros acusados en la incertidumbre sobre su significado e impacto. Los tribunales de apelación a menudo se abstienen de revisar los méritos de una demanda sobre la base de que cualquier error sería inofensivo; las cuestiones importantes, por lo tanto, permanecen sin decidir. El propósito de la doctrina del error inofensivo es ahorrar el tiempo y el esfuerzo de un nuevo juicio. El propósito de la doctrina del error inofensivo es ahorrar el tiempo y el esfuerzo de un nuevo juicio de cuestiones difíciles de derecho (Torres, 2020).

La doctrina del error inofensivo desdibuja la tradicional separación de responsabilidades entre los tribunales de apelación y los de primera instancia. Al determinar si el juzgador de los hechos habría llegado al mismo resultado en un juicio sin errores, el tribunal de apelación evalúa la solidez fáctica del caso del apelado. Esta intromisión en la competencia del juzgador varía según la naturaleza del error en el juicio. Por ejemplo, la introducción indebida por parte del fiscal de una prueba durante el juicio es un error potencialmente perjudicial. Sin embargo, el tribunal revisor puede aislar el efecto del error y determinar su impacto. Esta incursión en el deber de la persona que juzga los hechos es un coste aceptable de la doctrina del error inofensivo. Por otro lado, si el error del juicio no puede ser fácilmente aislado o su impacto debidamente medido, el tribunal de apelación debe abstenerse de recurrir a especulaciones sin fundamento "para reconstruir un veredicto". Por ejemplo, para elegir un caso extremo, si un jurado parcial decidiera el caso, un jurado sesgado decidiera el caso, un tribunal de apelación tendría que volver a juzgar el caso a partir del expediente. Usurpar la función del investigador de los hechos es un precio inaceptable para la doctrina del error inofensivo (Sarango, 2020).

Una regla de error inofensivo también disminuye el incentivo de la policía o el fiscal para seguir los procedimientos adecuados. Una regla de error inofensivo permite un error calculado: un fiscal puede arriesgarse a un tirón de orejas a cambio de un caso más convincente. Una norma indulgente anima a un equipo de fiscales a jugar con los derechos del acusado y no es más deseable que una que revierta

por errores triviales (Benavente, 2014). Los errores se producen, tanto en los juicios civiles como en los penales. En los litigios civiles, que suelen impugnar algún tipo de derecho de propiedad, los tribunales deben decidir qué parte tiene el mejor caso. Un tribunal de revisión sólo puede confirmar adecuadamente si considera que el error del juicio no afectó a la sentencia.

Los acusados de delitos se benefician de derechos procesales, tanto constitucionales como no constitucionales. El Tribunal Supremo ha articulado diferentes criterios de revisión para los recursos penales en función del carácter del error cometido. En el caso pionero de Chapman contra California, el Tribunal sostuvo que "antes de que un error constitucional federal pueda considerarse inofensivo el tribunal debe ser capaz de declarar la creencia de que fue inofensivo más allá de una duda razonable". Incluso las violaciones de derechos constitucionales sustanciales pueden considerarse inofensivas, si el expediente contiene pruebas independientes y abrumadoras de culpabilidad. El Tribunal exige un grado menor de certeza para confirmar las condenas viciadas por errores procesales no constitucionales (Verdesoto y Ardaya, 2019).

Sin embargo, estos diferentes estándares de certeza no producen necesariamente resultados diferentes. El criterio de más allá de una duda razonable revoca más condenas que la prueba de seguridad razonable, pero no muchas más. Algunos tribunales han reafirmado el criterio de seguridad razonable como el estándar de "alta probabilidad" defendido por el ex presidente del Tribunal Supremo de California, Traynor de la Corte Suprema de California menciona, que son pocos los casos que cumplen con el criterio de alta probabilidad, no satisfarán el criterio de más allá de una duda razonable. Además, según el juez Weinstein, "la prueba de alta probabilidad se aproxima a la prueba inglesa que recoge Sir Frederick Lawton: "¿Podría un jurado razonable, después de un resumen adecuado, no haber condenado? Si la respuesta es no, el veredicto se mantiene". Bajo esta norma, los tribunales de apelación juzgan los errores no constitucionales casi con el mismo rigor que las violaciones constitucionales. De hecho, un tribunal de circuito ha

revocado por error no constitucional bajo la norma de más allá de una duda razonable de la duda razonable (Valenzuela y Yévenes, 2015).

La similitud final de los estándares a nivel judicial no es sorprendente. Aunque, el estándar de prueba en el juicio puede marcar la diferencia en un caso determinado, los jueces de primera instancia no parecen haber llegado a un consenso sobre las probabilidades requeridas. La falta de acuerdo se ha traducido en una estrecha brecha entre los estándares claros y convincentes, y los que van más allá de una duda razonable. Un fenómeno similar puede haber ocurrido en el nivel de apelación donde los jueces aplican pruebas similares en la segunda revisión (Valenzuela y Yévenes, 2015).

La convergencia de los estándares a nivel judicial es teóricamente justificable también. Un acusado condenado pierde su libertad, su reputación y su posición social, independientemente del carácter del error inofensivo. Además, la línea entre los errores constitucionales y no constitucionales es a menudo muy fina. Un comentarista argumenta de manera persuasiva que la prueba Chapman debería regir la revisión de todos los errores en los casos penales. No tendría mucho sentido adoptar un estándar de prueba para el juicio que está diseñado para evitar las condenas penales, incluso si hay una duda razonable en la mente de los jurados en cuanto a la culpabilidad de la persona acusada, y luego en la apelación castrar ese estándar probatorio, permitiendo que una condena se mantenga cuando el tribunal de primera instancia ha violado las normas probatorias que podrían haber influido en el jurado, creando la duda requerida (Salazar, 2010).

El Noveno Circuito, por ejemplo, aparentemente mantiene la prueba de la duda razonable para los errores constitucionales, pero no revocará los errores no constitucionales si es más probable que el error no afecte al veredicto del jurado. Dado que esta prueba permite la confirmación, incluso si la certeza de la inocuidad es apenas superior al cincuenta por ciento, los tribunales que la utilizan confirmarán más condenas que los que utilicen el criterio de "certeza justa" (Salazar, 2010).

El marcado aumento en el uso de la doctrina del error inofensivo en los últimos años es atribuible, en parte, a la voluntad de los tribunales a ampliar el alcance de la doctrina. En efecto, algunos tribunales evalúan la inocuidad de un error, incluso cuando no pueden calcular su efecto en el resultado del juicio. Este viaje a través del reino de la especulación no guiada en cuanto al efecto perjudicial de un error es a menudo inapropiado.

La regla de la revocación automática inmuniza a ciertos errores constitucionales del análisis del error inofensivo e infundado. La regla manifiesta el reconocimiento de que ciertos errores suponen un daño grande, pero incalculable para los acusados. Este daño no es exclusivo de los errores constitucionales; algunos errores no constitucionales también merecen la aplicación de la regla, porque también generan un daño a los acusados. La regla manifiesta el reconocimiento de que ciertos errores suponen un daño grande, pero incalculable para los acusados.

Una decisión de error inofensivo en tales casos no sería el resultado de un análisis razonado, sino de una conjetura. La aplicación de la regla de la revocación automática debería depender de la naturaleza del daño al acusado y no al carácter del error. Las instrucciones del jurado son cruciales para el proceso del juicio porque, idealmente, explican cada pregunta que el jurado debe responder. Ciertos errores críticos en las instrucciones del jurado, como la omisión de los elementos del delito, las declaraciones incorrectas de la ley, las instrucciones sin base en las pruebas presentadas, y el hecho de no informar al abogado de la defensa de la solicitud de instrucción del jurado, merecen la revocación automática, porque la cantidad de daño es potencialmente grande y necesariamente incierto. Dado que un veredicto general enmascara el del jurado, no existe ninguna base en el expediente para determinar que el jurado no tuvo en cuenta estos errores, el jurado ignoró estos errores (Vera y Llanos, 2016).

Desafortunadamente, la disponibilidad del análisis de error inofensivo ha llevado a los tribunales de revisión por el mal camino. Por ejemplo, en el caso *United States v. Clavey*, el Séptimo Circuito primero consideró inofensiva una instrucción del jurado que permitía la condena por una teoría sobre la que la acusación no presentó

ninguna prueba. El jurado declaró al acusado culpable de la acusación, pero su veredicto general no dio ninguna pista sobre la teoría que adoptaron. La mayoría de Clavey razonó que, dado que el jurado no tenía pruebas ante sí, no podía haber encontrado la teoría sospechosa probada más allá de una duda razonable. El juez Swygert manifestó su disidencia basándose en la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Estados Unidos v. Breitling*, este último había sostenido que tales instrucciones constituyen error reversible, porque confunden a los jurados en lugar de ayudarles en su análisis (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2016).

Un segundo error no constitucional complicó a Clavey, a pesar de que el jurado solicitó una instrucción adicional, el juez de primera instancia no informó al abogado de la defensa ni respondió a la solicitud. La mayoría sostuvo que esta inacción violó la regla 43 de las Reglas Federales de Procedimiento Penal, pero consideró que el error era inofensivo. Para llegar a este resultado, el tribunal debe haber adivinado la causa de la incertidumbre de los jurados y haber concluido que habían resuelto todas las dudas a favor del acusado. La posición de la mayoría es plausible, pero en última instancia no es convincente. El alcance de la confusión del jurado se desconoce porque el juez de primera instancia reprimió la indagación de los jurados. Además, solo un lector de mentes podría determinar si el jurado interpretó correctamente las instrucciones que recibió. Y, por supuesto, el expediente no puede revelar si el jurado hubiese llegado a un veredicto diferente si hubiera recibido las instrucciones adecuadas (Combacau y Sur, 2006).

La doctrina del error inofensivo era claramente inaplicable en el caso Clavey. Las sentencias viciadas por ese tipo de errores merecen una revocación automática. La sexta enmienda garantiza a los acusados de delitos la asistencia efectiva de un abogado. Los tribunales están de acuerdo en que una denegación indebida de la asistencia letrada en el juicio merece la revocación automática en la apelación. Los circuitos están divididos, sin embargo, en cuanto a la aplicabilidad de la doctrina del error inofensivo a los casos de asistencia letrada ineficaz. Algunos circuitos han adoptado una regla de revocación automática: no exigen que se demuestre un perjuicio real. En lo que puede equivaler a una regla de revocación automática de

facto, algunos circuitos han hecho recaer en el gobierno la carga de demostrar la ausencia de perjuicio. Varios circuitos, aplicando diferentes fundamentos, requieren que los que los acusados demuestren un perjuicio real (Samaniego, 2011).

El Octavo Circuito justifica la carga del acusado señalando que "la prueba del perjuicio suele estar más dentro de su conocimiento" y argumenta que una norma diferente penalizaría a la Fiscalía por actos que escapan a sus las entidades gubernamentales ha argumentado que sólo puede especular sobre el efecto de un abogado diferente y, por lo tanto, se niega a revocar a menos que los hechos indiquen que el abogado podría haber empleado tácticas más fructíferas. Las razones aducidas en apoyo de la regla de la "prueba del perjuicio real" no son convincentes. Aunque, la asistencia ineficaz amenaza siempre con causar un daño irreparable al acusado, el expediente no suele revelar el perjuicio. El expediente raramente muestra qué tácticas podría haber empleado un abogado competente; no puede mostrar el impacto que un abogado competente podría haber tenido en el resultado del juicio (Samaniego, 2011).

Dicho desde otra perspectiva, la decisión es proporcional a los derechos que amenazan con ser vulnerados por medio de la decisión impugnada. Los jueces se refieren a la extrema importancia de la motivación de las decisiones en el ámbito del derecho penal, debido en particular a las graves consecuencias que cualquier violación de los derechos en los procedimientos penales puede tener para cualquier persona física o jurídica que se presente ante un tribunal. Concluyó que la jurisprudencia en materia de obligación de un tribunal contra cuya decisión no cabe recurso judicial de remitir la cuestión al Tribunal de Justicia podría ser desproporcionadamente dura, ya que el mero hecho de no remitir no puede probar que las partes no hayan tenido su derecho a un juicio justo. Contrastó esta situación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la obligación de plantear una cuestión al Tribunal Constitucional nacional en los casos en que una de las partes presente una demanda de inconstitucionalidad respecto a las disposiciones de la legislación nacional. Según la jurisprudencia del Tribunal, mencionando el caso Pronina contra Ucrania, la obligación de motivación no es tan estricta como la que

incumbe a los tribunales de última instancia en el contexto de los procedimientos que plantean cuestiones relativas a la aplicabilidad del derecho europeo. Por ello, consideró que la obligación era excesiva (Samaniego, 2011).

En lo que respecta a la jurisprudencia, siguen existiendo muchas interrogantes sobre el grado de justificación que debe dar un tribunal nacional contra cuya decisión no cabe recurso judicial en la legislación nacional para que se cumpla la obligación del artículo del Convenio. Como hemos visto en los casos presentados, el hecho de que un tribunal no dé ninguna justificación o sólo la insinúe no será aceptable y hará que el Estado miembro sea responsable de las infracciones del Convenio. Sin embargo, los requisitos de justificación son hasta ahora muy poco claros. Se podría suponer que cualquier apariencia de justificación, siempre que no sea manifiestamente errónea, sería aceptada por el Tribunal, aunque no se ajuste plenamente a la sentencia (Almanza, 2018).

No se puede estar seguro del grado de escrutinio al que se sometería una decisión de este tipo hasta que haya más casos resueltos sobre esta base. Hay que establecer una diferencia importante entre las clasificaciones de los derechos, cuya violación los tribunales consideran que se debe reparar. Se considera que la reparación es debida exactamente por la violación de los derechos sustantivos conferidos por los tratados, aunque lo condiciona a la doctrina de la "violación manifiesta". Como hemos visto, la vulneración de los derechos implícitos a que se les someta la cuestión no constituye un derecho de reparación. Por otra parte, solo se ocupa de la violación del derecho de las partes a que se les plantee una cuestión prejudicial. Se afirma claramente que no se ocupa de los derechos per se vulnerados por la sentencia si se ha respetado el derecho a un juicio justo (Almanza, 2018).

Esto significa también que, potencialmente, el demandante podría obtener una indemnización por daños y perjuicios por la violación del artículo del Convenio, aunque no se hayan infringido sus derechos sustantivos en virtud del derecho europeo, por ejemplo, si un tribunal desestimara su solicitud de decisión prejudicial sin dar una razón cuando la cuestión planteada ante el tribunal es completamente

obvia. Esto podría, en teoría, dar lugar a que las personas presenten reclamaciones absurdas ante los tribunales contra cuya decisión no existe recurso judicial en el derecho nacional, esperando que el tribunal cometa un error al motivar para poder obtener una reparación (Araujo, 1993).

La divergencia entre varias entidades es profundamente diferente en cuanto a los posibles resultados que alguien podría obtener si interpusiera una demanda por daños y perjuicios. En determinadas condiciones, esto crea la posibilidad de "ir de compras" en busca de un tribunal favorable, en función de las circunstancias concretas del caso. Esto podría hacerse no sólo en relación con el derecho sustantivo europeo en cuestión, sino también con la legislación nacional aplicable, e incluso con la jurisprudencia nacional aplicable, ya que en *Traghetti del Mediterraneo* sostuvo que los Estados miembros son libres de establecer los criterios de la naturaleza o el grado de la infracción que atrae la responsabilidad de los Estados miembros (Bulygin, 1971).

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a ser oída equitativa y públicamente y en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona tendrá la posibilidad de ser asesorada, defendida y representada. Se facilitará asistencia jurídica a quienes carezcan de recursos suficientes en la medida en que dicha asistencia sea necesaria para garantizar el acceso efectivo a la justicia (Calle, 2012).

De igual manera, se menciona que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil o para el examen de cualquier acusación en materia penal formulada contra ella. La sentencia se pronunciará públicamente, pero la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte del juicio en interés de la moral, el orden público o la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando lo exija el interés de los menores o la protección de la vida

privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria a juicio del tribunal en circunstancias especiales en que la publicidad pueda perjudicar los intereses de la justicia (Duguit, 1926).

Una lectura paralela de las disposiciones no da la impresión de que ninguno de los dos textos legales conceda más o menos protección a los demandantes en el contexto de las acciones a las que se aplican las normativas vigentes. Sin embargo, no considera que la falta de remisión sea una infracción de los derechos fundamentales que merezca una reparación en sí misma. En lo que respecta a la aparente "debilidad" de los recursos directos de la UE para los errores judiciales que dan lugar a una infracción de los derechos conferidos por el derecho europeo, también hay que tener en cuenta la delicada situación política, ya que los Estados miembros pueden oponerse a que la UE introduzca procedimientos jurídicos de alcance europeo. Como ha señalado un autor, "algunos aplauden al Tribunal por haber transitado por un difícil camino entre la necesidad de respetar la autonomía jurídica nacional y la necesidad de promover la aplicación efectiva del derecho" (Nieto, 2000, p. 62).

Así, el Tribunal se inclina por dejar que los Estados miembros establezcan sus propios procedimientos y límites a la responsabilidad judicial, siempre que se respeten los niveles mínimos a nivel interno. Otro autor dijo lo siguiente sobre la interacción "este campo se asienta sobre dos placas tectónicas. Por un lado, está la lógica de los ordenamientos jurídicos en competencia. Esta presiona a favor de la primacía del derecho de la UE, pero reconoce la autonomía de los ordenamientos jurídicos locales, las sensibilidades implicadas y la dificultad de imponer soluciones uniformes y centralizadas (Samaniego, 2011).

A partir de las sentencias mencionadas, sigue existiendo cierta incertidumbre en cuanto a las condiciones en las que una persona puede obtener una reparación por las infracciones de su derecho, en virtud de la legislación europea. Aunque, la jurisprudencia existe desde hace algún tiempo, falta una mayor aclaración. En cuanto a la jurisprudencia hay que recordar que las sentencias son todavía muy recientes: Dhabhi se decidió en 2014, mientras que Schipani se decidió en 2015.

Hasta que los tribunales no den más orientaciones sobre el tema, debemos concluir que las personas cuyos derechos se vean afectados por un error judicial seguirán enfrentándose a una buena cantidad de incertidumbre a la hora de buscar soluciones” (Samaniego, 2011).

El primer indicio se centra en la resolución emitida en julio de 2002, ubicado dentro del Caso N° 158-2002 dada por la Tercera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, cuyo actor fue el señor Juan Alberto Encala Ambi en contra del Estado ecuatoriano. Donde se relata que el accionante del recurso señala que Juan José Cepeda Curillo se centra en la denuncia por el pago de una letra de cambio que se presentó ante el juez sexto de lo penal de Chimborazo, señala que el juez mencionado:

En vez de inhibirse conforme procede en derecho, por tratarse de un asunto catalogado como civil, y que no se encuentra previsto en la ley penal como delito, la acepta al trámite, transgrediendo expresamente la de la garantía constitucional prevista en el literal. c) Del numeral 19 del art. 22 de la Constitución Política” que en ese momento está vigente (Yzquierdo, 2021).

Por otra parte, se señala que el 2 de febrero de 1998, se ordena la prisión preventiva del acusado, de acuerdo con la permanencia que ha recluido hasta el 23 de mayo del año en mención. De acuerdo con lo mencionado por el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo dictó sentencia absolutoria a su favor y que dispone de la excarcelación de acuerdo con las solicitudes del Estado ecuatoriano que indemnice por los daños y perjuicios que le ocasionó el juez sexto de lo penal de Chimborazo, por encontrarse privado de la libertad de manera ilegal.

Se expone también el caso de suspensión de 90 días del presidente de la Corte Nacional de Justicia Iván Saquicela; el cual se ejecutó el 20 de mayo de 2022 y fue establecido con base en una denuncia por negligencia en el proceso de extradición del expresidente Rafael Correa. El caso inicia con una denuncia por el abogado Alex Guamán en contra del funcionario en el Consejo de la Judicatura; luego la retira y

pone una nueva denuncia en la Fiscalía alegando que el funcionario habría presionado al demandante para que retire la denuncia del Consejo de la Judicatura. De acuerdo con el Código Orgánico de la Función Judicial, la acción de negligencia se considera una infracción de gravedad que si no se resuelve puede terminar en destitución del funcionario acusado (González, 2022).

El caso de negligencia en contra del presidente de la Corte Nacional se desata, debido a que se considera que existió un retraso en la tramitación de la extradición del expresidente Rafael Correa. Con base en esto, Saquicela interpuso una demanda de acción de protección, misma que fue rechazada. El caso pasará a juicio para que se determine si hubo negligencia o no; en caso de existir este elemento Saquicela será destituido (Rosero, 2022).

El 29 de junio de 2022 se obtuvo una respuesta por parte de la Corte Nacional de Justicia en relación al caso de la suspensión de Saquicela de sus funciones por presunta acción de negligencia; resolvió de forma unánime que no existió negligencia por parte del presidente el Dr. Iván Saquicela. La decisión se estableció durante la sesión ordinaria del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que se basó en el estudio realizado por parte del juez nacional Milton Velásquez encargado de analizar toda la documentación del caso (Corte Nacional de Justicia, 2022).

En el caso de Roja (2012), se determinó por parte de la corte IDH primero por daños al amplio volumen de medidas basadas en la gravedad de los hechos. Los abusos a los derechos humanos por parte de los gobiernos totalitarios de los regímenes militares latinoamericanos han desencadenado varias demandas ante el SIDH, casos que han resultado en sentencias contra el Estado, por lo que la Corte Interamericana ha ordenado remedios (Farfán, 2019). Otro caso relevante en materia de análisis es el de Suárez contra la República del Ecuador, donde la Corte Interamericana ordenó las siguientes medidas de reparación:

- a) La compensación es de lucro incesante y detención arbitraria.
- b) El nombre de los objetos criminales de las víctimas fue eliminado del registro de delitos en sus departamentos correspondientes

c) Prohibición de exigir a Ecuador que ejecute la sentencia ilegal contra el señor Rosero; el guardia de seguridad fue arrestado por narcotráfico y, por lo tanto, detenido durante cuatro años sin juicio, y torturado y golpeado por el delito, con una pena máxima de dos años, violando sus derechos, causas judiciales, presunción de inocencia, libertad, etc.

En la actualidad, la Corte IDH ha adoptado un proceso que prevé el derecho a reparar los daños solo por medios materiales, es decir, mediante el pago de una cierta cantidad de indemnización; tomar otras medidas necesarias para garantizar que las víctimas y/o sus familias reciban una reparación integral. Los hechos del caso Suarez Rosero son similares a los de Consuelo Benavides vs. Estado de Ecuador, que también culminó en un caso internacional en tribunales extranjeros por la violación y muerte de Consuelo Benavidez en 1985. El gobierno de Ecuador acepta la responsabilidad y paga un millón de dólares a los padres de los fallecidos. La resolución también señala que en Ecuador se preservan los nombres de los fallecidos mediante la codificación de calles o escuelas y que es deber del Estado descubrir la verdad y condenar a los culpables (Benavides, 1998)

En los tres casos mencionados, el reconocimiento de medidas simbólicas, siendo medidas de referencia encaminadas a reparar todo el daño causado a las víctimas y/o sus familias, de ahí el término reforma integral. Por su propia naturaleza, estas medidas tienen un impacto significativo en los derechos de las víctimas. Por otro lado, la Corte IDH ha mostrado una aplicación significativa del principio de proporcionalidad, dictando medidas de compensación de acuerdo a la gravedad de los hechos. En este contexto, Rojas, (2012) afirma que no existe aplicación de la reparación universal, por el contrario, todo daño resultante de la vulneración de derechos es resarcible y se enfatiza que debe ser proporcional.

El mismo autor, analiza uno de los problemas donde está claro que la reparación integral no solo es adecuada para casos como la violación de la vida, la dignidad y la libertad, sino también otros derechos de propiedad privada donde que reconoce el derecho a la reparación integral, aun cuando el derecho en cuestión no sea tan

fundamental como el anterior, es decir, la indemnización cubre los daños causados siempre que se trate de derechos fundamentales (Rojas, 2012).

4. Casos de correcciones de errores en sentencias, resoluciones o autos

El hecho de ofrecer una tutela judicial efectiva es un elemento clave dentro del sistema judicial de todas las naciones y, además se considera como un derecho fundamental que tienen todas las personas. Es así que, todo individuo tiene el derecho de obtener una justicia que solvante todos sus problemas mediante un proceso transparente y efectivo. Para cumplir con este objetivo dentro de los Estados existen diferentes instancias judiciales, así como una variedad de recursos impugnatorios a los cuales se puede acceder de forma libre; y que se utilizan con frecuencia cuando se considera que existe un error en la sentencia emitida (Morales, 2014).

En ese mismo sentido, se debe tener en cuenta que todas las sentencias que se emiten dentro de las cortes, son de su responsabilidad. Es así que se otorga cierto grado de responsabilidad dentro de las decisiones judiciales que se tomen respecto a un determinado caso. Por lo cual, es importante considerar que los daños que se generen a causa de una sentencia emitida de forma errónea y que afecten o perjudiquen a los individuos implicados dentro del caso; deben ser resueltos por el Estado; es decir, que se debe generar un acto de reparación de los mismos (Ortega y Calvete, 2017). Los principales elementos que se tienen en cuenta dentro del error judicial, de acuerdo con Islas y Cornelio (2017), son:

- **El sujeto pasivo del derecho:** hace referencia a la persona que es condenada dentro de un juicio por cualquier tipo de causal que se haya presentado; y que el juez condenó con base en un error judicial. Dentro de la Convención Americana se reconoce que toda persona o sujeto que sea condenado por este error, deberá recibir una indemnización y reparación de sus derechos.
- **Sentencia firme:** se refiere a que debe existir la presencia de una sentencia que reconozca el error judicial cometido y que la sentencia emitida sea

firme, es decir, que la sentencia previamente dictada ya debió ser ejecutada. De esta forma, se puede establecer el reconocimiento de un error judicial y, sobre todo, realizar un proceso de reparación de derechos vulnerados.

- **Tipos de error judicial:** Con base en la perspectiva doctrinaria se conoce dos tipos principales de error judicial: imputable en personas (en relación a las equivocaciones cometidas por las personas, sean profesionales o no profesionales) e imputable al sistema jurídico, debido a vacíos en el sistema o a causa de procedimientos judiciales excepcionales. Además, se considera también como tipo de error judicial a: errores en el preámbulo de la sentencia, en los fundamentos establecidos del hecho, en los fundamentos del derecho o en el fallo final. Sin embargo, existen 8 casos de error judicial reconocidos por parte de la Comisión Interamericana y la Comisión de Derechos Humanos: a causa de un fraude, por negligencia, comprensión y entendimiento erróneo de los hechos suscitados, cuando los tribunales no reconocen el error, demostración de evaluación de pruebas, aplicación arbitraria de la legislación, denegación de justicia y cuando el tribunal incumple el principio de independencia e imparcialidad.

Tabla 1

Tipos de errores judiciales

Tipo de error judicial	Descripción
Por fraude	Cuando existe fraude dentro de la comisión encargada de valorar el caso y dictar su fallo final, puede ser por soborno económico o por preferencias entre los actores del hecho.
Por negligencia	Cuando no se valoran todas las pruebas o se ha dejado de lado cierta evidencia que puede comprobar la inocencia de una de las partes.

Pro comprensión errónea de los hechos	Cuando se genera por parte del tribunal una comprensión negativa y equivocada de los hechos, y no se ha intentado aclarar la misma
Los tribunales no han reconocido el error	Se suscita cuando el tribunal no reconoce de forma clara y concisa el error cometido en el fallo, y muchas veces rechaza las peticiones de rectificación
Evaluación de las pruebas	Hace referencia al análisis y evaluación a profundidad de todas las pruebas y evidencias para detectar inconsistencias o errores
Aplicación arbitraria de la legislación	No se ha aplicado de forma correcta las normativas y políticas dentro del caso
Denegación de justicia	Hace referencia a la omisión de actos o acciones jurídicas a causa de la escasa imparcialidad de los organismos jurídicos competentes
Incumplimiento de independencia e imparcialidad	Hace referencia a cuando el tribunal no respeta los principios de independencia e imparcialidad dentro del juicio

Nota. La tabla muestra los principales tipos de errores judiciales que se presentan en el sistema. Tomado de: (Islas y Cornelio, 2017).

En Ecuador se reconocen aún situaciones, en las cuales se presentan errores judiciales dentro de los procesos; mismos que son imputables y que, además generan una afectación grave en relación a los derechos humanos de los ciudadanos y, sobre todo, la seguridad jurídica nacional. A causa de estos acontecimientos se pone en duda el trabajo y esfuerzo jurídico de una nación respecto a las acciones nacionales e internacionales por solucionar las injusticias. Adicionalmente, se han registrado efectos negativos en el bienestar de las personas como: daño a su honra y prestigio, así como pérdida de su libertad y destrucción del sistema familiar (Cuesta y Durán, 2019).

Como se puede observar el error judicial es un elemento que interfiere de forma negativa en el desarrollo de la justicia dentro de un país, sobre todo, cuando el tribunal encargado no reconoce de forma inmediata su error y perjudica el bienestar del individuo. Este, es un factor dañino para las personas que son víctimas del

mismo, puesto que vulnera algunos derechos humanos e interfieren en su funcionamiento y desenvolvimiento en el entorno.

Se conoce que la Corte Constitucional es un organismo de justicia que puede revisar o examinar un auto o sentencia ejecutoriada y juzgar de manera diferente si, a través de la investigación que realiza se identifica que existe un error judicial que pueden incluir errores de derecho derivados de una aplicación inadecuada de la norma. Sin embargo, debe considerar que en las naciones en las que se susciten errores judiciales con frecuencia puede establecerse como una nación con un alto índice de inseguridad jurídica y con una baja expectativa de aplicación idónea de normas y políticas (Zavala, 2009).

Es necesario tener en cuenta que la resolución judicial de una sentencia se realiza con base en las motivaciones del tribunal, es decir, que después de presentar todas las pruebas y evidencias referentes al caso; los miembros del tribunal toman una decisión respecto al mismo y dictan una sentencia. Por lo cual, esta sentencia debe ser cumplida tal cual se ha expedido, y muchas veces antes de que se interponga un recurso de apelación; la misma ya está siendo ejecutoriada y el demandado ya cumple con la privación de libertad o medidas que se hayan expedido (Herrera, 2008). A continuación, se exponen algunas sentencias emitidas en el Ecuador:

Tabla 2
Sentencia de auto impugnado

DATOS	DESCRIPCIÓN
Número de sentencia	No. 964-17-EP/22
Asunto o motivo	La Corte Constitucional acepta parcialmente la acción extraordinaria de protección presentada por el SENA E dentro del proceso No. 09359-2016-02365, tras verificar que los autos impugnados vulneraron el derecho a la seguridad jurídica.
Antecedentes	El 21 de junio de 2016, José Ángel Morales Torres, representante legal de la compañía Diario S.A., presentó una petición de medidas cautelares constitucionales en contra de Alba Marcela

	Yumbra Macías, directora distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (“SENAE”), alegando que la resolución No. SENAE-DDG-2015-27257-PV vulneró disposiciones constitucionales que generarían una amenaza al derecho a la seguridad jurídica.
Fundamentos de la sentencia	La entidad accionante alega que la decisión judicial impugnada vulneró sus derechos constitucionales a la seguridad jurídica (artículo 82 de la Constitución) y al debido proceso en la garantía de motivación (artículo 76 numeral 7 literal de la Constitución).
Análisis constitucional	La entidad demandante alega que no era responsabilidad de la Unidad Judicial otorgar el recurso de apelación y que la Sala de la Corte Provincial no podía remitir el expediente al Tribunal de la CAN para ejecutar la interpretación perjudicial de la decisión 778. Esta sala elevó a consulta la decisión 778 aunque la sentencia constitucional No. 005-12-SAN-CC aclaró toda duda en relación a su aplicación. Se vuelve imperante entonces recordar que no corresponde a este Organismo pronunciarse respecto a la corrección en la aplicación del derecho, puesto que esta es una labor reservada exclusivamente a las juezas y jueces ordinarios.
Decisión	1. Aceptar parcialmente la acción extraordinaria de protección No. 964-17-EP. 2. Declarar que los autos impugnados vulneraron el derecho a la seguridad jurídica del SENAE, reconocido en el artículo 82 de la Constitución, por haber desnaturalizado las medidas cautelares constitucionales y transgredido el principio de legalidad. 3. Como medida de reparación, dejar sin efecto la providencia de 7 de septiembre de 2016 emitida por el juez de la Unidad Judicial dentro del proceso No. 09359-201602365, así como todos los autos dictados con posterioridad; y, rechazar por improcedente el recurso de apelación presentado por la compañía Diario S.A. En consecuencia, las partes deberán estar

a lo resuelto por la Unidad Judicial en el auto de 2 de septiembre de 2016 que revocó las medidas cautelares.

Nota. La tabla muestra un ejemplo de sentencia de auto impugnado. Tomado de: (Corte Constitucional del Ecuador, 2022).

Tabla 3.
Sentencia de Casación

DATOS	DESCRIPCIÓN
Número de sentencia	No. 17751-2016-0406
Asunto o motivo	Recurso de casación en contra del auto de resolución No 546-2016 emitido el 5 de mayo de 2016, a las 09h30, por la Sala Única del Tribunal Distrital N.º 1 de lo Contencioso Tributario
Antecedentes	El señor Jorge Gustavo Castro Cueva, en su calidad de Gerente General de la compañía ADMIHOTEL CÍA. LTDA., interpone recurso de casación en contra de la decisión de mayoría recogida en el auto resolutorio No 546-2016 emitido el 5 de mayo de 2016, a las 09h30, por la Sala Única del Tribunal Distrital N.º 1 de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Quito, dentro del juicio de impugnación 2012-0121, interpuesto en contra de la Resolución N.º 117012012RREC035744, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, el cual negaba un reclamo administrativo de impugnación de las liquidaciones de pago Nos 1720120200136 y 1720120200146 expedidas por diferencias en la declaración de Impuesto a los Consumos Especiales de marzo a diciembre de 2009, y cuya decisión resolvió declarar el abandono del juicio de impugnación referido, disponiendo el archivo de la causa
Fundamentos de la sentencia	El recurrente respecto a los cargos admitidos manifestó en su escrito que el art. 245 del Código Orgánico General de Procesos es claro en su texto literal, pues establece que el juzgador declarará el abandono del proceso cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado su prosecución durante el término de ochenta días contados desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos, notándose que dicha disposición

	establece un grupo de circunstancias que deben observarse para que el juzgador declare en abandono la causa
Análisis constitucional	Conforme los problemas jurídicos descritos en este fallo, el casacionista alegó la causal segunda del Art. 3 de la Ley de la materia, por aplicación indebida de normas de derecho, señaladas en el número 4.1., cargo único, cuyos textos son los siguientes: Código Orgánico General de Procesos: Art. 245.- Procedencia y Art. 246.- Cómputo de término para el abandono
Decisión	7.1.- CASAR el auto dictado el 5 de mayo del 2016, a las 09h31, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 1 con sede en la ciudad de Quito, de acuerdo a los términos señalados en el Considerando V de esta sentencia. 7.2.- DECLARAR la nulidad del proceso a partir del auto de abandono de la causa, de fecha 5 de mayo de 2016, las 09h31 dictado por la Sala Única del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario con sede en Quito, que obra la foja 708 del expediente de instancia.

Nota. Esta tabla muestra un ejemplo de sentencia de casación. Tomado de: (Corte Nacional de Justicia, 2018).

Tabla 4
Sentencia de recurso de casación

DATOS	DESCRIPCIÓN
Número de sentencia	No. 1242-2017
Asunto o motivo	Recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal en la Corte Provincial de Justicia del Guayas
Antecedentes	La ciudadana Karina Mariuxi Aguilar Cueva, procesada, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 24 de octubre de 2016, las 10h53; la

	cual, niega su recurso de apelación, confirma el fallo emitido por el Sexto Tribunal de Garantías Penales del Guayas, y la declaró autora del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en pena de 10 años de privación de libertad, y multa de 40 salarios básicos unificados del trabajador en general.
Fundamentos de la sentencia	-Indebida aplicación del artículo 42 del Código Penal -Contravención expresa del artículo 76.7, I de la Constitución de la República
Análisis constitucional	Los parámetros para analizar el recurso de casación son: -la interposición del recurso de casación por parte de uno de los sujetos procesales, imponer en ellos tres obligaciones para ser debida fundamentación; a) la determinación de un artículo específico, vigente dentro del ordenamiento jurídico, que se considere vulnerado mediante la sentencia expedida por el juzgador de última instancia; b) la adecuación de esa vulneración a una de las causales que taxativamente prevé el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del recurso de casación; c) los argumentos jurídicos que sustentan el haber impuesto éste recurso extraordinario, en los cuales debe hacerse mención a la parte de la sentencia del Tribunal ad quem que contiene la vulneración.
Decisión	A la luz de lo que queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, en aplicación del artículo 76.7 I, de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, declara, por unanimidad, la nulidad constitucional de la sentencia dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del

Guayas, de 24 de octubre de 2016, las 10h53, por falta de motivación, desde fojas 89 del cuaderno de segunda instancia, esto es, desde la audiencia de fundamentación del recurso de apelación; con el objeto de que un nuevo tribunal realice la audiencia y sentencia respectiva; la presente nulidad se la declara a costa de los Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que la dictaron. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido para la ejecución de la presente decisión.

Nota. La tabla muestra un ejemplo de sentencia de casación. Tomado de: (Corte Nacional de Justicia, 2017)

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

El Estado ecuatoriano tiene a cargo el cumplimiento de los servicios públicos de la administración judicial, con base en ello, debe adquirir medidas necesarias para desarrollarlo de manera eficaz, esto bajo los principios legales y constitucionales mencionados anteriormente. Es así, que el Estado ecuatoriano debe eludir que los jueces o entes relacionadas comentan errores judiciales, lo cual genera el derecho de imputación trayendo como consecuencias la responsabilidad extracontractual y la obligación de realizar mecanismos de reparo al ciudadano que fue afectado esto bajo el precepto suscrito en el artículo 11, numeral 9 de la CRE (Farfán, 2019).

Por ello, el Estado es el encargado de crear una estructura estable, mediante un sistema de selección, el cual tiene como fin el designar a jueces que cuenten con la capacidad de administrar la justicia y verificar que esta sea imparcial e independiente, la cual debe estar juntamente con la constitución y las leyes que ahí se encuentran. Será el responsable de desarrollar la forma correcta para la aplicación e interpretación de las leyes, con ello evitará que se cometan errores en la toma de decisiones judiciales (Morales, 2011).

Por ello, resulta muy importante conocer el rol que posee el juez dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, la forma en la que se realiza la selección de

los órganos jurídicos, al igual de estudiar la imparcialidad e independencia con la que deben trabajar, analizar el proceso que se desarrolla para la corrección de errores judiciales sin responsabilizar al Estado en este proceso, al igual se conocerá cuáles son las garantías de los ciudadanos al identificar una acción ineficaz del accionar de la administración de justicia o alguno órgano jurisdiccionales relacionados (Guevara, 2020).

5.1 El juez o representante del órgano judicial

Se define como juez a la persona con los conocimientos y autoridad para emitir un juicio fundamentado, el cual tendrá a su cargo el resolver las dudas y tomar decisiones en cuestión al juicio establecido. En relación con esta definición se debe entender que el juez es una persona natural, el cual recibe un cargo con el objetivo de ejecutar una responsabilidad social encomendada. (Carrillo y Bechara, 2019)

Por otro lado, se conceptualiza como el órgano seleccionado por una comunidad jurídica, el cual cuenta con la potestad de juzgar y emitir una sentencia a una problemática de intereses, la cual será sometida a su decisión. Será denominado como el revestido de potestades para administrar la justicia a la comunidad, en general, esto sea a los particulares, civiles e, incluso, a sí mismo, u otros como él. Posee la autoridad suficiente para desempeñar la función jurisdiccional y el responsable del cumplimiento de los derechos o deberes establecidos en la constitución y normativas vigentes (Durán y Henríquez, 2021).

Con base en estas definiciones que son diversas, pero cada una contienen elementos que se relacionan, lo cual permite determinar un concepto; un juez es una persona natural, el que posee la autoridad para emitir un juicio esto en relación a los conflictos que se generen a nivel de Estado, particulares y civiles, será el encargado de sancionar a los implicados (Waldron, 2019).

El rol de juzgador tiene a ser de importancia para los ciudadanos, esto al sentido relacionado a un conflicto en el cual se debe contar con una persona imparcial, la cual permita desarrollar confianza y contar con la certeza que se cumplirá con las normativas que se relacionan con la problemática existente. El juez será el

encargado de resolver el conflicto y lo realizará basándose en las leyes acordes y no se fijará en otras consideraciones que sean ajenas al caso (Delgado y Carnevali, 2020).

Es por ello, que los jueces tienen en sus manos la decisión que puede ser considerada como justa y verdadera o puede también ser injusta y falsa, esto se verá expuesto en relación con las leyes que se encuentran en la constitución, al momento de emitir una sentencia el juez considera los conceptos que posee con base en los derechos, es por ello, que a pesar de dictar una sentencia judicial esta puede ser apelada, mientras eso no se desarrolle, se dará entender que el fallo es la expresión y cumplimiento de la ley. En tal virtud, la confianza de la ciudadanía hacia un juez es fundamental, ya que demuestra la credibilidad del sistema judicial en el Estado constitucional de derechos y justicia (Mira, 2020).

El papel del juez, es reflejar en la sentencia el cumplimiento de la obligación del derecho, la búsqueda de la verdad en un proceso judicial será el objetivo central y el ideal, mediante la cual permite el desarrollo y certeza de la sentencia ciudadana. Esto se genera teniendo en claro que la verdad es un valor fundamental de la democracia, lo cual permite establecer una buena relación entre el poder y los ciudadanos (Rua y González, 2018).

Para el desarrollo de esta función social, las personas que se desempeñan como jueces deben poseer una serie de valores morales e intelectuales que le permitan el desarrollo de decisiones que eleven las garantías de su idoneidad. Deben estar dispuestos a que todas las miradas de los ciudadanos se centren en él, los cuales confían y cuentan con la seguridad de encontrar la verdad, por ello se mantiene que el juez es la persona revestida de una coraza de derechos y deberes que debe hacer respetar y cumplir (Roa, 2020).

Desde este punto de vista se destaca la importancia de que el juez, debe contar con los conocimientos basados en los derechos, leyes y normativas que se relacionan con cada una de las problemáticas que se desarrollan. Debe ser capaz de dominar las diferentes formas de expresión lingüística, cultural y expresividad, las

cuales serán consideradas como las fuentes del derecho. Es por ello, que el juez es el sinónimo de ley, esto será acorde con su corriente y el uso adecuado de las técnicas con las que se expresen las normas y leyes que se utilicen en cada caso. La jurisprudencia le permite al juez conocer las diferentes soluciones que han sido aplicadas con anterioridad en conflictos similares, especialmente en los tribunales, los cuales cuentan con mayor jerarquía (Delgado y Palomo, 2019).

Al mismo tiempo, es esencial que el juez cuente con conocimientos de dogmática, lo cual es importante e indispensable al momento de desarrollar la resolución de un conflicto, esto porque en esta sección señala los usos de las normativas legales. La dogmática jurídica cumple el papel de desarrollar juicios de derechos futuro, que se relacionan con las normas legales, esto se convierte en una guía para el juez para valorar hasta un cierto punto, es decir, que se puede distanciarse o alejarse, a la vez que permite el modificar el sistema de jurisprudencia que se encuentra vigente. Es por ello, que los jueces deben tener conocimiento acerca de los criterios argumentativos e interpretativos que se encuentran en la teoría del derecho (Mendieta, Goyte, y Oviedo, 2020).

Es importante también que cuente con los conocimientos acerca del derecho, lo cual le permita vincular y unir distintas partes del derecho. Por tal motivo, no es lo mismo que un juez aplique una norma que un principio, tampoco es igual el desarrollar un razonamiento subjuntivo que un ponderativo. Es por ello, que los conocimientos que debe poseer el juez con relación a derecho son muy complejos, esto porque se considera que el derecho cuenta con varias disposiciones con contenidos valorativo, cuya aplicación debe desarrollarse ante las valoraciones sociales que existen (Ramírez y Hernández, 2018)

Los jueces son considerados como personas con conocimientos en lo que se relaciona con derechos y poseedor de habilidades o competencias para la resolución de conflictos que se desarrollen, lo cual se genera de forma independiente e imparcial, permitiendo la aplicación de forma directa, el uso de la constitución y las normativas; de esta manera, hacer honor al principio de justicia. El juez a más de ser el poseedor de conocimientos de derechos y deberes, debe

también aplicar la crítica y la igualdad en todo proceso, lo que permite evidenciar el cumplimiento de su tarea administrativa de la justicia, dejando a un lado la parte que no corresponde con la misma. En resumen, será el encargado de buscar la paz social y la generación de ética social. (Redondo, 2020)

El desarrollo del aprendizaje y formación de los jueces no termina nunca, esto por las reformas que se generan a partir de una problemática evidenciada, los cambios a normativas internacionales, entre otros cambios que se generan en la cotidianidad. Al igual que se relaciona con la responsabilidad que genera su puesto, es indispensable su formación; sin embargo, su formación es mayor en algunos planos que en otros (Carrillo y Bechara, 2019).

Las funciones con mayor significancia que desarrolla un juez son más amplias, lo cual se centra en la comprensión de todo un sistema social. Entre sus funciones se encuentran la fijación de valores y la dirección hacia el cumplimiento de determinados valores. Su función de control social tiene un alto contenido de funciones simbólicas, es así que la justicia penal se genera con base en los comportamientos que se alejan de los valores conocidos por la sociedad. Mediante su accionar eficaz los jueces confirman los valores apreciados por la sociedad y la importancia de su protección judicial (Cando, 2020).

La Constitución de la República del Ecuador, señala que este es un Estado constitucional de justicia y derechos, en el cual los jueces serán los responsables de administrar justicia. Una adecuada preparación a nivel intelectual por parte de los jueces se relaciona con la CRE, la cual será parte importante al momento de realizar la selección para el cumplimiento de este puesto, esto se encuentra suscrito en el artículo 176, mismo que menciona que los y las servidoras judiciales deberán contar con la aprobación de curso de formación general y especial, al igual que deberán aplicar pruebas tanto teóricas, prácticas y psicológicas, las cuales son parte para el ingreso al servicio judicial (Orjuela, 2019).

La importancia de poseer una preparación intelectual se encuentra con mayor énfasis en la CRE, en cuanto se refiere a jueces del CNJ, esto se encuentra

establecido en el artículo 183, numeral 2, señala que para ser seleccionado el aspirante debe poseer un título de tercer nivel en relación con la carrera de Derecho (Portero y Egas, 2018).

La administración de justicia se basa en los principios que se encuentran establecidos en la CRE y el COFJ. En tal virtud, los jueces serán los encargados de ejecutar y el cumplimiento de lo juzgado, por ello, deben poseer el conocimiento de los derechos en el instante de generarlo e interpretarlo. Es así que todo juez debe poseer personalidad, sus convicciones, permitiéndole ser único e irremplazable al momento de realizar el proceso para la selección y nombramiento. La misión del juez será el cumplimiento del respeto a la justicia de forma equitativa e igualitaria para la ciudadanía en general. (Roa, 2020).

5.2 Formación de los jueces

El juez será considerado como el profesional y técnico del cumplimiento del derecho. Los errores cometidos por ellos suelen relacionarse con la escasez o por causas que sean ajenas a él, por ello, la formación adecuada y continua es un factor importante para evitar el desarrollo del error judicial. Se denomina al juez como el conocedor de la viabilidad del mundo, por lo cual será quien actúa con el mayor cuidado existente para evitar el desarrollo de los diferentes errores que se puedan generar por su actuar. (Pallasco, 2022). Necesita formación en cuanto a los derechos, la lógica, la cuestión lingüística, y amplios conocimientos de la realidad en la que se desarrolla el conflicto, lo cual considera que cada uno de estos temas de formación perfilan al juez como un buen generador y administrador de justicia. (Ordoñez, 2020).

En su primer conocimiento o formación en derechos, se relaciona con que debe tener en claro en todo momento qué derecho se debe aplicar o hace relación, al igual que debe tener en claro que se encuentra obligado a generar soluciones en conflictos que atenten al desarrollo de los mismos, esta formación le permite el eludir los errores de aplicación e interpretación de las leyes y normas (Carrillo y Bechara, 2019).

Como segundo conocimiento encontramos la formación de hechos, esto se relaciona con la necesidad de conocer la realidad en la que se desarrolla el conflicto, el cual se palpa al momento de la administración de justicia. En relación con esta sección el juez debe tener conocimientos de los diferentes mecanismos para trabajar con las pruebas presentadas por los implicados, en otras palabras, debe ser capaz de afrontar los problemas de su especialidad (Delgado y Carnevali, 2020).

Debe además tener conocimientos en cuanto a la lingüística, esto se debe a que será el responsable de desarrollar las distintas tareas que le corresponde realizar, aquí se vinculan con la interpretación de la ley, teniendo en claro que debe poseer conocimientos acerca de lo que la ley establece. Se relaciona también con la formulación de sentencia, la cual se desarrolla mediante un análisis y actividades que normalmente realizan los lingüistas; sin embargo, en algunos momentos no se pueden llegar a realizar por el poco conocimiento. Frente a estas circunstancias, los jueces están en obligación de tener cuidado al momento de comprender de forma adecuada a los diferentes mecanismos de comunicación que se expresan al momento de una confesión judicial (Mendieta, Goyte, y Oviedo, 2020).

Al momento de analizar la formación de los jueces se encuentran dos momentos, el inicial que se desarrolló previo al ejercicio de su función conjuntamente con la formación permanente que debe continuar, incluso al ya ser parte del órgano judicial. En el Estado ecuatoriano la formación inicial de los jueces tendrá una duración de 180 a 200 horas, por un periodo de 30 días. Se lo considera una formación muy corta en comparación a otros países (Portero y Egas, 2018).

La segunda formación, o también llamada formación continua y permanente, define que los jueces sirven para actualizar sus conocimientos o cambios de normativas que se generan en la cotidianidad. Existen cargos judiciales, en los cuales la formación debe ser continua, pues debe ser desarrollada de forma obligatoria, en el cual el juez debe participar en varios procesos de reformas sus cambios o los procesos cuando entran a vigencia las reformas, por ello deben ser dadas a conocer y actualizadas tanto en la información y en sus procesos (Ordoñez, 2020).

5.3 El juez en el Estado constitucional de derechos y justicia

El Estado constitucional se encuentra ligado, en primera instancia, a la constitución que se encuentra vigente, en segunda instancia, a los tratados internacionales y normas supranacionales a los que se encuentre vinculado el país, en tercera instancia y última, se vincula con el cumplimiento de la ley. Como resultado, se evidencia un Estado social con derechos establecidos, los cuales no son igualitarios; esto se debe por el desarrollo de la sociedad, esto conjuntamente con el paradigma de que todos somos iguales ante la ley, siendo una de las características esenciales del Estado social basado en los derechos. Con base en esto se ve necesario el desarrollo social, mediante la búsqueda efectiva de un sistema igualitario que descarte todas aquellas acciones que no permiten el desarrollo del objetivo principal que es encontrar la igualdad para los ciudadanos. Un Estado de justicia es el resultado de la superación de un Estado lleno de inequidad e injusticia, es así que la Constitución del 2008 implementa el modelo igualitario, el cual se basa en la solidaridad conjuntamente con la protección a los menos favorecidos y vulnerables. (Pereira, 2015).

Sin embargo, los jueces no pueden dejar de cumplir con las leyes que se encuentran escritas, las cuales contienen mandatos que no se pueden modificar, al igual que son prescriptivos para intercambiarla con principios subjetivos, mismos que no son obligatorios, al contrario, pueden ser fuente de derechos secundarios, cuando no exista una ley específica en ese caso. Los principios no pueden ser modificados, las normas establecidas, ni la ley; esto se debe a que si se realiza alguna adecuación, cambio o intercambio se generaría inseguridad jurídica (Calonge, 2016).

5.4 Selección de jueces en Ecuador

El proceso de selección de jueces permite garantizar con objetividad y transparencia, la igualdad de oportunidades; todo esto en relación con el acceso del organismo judicial. En este proceso pueden participar todos los y las ciudadanas que recopilen todos los requisitos y aptitudes que sean necesarias. Al pasar del tiempo la designación de los jueces ha desarrollado varios cambios, los jueces

deben ser independientes del poder legislativo y ejecutivo (Aguirre y Alarcón, 2018), nos referimos a continuación a la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia.

La CRE 2008, da paso a la creación de la Corte Constitucional y la cataloga como el máximo órgano de justicia, interpretación y control constitucional, está conformada por 9 jueces, los cuales tendrán un periodo de nueve años, con renovaciones cada tres años. Estos jueces serán seleccionados mediante un concurso de mérito y oposición, dicho concurso estará a cargo de una comisión calificadora, la cual se encuentra integrada por dos personas por cada una de las funciones tanto legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social. Este concurso se caracteriza por ser de orden público, cuenta con veedores, tanto nacionales como internacionales y cuenta con la posibilidad de desarrollar una impugnación ciudadana, en este proceso se debe procurar la igualdad entre hombres y mujeres (Carrillo y Bechara, 2019).

Por otro lado, en el caso de los jueces de la Corte Nacional de Justicia gozan de un rango superior con respecto del juez ordinario, esto se debe a que serán los encargados de revisar y analizar las sentencias emitidas por los jueces de grados inferiores. Es por ello, que los jueces de la CNJ deberán contar con el curso de formación especial y general, los cuales deberán someterse a pruebas prácticas, teóricas y psicológicas para hacer factible su ingreso al servicio judicial (Farfán, 2019).

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina que las funciones legislativas, ejecutiva, y de transparencia y control social, deberán presentar 9 candidatos cada una, esto de forma alternada sin tomar en cuenta el género, de estar deslindada a la comisión calificadora. En el caso que los aspirantes no cumplan con los requisitos deben ser reemplazados en los 3 próximos días. Solo pueden participar los profesionales con conocimiento de derecho, lo cual no permite el participar a ciudadanos en un concurso abierto imposibilitando el escoger a los mejores candidatos si existiesen (Islas y Cornelio, 2017).

Con base en lo expuesto, se puede evidenciar la vulneración de los derechos de participación por parte de los ciudadanos, el derecho al desempeño o funcionalidad dentro de las funciones públicas conforme a sus capacidades y méritos obtenidos. Esto no puede ser parte de un sistema de selección y designación transparente, el cual sea un proceso incluyente, igualitario y pluralista, mismo que debe garantizar la participación, con ideas de criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades, especialmente a las personas con discapacidad, permitiendo una participación intergeneracional. Al igual que esta situación coloca en desventaja a varios de los profesionales de derecho que no pueden ser parte o no son tomados en cuenta para la integración de estos listados (Morales, 2011).

El ingreso de los jueces ordinarios a la función judicial se desarrolla mediante la superación del puntaje en el curso de méritos, oposición, audiencia pública y el curso teórico-práctico que se desarrolla en la escuela judicial. Este proceso se plasma en el COFJ, el comité de profesionales expertos, los cuales son nombrados por el consejo de judicatura para la evaluación de los postulantes, estima la calidad y validez de los fallos que emiten los y las candidatas/os en caso de poseer experiencia judicial (Roa, 2020).

5.5 Vinculación de los jueces con la ley

La importancia de la unión del juez con la ley es la principal característica del Estado de derechos. Es así que, si el juez se encuentra vinculado con el orden jurídico, el desarrollo de la ley debe cumplirse acorde con los valores fundamentales del orden jurídico y sobresaliendo la justicia. De esta manera, el juez no puede generar justicia en su totalidad sin participación de la ley, al igual que no puede desarrollarla mediante sólo su percepción (Ordoñez, 2020).

Todo ejercicio de la ley requiere de su entendimiento, al igual que poseer entendimiento del texto legal que se ha convertido en un ámbito excluido en muchos de los casos. El conocimiento humano no siempre es perfecto, no es completo, tiene algunas objeciones, al igual que es inseguro, con base en lo mencionado el riesgo a desarrollar un error en cuanto al conocimiento siempre se hará presente en la cotidianidad del ser humano (Samaniego, 2011).

El poder judicial se desarrolla, no por el origen democrático que posee, sino por el origen de las razones que son consideradas como justificaciones a sus decisiones, es así que el poder judicial no justifica las decisiones tomadas de forma radical generando la arbitrariedad. Una de las formas de intervenir de forma adecuada es la interpretación de las leyes y normativas que se encuentran en la constitución, esto ya sea por parte de la CC o aquella que generan los jueces ordinarios, los cuales cuentan con la aceptación del sistema jurídico en el ámbito cultural (Ruíz, 2021).

Al pasar el tiempo se ha ido otorgando varias actividades y atribuciones a los jueces, es por ello, que se le ha otorgado al juez una posición destacable con base en la estructura de poder dentro de un sistema democrático. Esto se relaciona con las normas, las cuales no son algo que debe implementarse de forma mecánica, al contrario, debe ser interpretada por dogmas que se relacionen con la realidad (Ruíz y Loor, 2019).

En el momento de la aplicación e interpretación de la ley, el juez debe cumplir con los requisitos que le permitan evidenciar conciencia social, lo cual genera una imposición popular que se ha establecido en la ley. La vinculación de los jueces con la ley resulta una obligación que se genera de un Estado de derecho y dicha obligación debe llegar hasta la interpretación del ordenamiento jurídico (Rua y González, 2018).

Desde la idea de la realidad ecuatoriana, con relación a la vinculación de los jueces y la ley, se considera como una obligación a la cual los jueces están comprometidos a la constitución y a los diferentes tratados internacionales que se relacionan con los derechos humanos. Estos se encuentran plasmados en el CRE y en el COFJ, los cuales se consideran la supremacía constitucional en cuanto a normas y leyes (Tobar, 2019).

5.6 Instancias y recursos para la corrección de errores judiciales

La responsabilidad del Estado será la reparación de los daños causados por culpa de un error judicial, esto a partir de la incapacidad de los diferentes servidores

de esa función específica del Estado. Es así que la ley permite el desarrollo de la impugnación, esto conforme los diferentes recursos que correspondan, mediante el cumplimiento de ciertas formalidades o acciones que se encuentran en los procesos, las cuales permitan el desarrollo y cumplimiento de las partes procesales (Samaniego, 2011).

El error judicial es una de las condiciones jurídicas en las que el Estado ha heredado la responsabilidad por la actuación indebida del poder judicial, y así, se reconoce en el artículo 121 de la Constitución de la República del Ecuador que dice literalmente: "Daño causado por un error judicial, y por lo general se hacerse dar al Estado el derecho a una indemnización conforme a la ley".

Es en esta parte donde los jueces superiores serán los calificados para revisar los recursos, pueden revocar la sentencia sea este el caso, esto mediante las argumentaciones fundamentales con base en los recursos presentados y evitar el desarrollo de un error judicial. Es aquí donde los recursos que se presenten serán considerados importantes para la prevención del error judicial, una vez presentados se procede a la rectificación de los errores encontrados, a través de las instancias de impugnación, las cuales posibilitan la declaración de la disconformidad esto entre los derechos que posee el individuo (Seña, 2009).

Los errores judiciales son aptos para corregirse mediante los diferentes recursos ordinarios que se presenten conjuntamente con los recursos extraordinarios. Los recursos serán considerados como un derecho que la parte procesal podrá presentar, lo cual permite la resolución del error e impugnación del caso (Rodríguez, 2020).

Para la resolución de los errores judiciales se identifican tres instancias legales, las cuales se encargarán de los procesos judiciales con base en la materia, la primera estancia, es el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el cual se encarga de las normas aplicadas en todas las materias excepto la penal. En lo penal, encontramos el Código Orgánico Integral Penal (COIP); y, también a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), la cual

se aplica a las diferentes interposiciones de las normativas establecidas en la CRE (Ramírez, 2019).

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, E. (2012). Guía jurídica para la tramitación de los juicios por responsabilidad extracontractual del Estado en casos de error judicial en materia civil. Ibarra: - PUCE.
- Aguilar, G. (2010). Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? Obtenido de Boletín mexicano de derecho comparado. vol.43 no.127: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000100001
- Aguirre, P., y Alarcón, P. (2018). El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. FORO Revista de Derecho, 121-143.
- Alarcón, R., y Monteza, W. (2020). Cumplimiento de la reparación efectiva del estado hacia las víctimas del error judicial en función al daño patrimonial y libertad personal en la Ley 24973. Chicago. Obtenido de <http://repositorio.udch.edu.pe/handle/UDCH/976>
- Almanza, D. (2018). Análisis Lógico del Derecho y Pos-positivismo - Un Diálogo a partir de las Teorías de Alchourron/Bulygin y Atienza/Manero. Scielo. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n80p31>
- Almeida, P. (2018). Análisis del error judicial y la responsabilidad del estado en cuanto a su resarcimiento en la legislación ecuatoriana. Cuenca. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/12066>
- Amado, J. A. (2017). Teoría de la Decisión Judicial. Subsunción, Argumentación, Ponderación. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Araujo, J. (1993). Contratos de gestión de servicios públicos: Régimen jurídico y modalidades. Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, 21-23.
- Arbeláez, D., y Sánchez, A. (2010). La reparación directa en el caso del riesgo excepcional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de

- <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3779/ArbelaezRestrepoDavid2010.pdf?sequence=2&isAllowed=y#:~:text=De%20otra%20parte%2C%20la%20teor%C3%ADa,cargo%2C%20se%20vale%20de%20ciertos>
- Arditti, R. C. (2019). Status Quo Ante. En Counterinsurgency Intelligence and the Emergency in Malaya (págs. 17-40). Palgrave Macmillan, Cham.
- Aristizabal, E., y Araque, C. (2020). Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción. Redalyc, 25(3). Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/279/27963600004/html/>
- Barberán, P. M. (2010). El Estado De Derecho Como Principio Y Su Consagración En La Constitución Política. Obtenido de RDUCN v.17 n.2: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200008
- Bayón, J. C. (2003). Relevancia Normativa en la Justificación de Decisiones Judiciales. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bechara, A., y Vides, M. (2019). Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann. Scielo, 24(36). doi:<https://doi.org/10.17081/just.24.36.3765>
- Benavente , M. (2014). Políticas públicas para la igualdad de género un aporte a la autonomía de las mujeres. doi:https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37226/1/S1420372_es.pdf
- Benavides, C. (1998). Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_38_esp.pdf
- Benda, E., Maihofer, W., Vogel, J., Hesse, K., y Heyde, Y. W. (1996). Manual de Derecho Constitucional. Marcial Pons.

- Bilot, P. (2013). Construyendo un esquema de la administración de justicia: fuentes, método y resultados. Chile, siglo XIX. Revista Historia y Justicia.
- Blacio , R., y Orellana , W. (2022). Violación del derecho a la defensa en el procedimiento del error inexcusable. Rveista Científica Sociedad y Tecnológica , 5(1). doi: <https://doi.org/10.51247/st.v5iS1.246>.
- Braithwaite, J. (1989). Crime, Shame and Reintegration. Cambridge University Press.
- Bulygin, C. E. (1971). Introducción a la Metodlogía de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Bulygin, C. E. (1971). Introduccióna a la Metodología de las Ciencias Jurídicas. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Bustamante, C. B. (2015). Democracia y Derechos Humanos. Revista ius et veritas, N° 49. doi:ISSN 1995-2929
- Cabanellas, G. (1983). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Vol. 16). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1993). Diccionario de Ciencias Jurídicas .
- Calle , E. (2012). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta del contrato: de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia. a Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3985503.pdf>
- Calonge, E. (2016). Implementación de un seguro obligatorio por error judicial (SOEJ) para los perjudicados por el ejercicio de la función jurisdiccional en aras de efectivizar la indemnización por responsabilidad civil del juez. Nuevo Chimbote. Obtenido de <http://repositorio.uns.edu.pe/bitstream/handle/UNS/2582/42914.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Camargo, S. R. (2013). La teoría del servicio público y las telecomunicaciones. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, 43-62.
- Candela, S. (2014). La falta de servicio en la administración pública argentina como forma de responsabilidad extracontractual. Córdoba: Universidad Empresarial Siglo 21. Obtenido de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/13510/Susa,%20Candela%20Alejandra.pdf?sequence=1#:~:text=Lo%20que%20se%20preten,de%20con,el%20fin%20de%20proteger%20los>
- Cando, J. (2020). "El principio de objetividad y su cumplimiento en el ejercicio de las funciones del Fiscal". Riobamba. Obtenido de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/7649/1/8.-TESIS%20JUAN%20JOS%c3%89%20CANDO%20GUNSHA-DER.pdf>
- Carlos E. Alchourrón, E. B. (1971). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Carrillo, Y., y Bechara, A. (2019). Juez discrecional y garantismo: Facultades de disposición del litigio en el Código General del Proceso. *Revistas Jurídicas CUC*, 15(1). doi:<https://doi.org/10.17981/juridcuc.15.1.2019.09>Fecha
- Castañeda, J. (2018). APROXIMACIONES SOBRE PRECISIONES JUDICIALES EN MATERIA DE VALORACIÓN PROBATORIA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR LA VIOLENCIA FAMILIAR. Dialnet. Obtenido de https://www.researchgate.net/profile/Juan-Castaneda-Mendez/publication/353247138_APROXIMACIONES_SOBRE_PRECISIONES_JUDICIALES_EN_MATERIA_DE_VALORACION_PROBATORIA_DE_LAS_MEDIDAS_DE_PROTECCION_POR_VIOLENCIA_FAMILIAR/links/60ef3b99fb568a7098ae6cfb/APROXIMACIONES_SOBRE_PRECISIONES_JUDICIALES_EN_MATERIA_DE_VALORACION_PROBATORIA_DE_LAS_MEDIDAS_DE_PROTECCION_POR_VIOLENCIA_FAMILIAR
- Castilla, K. (2009). El principio pro persona en la administración de justicia. *Cuestiones constitucionales*, 65-83.

- Catucuago , D., Chugá , R., y Puetate , J. (2022). El error inexcusable: un freno al abuso mediante la determinación del procedimiento en la legislación ecuatoriana. Dilemas contemporáneos: educación, política y valores , 9(1). doi:<https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i.3013>
- Cepeda, A. (2021). Responsabilidad de los operadores de justicia en la residualidad de la acción de protección. Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/17489>
- Código Orgánico de la Función Judicial. (Marzo de 2009). Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Quito-Ecuador. Obtenido de https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf
- COFJ. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito: Registro Oficial Suplemento 544 . Obtenido de https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf
- COIP. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial Suplemento 180. Obtenido de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Coizman, P. (2018). En el pacto de derechos civiles y políticos se encuentran previstos los errores judiciales, en las. En el pacto de derechos civiles y políticos se encuentran previstos los errores judiciales, en las. Obtenido de <https://repositorio.uvm.edu.ve/xmlui/bitstream/handle/123456789/619/Pedro%20c%20C..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Combacau, J., y Sur, S. (2006). Droit international public, 7th ed. Montchrestien.
- Constitución de la República del Ecuador. (1997). Registro Oficial 2. Obtenido de <http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/titulo03.html>

- Constitución del Ecuador. (2008). Constitución del Ecuador. Obtenido de <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>
- Constitución Española. (27 de 12 de 1978). Madrid, España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA.
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia No. 001-10-SEP-CC, en el caso No. 0315-09-EP. Publicada en el Registro oficial No. 117 de 27 de enero del 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2022). Sentencia No. 964-17-EP/22. Obtenido de Función Judicial: <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/SENTENCIA%20964-17-EP22.pdf>
- Corte Nacional de Justicia. (2017). Sentencia N° 1242-2017.
- Corte Nacional de Justicia. (2018). Juicio No. 17751-2016-0406. Obtenido de Función Judicial.
- Corte Nacional de Justicia. (2022). Pleno de la Corte Nacional de Justicia resolvió, por unanimidad, que su presidente, Iván Saquicela Rodas, no cometió negligencia manifiesta. Obtenido de Corte Nacional de Justicia: <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/noticias-2022/157-junio-2022/411-pleno-de-la-corte-nacional-de-justicia-resolvio-por-unanimidad-que-su-presidente-ivan-saquicela-rodas-no-cometio-negligencia-manifiesta>
- Couture, E. (1985). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Depalma.
- Cuesta , W., y Durán , A. (2019). El error inexcusable en la legislación ecuatoriana. Revista Universidad y Sociedad , 11(4). doi:<http://orcid.org/0000-0003-0111-0669>

- Cuesta, W., y Durán, A. (2019). El error inexcusable. *Universidad y Sociedad*, 11(4), 436-442.
- Currillo, E., y Tello, E. (2021). Análisis de la reparación en el sistema jurídico Ecuatoriano frente al error judicial. Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/58042>
- Davis, G., Boucherat, J., y Watson, D. (1987). Preliminary Study of Victim Offender Mediation and Reparation Schemes in England and Wales. National Criminal Justice Reference Service.
- Delgado, J., y Carnevali, R. (2020). El rol del juez penal en los acuerdos reparatorios: soluciones alternativas efectivas. *Política criminal*, 15(29), 1-24. Obtenido de <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v15n29/0718-3399-politcrim-15-29-1.pdf>
- Delgado, J., y Palomo, D. (2019). El rol del juez laboral en la admisibilidad del procedimiento monitorio. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(1), 237-254. Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502019000100237yscript=sci_arttext
- Díaz, U. (2021). Regla de Reconocimiento y contenidos mínimos de derecho natural en Hart: en pos de una articulación. *Dialnet*, 20(2). Obtenido de <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistafilosofiauis/article/view/11329>
- Duguit, L. (1926). La transformación del Estado. En F. Beltrán. Librería Española y Extranjera Madrid: 2ª. ed. española.
- Durán, C., y Henríquez, D. (2021). El principio de imparcialidad como fundamento de la actuación del juez y su relación con el debido proceso. *Revista Científica UISRAEL*, 8(3), 1-16. Obtenido de http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?pid=S2631-27862021000100173yscript=sci_arttext
- Dworkin, R. (1963). Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*, 624-638.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.

Ecuador, C. C. (24 de junio de 2005). Quito, Ecuador : Registro Oficial del Ecuador.

Ecuador, Constitución de la República. (2008). Quito, Ecuador: Registro Oficial del Ecuador.

Estivariz, J. C. (2016). La reparación integral: fundamentos y realidad jurídica en el ordenamiento jurídico boliviano. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5680#:~:text=La%20reparaci%C3%B3n%20integral%20es%20un,sino%20y%20principalmente%20en%20las>

Etcheverry, J. (2021). Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial. Scielo, 29(2). doi:<https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1>

Etcheverry, J. B. (2010). La discrecionalidad judicial en la aplicación del derecho. En E. c. jurídica, El caballo de Troya del Positivismo jurídico incluyente (pág. 64). Granada: Editorial Comares, S-A.

Ezurmendia, J. (2018). Eficacia positiva de la cosa juzgada e iniciativa para su introducción al proceso. Rol del juez en la vinculación de procesos conexos entre las mismas partes. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema rol: 28600/2016, del 8 de noviembre de 2016. Ius et Praxis, 24(2), 673-684. Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122018000200673&script=sci_arttext&lng=en

Farfán, M. (2019). El error judicial y su reparación en el sistema jurídico ecuatoriano. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7074/1/TD132-DDE-Farfan-El%20error.pdf>

Farfán, M. I. (2019). El error judicial y su reparación en el sistema jurídico ecuatoriano. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7074/1/TD132-DDE-Farfan-El%20error.pdf>

- Fernández , V. (2021). Responsabilidad por error judicial en Chile y México. su eficacia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. *Revista de Derecho* , 34(2). doi:<http://orcid.org/0000-0002-8119-4761>
- Fernández Ruiz, E. (2016). Análisis doctrinal y jurisprudencial del daño en la responsabilidad civil médica. Análisis doctrinal y jurisprudencial del daño en la responsabilidad civil médica. Valencia, España.
- Fernández, T. (2005). Del Arbitrio y de la Arbitrariedad Judicial. Madrid, España: Iustel.
- Fernández, Vicente. (2021). Responsabilidad por error judicial en Chile y México. Su eficacia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 34(2), 23. doi:<http://orcid.org/0000-0002-8119-4761>
- Ferrajoli, L. (2011). Los Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia. Madrid: Trotta.
- Flórez, E., y Mojica, C. (2020). Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción. *Redalyc*, 25(3). doi:<https://doi.org/10.5281/zenodo.3907038>
- Galarza Paz, G. (2002). Justicia y derecho en la administración de justicia indígena.
- Galiano, G., y Gonzáles, D. (2012). La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho. *Scielo*, 21(1). Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a06.pdf>
- García, S. (2005). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de Reparaciones. San José de Costa Rica: Corte IDH. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/Reparaciones-Sergio-G.pdf>
- Giraldi, A. (Junio de 2020). POLÍTICA, DISCRECIONALIDAD Y DERECHO EN LAS IMPLICACIONES EMPÍRICAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 22. Obtenido de

file:///C:/Users/TESIS%20ECUADOR/Downloads/Dialnet-PoliticaDiscrecionalidadYDerechoEnLasImplicaciones-7484110.pdf

Gómez, R. (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. Scielo, 26(2). doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200193>

González, M. (31 de 05 de 2022). El presidente de la Corte Nacional en un enredo administrativo y judicial. Primicias. Obtenido de <https://www.primicias.ec/noticias/politica/situacion-saquicela-complica-administrativo-judicial/>

Gozaíni, O. A. (2017). El Debido Proceso, Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Greenawalt, K. (1975). Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges. Columbia Law Review.

Guastini, R. (2014). Interpretar y Argumentar. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

Guastini, R. (2015). La interpretación de las normas jurídicas. Quito, Pichincha, Ecuador.

Guastini, R. (2015). La Interpretación de las Normas Jurídicas. Quito, Pichincha, Ecuador: Cevallos editora jurídica.

Guastini, R. (2016). La sintaxis del Derecho. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Guastini, R. (2016). La sintaxis del Derecho. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Guevara, S. (2020). Responsabilidad extracontractual del estado por error judicial y la tutela para los operadores de justicia. Universidad del Azuay, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, Cuenca. Obtenido de <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/9875/1/15505.pdf>

- Guevera, V., y Mufdi, M. (2017). La Evolución Del Concepto De Contrato Y Su Incidencia En Los Principales Mecanismos De Protección Del Acreedor Insatisfecho. Obtenido de <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/143963/La-evoluci%C3%B3n-del-concepto-de-contrato-y-su-incidencia-en-los-principales-mecanismos-de-protecci%C3%B3n-del-acreedor-insatisfecho.pdf?sequence=1>
- Hassemer, W. (2003). Derecho Natural en el Derecho Constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N°7 .
- Henao, J. C. (1998). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés. Universidad Externado.
- Hernández, J. (2016). Error judicial, su reconocimiento en el estado constitucional federal mexicano. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN . Obtenido de <http://eprints.uanl.mx/13773/1/1080238104.pdf>
- Herrera, M. (2008). La sentencia. Gaceta Laboral, 14(1).
- Hinostrosa, F. (1998). En J. C. Henao, El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado.
- Hitters, J. M. (2000). Responsabilidad del Estado por error judicial. Revista Jurídica Argentina La Ley, 2003(50), 1070. Obtenido de <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=9215>
- Igartua, J. (2009). El razonamiento en las resoluciones judiciales. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2016). Derechos humanos- publicaciones periódicas. Revista IIDH. doi:<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1622/revista-iidh34-35.pdf>

- Islas, A., y Cornelio, E. (2017). Error judicial. *Revista Boliviana de Derecho*(24), 18-37.
Obtenido de <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n24/a02.pdf>
- Jadán, D. (2019). Independencia judicial y poder político en Ecuador. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Serie Magíster, No. 245: <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7110>
- Jaimes, O., Mogollón, K., Jáuregui, L., Assia, F., Diaz, J., Espinel, C., y Foliaco, J. (2021). Decisiones judiciales: Garantías a partir de la inaplicación de estándares de prueba. Dialnet. Obtenido de <file:///C:/Users/TESIS%20ECUADOR/Downloads/Dialnet-DecisionesJudiciales-8479301.pdf>
- Jiménez, W. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, 63-78.
- Kant, I. (2004). "Teoría y Práctica" en él mismo: ¿Qué es la Ilustración? Madrid: Alianza, p. 206.
- Kelsen, H. (2016). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Lara, J. (2022). *Argumentación, Derecho Tributario y casos difíciles: Lagunas y antinomias*. PALESTRA. Obtenido de https://books.google.es/books?id=_ENzEAAAQBAJyprintsec=frontcoverhl=esysource=gbs_ge_summary_rycad=0#v=onepageyqyf=false
- Legaz, L. (1951). El Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública* N° 6.
- (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Asamblea Nacional del Ecuador.
- Ley Orgánica de Servicio Público*. (2010). *Ley Orgánica de Servicio Público*. Asamblea Nacional del Ecuador.
- Llamas, E. (2010). *Formas de reparación del daño* (Vol. 2). Madrid: La Ley. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=485931>

- Loiza, I. (2022). Regulación internacional y reconocimiento del derecho humano de la reparación del daño a los inocentes privados de la libertad, por un error judicial en México. Obtenido de <http://rep.uabcs.mx:80/handle/23080/401>
- López, Y. (2018). LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: DESDE UNA PERSPECTIVA ANALÍTICA AL NEOCONSTITUCIONALISMO. UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO. Obtenido de https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1133/3/TL_LopezGonzalesYaniraViviana.pdf.pdf
- Luna, J. (2018). LA CONCEPCIÓN FUNCIONALISTA Y DE UNIDAD SISTEMÁTICA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA, COMO JUSTIFICACIÓN PARA UNIFICAR LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA*. Revista Jurídica. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8734/10769>
- Luzzati, C. (2013). La Política de la Legalidad. Madrid, España.
- Maccormick, N. (2017). Retórica y Estado de derecho. Lima, Perú: Palestra editores.
- Maccormick, N. (2017). Retórica y Estado de Derecho. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Maccormick, N. (2017). Retórica y Estado de Derecho. Lima, Perú: Palestra.
- Maccormick, N. (2017). Retórica y Estado de Derecho. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Maccormick, N. (2017). Retórica y Estado de Derecho. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Maccormick, N. (2017). Retórica y Estado de Derecho. Lima: Palestra Editores.
- Manríquez, J. (2020). Prisión preventiva y error judicial probatorio. Scielo, 33(2). Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502020000200275script=sci_arttext&lng=en
- Mata, G. (2021). El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho. Cuestiones constitucionales. Obtenido de <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12654>

- Mazeud, H., y Mazeud, J. (1969). Lecciones de derecho civil. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mendieta, L., Goyte, M., y Oviedo, Y. (2020). El juez de ejecución de penas y las medidas de seguridad en Colombia: un análisis crítico sobre sus orígenes, consagración normativa y funciones. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 15(1), 91-118. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/5602/560268191005/560268191005.pdf>
- Mira, J. (2020). Jueces que dicen el derecho: Levene y Maier reformadores de la justicia penal argentina. *Revista Temas Sociológicos*, 19(26), 121-162. Obtenido de <http://190.96.76.12/index.php/TSUCSH/article/view/2419/2037>
- Mogrovejo, D. (2009). La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008. *Foro: Revista De Derecho*(12), 71-93. Obtenido de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/372>
- Montoro, A. (2007). El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs. *Dialnet*, 8. Retrieved from <file:///C:/Users/TESIS%20ECUADOR/Downloads/ecob,+ANDH0707110365A.PDF.pdf>
- Morales, A. (2011). Responsabilidad civil del estado en caso de error judicial, según la constitución de la república de 2008 y el código orgánico de la función judicial. Pontificia universidad católica del Ecuador, Facultad de jurisprudencia, Quito. Obtenido de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/4674/Andrea%20Morales%20Tesis%20vf.pdf?sequence=3>
- Morales, J. (2014). Aclaración y corrección de Resoluciones Judiciales. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 5(1), 47-78.
- Narváez, R., Naranjo, G., y Mora, F. (2020). Parlamento y control del poder. En R. Narváez, G. Naranjo, y F. Mora, *Parlamento y control del poder* (pág. 482). Obtenido de <https://www.researchgate.net/profile/Francisco-Mora->

Sifuentes/publication/349849211_Derechos_Humanos_Parlamento_y_Control_del_poder_en_Mexico/links/6043c16a299bf1e0785f5be7/Derechos-Humanos-Parlamento-y-Control-del-poder-en-Mexico.pdf#page=322

Naughton, M. (2005). Miscarriages of justice and the government of the criminal justice system: an alternative perspective on the production and deployment of counter-discourse. *Critical Criminology: An International Journal*, 211 - 231. Obtenido de <https://research-information.bris.ac.uk/en/publications/miscarriages-of-justice-and-the-government-of-the-criminal-justic>

Navarro. (2020). Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes. *RUA*, 43. Obtenido de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/106966/1/Doxa_2020_43_07.pdf

Nieto, A. (2000). *El Arbitrio judicial*. Barcelona, España: Ariel S.A.

Ochoa, G., y Guevara, S. (2020). Responsabilidad extracontractual del estado por error judicial y la tutela para los operadores de justicia. *Cuenca*. Obtenido de <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/9875>

Ordoñez, D. (20 de Abril de 2020). Los jueces y las nuevas tecnologías bajo un prisma ético. *Diario LA LEY*, págs. 1-7. Obtenido de <https://www.poderjudicial.es/stfls/CIEJ/FICHEROS/Jueces%20y%20Nuevas%20Tecnolog%C3%ADas%20Noveno%20dictamen%20CIEJ%20Diario%20LA%20LEY%20n%C2%BA%209616,%20de%2020%20de%20abril%20de%202020.pdf>

Orjuela, C. (2019). Los beneficios de la reincorporación del juez de ejecución penal al sistema penitenciario del Perú. *Lima*. Obtenido de https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16264/ORJUELA_OSORIO_CLAUDIA%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ortega, L., y Calvete, R. (2017). El principio del IN DUBIO PRO REO en las sentencias proferidas por jueces penales colegiados frente a la responsabilidad del estado. *Revista de Derecho Público*(38), 1-24.

- Ortiz, N. (2021). Los casos difíciles y la tarea del Juez Hércules en el pensamiento de Ronald Dworkin. Scielo(279). doi:<http://10.22201/fder.24488933e.2021.279-2.79004>
- Oyanader, A. (2020). Prisión preventiva y error judicial probatorio. Revista de derecho (Valdivia), 33(2), 1-25. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200275>
- Pallasco, K. (2022). “vulneración al principio de la tutela judicial efectiva de los derechos, ante la ausencia de jueces especializados en propiedad intelectual en los tribunales distritales de lo contencioso administrativo del Ecuador, año 2021”. La libertad. Obtenido de <https://repositorio.upse.edu.ec/bitstream/46000/8599/1/UPSE-TDR-2022-0036.pdf>
- Pardo, V. (2006). LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PENAL. Redalyc(2). Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539902005.pdf>
- Pascual, G. D. (2016). EL ERROR DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. Revista de Administración Pública, 179.
- Pazmiño, E., y Rosero, J. (2019). La figura del error judicial inexcusable, independencia judicial interna y debido proceso. Quito. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/16081>
- Pazos, J. (2018). Lagunas jurídicas: una nueva reflexión sobre un problema jurídico recurrente. Revista Jurídica AMFJN. Obtenido de <https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2018/02/04-Las-lagunas-juri%CC%81dicas-Pazos-Crocitto.pdf>
- Peralta, F. (2017). La discrecionalidad judicial y la sanción. Scielo, 5(6). Obtenido de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102017000100003#:~:text=%2D%20La%20discrecionalidad%20tiene%20como%20l%C3%ADmite,de%20certeza%20en%20la%20sanci%C3%B3n.

- Pereira, G. (2015). El déficit democrático en la selección de jueces de la corte constitucional de Ecuador. Estudio de legislación comparada entre Bolivia, Chile, Colombia y Perú. *Ciencia Latina*, 6(2), 1-30. Obtenido de <https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/2015/2902>
- Perry, T. D. (1969). *Judicial Method and the Concept of Reasoning*. Ethics.
- Picó, J. (2012). *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona, España: Bosch Procesal.
- Portero, D., y Egas, G. (2018). *Juez de Jueces, El error inexcusable*. Quito, Ecuador : Lombeida Grafic.
- Procesos, C. O. (22 de mayo de 2015). Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial del Ecuador.
- Radbruch, G. (1999). *Filosofía del Derecho*. En J. Medina. Editorial Revista de Derecho Privado,.
- Ramírez, M., y Hernández, N. (2018). Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia. *Revista Derecho del Estado*, 45(41), 317-350. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932018000200317
- Ramírez, S. (2019). *La responsabilidad del estado por error judicial en el sistema de justicia ecuatoriano*. Guayaquil. Obtenido de <http://201.159.223.180/bitstream/3317/14016/1/T-UCSG-POS-MDDP-22.pdf>
- Raz, J. (1972). Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, 845.
- Raz, J. (1977). The Rule of Law and its Virtue. In *The Authority of Law* (pp. 210-229). Oxford University Press.
- Recurso de casación No. 600-2012. (s.f.). RESOLUCIÓN N. 760-2016. CORTE NACIONAL DE JtJSTICJA. Obtenido de

https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2016_PDF/Resolucion%20No.%20760-2016.pdf

Redondo, M. (2020). El juez humanista: el nuevo guardián del derecho en el paradigma neoconstitucional. *Cuestiones constitucionales*, 45(40), 39-40. Obtenido de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100141

Rentería, A. (2012). *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*. México D.F., México, México: Doctrina Jurídica Contemporánea.

Rentería, A. (2012). *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*. México D.F., México, México: Doctrina Jurídica Contemporánea.

Resolución No. 817-2016. (s.f.). Quito : Corte Nacional de Justicia .

Ressler , R., y Shachtman , T. (1992). *Asesinos en Serie*. Tracking Serial Killers for the FBI. Retrieved from https://www.academia.edu/43610594/Asesinos_en_serie_Robert_K_Ressler

Rico, J., y Salas, L. (2013). *La Administración de Justicia en América Latina*.

Roa, E. (2020). El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. *Max Planck Institute for Comparative Public Law y International Law (MPIL) Research Paper*, 5(11), 1-16. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3571507

Rodríguez, J. (2020). La sanción administrativa de destitución por error inexcusable vulnera la independencia del juez. *Revista Metropolitana*, 3(1), 1-20. doi:<http://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/218>

Rodríguez, J. L. (2002). *La Lógica de los Sistemas Jurídicos*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Rojas Balanza, V. (2012). La reparación integral: un estudio desde su aplicación en acciones de protección en Ecuador. Maestría en Derecho Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3261>
- Rosero, A. (20 de 05 de 2022). Judicatura suspende al presidente de la Corte Nacional, Iván Saquicela. El Comercio. Obtenido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/judicatura-suspende-presidente-corte-justicia-saquicela.html>
- Rua, G., y González, L. (2018). El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias. Litigación y sistema por audiencias, 80(5), 80-161. Obtenido de <https://inecip.org/wp-content/uploads/Revista-Sistemas-Judiciales-N-21-3.pdf#page=81>
- Ruiz. (2021). Error Judicial en Materia Penal: Análisis Caso Guaytacama en Latacunga año 2007 y sus consecuencias. Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/58897>
- Ruiz, J. F. (2010). Disertación sobre el servicio público. Foro, Revista de Derecho, 5-21.
- Ruiz, O., y Loor, J. (2019). La responsabilidad del estado por error judicial. Riobamba. Obtenido de <http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/5548>
- Ruiz, R. R. (2016). Discrecionalidad Judicial, Justicia Constitucional y Objeción Contramayoritaria. Navarra: Arazandi S.A.
- Ruiz, R. R. (2016). Discrecionalidad Judicial, Justicia Constitucional y Objeción Contramayoritaria. Navarra: Arazandi.
- Saavedra Becerra. (22 de Mayo de 2020). Responsabilidad del Estado, Principio de Igualdad y Regulación. Obtenido de <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ec8f30d4-1fdf-4215-958d-b78681c17c1e>

- Salazar , D. (2010). El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste en las amnistías. Universidad de Palermo , 101-144.
- Samaniego, J. L. (21 de noviembre de 2011). El error judicial. Diario la Ley, 1.
- Sánchez, R. (2020). El concepto de derecho como concepto funcional. Revus. doi:<https://doi.org/10.4000/revus.6151>
- Sarango , J. (2020). La sanción administrativa de destitución por error inexclusable vulnera la independencia del juez. Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas , 3(1). doi:<https://orcid.org/0000-0001-5016-1142>
- Sartorius, R. (1971). Social Policy and Judicial Legislation. American Philosophical Quarterly 8, 159.
- Sartorius, R. (1977). 'Bayes' Theorem, Hard Cases, and Judicial Discretion. Georgia Law Review 11 (1977): , 1269-1275.
- Seña, J. F. (2008). El Error Judicial y la Formación de los Jueces. Barcelona, España: Gedisa, S.A.
- Seña, J. F. (2008). El Error Judicial y la Formación de los Jueces. Barcelona, España: Gedisa S.A.
- Seña, J. M. (2009). El Error Judicial. La Formación de los Jueces. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Seña, J. M. (2009). El Error Judicial. La Formación de los Jueces. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Seña, J. M. (2009). El Error Judicial. La Formación de los Jueces . Madrir, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Suárez Rosero . (1997). Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

- Suárez, M. (2022). ¿Es el Ecuador un Estado de derecho? Obtenido de Revista gestión digital: <https://www.revistagestion.ec/sociedad-analisis/es-el-ecuador-un-estado-de-derecho>
- Taruffo, M. (2002). La prueba de los hechos. Madrid: Trotta.
- Terán, M. H. (2021). Error Judicial y Error Inexcusable. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Terán, M. H. (2021). Herror Judicial y el Herror Inexcusable. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Tobar, G. (2019). El error judicial en la legislación ecuatoriana. Ibarra. Obtenido de <https://dspace.pucesi.edu.ec/handle/11010/320>
- Torres , V. (2020). Ascenso y desgaste de la participación ciudadana en Ecuador. Revista Latinoamericana de Políticas y Acción Pública , 6(2), 111-137.
- Torres, H., Tirado, M., y Trujillo, S. (2018). EL FUNCIONALISMO RADICAL PENAL A PARTIR DE LA BIOÉTICA. Scielo(25). doi:<https://doi.org/10.21017/rev.repub.2018.v25.a55>
- Valenzuela, E., y Yévenes , P. (2015). Aproximación al concepto de cooptación política: la maquinaria presicrática y sus formas. Revista Latinoamericana , 14(40), 469-488.
- Velásquez Posada, O. (2013). Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá: Temis S. A. Obtenido de <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/27793/Responsabilidad%20civil%20extracontractual%20-Velasquez%20Posada-%202%20ed.pdf?sequence=1>
- Velázquez, S. E. (2021). ¿Estado de Derechos? Jueces, 1 (1), 9-18.
- Ventimilla, D. (2019). La responsabilidad objetiva del estado con enfoque al error judicial y el retardo injustificado. Cuenca. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/10738>

- Vera , S., y Llanos , S. (2016). Ecuador: la democracia después de nueve años de la Revolución Ciudadana de Rafael Correa. 36(1). doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2016000100007>
- Verdesoto , L., y Ardaya, G. (2019). Las consultad populares en la democracia ecuatoriana. Quito: plataforma para la Defensa de la Democracia y los Derechos Humanos en Ecuador .
- Vigo, L. (2006). Perspectivas lusfilosóficas Contemporáneas. Buenos Aires: Lexis Nexis Abelardo Perrot.
- Vigo, R. (2012). INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Dialnet. Obtenido de http://ula.ve/ciencias-juridicas-politicas/images/NuevaWeb/Prof_Bartolome/bart2.pdf
- Villaroel, R., y Duce, M. (2019). Indemnización por error judicial: una aproximación empírica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años 2006-2017. Política criminal, 14(28), 25. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200216>
- Waldron, J. (2019). Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Siglo XXI Editores. Obtenido de https://books.google.es/books?hl=esylr=yid=gm7ADwAAQBAJyoi=fndypg=PT6ydq=el+juez+quien+es+yots=vZxqh8_jfyysig=3psU8ov2NsaQ-Z44jL6YxZey57w#v=onepageyq=el%20juez%20quien%20esyf=true
- Walker , C., y Starmer , K. (1993). Justice in Error. 1993: Blackstone Press Ltd. Obtenido de <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/justice-error>
- World Justice Project. (2019). Índice de Estado de Derecho. Obtenido de https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/GROLI-Spanish-v2_0.pdf

Yzquierdo, M. (2021). Responsabilidad civil extracontractual. Universidad de Extremadura. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=96925>

Zambrano, J., y Lira, R. (2022). APLICACIÓN DE UNA PROPUESTA TEÓRICA AL ESTUDIO DISCURSIVO DE SENTENCIAS JUDICIALES: UN ESTUDIO DE CASO. Dialnet, 22(1). Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8397454>

Zavala, J. (2009). Vías de hecho de la Corte Constitucional que corrigen sentencias y autos judiciales ejecutoriados por “error de Derecho” e “Injusticia del Resultado”. IURIS DICTO, 10(13), 33-46.

LA DISCRECIONALIDAD

JUDICIAL EN ECUADOR



REDLIC

**Red Editorial
Latinoamericana de
Investigación Contemporánea**



REDLIC | Red Editorial
Latinoamericana de
Investigación Contemporánea

La discrecionalidad judicial en Ecuador es una obra que invita al lector a adentrarse en uno de los temas más sensibles y trascendentes del Estado constitucional de derechos y justicia social: el papel del juez y los alcances de su facultad discrecional.

Los autores, Ph.D. Cornelio Agustín Borja Pozo y el Abg. José Luis Vázquez Calle, docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, desarrolla un análisis profundo, estructurado y crítico de la discrecionalidad judicial, abordando sus fundamentos teóricos, su relación con la responsabilidad del Estado y del juez, así como los efectos de los errores judiciales en la confianza ciudadana.

A lo largo de cuatro capítulos, esta investigación examina:

- Los principios y límites de la discrecionalidad judicial.
- La responsabilidad extracontractual del estado frente al error judicial.
- El impacto del error inexcusable en la independencia judicial.
- Los mecanismos de reparación y prevención en el sistema jurídico ecuatoriano.

Más que un texto académico, esta obra constituye una invitación a la reflexión y a la acción. En un contexto donde la transparencia, la equidad y la confianza en las instituciones son pilares de la convivencia pacífica, comprender y debatir sobre la discrecionalidad judicial resulta imprescindible.

Este libro se proyecta como un aporte sustancial desde la academia al debate público, con el propósito de fortalecer la justicia y contribuir al perfeccionamiento del sistema judicial ecuatoriano.

ISBN: 978-9942-659-29-3

