

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Posgrados

**La responsabilidad del Estado y el ejercicio del
derecho de repetición**

Carlos Alfonso Espín Arias

Marco Morales, Mtr., Director de Tesis

Trabajo de Titulación presentado como requisito para la obtención del título de

Magíster en Derecho Administrativo

Quito, 25 de mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

La responsabilidad del Estado y el Ejercicio del Derecho de Repetición

Carlos Espín Arias

Marco Antonio Morales. M.A.
Director de Tesis y
Miembro del Comité de Tesis

Luis Benalcázar, M.A.
Miembro del Comité de Tesis

Agustín Hurtado, M.A.
Miembro del Comité de Tesis

Javier Robalino Orellana, M.A.
Director de la Maestría
en Derecho Administrativo

Luis Parraguez Ruíz, DR
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Víctor Viteri Breedy, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 25 de mayo de 2015

INFORME DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN

TESINA/TITULO **La responsabilidad del Estado y el ejercicio del derecho de repetición**

ALUMNO **Carlos Alfonso Espín Arias**

a) Importancia del problema presentado. 14 puntos

Tal como se observa de la Tesis presentada, la institución jurídica de la responsabilidad del Estado, tiene una presencia dentro del Derecho Administrativo ya de hace muchos años, sin embargo es una institución que ha ido transformándose. Además, la existencia de la responsabilidad del Estado, luego dio paso a la repetición que éste puede hacer frente a sus agentes estatales y es esta última cuestión la que en nuestro ordenamiento jurídico no ha sido hasta la fecha debidamente desarrollada y aplicada. La tesina propuesta busca analizar justamente la institución jurídica de la responsabilidad del Estado y la forma en la que se podría hacer efectiva la repetición hacia los agentes estatales. Por ello, el problema presentado resulta importante en la discusión académica jurídica en nuestro país.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador. 14 puntos

La hipótesis planteada resulta clara y completa, pues se pretende demostrar la imperiosa necesidad de regular de manera adecuada los alcances de la responsabilidad del Estado en el Ecuador y sobre todo, cómo esa responsabilidad estatal puede ser repetida ante los servidores públicos, mejorando la escueta legislación existente en la actualidad con respecto a este tema.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados. 20 puntos

Los documentos y materiales utilizados para el análisis y desarrollo de la Tesina son pertinentes para el efecto y se observa que han sido adecuadamente utilizados por el estudiante.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada). 48 puntos

La argumentación que contiene la Tesina es buena, pues logra cubrir las ideas fundamentales necesarias para dar solución a la hipótesis planteada. Inicia con un análisis del concepto y las instituciones que involucran la Responsabilidad del estado,

revisando cada uno de los tipos de responsabilidad estatal y sus alcances. Luego se realiza un desarrollo muy detallado y pormenorizado del derecho de repetición que existe por parte del Estado y un análisis de la legislación local y la legislación comparada con respecto a los procedimientos y formas para llevar a cabo dicha repetición. Finalmente se emiten varias conclusiones y recomendaciones que resultan adecuadas, tomando en cuenta todo lo mencionado a lo largo de la tesis.

TOTAL: 96 PUNTOS

Marco Antonio Morales Andrade

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:

Nombres y apellidos:

Carlos Alfonso Espín Arias

Código:

103299

Cédula de Identidad:

1714552104

Lugar y fecha:

Quito, mayo de 2015

DEDICATORIA:

A Dios que me acompaña y me ha permitido alcanzar diferentes metas en la vida y, a familia que me inspira y da fuerza siempre.

Agradezco a:

A los profesores del Máster que supieron transmitir sus conocimientos, y a mi director de tesis que acompañó y permitió la culminación de este trabajo.

RESUMEN

La responsabilidad patrimonial del Estado, es un elemento que sustenta la existencia misma del Estado de Derecho, y que a pesar de su importancia, no fue parte de todas las formas de organización estatal, sino se constituye como un producto de la evolución social, que partió de la irresponsabilidad absoluta hasta alcanzar en la actualidad un modelo en el que prima la responsabilidad directa y objetiva del Estado. Precisamente, este principio está presente en las Constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008, y su aplicación fue apuntalada en base a los importantes fallos de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

Correlativamente, a que el Estado haya asumido la responsabilidad de forma directa y objetiva al reparar por su falta de servicio al particular, se vio la necesidad de repetir contra los agentes que con culpa grave o dolo causaron el daño indemnizado. Mas hasta la actualidad en el Ecuador como en otros Estados, no ha sido posible efectivizar la acción contra los servidores públicos o personas que actuaron con potestad pública, debido a la falta de normativa o como en la actualidad, a causa de la dispersión de normas legales y por la inadecuada regulación de la acción.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad del Estado, ejercicio de acción de repetición.

ABSTRACT

The liability of the State, is an element that supports the existence of the Rule of Law, which in spite of its importance, was not part of all forms of state organization, but is the result of social evolution that began with the absolute irresponsibility until now it has reached the model which underpins in a State that is responsible, direct and objectively. This model is effectively established in the Ecuadorian Constitutions of 1998 and 2008, and its application was underpinned with important jurisprudential support of the former Supreme Court of Ecuador.

Correspondingly, since the State has assumed the responsibility, direct and objectively, repairing the particular, it has appeared the need of repeat against the agents that due to gross negligence or willful misconduct caused the damage repaired. However, up to now in Ecuador as in other States, it has not been possible to effectuate the action against the public officers or persons acting with public authority, due to the lack of rules or, as in the present days, due to the dispersion of legal rules and inadequate regulation of the action.

KEY WORDS: Responsibility of the State, exercise of indemnity action.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	12
1. Responsabilidad del Estado	17
1.1. Conceptualización desde la doctrina y visión desde las diferentes teorías	17
1.2. Aparecimiento de la Responsabilidad Estatal	21
1.3. Responsabilidad por prestación de servicios públicos	29
1.3.1 Tipos de Responsabilidad	29
1.3.2 Responsabilidad extracontractual	31
1.3.2.1 Responsabilidad del Estado por acto judicial	35
1.3.2.2 Responsabilidad del Estado por acto legislativo	40
1.3.2.3 Responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos	45
1.3.3 Responsabilidad Subjetiva	47
1.3.4 Responsabilidad Objetiva	48
1.4 Actos de gobierno	49
1.5 El principio de legalidad como base para la actuación de la administración	52
1.5.1 El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	54
1.6 El derecho a un proceso equitativo	56
1.6.1 Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurisprudencia de altos tribunales sobre el derecho a las garantías judiciales	59
2 El Derecho de Repetición del Estado	64
2.1. El servicio público y el daño	64
2.1.2.1 Elementos constitutivos de la acción de repetición	71
2.3.1 El derecho a la repetición del Estado en la normativa ecuatoriana	73
2.3.1.1 Procedimiento establecido en la Ley orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional	74

2.3.1.2 Procedimiento de repetición establecido en el Proyecto del Ley de repetición.....	78
2.3.1.3 El llamamiento en garantía como fórmula de repetición a favor del Estado.....	81
2.3.1.4 Procedimiento de repetición establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial.....	83
2.4 Problemas en los cuerpos normativos para el ejercicio de la acción de repetición del Ecuador	84
2.4.1 Afectación de las normas al principio de legalidad	84
2.4.2 Afectación a las garantías judiciales.....	88
2.4.3 Previsible ineffectividad de la acción de repetición	89
Conclusiones y Solución del Problema.....	97
3.1. Conclusiones	97
3.2 Soluciones al problema	101
BIBLIOGRAFÍA	103

INTRODUCCIÓN

Se desprende de la doctrina jurídica, que tanto el principio de legalidad y su garantía en el recurso contencioso administrativo, como el principio de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, se constituyen como los dos soportes del Derecho Administrativo¹. Afirmación que se complementa con lo expuesto por Manuel María Díez sobre el origen de la responsabilidad estatal, quien ha dicho que: "Para que exista responsabilidad en el campo del Derecho Público es necesario que se reúnan tres elementos: en primer lugar, un daño, en segundo lugar, la imputabilidad de este daño al Estado y en tercer lugar, que el daño puede ser producido por un hecho o acto lícito o ilícito".²

La importancia para la investigación de los elementos señalados, se vincula a que se analizará cómo se ha entendido la responsabilidad del Estado, desde la doctrina administrativa y la jurisprudencia nacional e internacional, con el fin de poder determinar la forma en que esta se ha receptado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, toda vez que la actual Constitución de la República del Ecuador de 2008 de forma similar a su antecesora de 1998, tiene presente la responsabilidad, así su artículo 11 número 9 determina que:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.³

En contexto con lo anterior, el artículo 233 de la Constitución de la República plantea que todo servidor o funcionario público será responsable por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, así como por sus omisiones, responsabilidad que podría ser de carácter administrativo, civil o penal.⁴

No se puede dejar de indicar que el texto constitucional en el artículo 11, solamente se refiere a la responsabilidad del Estado en forma directa, en lo

¹ Eduardo García y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. 12da. ed. Tomo II, Bogotá: Temis, 2008, p. 343.

² Manuel María Díez. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1971, p. 18.

³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 233. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

relacionado con detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin embargo su aplicación amplia a la administración pública se ha consolidado en torno a la jurisprudencia que le ha dado el carácter de objetiva y directa.

Una vez que se evidenció en la norma constitucional la responsabilidad de los servidores y funcionarios públicos, así como de personas que actúan con la investidura de la potestad pública, no se debe perder de vista la obligación que se ha impuesto al Estado un vez cumplida su responsabilidad patrimonial de ejercer de forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, cuestión que se desarrolla en normativa de carácter legal.

En esta línea, Jorge Ayala Caldas, define a la repetición como: "la acción que tiene el Estado contra los servidores públicos cuando haya sido condenado a reparar patrimonialmente los daños antijurídicos causados por la conducta activa u omisiva dolosa o gravemente culposa de sus agentes".⁵ Concepto que se corresponde con aquello que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha determinado como alcance y objeto de la repetición, la potestad del Estado de recuperar los recursos patrimoniales que le correspondió erogar como reparación por acción u omisión de sus servidores públicos donde haya existido culpa grave o dolo, en virtud de una obligación declarada por un tribunal nacional de protección de derechos o como sucede con los organismos internacionales de derechos humanos.⁶

Así, se debe observar que el procedimiento determinado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estableció pasos anteriores a la presentación de la demanda de repetición, entre los que consta una investigación previa para determinar a los presuntos responsables. Sin embargo, no existe un desarrollo completo y adecuado del camino para ejercer efectivamente la acción de regreso, lo cual podía vulnerar el principio de legalidad y a su vez, el derecho a un proceso equitativo, en los parámetros establecidos en la Constitución, tratados

⁵ Jorge Ayala. *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*. 1ª. ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2006, p.291.

⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador). Artículo 67. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

internacionales y los estándares alcanzados por la jurisprudencia en materia de derechos humanos.⁷

Por otra parte, la acción de repetición, se prevé también dentro del Código Orgánico de la Función Judicial, norma que dispone que esta se ejercerá cuando el Estado sea declarado responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación al derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. En los casos señalados, el perjudicado o sus causahabientes o representantes legitimados de personas jurídicas propondrán una acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por daños y perjuicios, así como reparación del daño moral, contra el Presidente del Consejo de la Judicatura, con lo que una vez citado el Consejo, este solicitará se cuente con los servidores judiciales que hayan intervenido en los actos violatorios, a fin de que puedan demostrar que no actuaron con culpa grave o dolo.⁸ Si los servidores no justifican su conducta, se dispondrá que el Estado pague la indemnización, luego de lo cual se iniciará un proceso coactivo en su contra.⁹

De otro lado, en la actualidad, está en segundo debate ante la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley de Repetición, mismo que dentro de su ámbito de aplicación, en su artículo 3, determina la procedencia de la repetición cuando el Estado o sus instituciones hayan pagado indemnizaciones, reparaciones o informes definitivos, en procesos de responsabilidad civil por deficiente prestación de servicios a cargo del Estado, sus instituciones, concesionarios o delegatarios; en procesos en que sea absuelto un servidor público; en procesos que establezcan responsabilidad por daños ambientales; en procesos sustanciados o resueltos por un organismo internacional o tribunal arbitral de Derecho Internacional; en virtud de perjuicios producidos por incumplimiento contractual como consecuencia de acción u omisión culposa grave; por

⁷ En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Baena Ricardo y Otros, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de febrero de 2001, Párrafos 124 – 127, determinó que las garantías judiciales abordan mucho más que a los procesos jurisdiccionales, sino que son aplicables también a procesos de índole administrativa o aquellos cuya decisión afecta a los derechos de una persona. Este criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se registra también en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, de 31 de enero de 2001.

⁸ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 33. Registro Oficial Suplemento 554 de 9 de marzo de 2009.

⁹ Será parte del análisis verificar si hay una inversión de la carga de la prueba y por ende en el caso el principio de inocencia.

la celebración de acuerdos de solución amistosa o arreglos pacíficos de solución de conflictos; por pagos del Estado por violaciones a la Ley de Defensa del Consumidor.¹⁰

A través de este proyecto, además de la acción de repetición, se pretende introducir una figura jurídica denominada llamamiento en garantía, por la cual, dentro del juicio de responsabilidad contra una institución, se vinculará de forma fundamentada al proceso al servidor público, concesionario, delegatario o toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, quien gozará de un debido proceso y tutela imparcial y expedita.

Dentro del procedimiento de la ley propuesta se establece que para llevar a cabo la judicialización de la acción de repetición, hay obligaciones que debe cumplir la máxima autoridad de la entidad responsable, diseñadas para llevar a cabo un proceso investigativo que permita determinar los presuntos responsables contra quienes proponer la acción, así como la obligación de la máxima autoridad de ser parte procesal en la causa instaurada.

Con relación a lo anterior, se debe tener presente que la base de la actuación de la autoridad administrativa, es el respeto al principio de la legalidad de la administración, mismo que podría verse comprometido al no haber regulación clara, principio sobre el que Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, han señalado que:

[...] la legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su actuación, habilita a la administración para su acción confiriéndole al efecto, poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la administración no puede actuar, simplemente.¹¹

De los dos cuerpos legales referidos, de normas dispersas en la Ley Orgánica de Servicio Público y del proyecto en trámite, se extraerá que todos poseen diferentes formas de regulación, diferentes tiempos de prescripción de las acciones e inclusive difieren en la forma de ejecución, como sería el caso del Código Orgánico de la

¹⁰ Proyecto de Ley de Repetición en trámite ante la Asamblea Nacional del Ecuador, en segundo debate. Artículo 3. Presentado el 24 de noviembre de 2010.

¹¹ Eduardo García y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 423.

Función Judicial, con relación a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional o aquello incluido en el proyecto de Ley de Repetición.

En suma, la investigación pretende un estudio sobre el derecho de repetición en el contexto del Estado ecuatoriano y las obligaciones de derechos humanos que le corresponden. El punto de partida será la revisión de las diferentes clasificaciones encontradas desde la doctrina que podrían explicarse desde las teorías de la Ficción, Organicista, Proporcionalidad de Cargas, Falta de Servicio Público y Falta del Agente Público, Sacrificio Especial, Alteración del Principio de Igualdad, Responsabilidad por Riesgo, Equidad, Estricta Justicia, Solidaridad Humana, Reparar el Daño, Bien Común,¹² y que se reflejan en la jurisprudencia de los diferentes tribunales de los Estados.

Para este efecto se ha utilizado entre otros, el método del Derecho Comparado,¹³ puesto que en otros Estados de la región, como en el caso de la República de Colombia existe cierta similitud en las normas generadas para ejercer la acción de repetición, o países como Argentina en que se aprobó recientemente en 2014, una Ley de Responsabilidad del Estado que prevé la acción de regreso, lo cual además sirvió para medir las reducidas posibilidades de efectividad que se podrán alcanzar a través de los mecanismos jurídicos previstos en Ecuador en la actualidad.

¹² Cfr. Julio Altamira, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2a. ed. Córdoba: Editorial Advocatus, 2011, pp. 367-377.

¹³ Ariel Álvarez. *Manual de Introducción al Derecho*. 2da. ed. Rosario: Editorial Juris, 1995, p. 32.

1. Responsabilidad del Estado

1.1. Conceptualización desde la doctrina y visión desde las diferentes teorías

La responsabilidad no es un término o elemento reciente en discusión, sino que ha sido parte del estudio de importantes pensadores, que desde la visión de la Filosofía Jurídica,¹⁴ según lo expresa Ramiro Saavedra, fue tratada ya, en la antigüedad. Así, Aristóteles, en la discusión sobre la justicia correctiva en la *Ética Nicómaco*, abrió el camino para que posteriormente varios filósofos continúen con el desarrollo del asunto a través del tiempo, como Santo Tomás de Aquino (siglo XIII), Domingo de Soto (1494-1524) o Hugo Grocio (1583-1645), hasta la filosofía legal y moral de Kant, en que se configuró como uno de los pilares de la teoría de la responsabilidad moderna.¹⁵

En esta misma línea de análisis, Saavedra observa que es importante considerar que:

[...] el legado de Santo Tomás y sus sucesores intelectuales revela que aunque divergen en cuestiones de detalle, todos ellos describieron la justicia correctiva de forma muy similar. Creían que la justicia correctiva y distributiva, aunque diferentes, servirán al superior propósito de hacer progresar el bien común.¹⁶

Lo cual sin duda se vincula a que la consolidación del Estado de Derecho, implicó limitaciones al poder omnímodo que tuvo el Estado, entre las que está la responsabilidad por los daños causados al particular.¹⁷ Es decir que uno de los pilares de convivencia social moderna, es la responsabilidad y reparación del daño causado.¹⁸

Complementa lo anterior, que el desarrollo del sistema jurídico-político de gobierno, que busca el sometimiento del Estado a la ley, denominado Estado de

¹⁴ Es preciso referir que el profesor alemán Arthur Kaufmann mira a la Filosofía del Derecho como rama de la Filosofía, y no como una construcción que devenga de la ciencia del Derecho. Arthur Kaufmann. *Filosofía del Derecho*. Traducción Universidad Externado de Colombia, 2da. ed. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos S.A., 2006, p. 39.

¹⁵ Ramiro Saavedra. *La responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. 1ra. ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2011, pp. 25-26.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. 6ta. ed. actualizada. Buenos Aires: Editorial Abeledo – Perrot, 1988, p. 721.

¹⁸ Ramiro Saavedra. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. *Óp. cit.*, p. 29.

Derecho, conlleva la amplia responsabilización de los órganos del Estado, según lo entiende el profesor argentino, Guido Tawil.¹⁹

En el mismo sentido, Ernesto Jinesta, considera que el principio general de responsabilidad es una conquista del Estado de Derecho que consta en todos los ordenamientos progresistas,²⁰ con lo que, una de las claras manifestaciones de estar dentro de un Estado de Derecho, es la existencia de responsabilidad amplia por parte de los órganos que conforman el aparato Estatal.²¹

Así, de forma directa desde la ciencia del Derecho, el tema que ha sido abordado por varios tratadistas, con diversos puntos de análisis, que han ido desde mantener la irresponsabilidad del Estado con invocación al principio de su soberanía, como explica y resume desde una perspectiva histórica Marienhoff, al hacer un recuento de esta temática,²² hasta arribar a la consagración de responsabilidad estatal plasmada en los textos constitucionales, como sería el caso de la Constitución del Ecuador de 1998,²³ o de forma más relativa en aquella vigente desde el año 2008.²⁴

De esta forma, el artículo 20 de la Constitución ecuatoriana de 1998, estableció la responsabilidad directa del Estado en el ejercicio de sus funciones, que se podría entender desde el concepto de responsabilidad del Derecho Público, elaborado por Manuel María Díez, como una forma de justicia distributiva encaminada a evitar un daño injustificado y no repartido equitativamente entre la población²⁵; doctrina que pretende no generar un sacrificio injusto o ilícito, para ajustarse al principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas.²⁶

¹⁹ Guido Tawil. *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*. 2da. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993, parte introductoria, p. 1.

²⁰ Ernesto Jinesta. "Responsabilidad Administrativa, Constitución y Derechos Fundamentales". *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales, Memoria del II Congreso Mexicano de Derechos Procesal Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar (coords.). México: UNAM-Porrúa, 2010, p. 351.

²¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velásquez Rodríguez, sentenciado en fondo en 1988, entiende que la segunda obligación del Estado se vincula a garantizar los derechos establecidos en la Convención, para lo cual los Estados deben organizar su aparato gubernamental y toda su estructura a través de la cual se manifiesta el poder público.

²² Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit. p. 693, párr. 1628.

²³ Constitución Política del Ecuador. Artículo 20. Registro Oficial 1 de de 11 de agosto de 1998.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Art. 11.9. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁵ Manuel María Díez. *Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 18.

²⁶ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Recurso de casación interpuesto por el ingeniero Jorge Arteaga Presidente y Representante Legal de la Empresa Eléctrica de Manabí EMELMANABÍ, recurso de casación planteado por Javier Astudillo Director Ejecutivo*

Es oportuno tener presente que la discusión de la existencia de un Estado más o menos responsable, no es un tema aislado o exclusivo del Ecuador, lo cual puede apreciarse en la configuración normativa de varios países, como en el caso mexicano, que al ser analizado desde una visión igualmente de contenido histórico por Luis Humberto Delgadillo, valora que el reconocimiento de responsabilidad es una evolución en el Estado de Derecho, pero que en su país ha sido lento, cuya dificultad estuvo en que el ente público se resistió a ser juzgado, hasta que se aceptó que en el ejercicio de la función pública, puede lesionar a la esfera patrimonial de los gobernados.²⁷

En contexto con lo señalado, se registran varias normas constitucionales de diferentes países que establecen la responsabilidad estatal, tal es el caso de la República de Colombia en su artículo 90,²⁸ o el segundo inciso del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,²⁹ el artículo 9 de la Constitución Política de la República de Costa Rica o los artículos 24 y 25 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay,³⁰ o el artículo 121 de la Constitución Española de 1978,³¹ así como las citadas en las constituciones del Estado ecuatoriano. Lo cual muestra la importancia de la responsabilidad del Estado que inclusive se ha constitucionalizado.

De otro lado, los autores han recogido diferentes perspectivas para determinar la existencia de la responsabilidad del Estado, tomando entre las más comunes aquellas que señala el profesor Julio Altamira: Doctrina de la ficción; Teoría Organicista de Gierke; Teoría de la Proporcionalidad de Cargas Públicas de Tessier; Teoría de la Falta de Servicio y Falta de Personas del Agente Público; Teoría del Sacrificio Especial; Teoría del Principio de Igualdad; Teoría de Responsabilidad por Riesgo; Teoría de la Equidad; Teoría de la Estricta Justicia; Teoría de la Solidaridad Humana;

del Consejo Nacional de Electrificación CONELEC y por Demetrio Intriago, Director Distrital de la Procuraduría General del Estado. Sentencia de 11 de abril de 2007, considerando quinto.

²⁷ Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez. *El Sistema de Responsabilidad de los Servidores Públicos*. 5ta. ed. México DF: Editorial Porrúa, 2005, pp. 6-7.

²⁸ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 90. Gaceta Constitucional N° 116 de 20 de julio de 1991.

²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 113 inciso .2. Última Reforma, Diario Oficial de la Federación de 7/7/2014.

³⁰ Constitución de la República Oriental del Uruguay. Artículos 24 y 25. Publicada en 1967, Últimas reformas plebiscitarias de 31/10/2004.

³¹ Constitución Española. Artículo 121. Boletín Oficial 311 de 29/12/1978.

Teoría de la Obligación que Nace del Daño y Teoría del Bien Común.³² Todo lo cual da fe de la importancia y amplia discusión teórica para explicar la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por otra parte, y a efectos de tener un punto de partida de estudio, se debe señalar que la doctrina ha consentido que de forma general la responsabilidad se genera por una situación contractual o extracontractual;³³ siendo en el primer caso debido al incumplimiento de obligaciones contraídas por el Estado, y en el segundo supuesto, por hechos de personas que actuarían bajo su dependencia o de las cosas que se sirve.³⁴ Condiciones que se desprenden de los propios fallos judiciales, al encontrar que ambos tipos de responsabilidad tienen diferente naturaleza y régimen jurídico,³⁵ sin embargo vale la pena mencionar que existen criterios doctrinarios y de contenido jurisprudencial que en la actualidad hablan también de la relativización de la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual.³⁶

No se debe dejar de lado, que se ha encontrado que no cabría hablar de reconocimiento de derechos individuales, si no se tiene la posibilidad de reconocimiento de responsabilidad del Estado en el ejercicio de sus funciones, a través de la gestión de las personas que ejercen el gobierno, cuestión que en caso de no verificarse, tampoco podría hablarse de Estado de Derecho.³⁷

Puede concluirse de lo apuntado por la doctrina, que la responsabilidad del Estado, es uno de los puntales de la evolución en la forma de Estado y, por tanto, uno de los rasgos del Estado de derecho; mas hay que realizar un análisis pormenorizado de los tipos de responsabilidad y si en el caso del Ecuador, todas las funciones estatales pueden generar responsabilidad hacia el particular.

³² Julio Altamira. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2da. ed. Córdoba: Advocatus S.A., 2011, pp. 365-379.

³³ Manuel María Díez. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 19.

³⁴ Julio Altamira. *Lecciones de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 365.

³⁵ Manuel Pulido Quecedo. *Código de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. 1ra. ed. Madrid: Editorial Aranzandi, 2007, p. 86. *Vid.* Sentencia Tribunal Supremo de España. Tercera Sala. 25 de julio de 2000. (RJ 2000, 745).

³⁶ *Id.*, p. 87.

³⁷ Alejandra Abrevaya. *Responsabilidad Civil del Estado*. 1ra. ed. Buenos Aires: Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, 2003, pp. 51-52.

1.2. Aparecimiento de la Responsabilidad Estatal

A continuación se apreciará como la responsabilidad del Estado, es un elemento en evolución, el mismo que ha cambiado, en razón de las diferentes épocas y características propias de cada forma de Estado, hasta el Estado de Derecho, el cual tiene como una de sus bases a la responsabilidad frente a los miembros de la comunidad.³⁸

El tratadista Rafael Bielsa, realiza una útil clasificación de los estados de responsabilidad que se han presentado, separándolos en tres momentos. El primero, por el cual el damnificado no posee recurso alguno de defensa contra el poder público, ni contra los agentes del Estado; el segundo, cuando existe la posibilidad de reclamo, pero contra el funcionario público; y un tercero, que permite una acción directa contra el Estado.³⁹ Es preciso mencionar que el último sería el más evolucionado, o que mejor protege el derecho de las personas.

De forma similar, Marienhoff coincide con la descripción del aparecimiento de la responsabilidad del Estado antes descrita, que parte de un ente absolutamente irresponsable en el ejercicio de su poder público, hasta llegar a un Estado que es directamente responsable por las acciones de sus agentes.⁴⁰ Esta clasificación del tratamiento que ha recibido la responsabilidad del Estado a través del tiempo, no resulta antojadiza, al contrario, está vinculada a la evolución de los diferentes tipos de Estados. A manera de ejemplificación, Julio Altamira comenta que: "Así como en los países de la monarquía absoluta el rey no puede hacer mal y, por lo tanto no es responsable, el Estado democrático, que no es más que la Nación soberana organizada, tampoco puede hacer mal y menos aún puede ser responsable".⁴¹ Demostrando como de inició inclusive en los Estados democráticos, no se tenía como un requisito indispensable la responsabilidad Estatal.

Posteriormente, el mismo autor hace un recuento de varios criterios, entre los que se consideró que si la ley era violada, no se imponía la voluntad Estatal, sino la del funcionario público. Indica además que en la actualidad la idea de soberanía se ha

³⁸ Alejandra Abrevaya. *Responsabilidad Civil del Estado*. Óp. cit., pp. 51-52.

³⁹ Rafael Bielsa. *Derecho Administrativo*. 6ta. ed. Tomo V. Buenos Aires: Editorial La Ley S.A., 1980, pp. 8-12.

⁴⁰ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit. p. párr. 693, párr. 1627.

⁴¹ Julio Altamira. *Responsabilidad del Estado*. 1ra. ed. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1973, p. 49.

modificado hasta ser una zona de acción con diferentes límites, alejándose de ser un concepto que encarna un poder absoluto y omnímodo, lo cual constituye un importante cambio para desvanecer la idea de irresponsabilidad.⁴² En suma, es importante mirar cómo el cambio en la aplicación del criterio de soberanía, es el que posibilitó la aparición de la responsabilidad estatal, la cual es propia del Estado de Derecho.

En igual forma que el tratadista Bielsa y Marienhoff, Julio Altamira realiza una reconstrucción del tratamiento de la responsabilidad estatal, mirando aquello que se ha registrado en el pasado al respecto. El punto de partida lo fija en un imperio Romano como un Estado con poderes omnímodos, razón por la cual no se podría haber pensado en que su accionar o el de sus agentes podrían haber originado indemnizaciones, lo que luego habría dado paso al reconocimiento de lo denominado como Fisco, que representaba los intereses civiles del Estado, permitiendo diferenciar, entre actividades privadas y públicas estatales, a pesar de que la idea de responsabilidad estatal se constituyó posteriormente.⁴³ Cabe aclarar que a la teoría del Fisco se la califica como un innovación de los juristas de la época que de forma disimulada, lograron una repuesta del Estado ante los tribunales.⁴⁴

En la antigüedad el Estado era omnipotente y omnisciente, con casi todas las personas como esclavas, sin reconocimiento de derechos ajenos a los Estatales.⁴⁵ De modo similar, la edad media estaría marcada por un derecho divino, en que el Estado no respondía por ningún acto, momento en que se confundió la soberanía, con el poder y la administración,⁴⁶ en base a lo cual, se sustentó la irresponsabilidad del Estado, y se permitió erróneamente que soberanía se traduzca en impunidad.⁴⁷

Posteriormente, como segundo momento, Julio Altamira encuentra la existencia de responsabilidad, en la que de un Estado irresponsable se pasa a que el "perjudicado por un acto dañoso, ilegal o injusto del funcionario público, tiene acción contra este para reclamar la correspondiente indemnización"⁴⁸, de este modo al referir la frase *The King can do not wrong*, es marcar un cambio en el sentido de que se daría una

⁴² *Id.* p. 49.

⁴³ Julio Altamira. *Responsabilidad del Estado*. Óp. cit., pp. 50-51.

⁴⁴ Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. 12ma. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006, p. 317.

⁴⁵ Julio Altamira. *Responsabilidad del Estado*. Óp. cit., p. 54.

⁴⁶ *Id.*, p. 55.

⁴⁷ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 720.

⁴⁸ Julio Altamira, *Responsabilidad del Estado*. Óp. cit., p. 57.

completa separación, entre el Estado y el agente estatal.⁴⁹ Entendiéndose que con anterioridad, no se tenía un criterio de responsabilidad, por ser el monarca y el Estado uno solo, pero la separación, lo possibilitó. Cabe aclarar que la frase del derecho anglosajón marca la imposibilidad de concebir que el monarca pueda causar daño.⁵⁰

En un tercer nivel de evolución que identifica Altamira, aparece la responsabilidad del Estado por asuntos vinculados a sus actos de gestión y no por sus actos de poder, siendo responsable únicamente por los primeros, en razón de estar sujeto a los derechos privados; e irresponsable en ejercicio de sus actos de poder.⁵¹ Lo cual cambió a inicios del siglo XX, a partir de que el Consejo de Estado francés, extendió la responsabilidad a los actos de autoridad, situación que se consolidó con fallos posteriores.⁵²

La última fase en el proceso de evolución, está vinculada a la responsabilidad directa del Estado, misma que se deriva de la sola falta del servicio, sin que exista la necesidad de probar la culpa de los agentes.⁵³ Situación que es corroborada en la actualidad y que se entiende como un alto grado de evolución en la responsabilidad Estatal y dejó de la lado la falta personal.

En concordancia con lo anterior, se puede ver el fallo sobre el caso Reynot Blanco, Salvador Carlos c/ Santiago del Estero de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina de 2008, en que considera que hay responsabilidad directa del Estado cuando el daño se produce por la actividad de sus órganos, funcionarios o agentes del Estado en el desenvolvimiento de los fines de la entidad a la que pertenecen.⁵⁴

Por otro lado, en el plano nacional, resulta de interés para la investigación, que el establecimiento de normas sobre responsabilidad en las constituciones ecuatorianas, está presente desde la primera constitución de la República, que responde a 1830; en

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ José Canasi. *Derecho Administrativo*. Tomo IV, Parte Especial. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, p. 485.

⁵¹ Julio Altamira. *Responsabilidad del Estado*. *Óp., cit.*, pp. 62-68.

⁵² Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Óp., cit.*, p. 328.

⁵³ Julio Altamira. *Responsabilidad del Estado*. *Óp., cit.*, p. 73.

⁵⁴ Corte Suprema de la Nación Argentina. Reynot Blanco, Salvador Carlos c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios, R. 2190. XXXVIII. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

dicho texto, se consagra entre los lineamientos de la forma de gobierno del Estado, la responsabilidad.⁵⁵

La afirmación anterior, posee gran importancia, puesto que más allá de la efectividad que haya tenido en la práctica la norma citada, desde el punto de vista normativo se generó un firme precedente en las siguientes constituciones; al punto que la norma mencionada, fue reproducida de forma muy similar en las siguientes cartas constitucionales.⁵⁶

El antecedente importante y claro sobre responsabilidad está en la Constitución ecuatoriana de 1967, la misma que en su artículo 27, estableció la responsabilidad del Estado y demás entidades de derecho público y las entidades semipúblicas.⁵⁷ Se puede mirar luego la Constitución Política del Ecuador de 1998, en que alcanzó de forma progresiva, mayor desarrollo.

Sin perjuicio de lo anterior, la norma de 1967, sería la que años más tarde, a partir de la constitución vigente en el año de 1979, en su artículo 20, consolidó la base de un Estado responsable, que textualmente decía: "Art. 20.- El Estado y más entidades del sector público están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que se les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos"⁵⁸. Esta norma muestra ya un importante grado de desarrollo en la responsabilidad del Estado, plasmada en el texto constitucional del Ecuador.

Posteriormente, y como un corolario del camino recorrido en la consolidación de la normativa de la responsabilidad estatal, la constitución de 1998, plasmó la responsabilidad estatal de sus instituciones, concesionarios o delegatarios, como consecuencia de la prestación de servicios públicos o sus actuaciones, así como de forma específica por temas vinculados a responsabilidad por las actuaciones de la administración de justicia. La constitución de 2008, en su artículo 11.9 mantiene de forma similar, el reconocimiento de responsabilidad estatal.

⁵⁵ Constitución del Estado del Ecuador. Diario de la Convención Nacional de 1830, publicada el 14 de junio de 1830.

⁵⁶ Denominación kelseneana.

⁵⁷ Constitución del Ecuador de 1967. Artículo 27. Registro Oficial No. 133 de 27 de mayo de 1967.

⁵⁸ Constitución del Ecuador de 1979. Artículo 20. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

De otro lado, y con el ánimo de mirar una perspectiva global, en el Derecho Internacional, actualmente, se han desarrollado las condiciones en que se basa la responsabilidad internacional de los Estados. Determinaciones, que tienen su contenido en la construcción jurisprudencial y estudios del derecho, por ejemplo en lo resuelto por la Corte Internacional de Justicia, que ha delineado, como elementos constitutivos de responsabilidad internacional, el acto u omisión de una obligación de carácter internacional establecida como un regla de Derecho Internacional entre el Estado responsable y el Estado perjudicado, que dicho acto sea imputable al Estado en su calidad de persona jurídica y que el acto ilícito cause perjuicio o daño.⁵⁹

Con relación al desarrollo de la jurisprudencia internacional y doctrina en materia de responsabilidad estatal desde el Derecho Internacional Público, se ha perfilado una teoría que implica que a más de los elementos detallados anteriormente, se cuente con un factor, el carácter subjetivo, que sería la falta o culpa por parte del individuo por el cual se responsabiliza al Estado, que para algunos autores, no era posible trasladarla al Estado, quien solamente sería responsable en caso de que la normativa interna haya permitido la acción contraria a la normativa internacional.⁶⁰ De otro lado, está la teoría de carácter objetivo para la cual no es relevante la licitud o ilicitud del agente, sino solamente la vulneración que se genere de una norma de derecho internacional.⁶¹

Sobre lo anterior, comenta Max Sorensen que: "(...) exigir la culpa como condición general adicional de la responsabilidad internacional limita considerablemente la posibilidad de considerar a un Estado responsable de una obligación de derecho internacional".⁶² Cabe destacar que fueron muy importantes en la construcción de la responsabilidad internacional de los Estados, los fallos alcanzados por la existente, Corte Permanente de Justicia Internacional, como dentro del caso Chorzow Factory de 1928, en que al respecto la obligación de reparar dijo: "[...] es un principio de derecho internacional y aun un concepto general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso impone la obligación de efectuar una reparación".⁶³ Lo cual fue

⁵⁹ Max Sorensen (ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. 1ra. ed. 11ma. reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 507-508.

⁶⁰ Julio Barboza. *La Responsabilidad Internacional*. <http://www.oas.org/dil/esp/1-32%20Barboza%20Julio%20def.pdf> (acceso: 18 de marzo de 2015), pp. 6 y 7.

⁶¹ Max Sorensen (ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. *Óp. cit.*, pp. 508-509.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Carlos Arellano García. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. 4ta. ed. México: Editorial Porrúa, 1999, p. 213.

importante para establecer con fuerza el deber de los Estado de reparar en caso de vulneraciones.

Al respecto de la evolución de la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional, este factor sin duda ha sido relevante en el derecho interno de los países, ya que ha hecho posible que se cuente con el principio de responsabilidad de la administración en sentido amplio, al jugar un papel relevante, puesto que el Estado dejó de estar sometido solamente a sus regulaciones internas, sino que le correspondió cumplir con normas supranacionales y tribunales con carácter internacional.⁶⁴ Recordemos que esta evolución estaría marcada a partir de la positivización amplia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en 1948, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁶⁵

Es relevante mencionar que como producto del desarrollo progresivo del Derecho Internacional, la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas, preparó un proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional, del mismo que en 2002, la Asamblea General de Naciones Unidas, tomó nota en medio de su Quincuagésimo Sexto Período de Sesiones, la Resolución 53/83 Responsabilidad Internacional por Hechos Ilícitos.⁶⁶ Entre otras cuestiones relevantes de los 59 artículos, está que hay un hecho internacionalmente ilícito por la acción u omisión que sea atribuible al Estado y que constituya violación a una obligación internacional del Estado.⁶⁷ Además de lo anterior, se considera como hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado, en cualquiera de sus funciones, tanto del gobierno central o correspondiente a una división territorial, así como también por parte de cualquier persona o entidad que ejerza atribuciones del poder público.⁶⁸

Por su parte, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concretamente en el tema vinculado al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Héctor Faúndez comenta:

⁶⁴ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. La Defensa del Usuario y del Administrado. 1ra. ed. colombiana. Medellín: Editorial Dike, 1998, pp. XVII-5.

⁶⁵ Alejandro Valencia, *Los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*. Claudia Martín, Diego Rodríguez (Comp.) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª. ed., 1ª. reimpresión: Coyoacán S.A. México D.F., 2006. Pp. 120.

⁶⁶ Asamblea General de Naciones Unidas., *Res. 56/83*, 28 de enero de 2002. Artículos preparados por la Comisión de Derecho Internacional.

⁶⁷ *Id.* Artículo 2.

⁶⁸ *Id.* Artículos 4.1 y 4.2.

La determinación de responsabilidad del Estado en los hechos sometidos al conocimiento de la Corte requiere establecer no solamente la forma en que éste habría comprometido su responsabilidad y el órgano a través del cual habría actuado, sino que implica, fundamentalmente, la necesidad de indicar lo que el Estado debe hacer para restablecer el orden jurídico infringido.⁶⁹

Lo anterior encarna, que la vulneración de la norma internacional, declarada por los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, implique además acciones para revertir la violación. En varias oportunidades se ha encontrado al Ecuador responsable de sus obligaciones de protección a favor de personas sujetas a su jurisdicción y consecuentemente dispuesto a cumplir con su deber de reparar.

La primera sentencia contra el Ecuador, en materia de derechos humanos fue emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Suárez Rosero, en el año 1997 sobre el fondo,⁷⁰ y en 1999 con relación a las reparaciones y costas.⁷¹ La sentencia mencionada, generó responsabilidad internacional del Estado por las actuaciones de sus instituciones correspondiente a diferentes funciones, entre ellas el poder legislativo, debido a la falta de adecuación de la normativa interna a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo cual al Estado, entre otras medidas, le correspondió realizar el pago de una indemnización.

Lo anterior, permite mirar que el debate sobre la responsabilidad está tan vigente en la actualidad, que aquella responsabilidad que tuvo como base la forma de gobierno del Estado ya en 1830, se posibilitó la responsabilidad amplia del Estado, como en la Constitución ecuatoriana vigente. Norma Suprema que dispone que el Estado, sus delegatarios, concesionarios o toda persona que ejerza potestad pública sean responsables, se hace constar en la norma la responsabilidad que se puede generar por el poder judicial de forma específica. Habría que entender que al hablar del Estado en general se entienden incluidas las actuaciones de la Función Legislativa o de la Corte Constitucional. En la constitución de 1998, no quedó duda en razón de su artículo 118 que enumeró a las instituciones del Estado. De forma similar el artículo 225 de la Constitución actual, debería tener el mismo efecto.

⁶⁹ Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales*. 3ra. ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Puntos resolutivos de 20 de enero de 1999, párr. 113, números 1-3.

Será necesario tener presente que el principio de responsabilidad general ha sido catalogado como una de las conquistas más importantes del Estado de Derecho.⁷² Adicionalmente, y al respecto de la responsabilidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año de 2008, sentenció al Estado y dentro de sus consideraciones dijo:

La responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana. También puede provenir de actos realizados por particulares, como ocurre cuando el Estado omite prevenir o impedir conductas de terceros que vulneren los referidos bienes jurídicos. En este orden de consideraciones, cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.⁷³

La consideración anterior extraída del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien está ligada a los derechos que son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con absoluta precisión determina que la afectación de bienes jurídicos, puede ser generada por las acciones u omisiones de los agentes estatales, lo cual genera responsabilidad directa del Estado, más allá de las acciones que le asistan al Estado contra su servidor o funcionario.

En conclusión, se ha podido ver cómo, la responsabilidad es un elemento, ausente en gran parte de la historia del Estado mismo, pero con la adopción del Estado de Derecho se generó, como una condición particular de tal modalidad, hasta ir alcanzando amplitud, que ahora se hace efectiva, no solamente desde el ordenamiento interno del Estado, sino también en el plano de Derecho Internacional Público y específicamente en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

⁷² Ernesto Jinesta. "Responsabilidad Administrativa, Constitución y Derechos Fundamentales". *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales. Óp. cit., p. 352.*

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Comejo*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, párr. 119.

1.3. Responsabilidad por prestación de servicios públicos

1.3.1 Tipos de Responsabilidad

Desde la doctrina se generó la distinción de elementos que deben estar presentes para el establecimiento de responsabilidad, considerando que puede generarse tanto en el ámbito público, como privado. Así se entiende que en el caso del ámbito privado se requiere, para la existencia de responsabilidad: "...a) Daño material pecuniariamente apreciable, b) Ilegítimamente ocasionado, el que da origen a la antijuridicidad del acto, y c) con dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió".⁷⁴

En el ámbito del Derecho Público, los elementos que configuran la responsabilidad son: "... en primer lugar, un daño, en segundo lugar la imputabilidad de este daño al Estado, en tercer lugar el daño puede ser producido por un hecho o acto lícito o ilícito..."⁷⁵, responsabilidad que puede generarse por cualquiera de sus funciones y que desde diferentes enfoques se mantiene en la actualidad.

Así mismo, a más de encontrar los requisitos anteriores que configuran la responsabilidad, la doctrina la clasificó por su origen en responsabilidad contractual y extracontractual, entendiéndose que la primera, se ocasiona a causa de un incumplimiento dentro del ámbito de la contratación administrativa; y la segunda como consecuencia de un acto ilícito o lícito, sin la existencia de relación contractual, esto desde la visión del Derecho Privado.⁷⁶ A esta división de la responsabilidad, se la ha calificado como teoría clásica.⁷⁷

Dentro de la denominada responsabilidad extracontractual, se entienden inmersos aquellos daños que pueden ser producidos y generen responsabilidad por la actuación u omisión de cualquiera de los poderes o funciones estatales. A pesar de lo cual, el desarrollo de responsabilidad originada por el desempeño de otras funciones que no

⁷⁴ Manuel María Díez. *Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 17.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Id.*, p. 20.

⁷⁷ Manuel Pulido Quecedo. *Código de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Óp. cit., p. 86. Vid. Sentencia Tribunal Supremo de España. Tercera Sala. 25 de julio de 2000. (RJ 2000, 745).

sea la ejecutiva, en general ha sido relativamente poco desarrollada,⁷⁸ sin embargo, en el caso ecuatoriano, sí se cuenta con una clara determinación por ejemplo de la responsabilidad por error judicial, previsto de forma explícita en la Constitución, a pesar de que se omite referir a la responsabilidad legislativa o por actos de gobierno.

Por su parte, el Tribunal Supremo de España, ha dictado fallos en los cuales considera que para el establecimiento de responsabilidad de la administración, no es relevante la diferenciación entre contractual o extracontractual, sino que de las relaciones existentes se deduzca la obligación de la administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.⁷⁹ Coincidente resulta lo determinado por el Tribunal Español con lo que expresa el profesor Fiorini, quien entiende que el daño generado por un incumplimiento contractual, es idéntico al daño extracontractual.⁸⁰

En relación a lo anotado, si bien hay criterios que relativizan la clasificación, parecería que gran parte de la doctrina encuentra válida la existencia de una responsabilidad contractual y extracontractual, en el sentido de que cada una de las responsabilidades, tendría un fundamento diferente y su propia forma de generación.

Miguel Sánchez Morón, considera que la responsabilidad contractual, está vinculada a la existencia de un contrato, por su incumplimiento o resolución del mismo; y la extracontractual, se vincula a las actuaciones de la administración, lícitas o ilícitas, que no buscan la lesión de intereses legítimos, a pesar de que los causan.⁸¹ Lo más relevante del autor referido, es que hace una clara diferenciación con materias que estarían al margen de aquello que es parte de la responsabilidad patrimonial de la administración como son: la compensación por expropiación, o casos en que se concretan ayudas por los órganos del poder para paliar perjuicios que podrían estar vinculados a desastres naturales.⁸² En el caso de la responsabilidad expropiatoria, esta nace del Derecho Público con base al reparto equitativo de cargas públicas, y la

⁷⁸ Humberto Delgadillo Gutiérrez. *El Sistema de Responsabilidad de los Servidores Públicos*. Óp. cit., pp. 3-4.

⁷⁹ Humberto Delgadillo Gutiérrez. *El Sistema de Responsabilidad de los Servidores Públicos*. Óp. cit., pp. 6.

⁸⁰ Bartolomé A. Fiorini. *Derecho Administrativo*. 2da. ed. actualizada. T. II. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1997, p. 718.

⁸¹ Miguel Sánchez Morón. *Derecho Administrativo, Parte General*. 8va. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 926.

⁸² *Id.*, pp. 926-927.

responsabilidad patrimonial de la administración tiene origen en el derecho civil y ha evolucionado en materia pública.⁸³

Puntualmente el autor antes mencionado, hace una diferencia con la expropiación y la responsabilidad extracontractual, que se produce por efectos de la actividad administrativa, en atención a que la primera se realiza con una finalidad pública, y la segunda en cambio a la producción de un daño al particular por parte de la administración al realizar sus actuaciones, de formar lícita o ilícita, que no tienen como finalidad la lesión de derechos, pero que en efecto los producen.⁸⁴

Del análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se constata que en varios niveles, se identifican los elementos y tipos de responsabilidades. Sin perjuicio de que sea parte de un análisis más detallado, la responsabilidad extracontractual de la administración de forma específica, está presente en la Constitución de 2008, artículo 11.9, como lo estuvo en el texto constitucional de 1998, y en normas de inferior rango, como el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en el artículo 209, que prevé en concordancia con el precepto constitucional, el que los particulares puedan presentar sus reclamaciones de forma directa a la administración por daños presuntamente causados por la administración a través de quienes ejerzan la potestad pública o por prestación de servicios públicos, o el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Más allá de analizar el contenido y posibilidades de efectiva responsabilidad del Estado de conformidad a la norma, es preciso aclarar que su configuración se ajusta plenamente a la responsabilidad extracontractual del Estado, que se ha descrito desde la doctrina y se describirá a continuación.

1.3.2 Responsabilidad extracontractual

En la sección anterior, se estableció una diferenciación entre la responsabilidad contractual y extracontractual,⁸⁵ entendiendo que la responsabilidad última, puede originarse por las acciones u omisiones de un órgano del Estado o quienes ejerzan

⁸³ Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp 321-322.

⁸⁴ Miguel Sánchez Morón. *Derecho Administrativo, Parte General. Óp. cit.*, p. 926.

⁸⁵ En el caso del tratadista Marienhoff, coincide con la diferenciación de los dos tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual, que refiere Manuel María Díez.

potestades públicas, no solamente vinculados a la función ejecutiva, sino también en casos de errores judiciales, o por afectaciones que tienen como origen en las actuaciones legislativas, al punto que se considera que sin este tipo de responsabilidad, extracontractual, no existiría Estado de Derecho.⁸⁶

Así en las normas de la Constitución del Ecuador de 1998, se estableció en el artículo 20, que las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, están obligados a indemnizar al particular, en caso de ocasionar perjuicios a causa de las fallas en servicios públicos o por los actos de sus empleados o funcionarios, en el desempeño de sus cargos. Situación que ilustra que todas las funciones estatales pueden comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado.

Para complementar, el alcance de la responsabilidad extracontractual del Estado, el artículo 118 de la Constitución de 1998, determinó específicamente cuáles eran las instituciones del Estado, y textualmente decía:

"Art. 118.- Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
2. Los organismos electorales.
3. Los organismos de control y regulación.
4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos. Estos organismos y entidades integran el sector público".⁸⁷

El texto de la Constitución ecuatoriana vigente, contiene también a la responsabilidad extracontractual del Estado, especialmente, en razón de que su artículo 11.9, dentro del capítulo de aplicación de los derechos, está redactado de forma similar a la normativa constitucional anterior, y determina al sector público en su artículo 225. Sin embargo, lo realmente importante, es que se verifica al menos de forma normativa, la existencia de responsabilidad, que se puede hacer efectiva contra el Estado o quienes ejercen facultades públicas. Lo cual no es uniforme en todos los

⁸⁶ Hugo Caldera Delgado. *Sistema de Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución de 1980*. 1ra. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 7 y 8.

⁸⁷ Constitución Política del Ecuador. Artículo 118. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

ordenamientos jurídicos, en el caso de la ley argentina sobre responsabilidad del Estado, aprobada en 2014, no se reconoce responsabilidad estatal por la acción de delegados o concesionarios.⁸⁸

Desde el ámbito jurisprudencial, en el Ecuador también se constata la existencia de responsabilidad extracontractual, así lo determinan los fallos alcanzados por la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en que se determinó en relación al artículo 20 de la Constitución de 1998, que se mantiene en el Estado un régimen de responsabilidad extracontractual de naturaleza objetiva, inspirado en valores como la solidaridad e igualdad material y sustancial en cuanto a la repartición de cargas públicas.⁸⁹

De otro lado y como fue mencionado, la doctrina y la aplicación jurisprudencial han generado diferencias entre la responsabilidad extracontractual que se genera en derecho privado y la responsabilidad extracontractual que sea aplica al Estado. Así, la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, entendió que la responsabilidad civil extracontractual, contenida en el artículo 1453, determina como fuente de las obligaciones entre otras, a los delitos y cuasi delitos, sería por hechos ilícitos, entre los cuales comprende que están a más de las acciones u omisiones culposas o dolosas del responsable que causa daño a un tercero, así como los daños causados a personas a su cargo, cuidado o dependencia, cosas de su propiedad o de las cuales se sirve.⁹⁰ Es decir que como la propia Corte lo determinó, la responsabilidad extracontractual civil en Ecuador es esencialmente de tipo subjetivo.⁹¹

En suma sobre la responsabilidad de tipo extracontractual, dentro del carácter civil, se requiere la existencia no solamente de un daño, sino adicionalmente, la culpa o dolo de la persona causante del daño; mientras que la responsabilidad extracontractual del Estado, se verifica en la falla o deficiencia de la prestación del

⁸⁸ Ley argentina 26.944. Artículo 6. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso. 7 de agosto de 2014.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Recurso de casación 62-2005, interpuesto por Empresa Eléctrica de Manabí, Directorio Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad y el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí*. Considerando Quinto.

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Recurso de Casación de 29 de octubre de 2002, presentado por el Comité Delfina Torres Vda. De Cocha, Petroecuador y otros*. Punto Tercero.

⁹¹ *Ibid.*

servicio, sin importar el elemento subjetivo, el daño que sea imputable al Estado y su antijuridicidad.

Será preciso referir brevemente ciertos elementos que hacen parte de la responsabilidad extracontractual del Estado, como la injusticia o ilicitud de la actuación, cuyo alcance es parte de la aplicación jurisprudencial. La afectación injusta se entiende como una afectación anormal, un efecto dañoso que excede aquello que se podía esperar soportar de la administración, en comparación con el conjunto de administrados; y como afectación ilícita se ha entendido que no se puede asumir un sacrificio individual que se contempla como un mandato constitucional.⁹² Resta indicar que la ex Corte Suprema de Justicia, manifestó igualmente que debido a la naturaleza de responsabilidad extracontractual del Estado, demostrado el daño indemnizable, solamente se debe probar la vinculación con la actividad estatal.⁹³

Dentro de esta lógica, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador entendió, que para analizar la responsabilidad del Estado se deben valorar las siguientes características; el daño antijurídico, que lo entiende como "... la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en obligación jurídica de soportar";⁹⁴ el riesgo que conlleva el servicio público, es decir que haya un daño imputable a una persona de derecho público y que no existan causas de justificación por las que el administrado deba soportar el daño, o que el Estado le ponga en situación que deba soportar un daño excepcional que deban tolerar las personas en calidad de contrapartida de los beneficios de la actividad pública.⁹⁵ Al respecto de la aplicación jurisprudencial, la justificación realizada en el informe para segundo debate de la Ley de Repetición, señaló que en Ecuador se ha establecido por los precedentes judiciales, la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado.⁹⁶

En este contexto, se aprecia que, con las diferencias de cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales, estos mantienen normas que consagran la

⁹² Corte Suprema de Justicia Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Recurso de casación 62-2005, interpuesto por Empresa Eléctrica de Manabí, Directorio Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad y el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí*. Considerando Quinto.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio No. 139-2010, de 24 de agosto de 2012, punto quinto.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Asamblea Nacional ecuatoriana. Proyecto de Ley de Repetición. Informe para segundo debate, remitido mediante oficio de 28 de noviembre de 2011, p. 5.

responsabilidad patrimonial del Estado, como en el caso colombiano en el artículo 90 de su Constitución, que al ser interpretado por la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que establece una cláusula general de responsabilidad, que se verifica cuando se produce una lesión o daño antijurídico, por una acción u omisión atribuible al Estado y relación de causalidad.⁹⁷ Entendiendo por antijuridicidad como aquel daño que el administrado no está obligado a soportar.⁹⁸

A continuación dentro del presente trabajo, se verificarán específicamente los casos de responsabilidad por actos u omisiones de la función ejecutiva, legislativa o judicial, en diferentes Estados.

1.3.2.1 Responsabilidad del Estado por acto judicial

Como se anotó, a partir de la doctrina, la responsabilidad del Estado, supera la esfera de actuaciones de la función ejecutiva, o de las acciones de sus delegatarios. La responsabilidad fue impregnándose en los diferentes momentos del desarrollo de las sociedades, y en la actualidad vamos a encontrar avances, tanto en el ámbito normativo como jurisprudencial de la aplicación de responsabilidad del Estado, desarrollo que se refleja, en que el Estado es responsable por la actuación de cualquiera de sus funciones, como sería el caso de la administración de justicia.

La legislación ecuatoriana vigente, prevé responsabilidad estatal ocasionada por la actuación de otras funciones. La propia Constitución, con relación a la administración de justicia, establece la existencia de responsabilidad directa del Estado en caso de detención ilegal, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación de derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones a las reglas y principios del debido proceso.⁹⁹ Cuestión relevante, puesto que en muchos casos las normas constitucionales no contienen una disposición específica sobre responsabilidad como sería el caso argentino.

En la misma línea, se puede constatar que en nivel legal, el Código Orgánico de la Función Judicial, toma las categorías utilizadas por la Constitución, y en su artículo

⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Caso 644-11. Sentencia de 31 de agosto de 2011.

⁹⁸ Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 8 de mayo de 1995.

⁹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11, número 9, inciso 4 y 5. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

15, pone al nivel de un principio, la responsabilidad de la administración de justicia, que la estima como un servicio público. Adicionalmente, en el siguiente artículo dispone la modalidad en que deberá procederse en la vía judicial para hacer efectiva la responsabilidad del Estado.¹⁰⁰ Se podría concluir entonces, que en la actualidad existe en Ecuador, un régimen de reconocimiento de la responsabilidad por actuaciones de la administración de justicia, plasmado en normativa Constitucional y legal, bastante claro.

Resulta de interés para la investigación la persistencia de la posibilidad de demandar a los jueces por parte de los particulares, en caso de errores o actuaciones contrarias a la ley, lo cual fue parte de un estado anterior de responsabilidad, un ejemplo de esto es el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, por el cual el Juez podría ser demandado por daños y perjuicios, en razón de las actuaciones que realizó investido de la autoridad como representante de la administración pública. En este sentido si bien fue derogada la disposición del Código de Procedimiento Civil, se prevé la posibilidad en el Código Orgánico de la Función Judicial,¹⁰¹ y en los casos que se hayan estado tramitando para su procedimiento, el pleno de la Corte Nacional de Justicia emitió una resolución para continuar con dichas causas.¹⁰² Cabe resaltar que el Código Orgánico de la Función Judicial, mantiene la responsabilidad directa contra juez, fiscales y defensores públicos.¹⁰³

Es preciso mencionar que el reconocimiento de responsabilidad estatal a causa de las acciones u omisiones de la función judicial está reconocido a nivel constitucional en la cláusula general de responsabilidad del Estado del artículo 11.9. Reconocimiento que se mantiene en términos similares a los que fue el artículo 22 de la Constitución ecuatoriana de 1998; sin embargo en dicho texto se hacía constar adicionalmente, en su artículo 21,¹⁰⁴ que en caso de revocatoria o reforma de sentencia condenatoria por recursos de revisión, tenía derecho a ser indemnizada, disposición que haría parte de la responsabilidad del Estado.

¹⁰⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial 554 de 9 de marzo de 2009.

¹⁰¹ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 34. Registro Oficial 554 de 9 de marzo de 2009.

¹⁰² Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *Normas de competencia en juicios de daños y perjuicios contra funcionarios judiciales y en juicios colusorios*, 8 de julio de 2009. Registro Oficial 650 de 6 de agosto de 2009.

¹⁰³ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 34. Registro Oficial 554 de 9 de marzo de 2009.

¹⁰⁴ Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Para matizar lo anterior, con la experiencia de otro Estado, se puede ver aquello que pasa en España, donde su Constitución del año 1978, determina el derecho a indemnización a causa de error judicial o cuando se generen perjuicios por funcionamiento anormal, según su artículo 121.¹⁰⁵ Es importante puntualizar que como lo extrae Miguel Sánchez, al hablar de error judicial, este debe ser: "...evidente, craso, palmario, ya sea de hecho o incluso de derecho, en este caso por manifiestas contradicciones en el texto de una resolución judicial o con otras resoluciones con textos idénticos o por otras causas semejantes".¹⁰⁶ Situación que fue el fin de la evolución de la responsabilidad por acto judicial, que habría iniciado como bajo responsabilidad personal contra jueces, subsidiaria del Estado y posteriormente directa contra el Estado.¹⁰⁷

En el caso de la anormal administración de justicia, se verifica abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de España, en el que se habrían alcanzado, por varios temas como dilaciones excesivas, notificaciones defectuosas, deterioro o sustracción u objetos en depósito judicial.¹⁰⁸ Se aprecia así mismo que en los fallos, el Tribunal ha desarrollado las situaciones descritas en los artículos 293 y 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre la procedencia de indemnizaciones por anormal funcionamiento de la administración de justicia, como en casos de privación de libertad, de una persona, que está sujeta para la indemnización de la concurrencia de circunstancias subjetivas y objetivas.¹⁰⁹ Es decir, se aprecia, la existencia normativa y su aplicación práctica.

Guido Tawil, explica la responsabilidad de la administración de justicia desde dos vertientes, de forma similar a la división plasmada en la legislación española, es decir una a partir del error judicial y otra vinculada al anormal funcionamiento de la administración de justicia. Encuentra que la primera, como una violación que produce el magistrado al emitir resoluciones que no están conforme a derecho, lo cual abarca no solamente materia penal de forma general a las materias sometidas a tratamiento jurisdiccional;¹¹⁰ el segundo concepto alcanzaría toda la actividad vinculada al anormal

¹⁰⁵ Constitución Española. Artículo 121. Publicada el 29 de diciembre de 1978.

¹⁰⁶ Miguel Sánchez Morón. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 934.

¹⁰⁷ Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 368.

¹⁰⁸ Miguel Sánchez Morón. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 935.

¹⁰⁹ Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 20 de diciembre de 2010. <http://online.lexnova.es/services/LXOL/visordoc?signatura=0989B7F70821EF8341E3F7909B6A1920E587FA105CC081BD0FFDF3DE444A7814>

¹¹⁰ Guido Tawil. *La Responsabilidad del Estado. Óp. cit.*, p. 54.

funcionamiento de la administración de justicia, no solamente de quienes juzgan o disponen una ejecución, sino también de auxiliares o colaboradores con la función.¹¹¹

Con relación al error judicial, este podría registrarse en casos de denegación de recursos de amparo o medidas cautelares que no hayan prevenido un daño, según apunta Gordillo.¹¹² Mas en sentido amplio puede ocasionarse en virtud de una errónea apreciación de hechos o una inadecuada aplicación de las normas legales a la situación fáctica,¹¹³ cuyos efectos devienen en una sentencia injusta.¹¹⁴ Sin embargo, (...) en el encuadramiento jurídico de los hechos será donde se presentará en general, el error judicial.¹¹⁵ Lo cual evidencia que la figura está diseñada para responder a la equivocada subsunción de los hechos al derecho por parte del juzgador, y para lo cual se requerirá siempre de una determinación de la existencia del error, mismo que puede desprenderse de la resolución de un recurso.¹¹⁶

Lo anterior es relevante, puesto que como lo considera el profesor argentino Tawil, el dejar sin efecto una resolución por vía recursiva, no acarrea en sí misma la posibilidad de error judicial, entiende que lo importante de este es que se pruebe la existencia manifiesta de una equivocación.¹¹⁷

Se debe resaltar que entre las posibilidades de proponer una demanda de repetición en España, se contempla que dicha acción pueda ser ejercida también contra el Tribunal Constitucional, por sus actuaciones. Se precisa que el daño sea causado por Magistrados o Jueces, por dolo o culpa grave, la acción siempre es contra el Estado, y este puede repetir contra los funcionarios, en un proceso declarativo.¹¹⁸ Lo anterior tiene gran importancia, en virtud de que en España, el Estado mantiene siempre la responsabilidad por las actuaciones de sus funcionarios judiciales; a diferencia de normas como la del Código de Procedimiento Civil o Código Orgánico de la Función Judicial, señaladas.

¹¹¹ *Id.*, pp. 72-73.

¹¹² Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, pp. XVII-41.

¹¹³ Guido Tawil. *La Responsabilidad del Estado*. *Óp. cit.*, p. 57.

¹¹⁴ José Canasi. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 568.

¹¹⁵ Guido Tawil. *La Responsabilidad del Estado*. *Óp. cit.*, p. 58.

¹¹⁶ Eduardo García y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 374.

¹¹⁷ Guido Tawil. *La Responsabilidad del Estado...* *Óp. cit.*, p. 60.

¹¹⁸ Miguel Sánchez Morón. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 935.

En Ecuador el ejercicio de la responsabilidad por la actuación de la administración de justicia, está prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial, cuerpo normativo que en concordancia con la norma constitucional, en su artículo 15 dice: "(...) 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 (...)".¹¹⁹

Concomitantemente a la norma que contiene como un principio la responsabilidad, en el artículo 32 del mismo Código, se han establecido reglas específicas para hacer efectiva la responsabilidad de justicia ocasionada por la administración de justicia.¹²⁰ A más de lo apuntado, se debe tener presente, que no se ha previsto en el caso ecuatoriano, la responsabilidad del Estado por las actuaciones de la Corte Constitucional, cuestión que dejaría un gran vacío, a pesar de que la Constitución, expresamente dice que, el Estado es responsable por la actuación de cualquier persona que actúa en utilización de una potestad estatal, sin embargo no hay normativa legal desarrollada de forma específica, para la actividad de la Corte Constitucional; a diferencia del Código Orgánico de la Función Judicial, que no les es aplicable a las actuaciones de la Corte Constitucional, en atención a que se restringe a la función judicial.¹²¹ Finalmente, en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, no existe una norma que prevea la responsabilidad por daño que pueda causar dicho organismo.

A pesar de lo expuesto, y de que no exista una norma que haga explícita en el rango legal, la responsabilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional de la Corte Constitucional, no podemos olvidar que las actuaciones de este organismo de supervisión de la supremacía constitucional, pueden comprometer la responsabilidad del Estado, con sus sentencias o resoluciones, por ejemplo ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, es posible este tipo de violación, como sucedió en el caso Quintana, en que por una resolución expedida por el Tribunal Constitucional de la época, todos los jueces debían abstenerse de atender recursos de amparo en un determinada situación, lo que configuró la falta de tutela judicial efectiva,

¹¹⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 14, inciso segundo. Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.

¹²⁰ *Id.* Artículo 32.

¹²¹ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 2. Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.

según expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia condenatoria contra el Estado ecuatoriano en el año 2013.¹²²

Adicionalmente, existen fallos que tienen una exposición de responsabilidad directa del Estado en casos de error judicial, pero en la aplicación al caso concreto, se encuentra que determinan que el legitimado pasivo de una demanda de daño moral a causa de error judicial debía ser el fiscal y el juez,¹²³ en vez de determinar a la función judicial o al Estado, en aplicación de las normas constitucionales.

1.3.2.2 Responsabilidad del Estado por acto legislativo

Con relación a la responsabilidad originada por el accionar de un órgano legislativo en un Estado, el criterio se ha modificado en el tiempo. Al inicio se negó la existencia de responsabilidad en atención a la vinculación encontrada entre la actividad legislativa y la soberanía estatal.¹²⁴ Es decir, imperaba la irresponsabilidad del Estado en este ámbito, cuestión que como se mostrará en este apartado se ha modificado.

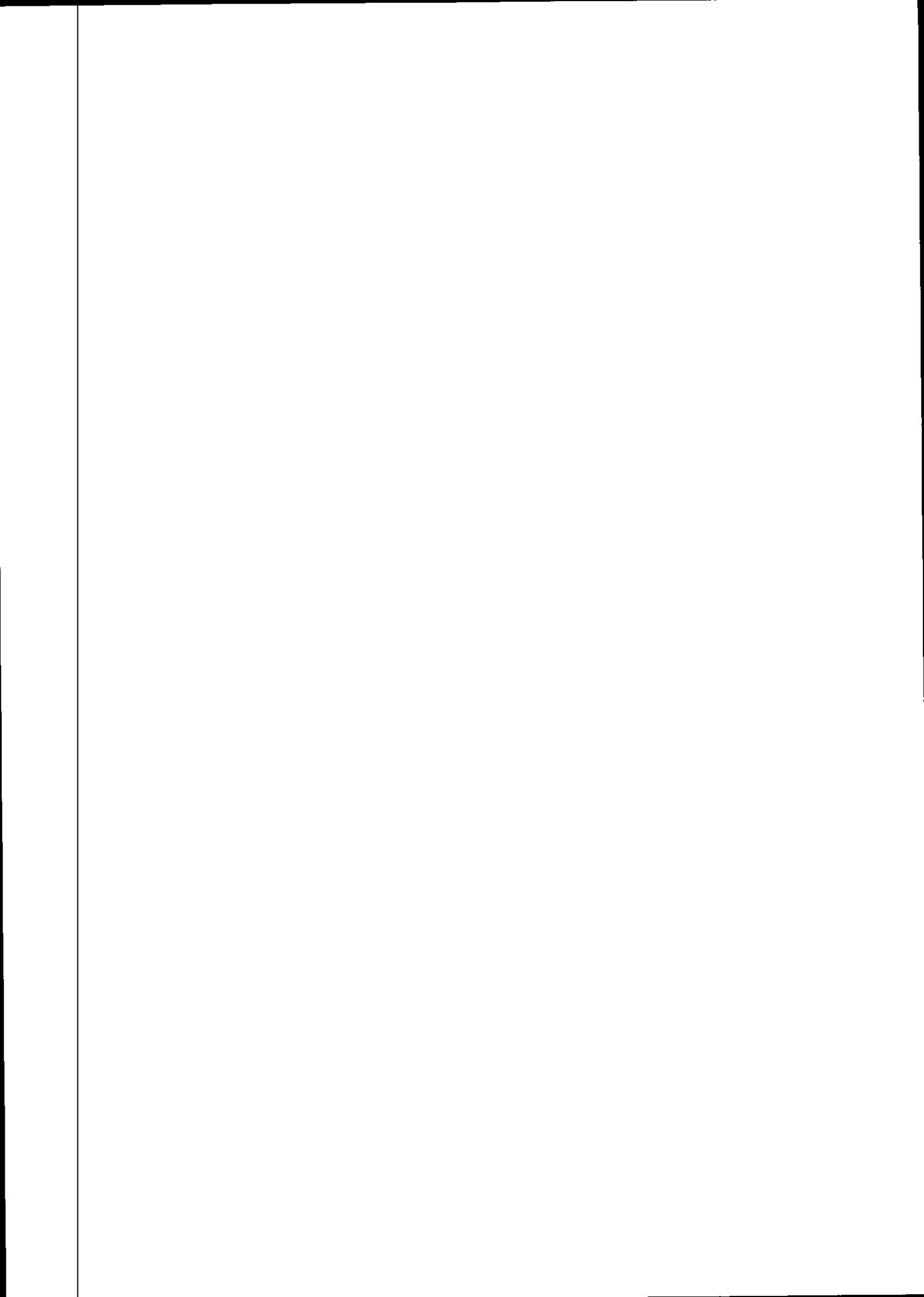
Por su parte, Ismael Farrando y Patricia Martínez, extraen de la jurisprudencia argentina, que los casos en lo que se debe considerar la existencia de responsabilidad por acción de la función legislativa, están vinculados a: un perjuicio especial, cuando la ley perjudica a pocos en beneficio de muchos, generándose la responsabilidad de indemnizar con el fin de mantener un equilibrio de cargas públicas; enriquecimiento sin causa, que requiere además del daño causado al administrado, la generación de enriquecimiento estatal injustificado; cuando en la ley hay sustitución de un derecho por una indemnización, con lo cual queda purgada la ley por la reparación en el ámbito patrimonial; y por declaratoria de inconstitucionalidad de una ley cuando esta cause daño.¹²⁵

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Quintana Coello vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 23 de agosto de 2013, p. 59, párr. 189.

¹²³ Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Sentencia de Casación, gaceta Judicial Año CX, Serie XVIII N°. 8, considerando quinto, sentencia de 2 de septiembre de 2009.

¹²⁴ Ismael Farrando y Patricia Martínez (dirs.). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones DePalma, 1996, p. 554.

¹²⁵ *Id.*, pp. 553–555.



A pesar de lo dicho, vamos a ver que la doctrina no es del todo pacífica en cuanto a la responsabilidad del Estado por acción u omisión de los órganos legislativos. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, critican que el cambio legislativo pueda llegar a generar una indemnización a favor del ciudadano, entendiendo que: "el legislador puede innovar a su arbitrio, salvo los límites que le imponga la Constitución y esta no protege el sentido de la confianza que grupos de ciudadanos o individualmente puedan haber tenido en el mantenimiento de anteriores leyes".¹²⁶ Sin perjuicio de que parte de la doctrina que critica la inexistencia de responsabilidad, lo hace con fundamento en que negar la responsabilidad el Estado legislador resta la efectividad de la normas constitucionales y el control constitucional encargado a los jueces.¹²⁷

Así, resulta de interés para esta investigación que los autores referidos describen los giros de la jurisprudencia española del Tribunal Supremo, y cómo se operó un cambio que fue desde la negativa de responsabilidad Estatal por modificación legal, para posteriormente aceptar la responsabilidad estatal, en este ámbito.¹²⁸ Cabe manifestar que los autores García de Enterría y Tomás Ramón, son partidarios de la jurisprudencia española que limitó la posibilidad de indemnización por las actuaciones del legislativo.

En este contexto señalan los autores, que fueron varias sentencias, las que bloquearon en un inicio este tipo de responsabilidad, pero que a pesar de haber negado tal cuestión; fueron esas primeras sentencias las que pusieron los cimientos para la jurisprudencia posterior que aceptó la responsabilidad que genera indemnización,¹²⁹ tal es el caso de la sentencia STC 108/1986 de 29 de julio de 1986, dictada por el Tribunal Constitucional Español, por inconstitucionalidad de norma, que destacan Enterría y Fernández, misma que en la parte pertinente rechaza el pedido de inconstitucionalidad, en virtud de que se trataban de meras expectativas, pero deja ver

¹²⁶ Eduardo García y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p.401.

¹²⁷ Ignacio Núñez. "Vigencia del Dogma de la Irresponsabilidad del Estado Legislador en el Estado Constitucional de Derechos, Ensayando Bases para un Teoría sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador". *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 9, núm. 1. (2011), pp. 297- 298.

¹²⁸ Eduardo García y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 399-411.

¹²⁹ *Id.*, p. 400.

que si por una ley se adquiere el derecho, en virtud de un cambio posterior se pueda llegar a una indemnización.¹³⁰

Se constata que en los diferentes ordenamientos suceden cuestiones similares, tal es el caso colombiano, dentro del cual se entiende de forma general la responsabilidad del Estado, a pesar de no haber sido parte de sus constituciones, antes del texto de 1991, lo cual no habría limitado el amplio desarrollo jurisprudencial, a través de los fallos del Consejo de Estado.¹³¹ Ya en 1947, dicha institución encargada de la administración de justicia en materia administrativa, encuentra que hay grandes progresos jurisprudenciales, dejando atrás la irresponsabilidad Estatal, pasando gradualmente a la responsabilidad culposa y responsabilidad sin falta, a criterios como enriquecimiento sin causa y daño especial.¹³² Lo mencionado, permite mirar que en Colombia hay una importante evolución y aplicación de criterio que apuntan a la existencia de un Estado responsable, en todas sus funciones aún legislativas.

En consonancia con lo mencionado, la Corte Constitucional del mismo país, una vez en vigor la Constitución de 1991, al analizar el artículo 90, sobre responsabilidad estatal determina algo que considero es una gran avance y determina cómo la responsabilidad es amplia para todas las funciones del Estado, al decir que:

(...) como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo – ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que sea imputable a una acción u omisión de una autoridad públicas (...).¹³³

La jurisprudencia colombiana que se puede encontrar al respecto de la responsabilidad es amplia, sin embargo de la citada en el párrafo anterior, podemos extraer que no diferencia el tipo de actuación, sino que la aplicación de la responsabilidad del Estado es general a cualquiera de sus ámbitos, dentro de los cuales estaría inmersa la función legislativa. Así, la Corte Constitucional colombiana, en el fallo 038-06, determinó que la responsabilidad Estatal exige únicamente, un daño

¹³⁰ Tribunal Constitucional Español. STC 108/1986. Recurso inconstitucionalidad núm. 839/1985 de 29 de julio de 1986, promovido por José María Ruiz Gallardón, párr. 20

¹³¹ Corte Constitucional de Colombia. C-038-06, punto VII. Fundamentos y Competencia, número 3., p.15.

¹³² Consejo de Estado de Colombia, Indemnización por Clausura del Periódico el Siglo, propuesta por El Siglo S.A. de 29 de julio de 1947, punto Conclusiones Jurisprudenciales.

¹³³ Corte Constitucional de Colombia. Responsabilidad Patrimonial del Estado, C-333/96, VII, Fundamento Jurídico de 1 de agosto de 1996.

antijurídico y que el mismo sea imputable a una autoridad pública, sin más distinción.¹³⁴

Como un cierre para constatar la responsabilidad del Estado, por acción u omisión en este caso del órgano legislativo, la parte pertinente de la sentencia 038-06 de la Corte Constitucional Colombiana dice:

De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución".¹³⁵

La sentencia referida, contiene gran importancia ya que expone el alcance de la responsabilidad del Estado, vinculada a las actuaciones legislativas, la cual no solo se genera en virtud de una ley inconstitucional, sino cuando se afectan los principios de solidaridad e igualdad, a consecuencia de un daño antijurídico.¹³⁶ Así mismo, de la sentencia se extrae que tanto la Corte Constitucional como el Consejo del Estado colombiano, poseen una jurisprudencia desarrollada que fue configurando el alcance del régimen de la responsabilidad del Estado, inclusive antes de su texto Constitucional vigente.

Con respecto a la Constitución ecuatoriana, como ya se ha expuesto, la responsabilidad estatal está determinada en el artículo 11 número 9, sin embargo nada se dice de forma exclusiva de su generación en el ámbito legislativo. La norma refiere de forma general al Estado, con lo cual debería entenderse cualquiera de los organismos que lo conforman que podría interpretarse en contexto con el artículo 225 de la Constitución.

Por otro lado, es interesante mirar aquello que se contempla en los aspectos conceptuales que motivan el proyecto de Ley de Repetición en segundo debate, que de forma breve conceptualiza la doctrina de responsabilidad estatal, y lo hace de la siguiente forma: "(...) como aquella obligación de proteger jurídicamente a las

¹³⁴ Corte Constitucional de Colombia, C-038-06, punto VII. Fundamentos y Competencia, número 3, p.18.

¹³⁵ Corte Constitucional de Colombia, C-038-06; punto VII. Fundamentos y Competencia, número 3, p.18.

¹³⁶ *Id.*, p. 19.

personas contra actos de la administración pública y sus servidores, reparando el daño causado, mediante una compensación económica.¹³⁷ El mismo texto analiza que en el Ecuador, se ha dejado de lado la responsabilidad subjetiva del funcionario y se mantiene un régimen de responsabilidad objetiva.¹³⁸ A pesar de lo anterior, no menciona nada con relación a la función legislativa y que por su intermedio se comprometa la responsabilidad del Estatal.

En el caso de la Responsabilidad del Estado, originada por la acción u omisión de su aparato legislativo, esta sí es contemplada como una posibilidad desde la doctrina del Derecho Internacional Público, que según Carlos Arellano, puede verificarse de dos formas; dictando una norma que contravenga un compromiso internacional; y al no dictar una ley según se pactó en un acuerdo internacional.¹³⁹ Sin embargo Max Sorensen, encuentra que se desprende de la jurisprudencia internacional, que para establecer la responsabilidad internacional del Estado, se requiere la emisión de una norma contraria a la obligación internacional, y que a más de la aprobación, la norma sea aplicada, para que se configure un daño.¹⁴⁰

De forma concreta en relación a la responsabilidad internacional declarada contra un Estado, podemos referir un fallo reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la destitución de los magistrados de la ex Corte Suprema de Justicia en 2004. Dentro de dicho fallo, la Corte analizó la actuación del Congreso Nacional de aquel entonces, y determinó que el accionar del órgano de la función legislativa del Ecuador, vulneró el derecho al debido proceso que tenían los ex jueces, constituyendo así vulneración al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁴¹ Cabe manifestar que la sentencia, impuso al Estado entre otras medidas de reparación, el pago por daño materia e inmaterial a favor de las víctimas.

Es importante resaltar, que en la jurisprudencia ecuatoriana, a diferencia de otros Estados como se ha mencionado, no se verifican fallos vinculados a temas de

¹³⁷ Asamblea Nacional Ecuatoriana. Proyecto de Ley de Repetición, Informe para segundo debate, remitido mediante oficio de 28 de noviembre de 2011, P. 5

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Carlos Arellano García. *Primer Curso de Derecho Internacional Público. Óp. cit., pp. 219- 220.*

¹⁴⁰ Max Sorensen (ed.). *Manual de Derecho Internacional Público. Óp. cit., pp. 518- 519.* Entre otros casos se hace referencia al caso Mariposa Development Company (1933), presentado ante la Comisión General de Reclamaciones Panamá – Estados Unidos.

¹⁴¹ Corte IDH. *Caso Quintana Coello vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013.

responsabilidad por las acciones del legislativo. Tampoco en la Ley Orgánica de la Función Legislativa se encuentra norma alguna en el sentido de que los actos de la función puedan lesionar a las personas o generen responsabilidad directa del Estado, a diferencia de lo que ocurre en el Código Orgánico de la Función Judicial o el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva.

Sin embargo como en el presente caso denominado Hugo Quintana Coello y otros vs. Ecuador, antes descrito, uno de los hechos constitutivos de la responsabilidad internacional del Estado, fue el accionar del poder legislativo. Desde esa perspectiva, que será analizada en la parte del derecho a la repetición del Estado, se puede concluir que al menos en nuestro contexto, sería válido hablar de responsabilidad legislativa, sin que esto implique de forma inequívoca el ejercicio de la acción de repetición contra los legisladores de la época.

1.3.2.3 Responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos

Dentro de este apartado debe entenderse que están comprendidos los actos y hechos de la administración ocasionados por cualquiera de las funciones estatales, no se restringe a la función ejecutiva, a pesar de que es el órgano de gobierno que por sus funciones y contacto con los administrados tiene mayores posibilidades de causar daños por los cuales se genere responsabilidad; por ser sus actividades prácticas,¹⁴² y en tal sentido la que más daños causa cuantitativamente.¹⁴³

Julio Altamira entiende que hay responsabilidad amplia por los hechos y actos de la administración, por las acciones de sus agentes con independencia de una relación jerárquica.¹⁴⁴ Así mismo debe tenerse presente que hay también actividad administrativa en las funciones, como la legislativa y judicial, en determinados casos,¹⁴⁵ diferenciándose de los casos ya revisados, de los actos legislativos, se entenderá que si el daño no es causado por la actividad legislativa propiamente dicha, no es por un acto legislativo, sino acto de la administración.¹⁴⁶

¹⁴² Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 726.

¹⁴³ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., capítulo XVII, p.27.

¹⁴⁴ Julio Altamira. *Responsabilidad del Estado*. Óp. cit.,

¹⁴⁵ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 726

¹⁴⁵ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., capítulo XVII, p.27.

¹⁴⁶ *Ibid.*

De otro lado podemos ver que en un nivel inferior en el caso de la administración pública tenemos normas al respecto, como las instituidas a través del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, a partir de su artículo 209 hasta el 213. Lo interesante de la normativa es que establece la responsabilidad patrimonial de la administración, "(...) por daños causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos (...)"¹⁴⁷ con la posibilidad de efectivizar su reclamo de forma directa a la administración.

En el caso concreto del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, se prevé que si propuesta la reclamación, la institución no responde en tres meses o se niega a indemnizar se pueden iniciar acciones en la vía jurisdiccional. Además, es importante que se determinan condiciones como un daño real e inminente y determinado a personas o grupo de personas; estableciendo como premisa que sean indemnizables aquellos daños que no están obligados a soportar; finalmente se contempla que se repetirá por lo pagado, cuando los funcionarios actuaron con dolo o culpa y siempre que la administración tuvo que indemnizar.¹⁴⁸

Si bien es cierto que se ha hecho un análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado, que es válidamente aplicable a esta sección, a continuación se puede mirar que en torno a la actuación de la administración, explica Agustín Gordillo, existieron problemas de inicio en razón de que se generaron dos inconvenientes. El primero vinculado al origen en el derecho civil que requería de la existencia de culpa o dolo por parte de la persona causante del daño y el segundo que permita diferenciar entre responsabilidad directa e indirecta.¹⁴⁹ Es decir, vinculado a la forma en que debía actuar el agente del Estado en caso de haber culpa;¹⁵⁰ o que producido el daño sea objetivada la responsabilidad de la administración.¹⁵¹

Con relación al primero, según Gordillo se soluciona a través de la denominada teoría organicista, manifestando que la administración actúa a través de órganos,¹⁵² y el agente al desarrollar actividades públicas ejerce sus funciones en nombre de toda la

¹⁴⁷ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 209. Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁴⁸ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁴⁹ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, capítulo XVII, p.28.

¹⁵⁰ Luis Díez-Picazo. *Fundamentos de la Responsabilidad Civil Patrimonial. La Responsabilidad Civil Extrapatrimonial*. 1a. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011., p. 263.

¹⁵¹ José Canasi, *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 506.

¹⁵² Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, capítulo XVII, p.28.

administración, según la teoría desarrollada por Gierke.¹⁵³ La segunda, vinculada a establecer si es directa o indirecta; siendo directa cuando es causada por el mismo órgano e indirecta cuando es causada a través de alguien bajo su dependencia. Sin embargo como afirma el propio autor, hay un rechazo a esta teoría, que está encaminada a diferenciar entre funcionario como órgano del Estado y empleado, teniendo responsabilidad directa en el primer caso e indirecta en el segundo, respectivamente.¹⁵⁴ Se habla también de una clasificación entre actos y hechos, directa en el primer caso e indirecta en el segundo, pero no ha encontrado eco y se las califica por la doctrina por carecer de sustento.¹⁵⁵

1.3.3 Responsabilidad Subjetiva

No se debe olvidar que la responsabilidad subjetiva es una figura del derecho civil, y que en la actualidad se ha cambiado el paradigma, por lo que no debe ser aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado.¹⁵⁶ Sin embargo se debe analizar en razón de la importancia en la evolución del tema.

La responsabilidad subjetiva, está determinada en el Código Civil, desde la configuración de las fuentes de las obligaciones, entre las que se encuentra los delitos y cuasidelitos, teniendo así que el daño puede ser consecuencia de hechos ilícitos, sean de forma intencional o culposa por sí misma o por una persona a su cargo.¹⁵⁷

Así se puede mencionar que la jurisprudencia ecuatoriana entiende que la responsabilidad es directa si el daño lo provoca el sujeto obligado y es indirecta cuando el daño es provocado por persona a cargo del sujeto obligado.¹⁵⁸ De la misma forma se entiende que dentro de la responsabilidad extracontractual la intensidad de la culpa define la intencionalidad, determinado que si el sujeto obligado buscó el daño hay dolo, caso contrario hay culpa que se produce por imprudencia, negligencia o impericia, siendo la culpa grave, leve y levísima.¹⁵⁹

¹⁵³ Julio Altamira. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 369.

¹⁵⁴ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., capítulo XVII, p. 29.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 30.

¹⁵⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Segunda Sala. *Acción de amparo planteada por el Directorio de Aguas Portete Girón*. Resolución de la Corte 974, 15 a 20 de octubre de 2009, considerando sexto.

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. Propuesto por Empresa Eléctrica de Manabí EMELMANABí, considerando quinto de 11 de abril de 2007.

¹⁵⁹ *Id.*, considerando quinto, punto g.

Es preciso mencionar que la responsabilidad es subjetiva "... cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño". Es decir la diferencia importante que se puede obtener en cuanto a la responsabilidad extracontractual subjetiva y objetiva, es la importancia en la primera de determinar la intencionalidad con la que actúa el sujeto.

Finalmente, se tendrá en cuenta que este tipo de culpa ha sido sistemáticamente negada como aplicable a la responsabilidad que se origina en las actuaciones u omisiones del Estado, en razón de que se ha entendido que la responsabilidad extracontractual del Estado siempre es de carácter objetivo.

1.3.4 Responsabilidad Objetiva

Este tipo de responsabilidad es de un alto estándar, que se la conoce como responsabilidad objetiva o de falla del servicio, dentro de la cual la persona pública actúa mal, no lo hace como debería, no actúa, o lo hace de forma extemporánea, y además con lo anterior, haya causado un daño.¹⁶⁰

La doctrina ha entendido que la existencia de un patrón de responsabilidad objetiva, se vincula a que no sea considerada la conducta del agente estatal que causó una lesión que afecta el derecho patrimonial, con su acción u omisión, siendo este un daño antijurídico.¹⁶¹

La actual Corte Nacional de Justicia entiende que en el Estado ecuatoriano hay un régimen de responsabilidad pública objetiva, y señala las características que se deben mantener, un daño antijurídico, patrimonial o extra patrimonial que no debe soportar la víctima; indica que es importante verificar el riesgo que conlleva la actividad administrativa; que se requiere de la verificación de un daño antijurídico e imputable a la persona de derecho público. Con relación al riesgo el Estado compromete su responsabilidad cuando pone al administrado en una situación excepcional que excede el principio de repartición de cargas públicas.¹⁶²

¹⁶⁰ Humberto Suárez. "La Responsabilidad Patrimonial del Estado". *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales, Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, p. 395.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio N. 139-2010, considerando quinto, 5.4.

A pesar de que y se lo ha expresado, tanto la Corte Nacional de Justicia, como el Tribunal Constitucional ecuatoriano, han determinado que la responsabilidad del Estado ecuatoriano es de carácter objetivo y directo, es decir no se valora como elemento la culpa del agente.

1.4 Actos de gobierno

Se los ha entendido como aquellos realizados por las funciones del Estado en aplicación directa de sus atribuciones constitucionales.¹⁶³ A través del tiempo se han explicado desde diferentes teorías, que los exponen desde la motivación o finalidad política, en torno a los cuales Altamira para diferenciarlos de los actos administrativos, indica que el acto político se caracteriza por ejecutar una disposición constitucional y el acto administrativo una ley ordinaria.¹⁶⁴

Rafael Bielsa, distingue entre actos de gobierno y actos administrativos, en tanto los primeros se ejercen teniendo como único control, el político que lo considera de tipo moral, fundado en que se inspiran en una idea de soberanía; en tanto los actos administrativos se inspiran en la idea de servicio público y se determina en las normas que deben seguir el administrador y el administrado, es decir actuar bajo la disposición legal y sujetos a revisión judicial.¹⁶⁵ Así mismo, considera que no cabe revisión de los actos de gobierno, pero no de forma absoluta, en tanto podrían ser revisados si afectan una garantía constitucional mediante una acción de inconstitucionalidad, pero en general estos actos solo producen responsabilidad política o moral, a pesar de que la tendencia es a restringirlos.¹⁶⁶

En el ámbito ecuatoriano, se verifica la existencia de los actos políticos o de gobierno, que según determina el artículo 2 b) de la Resolución de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, serían aquellos que "[...] implican ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en el ejercicio de una actividad indelegable, y que tengan alcance o efecto general [...]."¹⁶⁷ A más de la disposición citada, se

¹⁶³ Cfr. Julio Altamira. *Responsabilidad del Estado*. Óp. cit., pp. 113-114.

¹⁶⁴ *Id.*, p. 115.

¹⁶⁵ Rafael Bielsa. *Derecho Administrativo*. Óp. cit., pp. 697-698.

¹⁶⁶ *Id.*, pp. 700-703.

¹⁶⁷ Resolución de la Corte Suprema de Justicia. Registro Oficial N° 378 de 27 de julio de 2001, artículo 2, letra b).

puede mirar que la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo determina que no están sujetos a su control los actos políticos, ejemplificando con aquellos que impliquen defensa del Estado, relaciones internacionales y administración de la fuerza pública, determinando que lo que si puede conocer es indemnizaciones que fuesen procedentes.¹⁶⁸

Es preciso referir que la doctrina administrativa ha clasificado a la suscripción de tratados de paz, estado de sitio, nombramientos de ministros de la Corte Nacional de Justicia, declaración de guerra, como actos clásicos de gobierno, sin embargo existe una corriente posterior que restringe la cantidad de actos políticos o de gobierno y los diferencia con otra categoría de actos llamados institucionales, como aquellos más restringidos, dejando únicamente como actos de gobierno al indulto, prohibición de entrada de extranjeros, celebrar tratados internacionales.¹⁶⁹

A pesar de lo anterior, y que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo determina la facultad para tratar indemnizaciones originadas en daños a causa de los actos de gobierno, resulta contradictorio que precisamente del texto constitucional de 2008, se haya excluido de las características que definen determina al gobierno del Ecuador, la de responsable, a diferencia de la Constitución de 1998 en su artículo 1, cabe mencionar que gobierno puede entenderse como la dirección del Estado,¹⁷⁰ en cuyo caso el texto constitucional actual implanta una idea de irresponsabilidad en cuanto a los actos de gobierno, o que su aplicación podría ser limitada.

En este sentido, a más de determinar con exactitud la presencia de un acto de gobierno que debería tener las tres características que describe la resolución de la ex Corte Suprema,¹⁷¹ se puede concluir que siempre existe responsabilidad del Estado, al punto que si un acto de gobierno afecta el derecho de una persona, está debe ser reparada y no sería tolerable un criterio de irresponsabilidad Estatal.¹⁷²

Si bien los actos de gobierno no están sujetos a control judicial, como expresa la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no es menos cierto que la

¹⁶⁸ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 6, letra c). Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.

¹⁶⁹ Julio Altamira. *Responsabilidad del Estado. Óp. cit.*

¹⁷⁰ Agustín Gordillo. *Actos de Gobierno*. http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo12.pdf, p. 417.

¹⁷¹ Miguel Hernández. *Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*. Guayaquil: Editorial Edino, 2004, p. 118-119.

¹⁷² *Id.*, 121-122.

Constitución establece la posibilidad con control político a través del denominado juicio político, sin embargo se encuentra restringido en el caso del Presidente a actividades delictivas, vinculadas a delitos contra la seguridad del Estado o la administración pública, así como por graves violaciones a los derechos humanos.¹⁷³ Adicionalmente, la Constitución prevé la posibilidad de destitución del Presidente en dos casos, la abrogación de funciones constitucionales y por grave conmoción interna,¹⁷⁴ mas ninguna de las dos anteriores, se vincula directamente con un acto de gobierno nacido de una atribución constitucional. Cabe manifestar que se puede enjuiciar a otras autoridades públicas por incumplimiento de las disposiciones de la ley y la Constitución.¹⁷⁵

Lo que si puede observarse es que la Constitución de 2008, intenta ejercer un control constitucional de los actos que emanan de los poderes públicos, y en casos específicos aquellos que podrían comprometer los derechos de las personas, en el caso de los dictámenes de constitucionalidad de los estados de excepción o en los dictámenes previos para la ratificación de un tratado internacional.¹⁷⁶ A pesar de lo anterior, es muy limitado el campo de control que existe alrededor de los actos de gobierno en Ecuador, de las atribuciones constitucionales detalladas en el artículo 147, de las funciones que ejerce directamente como nombramiento de ministros, así es muy poco lo que está sujeto a control judicial, con el agravante de que el Ecuador no garantiza un gobierno responsable.

El tema de los actos de gobierno no es pacífico, puesto que en el caso de Julio Altamira, considera que son exclusivamente aquellos que realiza el poder ejecutivo y los tribunales deben ejercer control judicial cuando estos sean contrarios a la Constitución o manifiestamente irrazonables.¹⁷⁷ Sin perjuicio de que otra parte de la doctrina como el jurista Agustín Gordillo, considera que no existe diferencia en cuanto a la revisión judicial de los actos del Estado y el caso de la función ejecutiva no hay excepción de revisión judicial de ninguna de sus atribuciones constitucionales.¹⁷⁸

¹⁷³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 129. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁷⁴ *Id.*, artículo 130.

¹⁷⁵ *Id.*, artículo 131.

¹⁷⁶ *Id.*, artículos 136 y 138.

¹⁷⁷ Julio Altamira. *Responsabilidad del Estado*. *Óp. cit.*, p. 122.

¹⁷⁸ Agustín Gordillo. *Los Actos de Gobierno*. http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo12.pdf, (acceso: 19/03/2015).

1.5 El principio de legalidad como base para la actuación de la administración

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, explican este principio a partir de la existencia del Estado de Derecho, que apunta a la igualdad de los hombres y a la producción del derecho por medio de leyes generales,¹⁷⁹ identificando que para el Derecho Administrativo en concreto, lo importante no es la emisión de leyes generales o singulares, sino que "(...) toda acción singular del poder esté justificada".¹⁸⁰ Las vías de justificación podrían mirarse desde el principio desde dos vías, en razón de validez de los actos emitidos, es decir sustentados en una norma superior, y por otra parte sean razonables.¹⁸¹

Sobre lo anterior, los autores mencionados encuentra dos justificaciones, una, vinculada a la eliminación de poderes personales por estar sobre todo la comunidad, por cuanto el poder viene de la ley, y la autoridad solamente ejerce el poder que ella le otorga; y dos, que el poder singular se fundamenta en una ley previa, situación que se evidencia en la división de poderes, ejecutivo, legislativo y judicial que tienen limitaciones para actuar, lo entienden como una "... técnica estructural precisa a lo que se llama propiamente principio de legalidad de la administración: esta está sometida a la ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación".¹⁸²

Por su lado, Bartolomé Fiorini indica que hay diferentes reglas que deben estar presentes para respetar el principio de legalidad, en todo el ordenamiento jurídico: Las actuaciones de la administración deben estar sustentadas en otras normas; la existencia de un principio jerárquico por el cual, ninguna norma inferior puede afectar una superior que tenga el mismo objeto; prohibición de que un órgano estatal deje sin efecto la norma general; la concreción del acto debe tener en cuenta la realidad y hechos que la condicionan, es decir no ser contraria al sistema jurídico y escala de valores como la dignidad humana, libertad o igualdad; así como tener posibilidad de rectificación e impugnación de las actuaciones.¹⁸³

¹⁷⁹ Eduardo García y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 414.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Julio Comadira. "Elementos de Derecho Administrativo". *Colección Análisis Jurisprudencial*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2005, p. 119.

¹⁸² Eduardo García y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 415.

¹⁸³ Bartolomé Fiorini. *Derecho Administrativo*. Óp. cit., pp. 60.63.

En el ámbito jurisprudencial, la Corte Suprema de la Nación Argentina, vincula a la forma del Estado con la actuación del principio de legalidad al mencionar que: ... el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo se autolimita. El ejercicio del poder, por ende no puede desvincularse del orden jurídico propio en que el Estado se encuentra inmerso...¹⁸⁴

Así, también se ha entendido al principio de legalidad, como legitimidad, el cual Juan Francisco Linares lo encuentra en el artículo 19 de la Constitución Argentina, en que se concreta que el Estado de Derecho es el gobierno de la ley, en el cual se fundamenta la división de poderes. Sin embargo al desglosar a la legitimidad, encuentra que tiene un aspecto de legalidad que lo determina como formal y otro la razonabilidad y justedad.¹⁸⁵

En contexto con lo anterior, sobre la racionalidad precisamente, se ha entendido que opera a partir del artículo 28 de la Constitución Argentina, por el cual todas las actuaciones del poder público deben respetar el contenido de los derechos, determinando que se vaya más allá de la sola competencia de la autoridad, sino que además la actuación debe tener un contenido razonable.¹⁸⁶

La determinación del alcance y contenido del principio de legalidad, no son unívocos, ya que alguna parte de la doctrina considera inviable en la actualidad entender como conceptos equivalentes legalidad con la legitimidad, formulando cuestionamientos a que la competencia o atribución de la autoridad puede ser legal, sin embargo de lo cual se podría afectar derechos humanos, y por tanto sería ilegítima una norma o actuación.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Julio Comadira. "Elementos de Derecho Administrativo". *Colección Análisis Jurisprudencial*. Óp. cit., p. 277. Sentencia de la Corte Suprema, Naveiro de la Serna de López, Helena María, 1992/11/19.

¹⁸⁵ Juan Linares. *Derecho Administrativo*. 1ra. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000, pp. 137-138.

¹⁸⁶ Alfonso Santiago (h). *En las Fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía Jurídica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, pp. 62-63.

¹⁸⁷ Sergio García y Julieta Morales. "Consideraciones sobre el Principio de Legalidad Penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 24 enero - junio de 2011, p. 202. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/24/ard/ard6.pdf> (acceso). A pesar de enfocarse en el principio de legalidad penal, en la sección introductoria los autores, analizan la legalidad desde un contenido general.

De similar forma a lo anterior, se constata que la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el principio de legalidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinó que: "... los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión".¹⁸⁸

A partir de las determinaciones que realizan los diferentes autores podemos concluir que el principio de legalidad, se debe entender como la limitación que tienen las autoridades al ejercitar el poder estatal, siempre condicionado por una norma que le concede determinadas facultades, como una noción clásica, pero que además no se agota en la formalidad de la competencia, sino además al respeto de los derechos consagrados en la Constitución, tratados internacionales de derechos humanos y las leyes.¹⁸⁹

1.5.1 El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Con relación al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio de legalidad está presente en el texto constitucional que en el artículo 226 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 les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución"¹⁹⁰

La norma cubre el parámetro clásico en que debe someterse la autoridad y actuación administrativa a una ley previa, además supera el simple sometimiento a derecho, disponiendo que del ejercicio de la atribución, deberá también lograr de forma efectiva el disfrute de los derechos de las personas, es decir que no se agotaría

¹⁸⁸ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 107.

¹⁸⁹ Esto tiene relación con la explicación de razonabilidad que realiza Alfonso Santiago con relación al artículo 28 de la Constitución Argentina y con el fundamento que encuentra Linares en entender al principio de legalidad con un doble contenido formal y material. Ambas obras se citaron en esta sección.

¹⁹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

el principio en la formalidad, sino también en un contenido material compatible con todo el ordenamiento jurídico.

De forma similar la Constitución del año de 1998, mantenía en su artículo 119, que las instituciones públicas u organismos públicos podían ejercer solamente aquellas atribuciones establecidas en la ley y la Constitución, debiendo coordinar acciones para alcanzar el bien común.¹⁹¹ Con lo cual se evidencia, que a más del elemento formal, estuvo presente ya un elemento material, bajo la determinación del bien común.

Como tema adicional es pertinente señalar que el artículo 39, de la Constitución de 1979, no contempló, dentro de las características del servicio público, la limitación de actuar solamente dentro de sus competencias, como aparece con posterioridad ya en 1984, en que se consagró que las autoridades no pueden actuar más allá de las atribuciones otorgadas por la propia constitución y la ley.¹⁹²

Se puede constatar también que el principio de legalidad, en la actualidad es el eje del Estado, en razón de que es a partir de la norma que puede prohibirse una acción a las personas, o que a su vez solamente puede sancionarse si la pena está establecida de forma previa, (principio de legalidad penal),¹⁹³ mismo que es aplicable a las sanciones que se determinen en materia administrativa. Situación que a más de ser parte del contenido constitucional está determinada en un nivel inferior, como en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que dispone que los organismos de la función ejecutiva deban someter sus actuaciones al principio de legalidad y al interés general.¹⁹⁴

Como un dato adicional vinculado al principio de legalidad y las posibilidades sancionadoras, la Corte Interamericana en el año 2013, en la sentencia del caso *Camba Campos vs. Ecuador*, determinó que una de las anomalías cometidas por las autoridades ecuatorianas, se vinculó a que no se encontró una causal que pueda determinar al Congreso como ente que pueda realizar una revisión de legalidad. Lo

¹⁹¹ Constitución Política del Ecuador. Artículo 119. Registro Oficial 1, de 11 de agosto de 1998.

¹⁹² Constitución de la República del Ecuador, codificación de 1984. Artículo 39, inciso segundo. Registro 763 de 12 de junio de 1984.

¹⁹³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76.4. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁹⁴ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 4. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002. En cuanto al ejercicio de las facultades sancionadoras estas se determinan en el artículo 192.

cual deja mirar que uno de los parámetros observados para la actuación de cualquiera de las funciones estatales es precisamente las atribuciones legales conferidas por la Constitución y la Ley.¹⁹⁵

1.6 El derecho a un proceso equitativo

La designación de proceso equitativo, es la denominación que consta en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en su artículo 6. Sin embargo, el contenido de dicho artículo no es diferente a la consagración del derecho al proceso que se ha establecido con similares características en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 10,¹⁹⁶ en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14¹⁹⁷ o el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho al proceso bajo el nombre de garantías judiciales.¹⁹⁸

Es importante tomar en cuenta que la primera de las características que otorga el convenio europeo con respecto al derecho al proceso, es de ser escuchado equitativamente, lo que significa a la igualdad entre las partes. Situación que no es ajena a otros instrumentos mencionados. Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con igual sentido inicia la consagración del derecho al proceso, con la igualdad ante los tribunales. De esta forma, el Comité de Derechos Humanos, órgano de vigilancia del tratado, manifestó que la igualdad de trato, no solamente se genera ante los jueces en sentido estricto, sino ante toda autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales, para permitir el acceso a los mecanismos de protección en condiciones de igualdad.¹⁹⁹

Desde otra perspectiva, la ex jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cecilia Medina, refiere que: "El debido proceso legal es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito sine qua non para la existencia de un

¹⁹⁵ Corte IDH. *Caso Camba Campos vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 178.

¹⁹⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Art. 10.

¹⁹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Art. 14.

¹⁹⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Art. 8.

¹⁹⁹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General N° 32, referente al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párr. 7-9. La propia observación refiere a las comunicaciones Nos. 1015/2001, *Perterer c. Austria*, párr. 9.2 (procedimientos disciplinarios contra un funcionario público); y 961/2000, *Everett c. España*, párr. 6.4.

Estado de Derecho".²⁰⁰ Toda vez, que el derecho al proceso reviste una calidad mayor en cuanto al resto de derechos por tener una doble dimensión, como derecho en sí mismo y como garantía para el cumplimiento del resto de derechos, además de ser el proceso el mecanismo de control de la arbitrariedad al ejercer el poder.²⁰¹

Otro lado de la doctrina, mira al derecho al proceso equitativo, sin que exista una determinación de lo que realmente implica, y lo mira más bien como una garantía innominada, que tiene como finalidad la protección del hombre y la dignidad humana, su libertad, como ejes del Estado.²⁰² Tal como se ha consagrado en varios textos constitucionales.²⁰³

A partir de lo anterior, de la dificultad que tiene realizar una determinación exacta de lo que significa el derecho al debido proceso, encontramos que las constituciones nacionales, al igual que los tratados internacionales otorgan una serie de características que deben estar presentes, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8, en el actual contenido del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, sin embargo, no hay una definición exacta.

En contexto con lo anterior, el maestro argentino Adolfo Alvarado determina que el debido proceso, supone el derecho a la jurisdicción con características de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad; entendiendo al proceso como un método de debate dialéctico entre dos partes en pleno pie de igualdad, ante un tercero imparcial e imparcial,²⁰⁴ lo que significa que el juzgador no tiene vinculación ni objetiva ni subjetiva con relación a la causa e intervinientes así como tampoco actúa como las partes en la relación jurídico procesal.

Una vez que hemos visto que la base del proceso está en la igualdad de armas, podemos mirar que hay otros dos elementos que suponen la existencia del método de

²⁰⁰ Cecilia Medina. *La Convención Americana, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Santiago: Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2003, p. 267.

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 2001, párr. 64 l.

²⁰² Sergio García. "El Debido Proceso, Concepto General y Regulación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos". *Boletín Mexicano de Derechos Comparado N° 117*. México: UNAM, 2006, pp. 654-656.

²⁰³ Adolfo Alvarado. *Debido Proceso vs. Prueba de Oficio*. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 167.

²⁰⁴ Adolfo Alvarado. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2010, p. 150. El tratadista mira que el concepto de proceso basado en la igualdad es plenamente compatible con la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 10.

debate, que son la imparcialidad e independencia. Lo cual debe ser explicado más allá de las menciones que constan en las constituciones o declaraciones de principios que contienen algunas leyes.

El profesor venezolano, Carlos Ayala Corao, entiende la imparcialidad como: "... el derecho de toda persona a ser juzgada por un juez que no tiene inclinaciones hacia alguna de las partes o intereses en juego".²⁰⁵ De forma similar, Cecilia Medina, define la imparcialidad como: "... la falta de prevención, prejuicio o sesgo que debe tener un tribunal para tomar una decisión recta en un caso determinado, es decir, se refiere a la relación del tribunal con las partes de un proceso específico. A menudo la carencia de independencia implica también una carencia de imparcialidad, pero es útil mantener los conceptos diferenciados".²⁰⁶

Los criterios aportados, caracterizan las condiciones en las cuales se debe discutir entre dos partes que son antagónicas, entendiendo que para que el proceso sea válido, el juzgador no debe tener interés ni prejuicio de ninguna naturaleza con la causa o con las partes, para garantizar la esencia del derecho que parecería ser la igualdad.

Resulta de interés para la investigación aquello que Piero Calamandrei sostuvo en cuanto a la imparcialidad desde las actuaciones del juzgador y aquello que le estuvo permitido:

"Pero esta pasividad del juez, al cual ordena la ley no ser curioso y no dirigir miradas indiscretas más allá de los *petita partium*, es también la garantía suprema de su imparcialidad: de una imparcialidad desapasionada y desligada, que el verdadero historiador no podrá nunca alcanzar, porque en la elección del tema está ya la misma confesión de una preferencia, y en la formulación de un problema, se encuentra ya implícito el criterio de la solución. Solo prohibiendo al juez todo poder de iniciativa, se puede obtener de él la "objetividad" ajena a toda manifestación de simpatía, que podría censurarse en el historiador como indicadora de criterio estrecho u obtuso, pero que se considera, en cambio como virtud suprema del magistrado. Esta inercia necesaria del juzgador no podrá ser turbada sin mengua de la justicia..."²⁰⁷

²⁰⁵ Carlos Ayala. *La Independencia de la Justicia y los Procesos Constituyentes en la Región Andina*. www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Laindependencia18.pdf (acceso: 15 de marzo de 2015).

²⁰⁶ Cecilia Medina. *La Convención Americana, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. *Óp. cit.*, p. 298.

²⁰⁷ Piero Calamandrei. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1961, p. 112.

De lo anotado se puede extraer que lo que se pretende a través del derecho al proceso como lo manifestó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, es generar un freno a la arbitrariedad en el ejercicio del poder, lo cual solamente es posible a través de un proceso equitativo en que prime la imparcialidad.

Sobre la independencia se constata que esta se mira a partir de la existencia misma de un Estado Republicano, que solamente puede ser garantizado a través de un poder judicial independiente.²⁰⁸ En la misma línea, se confirma que la concepción de independencia judicial apunta a la división de poderes con sustento en el principio de legalidad y como un principio político el Estado,²⁰⁹ que a su vez se entiende en una doble dimensión, independencia entre los poderes del Estado e independencia entre los diferentes jueces.²¹⁰

De la descripción anterior, se colige que la importancia del derecho al proceso esta fincada en la igualdad frente al tercero que resuelve la causa, situación que está acompañada de otras características esenciales como la imparcialidad e independencia, que buscan mantener el principio de igualdad en la defensa de los derechos.

1.6.1 Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurisprudencia de altos tribunales sobre el derecho a las garantías judiciales.

Los criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido con relación a las garantías procesales, están desarrollados a partir de la obligación general que tienen los Estado Partes de la Convención de respeto y garantía con los derechos consagrados en el instrumento internacional.²¹¹

²⁰⁸ Adolfo Alvarado. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Óp. cit., p. 250.

²⁰⁹ Juan Montero. *Introducción al Derecho Procesal, Acción y Jurisdicción*. 1ra. ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1976, p. 39.

²¹⁰ Beatriz Quintero y Eugenio Prieto. *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 229. *Vid.*: Zabala Baquerizo que describe la independencia interna (dentro de la misma función) e independencia externa, que esta direccionada a no tener injerencia de las otras funciones del Estado. *Debido Proceso*, 2002, p. 40.

²¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 1.

Así, en el primer caso resuelto por el tribunal, sobre el asunto de fondo en 1988, estableció que con relación al artículo 1 de la Convención los Estados partes tienen dos deberes fundamentales, por un lado, el cumplimiento de los derechos y obligaciones del instrumentos; y por otro, el deber de organizar el aparato estatal, a través de los organismos que expresan el poder público para garantizar el disfrute de los derechos humanos consagrados en el tratado,²¹² lo cual no solamente debe estar previsto en las normas, sino que debe tener contenido material en la realidad.²¹³

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 dice lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

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:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.²¹⁴

Con relación a lo anterior, se constata que la denominación de garantías judiciales, se podría equiparar al contenido de la Constitución ecuatoriana en su artículo 76, sobre el debido proceso. De esta forma, sobre la disposición de la

²¹² Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de junio de 1988, párr. 164-167.

²¹³ *Id.*, párr. 168.

²¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Art. 8.

Convención, la Corte Interamericana ha determinado que si bien el artículo 8 se denomina como garantías judiciales, su contenido es mucho más amplio y son condiciones que deben ser aplicadas a toda instancia procesal o acto emanado por el Estado.²¹⁵ Además de que si bien, con especificidad se detallan las garantías en cuanto al proceso penal, estas deben ser aplicables a la determinación de derechos en materias, civil, laboral o cualquier otro carácter.²¹⁶

En el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, existen varios puntos relevantes sobre la importancia que reviste la imparcialidad del juzgador dentro de todos los procesos jurisdiccionales. Uno de los argumentos que esgrimió la Comisión Interamericana, ostenta una gran valor en materia procesal, al mencionar que: "el debido proceso es un derecho en sí, pero también tiene carácter instrumental en tanto permite disfrutar de otros derechos, y por ello su violación es más grave, pues el proceso es una garantía para el respeto de derechos sustantivos y para el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder"²¹⁷

La afirmación que antecede es trascendental, puesto que pone en el centro de los derechos consagrados en la Convención, a las garantías judiciales como prerrequisito para disfrutar de todos los demás derechos y como única herramienta capaz de limitar el abuso del poder.

En relación con lo anterior, se puede mirar también el contenido de la Opinión Consultiva OC-9 de 1987, que refiere a la consulta planteada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la República Oriental del Uruguay, que entre otros aspectos importantes dejó sentado que: "En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención."²¹⁸

²¹⁵ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 2001, párr. 69.

²¹⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva. OC- 11/90 de 10 de agosto de 1990, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 28.

²¹⁷ Corte IDH. *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 2001, párr. 64 l.

²¹⁸ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC 9-87*, 6 de octubre de 1987, solicitada por la República Oriental del Uruguay, párr. 27.

El criterio de la Corte debe ser interpretado en concordancia con lo siguiente que es parte integrante de la misma opinión: "Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial."²¹⁹

Para el desarrollo del Derecho Procesal y de las normas que deberán aplicarse dentro de los Estados, sin duda el criterio que se puede obtener del caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, deja marcado lo importante del derecho de acceso a ser escuchado en el proceso, el cual para ser tal, tiene que ser fundamentalmente imparcial, para permitir la adecuada defensa de los implicados en el juicio, manteniendo claros estándares de nombramiento de jueces y garantías de que no estar sujetos a presiones externas, como elementos para asegurar la independencia judicial.²²⁰

Dentro del caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Corte puso especial atención a que si bien hay una estrecha relación entre la independencia e imparcialidad, cada característica está dotada de su contenido propio.²²¹ Específicamente, sobre la imparcialidad de la que deben estar dotados los jueces para responder de forma adecuada al espíritu de la Convención, entendiéndose que: "la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad".²²²

Este caso presenta mucho más desarrollo aplicable al proceso, como el pretender no solamente imparcialidad, sino también su apariencia. Se desarrolla el vínculo de la imparcialidad con herramientas como la recusación, definiendo su finalidad desde las obligaciones internacionales: 1) ser una garantía para las partes en el proceso y 2) tener credibilidad en la función de administrar justicia. En este mismo sentido, la

²¹⁹ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC 9-87*, 6 de octubre de 1987, solicitada por la República Oriental del Uruguay, párr. 28.

²²⁰ Corte IDH. *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 2001, párr. 75.

²²¹ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 55.

²²² *Id.*, párr. 56.

sentencia expone la gran importancia de la recusación a la cual define como: “un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho”.²²³

La relevancia del caso citado ha sido muy clara y firme para el Sistema Interamericano, en razón de que el mismo criterio ha sido mantenido por la Corte en su opinión Consultiva OC-20-09, planteada por la República Argentina, en la cual se refiere la posibilidad de un juez de la Corte IDH para conocer un caso planteado contra el Estado del cual es nacional, en consecuencia de una petición individual, señalando que: “la Corte advierte que la Convención Americana ha dispuesto un régimen para la integración independiente, imparcial y competente del Tribunal, con el claro propósito de asegurar la legitimidad y eficacia del proceso judicial que éste desarrolla”.²²⁴

De esta exposición de puntos relevantes con relación al proceso que ha determinado la Corte Interamericana, es interesante mirar que en el año 2013, el Estado ecuatoriano fue condenado por haber afectado, principalmente la independencia judicial con la destitución de la ex Corte Suprema de Justicia y el ex Tribunal Constitucional en el año 2004. La sentencia de la Corte, refirió con relación a la independencia de los jueces que precisamente estos deben estar dotados de garantías específicas y en conjunto con los Principios Básicos de Independencia Judicial de la Naciones Unidas, para garantizar el principio los jueces deben tener un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.²²⁵

Se debe tener presente la importancia de la independencia judicial para la existencia de un Estado de Derecho, dado que si el principio es afectado, y los jueces son sometidos a presiones o no gozan de estabilidad en sus cargos, puede registrarse aquello que mencionó la Corte Interamericana en el caso Quintana: “...el haber destituido en forma arbitraria a toda la Corte Suprema constituyó un atentado

²²³ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 64.

²²⁴ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-20*, de 29 de septiembre de 2009, presentada por la República Argentina, párr. 80.

²²⁵ Corte IDH. *Caso Quintana Coello vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013, párr. 144.

contra la independencia judicial, alteró el orden democrático, el Estado de Derecho e implicó que en ese momento no existiera separación real de poderes...".²²⁶

En esta sección se generó una visión general de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en cuanto a las garantías judiciales, resaltando como un punto trascendente que éstas se aplican mucho más allá que solamente las decisiones judiciales, la relevancia de la imparcialidad como contenido el desarrollo de la garantía del proceso y la independencia judicial como requisito para mantener un Estado de Derecho, en que realmente se puedan hacer efectivos los derechos de las personas y se garantice la división de funciones.

2. El Derecho de Repetición del Estado

2.1. El servicio público y el daño

Apunta Julio Altamira que son al extremo variadas las definiciones formuladas sobre el servicio público, pero este puede ser conceptualizado como: "... toda actividad de prestación a cargo del Estado, en forma directa o indirecta que tiende a satisfacer el interés público, mediante un régimen de derecho público".²²⁷ De lo anterior, se desprende que la composición del servicio público tiene un elemento orgánico por el cual el Estado asegura el mantenimiento de la prestación y ejerce control sobre la gestión del servicio; así como un elemento material, vinculado a la satisfacción del interés público.²²⁸

En relación con lo anterior, se constata de forma adicional por ejemplo, que el concepto del profesor Altamira, es compatible con el contenido de las disposiciones constantes en la Constitución de la República del Ecuador, que refiere en varias oportunidades a la prestación de servicios públicos como actividad que desarrollará el Estado de forma directa o a través de terceros, con un enfoque a garantizar derechos constitucionales y basados en el principio de solidaridad, pudiendo acarrearle inclusive

²²⁶ Corte IDH. *Caso Quintana Coello vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013, párr. 178.

²²⁷ Julio Altamira. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Óp. cit., pág. 253.

²²⁸ Alfredo Islas. *El Servicio Público en el Derecho Francés*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/14.pdf>, p. 279.

responsabilidad.²²⁹ Ilustra la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de terceros que prestan servicios públicos, lo fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Ecuador, en torno a la responsabilidad del Estado por la prestación de servicios de salud en centros privados en los casos Albán Cornejo²³⁰ o Melba Suárez²³¹ vs. Ecuador.

De otro lado, el servicio público se ha entendido como la actividad desarrollada por la administración de forma directa o a través de un concesionario, cuyo origen se habría desarrollado en Francia, según apunta Agustín Gordillo, desde una perspectiva histórica, lo cual permitió inclusive, la construcción del derecho administrativo.²³² Situación que para buena parte de la doctrina, se constituyó a partir del caso Blanco, sentencia emitida por el Consejo de Estado, como la base del derecho administrativo francés, al determinar relaciones entre agente público, trabajo público y responsabilidad administrativa con el servicio público, permitiendo así la competencia de los jueces administrativos.²³³

Al respecto, Alfredo Islas destaca como ejes del caso Blanco, la exclusión de la responsabilidad derivada del código civil, por actos causados por la prestación de servicios públicos, entendiendo que son diferentes y especiales según la necesidad del servicio, puesto que media entre los derechos del Estado y el administrado, lo cual motiva que dichas acciones sean de conocimiento exclusivo del juez administrativo.²³⁴

Dentro de las diferentes teorías que se han esbozado como base para encontrar la responsabilidad el Estado frente al particular, encontramos aquella que se vincula con la falta de servicio, que como se indicó tiene su inicio en Francia. Así Garrido Falla, encuentra que el inicio de la expresión *falta del servicio*, tiene origen con el Comisario del Gobierno de Tessier, y en virtud de esta teoría, cuando un agente del

²²⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 11.9, 85, 277.4, 316 (Derecho a la Salud), 318 (Derecho a la Educación. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²³⁰ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C N° 171, párr. 119-121.

²³¹ Corte IDH. *Caso Melba Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C N° 261, párr. 144-145.

²³² Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo, La Defensa del usuario y del administrado*. Ópt. cit., pp. 1 y 2.

²³³ Alfredo Islas, *El Servicio Público en el Derecho Francés*. Óp. cit., p. 279. Vid.: Fernando Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General: Conclusión*. Volumen II. Madrid: Tecnos, 2006, p. 327, cita 20, sobre Teoría de Champus.

²³⁴ *Id.*, pp. 280-281.

Estado en representación de la Administración comete una falta y se desconoce la identidad del agente, esta es atribuida al servicio.²³⁵

En relación con lo anterior, los elementos que configuran la responsabilidad serían, el cometimiento de una falta, la causalidad entre la actividad administrativa y el daño.²³⁶ En contexto con lo mencionado, Garrido realiza un recuento histórico de la realidad francesa, en que al inicio la responsabilidad del Estado solamente se podía ejercer directamente como falta del servicio cuando existían faltas leves, y no contra las personas prestadoras del servicio. Sin embargo, a partir de 1909 y 1918, se dictaron fallos del Consejo de Estado francés que dispusieron que aún para faltas graves, el perjudicado podía reclamar al Estado.²³⁷

Desde una perspectiva histórica de la evolución de la responsabilidad estatal, que con relación al caso francés realizan García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, identifican varios momentos que apuntalaron hasta la actualidad una teoría que modificada, mantiene la responsabilidad estatal fundamentada en la falta del servicio.²³⁸ La cual fue desarrollada en el Consejo de Estado francés en torno al Estado como gestor, organizador o director del servicio público.²³⁹

Entre las diferentes etapas que señalan los autores se encuentran, una primera, en que el Estado es irresponsable con excepción de actos específicos; posteriormente, responsabilidad fundamentada en la falta del funcionario, que no prospera en razón de que pocas veces el Consejo de Estado autorizó que la persona pueda ser demanda; una tercera, relativa a las faltas en que no puedan ser determinados los agentes y sea difícil evidenciar a los funcionarios responsables, en cuyo caso la responsabilidad la asume la administración; y finalmente, la responsabilidad por negligencia, error u omisión en la acción de la administración que se constituye como atribuible a la falla del servicio.²⁴⁰ Cabe mencionar que bajo la falta de servicio, no es relevante la conducta del agente para comprometer la responsabilidad del Estado.²⁴¹

²³⁵ Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General: Conclusión*. Volumen II. Madrid: Tecnos, 2006, p. 329.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Id.*, pp. 329 - 330.

²³⁸ Eduardo García y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 351.

²³⁹ Rafael Bielsa. *Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 41.

²⁴⁰ Eduardo García y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 350-351.

²⁴¹ Pedro Pierry. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio*, https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_+2LA+RESPONSABILIDAD+EXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES.

Con relación al sistema de responsabilidad estatal, García y Tomás Ramón Fernández, con base en el desarrollo descrito, concluyen que este tiene como pilar la falta, pero ya no con fundamento en la culpa, sino sobre lo que denominan una falta objetivada, con regulaciones especiales que solamente requieren la imputabilidad del daño al Estado y se generan "... por razón del riesgo creado o del provecho obtenido de cosas o ejercicio de actividades peligrosas"²⁴², principalmente. Criterio que en la actualidad, inclusive ha sido utilizado por las Cortes ecuatorianas para la determinación de la responsabilidad del Estado.²⁴³

En relación con lo expuesto y como lo ha recogido la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, puede entenderse que la responsabilidad por falla del servicio público u objetiva, es de carácter directo y se produce por cuanto el agente no actuó como debía o lo hizo de forma tardía, sin que sea necesario el criterio de culpabilidad.²⁴⁴ Las características esenciales de la responsabilidad objetiva de la administración, se constituyen por el daño antijurídico patrimonial o extramatrimonial que no tiene el perjudicado el deber jurídico de soportar; situaciones como el riesgo del servicio y la posibilidad de imputabilidad del daño a la administración.²⁴⁵

Una vez que se ha visto la existencia de una evolución que fue desde la irresponsabilidad estatal, hasta el desarrollo de teorías que permitan al particular demandar directamente al Estado, es necesario que consideremos los supuestos del daño y el nexo causal, que dan origen a la responsabilidad derivadas de la prestación de los servicios públicos.²⁴⁶

La definición de daño no es algo de fácil resolución, ni un asunto sobre el que haya uniformidad de criterios, sin embargo en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se lo ha determinado como: "... la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con el motivo de las consecuencias de

²⁴² Eduardo García y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 351.

²⁴³ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Recurso de casación interpuesto por el ingeniero Jorge Arteaga Presidente y Representante Legal de la Empresa Eléctrica de Manabí EMELMANABÍ, recurso de casación planteado por Javier Astudillo Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electrificación CONELEC y por Demetrio Intriago, Director Distrital de la Procuraduría General del Estado.* Sentencia de 11 de abril de 2007, considerando quinto.

²⁴⁴ Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *Caso Guadalupe Lariva.* Juicio 139-2010. Recurso de Casación, Responsabilidad Objetiva del Estado, punto quinto (5.2).

²⁴⁵ *Id.* (5.4)

²⁴⁶ Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 319-330.

carácter pecuniario que tengan nexo causal con los hechos del caso".²⁴⁷ Así como se entiende por daño moral o extrapatrimonial, la afectación espiritual no solamente vinculada al dolor, que no resulta cuantificable de forma pecuniaria, según analiza Oswaldo Burgos.²⁴⁸

Por su parte, y desde el punto patrimonial, se encuentra la denominación de daño en sentido estricto, vinculado a una pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener.²⁴⁹ Situación que como lo anota Luis Diez-Picazo, se compatibiliza con el Código Civil español y en el caso del Ecuador con la disposición relativa a las indemnizaciones del artículo 1572 del Código Civil.²⁵⁰

Ahora, vinculado al asunto de la falta del servicio, y en relación al análisis que Garrido Falla realiza de la jurisprudencia con relación a los requisitos del daño, se destaca que este debe ser efectivo, económicamente apreciable e individualizado; ser fruto del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos sin afectar el nexo causal; ausencia de fuerza mayor.²⁵¹ Cabe manifestar que por jurisprudencia posterior, se relativiza el criterio económico, por la existencia del daño moral.²⁵²

De igual manera, se puede verificar que el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en su artículo 210, puntualiza como características del daño, la necesidad de ser determinado e individualizado a una persona. A más de lo anterior, la Corte Nacional de Justicia ha determinado que el daño debe ser antijurídico, que equivale a poner en riesgo excepcional los bienes de los administrados, lo cual se vincula a que exceda la carga que debería soportar el administrado como contrapartida del beneficio de la actividad pública.²⁵³

En un sentido similar, la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en 2007, al analizar el daño, dentro de la responsabilidad objetiva del Estado, extrae como características de tipo general, que el daño sea cierto, efectivo, actual, futuro, material

²⁴⁷ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

²⁴⁸ Oswaldo Burgos. *Daños al Proyecto de Vida*. 1ra. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012, p. 167.

²⁴⁹ Luis Diez-Picazo. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Óp. Cit., p. 330.

²⁵⁰ Código Civil ecuatoriano. Artículo 1572, Libro Cuarto. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, décima codificación.

²⁵¹ Fernando Garrido *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 351.

²⁵² *Id.*, pp. 351-352.

²⁵³ Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *Caso Guadalupe Larriva*. Juicio 139-2010. Recurso de Casación, Responsabilidad Objetiva del Estado, punto quinto (5.5).

o de tipo moral.²⁵⁴ Así mismo, determinó que el daño debe exceder aquello que podía esperar el particular de la relación con la administración y constituye un sacrificio especial que no está obligado a soportar, lo cual tiene como base la igualdad.²⁵⁵

Por otra parte y como segundo elemento de la responsabilidad estatal por falta de servicio, está el nexo causal, entre el daño injusto y la acción del Estado. Lo cual implica simplemente que el daño es consecuencia del normal o anormal funcionamiento del servicio, el cual puede romperse en caso de fuerza mayor, por el comportamiento de la víctima o por la acción de terceros intervinientes,²⁵⁶ según indica el tratadista Garrido Falla y se corrobora de la jurisprudencia ecuatoriana.²⁵⁷

2.1.2. La acción de repetición

Se la define como una acción con contenido patrimonial, que busca que el Estado pueda recuperar los recursos que le correspondió pagar, al declararse su responsabilidad por la acción de sus agentes que hayan actuado con culpa grave o dolo, figura que también tendrá aplicación en caso de que sea un particular quien actuó investido de una potestad pública,²⁵⁸ de conformidad con lo expuesto en el propio texto constitucional ecuatoriano actual y puntualmente en el del año 1998. Sin embargo, es pertinente referir la definición que de manera acertada ha desarrollado el Consejo de Estado colombiano que la entiende como:

(...) una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública.²⁵⁹

²⁵⁴ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Caso 62- 2005*. Sentencia dictada el 11 de abril de 2007, punto quinto.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 352.

²⁵⁷ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Recurso de casación interpuesto por el ingeniero Jorge Arteaga Presidente y Representante Legal de la Empresa Eléctrica de Manabí EMELMANABÍ, recurso de casación planteado por Javier Astudillo Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electrificación CONELEC y por Demetrio Intriago, Director Distrital de la Procuraduría General del Estado*. Sentencia de 11 de abril de 2007, considerando quinto.

²⁵⁸ Wilson Ruiz. *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. Bogotá. Ediciones Ecoe, 2010. p. 350.

²⁵⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá 31 de agosto de 2006, radicación número: 52001-23-31-000-1998-00150-01 (17482), punto 2.1.

Se la ha entendido además con una naturaleza que apunta a lograr no solamente que el Estado pueda recuperar los valores por los que fue condenado, debido a la acción de sus funcionarios o personas que actúen en uso de una facultad estatal; sino que se la mira como una forma de prevención de posibles incorrecciones en el accionar de la función pública.²⁶⁰ Adicionalmente, la Ley de Repetición colombiana, incorpora como finalidad de la acción, a más del contenido patrimonial, la búsqueda de la moralidad y eficiencia de la función pública.²⁶¹

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana al respecto de la finalidad de la acción de repetición ha dicho que esta "... tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política...",²⁶² lo cual se puede entender como preservar las finalidades del Estado.

De otro lado y de la justificación realizada para el segundo debate del Proyecto de Ley de Repetición, que se tramita en la Asamblea Nacional del Ecuador, se la conceptualiza como una garantía para precautelar los dineros del Estado, así como un mecanismo para contrarrestar la irresponsabilidad con culpa o dolo en que puede incurrir el servidor público o las personas que actúen con potestad pública.²⁶³

Con relación a lo anterior, se precisa que la responsabilidad del servidor o prestador de los servicios, en base a una atribución Estatal, se mira como la medida más efectiva y "... mejor medio que se ha encontrado para prevenir las prevaricaciones de los funcionarios", según refiere Agustín Gordillo, en referencia a lo comentado por el tratadista francés Hauriou.²⁶⁴

²⁶⁰ *Id.*

²⁶¹ Ley 678 de 2001 (Colombia). Artículo 3. Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

²⁶² Corte Constitucional de Colombia. *Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 9° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo*, 8 de agosto de 2001, punto 3.

²⁶³ Asamblea Nacional del Ecuador. Informe para segundo debate, punto 4.2. p.10.

²⁶⁴ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., pp. XVII-39.

2.1.2.1 Elementos constitutivos de la acción de repetición

En general lo que ha determinado los elementos que se requieren para poder dar inició a la acción de repetición contra el funcionario público, varía de conformidad a las regulaciones que se realicen en los diferentes cuerpos legales, pero de forma evidente es la existencia de una sentencia condenatoria que le correspondió pagar al Estado por la acción de sus agentes, que deben haber actuado con culpa grave o dolo.

La afirmación anterior es relevante, en tanto las constituciones nacionales al referirse a la acción de repetición, determinan como elementos comunes, que el Estado haya indemnizado al particular por un falla en el servicio, y que tal resarcimiento se originó en la actuación u omisión del funcionario público o prestador de servicios, en que se registre de dolo y culpa grave, como se establece ya en el artículo 27 de la Constitución ecuatoriana de 1967.²⁶⁵

A pesar de que en la actualidad se busca la protección del patrimonio público, no ha sido una tarea fácil, en Estados como el argentino, ha resultado casi inexistente la tarea de recuperar lo pagado por la administración a causa de las faltas en el servicio ocasionadas por sus agentes con dolo o culpa grave, lo cual genera un factor de impunidad contra el verdadero responsable.²⁶⁶ No se debe dejar de lado, que la regulación de dicha figura, ha sido parte de un importante debate, que se sustentó en la interpretación del artículo 1112 de su Código Civil,²⁶⁷ que se vincula a los hechos y omisiones de los funcionarios públicos cumplidos de forma irregular a sus deberes legales.²⁶⁸

De otra parte, se deberá atender a que de forma muy reciente en 2014, se aprobó en Argentina, la Ley de Responsabilidad Estatal, que entre otras regulaciones, en su artículo 9 inciso tercero, prevé la acción de repetición contra los funcionarios o agentes públicos, la cual prescribe en tres años desde que se dictó la sentencia firme que dispuso la indemnización contra el Estado. Sin duda es interesante, en razón de que otorga vigencia al tema, pero que por ser una norma reciente no permite realizar una

²⁶⁵ Constitución Ecuatoriana de 1967. Artículo 27. Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967.

²⁶⁶ *Id.* pp. XV-III.

²⁶⁷ *Código Civil argentino*. Artículos 1109 y 1112. Publicado con Ley Argentina desde el 1 de enero de 1871.

²⁶⁸ Ramón Pizarro. "Responsabilidad Patrimonial del Funcionario Público". *Revista Jurídica de Daños*. Buenos Aires: EJ editores, 16 de noviembre de 2011, disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47748&print=2>

evaluación de sus resultados en cuanto a la repetición, pero se puede evidenciar un parámetro diferente en cuanto a la prescripción de la acción, como se regula en la ley ecuatoriana o colombiana, puesto que toma como inicio para contabilizarla, la fecha de la condena impuesta y no la del pago realizado.²⁶⁹

Se debe puntualizar que en el caso ecuatoriano, existe desde 1967 un deber constitucional de repetición contra el funcionario público, pero en la realidad, de la búsqueda jurisprudencial sobre el tema, no se encuentran acciones desarrolladas encaminadas a recuperar los valores que el Estado pagó por las acciones de los servidores públicos o de las personas que han actuado desarrollando una potestad pública, lo cual evidencia que hasta la actualidad, no se ha podido lograr un verdadero contenido a la disposición constitucional.

La República de Colombia, en el artículo 90 de su Constitución, declara la responsabilidad del Estado por falta en servicio, y se establece expresamente que: "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste".²⁷⁰

En el caso colombiano, la Ley emitida en 2001, como desarrollo del artículo 90 de la Constitución,²⁷¹ determinó con claridad los supuestos para la determinación de dolo en la conducta del funcionario, enumerando como presunción para calificar las actuaciones dolosas a: la desviación de poder, actos con vicios de motivación por inexistencia del supuesto hecho o de norma invocada, emisión de un acto con falsa motivación u ocultamiento de la realidad, haber sido penal o disciplinariamente responsable por los hechos de la acción que fundamentan la acción y expedir una actuación contraria a derecho dentro de un proceso judicial o procedimiento administrativo.²⁷²

²⁶⁹ Ley de Responsabilidad del Estado. Ley 26.944. Artículo 9 inc. 3. Sancionada el 2 de Julio de 2014 y Promulgada el 7 de agosto de 2014.

²⁷⁰ Constitución de la República de Colombia. Artículo 90. Gaceta Constitucional número 114 del domingo 7 de julio de 1991.

²⁷¹ Cabe manifestar que en la legislación colombiana, anterior a la expedición de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición se previó en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo o el artículo 71 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

²⁷² Ley 678 de 2001 (Colombia). Artículo 5. Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

En relación a la culpa, la ley colombiana determina como causas, la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable, la omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable, y violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.²⁷³

De lo anterior, se desprende que en la República de Colombia, se ha generado una norma tendiente a recuperar los valores pagados por el Estado, cuando se fundamenta la existencia de culpa grave o dolo de sus agentes, sin embargo evidencia un importante grado de desarrollo, al determinar de forma precisa, las condiciones para que se pueda establecer judicialmente, cuándo las actuaciones u omisiones, pueden generar un derecho patrimonial a favor del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar que desde la vigencia de la Ley de Repetición en 2001, su aplicación jurisdiccional entre 2005 y 2010 habría sido inexistente, debido al tiempo en que ocurrieron los hechos.²⁷⁴ Con lo que se evidencia que no ha sido la repetición una tarea sencilla para los Estados, con legislaciones adecuadas, más aún lo será con normas obscuras y dispersas como en el caso ecuatoriano.

2.3.1 El derecho a la repetición del Estado en la normativa ecuatoriana

Como se anotó, la Constitución del año 1967, a más de consagrar la responsabilidad de la administración por faltas en el servicio, dio origen al derecho de repetición, que constó de manera clara en el texto constitucional de 1998, así como consta ahora en el artículo 11. 9 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Es preciso resaltar que uno de los ejes que se encuentra presente en cada una de las normas constitucionales, tanto en el caso colombiano como ecuatoriano, es que la responsabilidad personal para ejercer la repetición contra el funcionario está en que la acción cometida conlleve dolo o culpa grave, sin embargo llama mucho la atención

²⁷³ *Ib.*, Artículo 6.

²⁷⁴ Lina Duque. *Acción de Repetición en Colombia, Una Tarea Pendiente en la Administración Pública*. Avance I. <http://www.lexbase.biz/> (acceso 13/03/2015).

que de la Constitución de 2008, se extrajeron estos elementos, constantes en el artículo 20 de la carta magna de 1998.

A más de lo anterior, en el nivel legal, se cuenta con normas que contienen la obligación de repetir por parte del Estado, como aquellas que constan dentro de los artículos 33 y 34 del Código Orgánico de la Función Judicial,²⁷⁵ 67 a 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales,²⁷⁶ 46 de la Ley de Servicio Público²⁷⁷ y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública²⁷⁸ y su Reglamento, en los artículos 69 inciso séptimo y 115, respectivamente. Cabe aclarar que en las dos últimas leyes, no se hace mención a regulaciones procedimentales de ninguna clase. En consecuencia, en los siguientes puntos solamente se hará referencia a las normas que contienen referencias procedimentales.

Como se ha mencionado la acción de repetición se dispone desde la Constitución, y posteriormente de forma parcial se desarrolla en varios cuerpos legales, que según la materia tienen un origen diferente, por ejemplo en el Código Orgánico de la Función Judicial se vinculan las violaciones en torno a las actuaciones de la administración de justicia; la Ley Orgánica de Servicio Público, con relación al acto de suspensión de funcionarios públicos que resulte revocado o anulado; la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por condenas que se originen en procesos de garantías y por sentencias o informes definitivos emitidos por organismos internacionales de derechos humanos.

2.3.1.1 Procedimiento establecido en la Ley orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional

La norma conceptualiza a la acción de repetición como aquella que busca efectivizar la responsabilidad de los servidores públicos, por actuaciones en funciones estatales realizadas con culpa grave o dolo, cuando exista una condena contra el Estado por la que haya debido reparar materialmente, y sea "...mediante sentencia o

²⁷⁵ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículos 33 y 34. Registro Oficial 554 de 9 de marzo de 2009.

²⁷⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 67- 73. Registro Oficial Suplemento 595 de 22 de octubre de 2009.

²⁷⁷ Ley Orgánica de Servicio Público. Artículo 46. Registro Oficial Suplemento 294 de 6 de octubre de 2010.

²⁷⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 69. Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008.

auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos".²⁷⁹

Es preciso referir que en la exposición de motivos al presentar el proyecto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con relación a la acción de repetición, determinó cuatro características fundamentales, las mismas que no fueron modificadas, ya que desde el proyecto original hasta el texto aprobado, no se constató ningún cambio, particularidades que se concretan en: que la acción es tramitada en un proceso diferente al de protección de derechos, el requerimiento de culpa o dolo en la actuación del funcionario; en el doble carácter de la acción, declarativo y ejecutivo, y el aseguramiento del debido proceso y defensa del funcionario.²⁸⁰

Adicionalmente, se regula la prescripción de la acción en el lapso de tres años a partir de la realización del pago por parte del Estado, así como se determina la posibilidad de ejercicio de la repetición contra cualquier servidor público o persona que preste servicios públicos, sin establecer ninguna limitación contra servidor público alguno en base a su cargo o función a la que pertenezca.²⁸¹ Es necesario mencionar que la acción puede ser ejercida contra una o varias personas, a pesar de que ya no estén vinculadas a la entidad pública²⁸² y en todos los casos que corresponda.²⁸³

Con relación a lo anterior, entonces se requiere para ejercer la acción, a) una condena definitiva contra el Estado que implique reparación económica, b) que la reparación económica sea a causa de la culpa grave o dolo de los servidores públicos o personas con potestad pública y c) que la condena o informe provenga de un organismo de derechos humanos o se desprenda de un proceso de garantías jurisdiccionales.²⁸⁴

Para el ejercicio de la acción se prevé la realización de diligencias previas, como es una investigación que debe realizar la máxima autoridad de la entidad responsable,

²⁷⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 67. Registro Oficial Suplemento 595 de 22 de octubre de 2009.

²⁸⁰ Proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Presentado por el economista Rafael Correa ante la Asamblea Nacional el 10 de junio de 2009, oficio T. 4431-SGJ-09-1491, exposición de motivos del proyecto, pp. 11 y 12.

²⁸¹ *Ibíd.*

²⁸² *Id.*, Artículo 70.

²⁸³ *Id.*, Artículo 70.

²⁸⁴ *Ibíd.*

en que determine presumiblemente a los responsables, sean o no al momento servidores de la institución; esta regla general tiene variaciones que se aplican en los siguientes supuestos.²⁸⁵

1) En caso de que la máxima autoridad de la autoridad no pueda determinar los presuntamente responsables o su paradero, el Procurador General del Estado, deberá demandar a la máxima autoridad, quien podrá presentar la imposibilidad de determinación como excepción.²⁸⁶

2) La existencia de un proceso sancionatorio anterior al interior de la institución, exonera a la autoridad de la investigación y demandará a los responsables en el proceso.²⁸⁷

3) La investigación no podrá durar más de veinte días, fenecido tal lapso de tiempo, sin que haya la investigación, el Procurador General del Estado deberá demandar a la máxima autoridad.²⁸⁸

En cuanto a la legitimación necesaria para presentar la demanda, está es asumida por la máxima autoridad a nombre del Estado, y se debe contar con la intervención de la Procuraduría General del Estado, en casos de gobiernos autónomos descentralizados, la demanda la presenta su representante legal. Así mismo, si la responsable es la máxima autoridad, la demanda debe ser presentada por la Procuraduría General del Estado.²⁸⁹

Es preciso mencionar que la ley, tiene una formula bastante *sui generis*, en cuanto a las posibilidades de presentar una demanda de repetición, y es que a más de las fórmulas antes referidas, puede ser propuesta por cualquier persona, sin que esto la vincule al proceso, ya que posteriormente, se debe comunicar a la máxima autoridad y al Procurador, que no podrán excusarse de seguir la causa.²⁹⁰

El texto de la ley, intenta salvar todos los obstáculos posibles que impidan que se ejerza la repetición contra el causante de la violación de derechos humanos, llegando a dejar abierta la posibilidad de estar legitimada a nombre del Estado cualquier persona para presentar la causa. A más de esto, la norma obliga a que los jueces en proceso de garantías pongan las sentencias o autos definitivos en conocimiento de las máximas autoridades de las entidades responsables; así como cualquier persona

²⁸⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 69, inc. 1. Registro Oficial Suplemento 595 de 22 de octubre de 2009.

²⁸⁶ *Id.*, artículo 69, inc. 2.

²⁸⁷ *Id.*, artículo 69, inc. 3.

²⁸⁸ *Id.*, artículo 69, inc. 4.

²⁸⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 68, inc. 1. Registro Oficial Suplemento 595 de 22 de octubre de 2009.

²⁹⁰ *Id.*, artículo 68, inc. 3.

puede informar al Procurador General del Estado del resultado o informe condenatorio contra el Estado, con el fin de que se ejerza la acción que busca el regreso de los dineros públicos. Cabe manifestar que inclusive el hecho de no presentar la demanda o no patrocinar por parte de la máxima autoridad, se tiene como consecuencia la presentación de una acción por incumplimiento.²⁹¹

En cuanto a los requisitos de presentación de la demanda, el artículo 70 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales determina de forma literal, lo siguiente:

1. El nombre y el apellido de la persona demandada o demandadas y la determinación de la que provocó la violación de derechos.
 2. Los antecedentes en los que se expondrá el hecho, los derechos violados y la reparación material realizada por el Estado.
 3. Los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la acción de repetición.
 4. La pretensión de pago de lo erogado por el Estado por concepto de reparación material.
 5. La solicitud de medidas cautelares reales, si fuere necesario.
- Se adjuntará a la demanda:
- a) La sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos en el que se ordena la reparación material al Estado.
 - b) El justificativo de pago por concepto de reparación material realizado por el Estado.²⁹²

A más de los requisitos que ha impuesto la norma, se prevé que en caso de que la demanda la presente un particular, este no tiene obligación de adjuntar el comprobante de pago, lo cual se justifica en razón de que dicha información estará en poder de la entidad responsable, cuya máxima autoridad debe comparecer al proceso.²⁹³

En teoría se ha tratado de establecer un proceso expedito, que no debería durar más allá de 35 días. Se han previsto dos audiencias, una de contestación de la demanda y anunciación de pruebas que deberá realizarse en no más de quince días desde la citación; y otra de prueba y resolución de la causa, que se desarrollará en un tiempo máximo de 20 días desde la primera audiencia. En este caso, y de creerlo necesario, el juez puede de oficio ordenar en la primera audiencia, pruebas que considerare necesarias para llegar a la verdad de lo ocurrido.

²⁹¹ *Id.*, artículo 68, inc. 2 y 4.

²⁹² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 70. Registro Oficial Suplemento 595 de 22 de octubre de 2009.

²⁹³ *Id.*, inc. final.

Finalmente y de forma verbal, en la audiencia de pruebas y resolución se dictará sentencia sobre la responsabilidad de los servidores públicos por la violación de derechos y la obligación de devolver al Estado lo pagado.²⁹⁴ Sentencia que será notificada en no más de tres días y fundamentará la actuación culposa grave o dolosa de los servidores, distribuyendo la obligación de conformidad a los hechos y grado de responsabilidad.²⁹⁵

Del proceso descrito, solamente cabe recurso de apelación ante la Corte Nacional de Justicia Sala de los Contencioso Administrativo,²⁹⁶ y sobre lo resuelto en el proceso, la ejecución se deberá realizar en base a las normas del juicio ejecutivo del Código de Procedimiento Civil.

2.3.1.2 Procedimiento de repetición establecido en el Proyecto de Ley de Repetición

En razón de tener un desarrollo más completo desde el punto de vista procedimental, previo a la descripción de las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, se revisará el proyecto que se discute en la Asamblea Nacional del Ecuador, que tiene como ámbito, la repetición contra servidores públicos, cuando el Estado o sus instituciones hayan erogado recursos, en procesos dispuestos por autos, sentencias, informes definitivos, en causas por: deficiente prestación de servicios; procesos administrativos en que los servidores sean absueltos o se declare nulo o ilegal el acto que los suspendió; procesos que establezcan responsabilidad por daños ambientales; procesos resueltos por organismos internacionales o tribunal arbitral de Derecho Internacional que sea reconocidos por el Estado; por perjuicios a causa de incumplimiento contractual; por actas de mediación, conciliación, laudos, acuerdos de solución amistosa, por violaciones a los Derechos de Consumidor.²⁹⁷

Bajo lo discutido en la Asamblea, la acción deberá ser propuesta por la máxima autoridad de la entidad que causó el daño, de forma conjunta con la Procuraduría General del Estado; así mismo en los casos de entidades que no tiene personería

²⁹⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 72. Registro Oficial Suplemento 595 de 22 de octubre de 2009.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Id.*, artículo 73.

²⁹⁷ Asamblea Nacional. Artículo 3. Proyecto de Ley Repetición. Informe para segundo debate de 28 de noviembre de 2001.

jurídica se sujetarán a la Ley Orgánica de la Procuraduría, y en caso de ser responsable la máxima autoridad, corresponde a la Procuraduría el patrocinio de la causa. Estos procesos se sustanciarán ante las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial del domicilio del demandado, y prescribirán en el plazo de cuatro años desde que se ha realizado el pago por el Estado; en caso de que sea un pago en diferentes tractos, la prescripción será de forma individual por cada pago.²⁹⁸

De forma similar a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, previa a la presentación de la demanda se realizará un procedimiento de investigación anterior, mismo que tiene como plazo máximo de duración cuarenta y cinco días, luego de lo cual se debe presentar la demanda.²⁹⁹

Justamente, sobre la investigación previa, es que se evidencia que el Proyecto de Ley, mira en la Procuraduría General del Estado, el eje de las actuaciones tendientes a la realización de la acción, puesto que si bien la investigación encaminada a lograr la identificación de los presuntos responsables por parte de la máxima autoridad de la entidad que realizó el pago, se deberá investigar en conjunto con la Procuraduría, y en caso de que sean varias instituciones, corresponde exclusivamente a la Procuraduría General del Estado, realizar las investigaciones. Así mismo, la máxima autoridad de la institución que fue condenada debe informar a la Procuraduría sobre el pago realizado y el avance de la repetición.³⁰⁰

Al igual que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la investigación previa puede ser sustituida por un proceso sancionatorio interno de la institución que haya encontrado responsabilidad, que será base suficiente para investigación de los responsables.³⁰¹

El proyecto determina como supuesto mínimo la existencia de dos requisitos indispensables: a) el pago total o parcial por parte del Estado y b) un pronunciamiento previo de la máxima autoridad que realizó el pago y la Procuraduría General del Estado en que se indique de forma fundamentada que el pago fue realizado por un

²⁹⁸ *Id.*, artículos 4,5 y 6.

²⁹⁹ *Id.*, artículo 8.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

servidor público, concesionario, delegatario u otra persona en ejercicio de una actividad pública.³⁰² A más de lo mencionado el proyecto de forma específica determina que a la demanda se deben anexar en calidad de habilitantes, a) la sentencia, laudo, auto, informe o acta que contenga la obligación de pago por parte del Estado, b) prueba documental de la investigación previa y c) el justificativo del pago realizado por el Estado.³⁰³

En cuanto al contenido de la demanda, esta debe contener lo siguiente:

Artículo 10.- Demanda.- La demanda de repetición deberá contener:

1. La designación del Juez ante quien se la propone;
2. Los nombres y apellidos del demandado o demandados y la función desempeñada;
3. La determinación de la institución que realizó el pago;
4. Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión;
5. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
6. La determinación de la cuantía;
7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado o demandados, y la del lugar en que debe notificarse al actor o actores;
8. La solicitud de medidas cautelares reales si fuere necesario; y,
9. Los demás requisitos que la ley exige para cada caso.

Con relación al trámite judicial, una vez presentada la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Jurisdicción que corresponda, está debe calificarla, pudiendo otorgar tres días en caso de que deba ser completada, luego de lo que se debe citar a los involucrados.³⁰⁴ El efecto de no completar la demanda, es que los juzgadores se abstengan de tramitarla, sin perjuicio de que sea presentada nuevamente.

El procedimiento prevé dos audiencias, una de conciliación y contestación a la demanda, que se práctica dentro de los quince días siguientes a la última citación, en esta diligencia de existir advenimiento de las partes, el proceso puede culminar, caso contrario, intervienen las partes, en el primer caso para contestar y anunciar sus pruebas; y las instituciones estatales para exponer sus argumentos y anunciar sus pruebas.³⁰⁵

³⁰² Asamblea Nacional. Artículo 2. Proyecto de Ley Repetición. Informe para segundo debate de 28 de noviembre de 2001.

³⁰³ *Id.*, artículo 11.

³⁰⁴ *Id.*, artículo 12, incs. 1 y 2.

³⁰⁵ Asamblea Nacional. Artículo 12, inc. 4. Proyecto de Ley Repetición, Informe para segundo debate de 28 de noviembre de 2001.

La segunda audiencia tiene como finalidad, la evaluación de las pruebas y la presentación de los alegatos de las partes, esta diligencia tendrá lugar dentro de un término máximo de cuarenta y cinco días siguientes a la celebración de la primera audiencia, tiempo en el que las partes pueden solicitar la práctica de las diligencias necesarias para obtener la prueba anunciada, que puede ser impulsada de forma oficiosa.³⁰⁶ Culminada la audiencia, en un término máximo de diez días, se dictará sentencia, en que se determinará la existencia de culpa o dolo, así como la forma y plazo para realizar el pago.³⁰⁷ De imponerse una sentencia por dolo o culpa grave, se cuantificará el monto condenado, estableciendo de forma proporcional el grado de participación de los responsables, así como las funciones que ejerció de conformidad a las pruebas.³⁰⁸

De la sentencia proferida por la Sala, cabrá la presentación de recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que resolverá en mérito de los autos, así mismo cabe plantear una vez resuelta la segunda instancia, el recurso de casación que lo resolverán otros jueces o conjuces de la Sala por sorteo.³⁰⁹

2.3.1.3 El llamamiento en garantía como fórmula de repetición a favor del Estado

Esta constituye otra forma de efectivizar el derecho de repetición a favor del Estado. Concretamente, bajo el nombre de llamamiento en garantía, solamente consta dentro de Proyecto de Ley de Repetición que se tramita ante la Asamblea Nacional, pero su concepción es aplicable a la figura establecida dentro del Código Orgánico de la Función Judicial, que será detallada posteriormente.

El proyecto entiende que el llamamiento en garantía, es una figura que se puede activar dentro de los procesos de responsabilidad seguidos contra el Estado o sus instituciones, con el fin de efectivizar la repetición y "... consiste en vincular al proceso al servidor público, concesionario, delegatario y toda persona que actúe en el ejercicio

³⁰⁶ *Id.*, inc. 3 y 4.

³⁰⁷ *Id.*, artículo 13.

³⁰⁸ *Id.*, artículo 14.

³⁰⁹ *Id.*, artículo 15.

de una potestad pública, que presuntamente provocó el perjuicio con su actuar doloso o culposo grave".³¹⁰

Del proyecto, se desprende que se ejercita con posterioridad a la citación de la demanda de la máxima autoridad y/o la Procuraduría, quienes podrán requerir a la autoridad judicial se cuente con los servidores, concesionarios, delegatarios o personas que intervinieron con potestad pública, en actos que fueron objeto de los perjuicios.³¹¹ Además de las garantías judiciales de los llamados en garantía, se les impone el deber de comparecer y aportar toda prueba para la defensa de los intereses estatales.³¹² Se determinan como requisitos del llamamiento a garantía: a) que en el escrito que lo solicite conste el domicilio del llamado y las razones en que se fundamenta el llamamiento y que el llamado en garantía no forme parte del proceso.³¹³

En las sentencias que resulten condenatorias al Estado, los jueces deberán pronunciarse sobre la responsabilidad por dolo o culpa grave de la persona llamada en garantía y el derecho de repetición que le corresponda al Estado.³¹⁴ El proyecto prevé pautas de citación en el domicilio o lugar de trabajo, así como que en caso de que el llamado en garantía y el demandado cuenten con pólizas de seguros, se deberá citar a la compañía para que si hay una sentencia condenatoria, pague el perjuicio.³¹⁵

Se puede mencionar que la figura descrita dentro del articulado del Proyecto de Ley de Repetición mantiene similitudes con la Ley 678 de 2001 que rige en el Estado colombiano, sin embargo tiene matices diferentes, en cuando a que no está previsto en el proyecto ecuatoriano, el efecto de un allanamiento en cuanto a la responsabilidad del Estado, y el efecto que tal acto tendría sobre el llamado en garantía.

³¹⁰ Asamblea Nacional. Artículo 16. Proyecto de Ley Repetición, Informe para segundo debate de 28 de noviembre de 2001.

³¹¹ *Id.*, artículo 17, inc. 1.

³¹² *Id.*, artículo 17, inc. 2.

³¹³ *Id.*, artículo 18.

³¹⁴ *Id.*, artículo 20.

³¹⁵ *Id.*, artículo 19.

2.3.1.4 Procedimiento de repetición establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial

Con relación a la responsabilidad que podrían tener los jueces en sus actuaciones, el procedimiento es bastante más sencillo, que el de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puesto que los parámetros para el reembolso de lo que correspondió pagar al Estado están determinados y su reglamentación dentro del Código Orgánico de la Función Judicial, se limita a dos artículos.³¹⁶Figura que se enmarca dentro del parámetro de llamamiento en garantía.

Se debe partir de que el Estado puede ser responsable por las acciones de la administración de justicia, cuando se verifique, 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.

En este contexto, el Código Orgánico de la Función Judicial, determina que los perjudicados podrán demandar al Estado, dirigiendo una demanda contra el Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura, ante el juez contencioso administrativo de su domicilio, incluyendo en un solo proceso la indemnización por daño material y moral, acción que tiene como tiempo de prescripción un año a partir del acto violatorio del derecho del perjudicado.

Es relevante el detalle de la acción de responsabilidad del Estado por las sanciones de la administración de justicia, dado que una vez que el Consejo de la Judicatura es citado con la demanda del perjudicado, dicha institución deberá pedir al juez que disponga citar a los servidores judiciales implicados en el presunto acto violatorio de derechos. La comparecencia de los funcionarios judiciales, quienes deberán aportar toda prueba que sustente que su actuación no fue dolosa ni culposa, sino que se debió a fuerza mayor o caso fortuito, enfáticamente la ley dispone que no se aceptará como casusas de justificación, error inexcusable, ni disposición jerárquica con excepciones.

³¹⁶ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículos 32 y 33. Registro Oficial Suplemento 554 de 9 de marzo de 2009.

Finalmente, el Código establece que en caso de que los funcionarios no justifiquen su conducta, el juez dispondrá el pago de daños y perjuicios y daño moral, en cuyo caso una vez realizado el pago, el Consejo Nacional de la Judicatura iniciará procesos coactivos contra los funcionarios responsables, lo cual se entiende sería en aplicación de la normas del Código de Procedimiento Civil.³¹⁷

2.4 Problemas en los cuerpos normativos para el ejercicio de la acción de repetición del Ecuador

2.4.1 Afectación de las normas al principio de legalidad

En esta sección se realizará una valoración de aquellas situaciones que podrían afectar la legalidad de la actuación de las autoridades, así como las diferencias en los procedimientos y determinaciones en cada una de las normas pueden afectar inclusive la igualdad ante la ley, de las personas que sean sometidas a las diferentes acciones de repetición por las diferentes vías.

En el primer capítulo de este trabajo se trató el principio de legalidad, vinculado a las actuaciones de la Administración, el cual está reconocido de forma explícita en el artículo 225 de la Constitución, por el cual las instituciones del Estado, solamente pueden actuar dentro del marco legal o constitucional.³¹⁸ Principio que además posee ciertamente respaldo jurisprudencial por el cual, la actuación de la administración fuera de sus potestades, se torna en arbitraria.³¹⁹

En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indica que el principio de legalidad constituye uno de los pilares del Estado de Derecho y que este debe dirigir todas las actuaciones de cada uno de los órganos Estatales en sus respectivas competencias.³²⁰

Previamente a las valoraciones de la normativa legal, se deberá tener presente que el artículo 11.9 de la Constitución ecuatoriana, en cuanto al derecho de repetición

³¹⁷ Codificación del Código de Procedimiento Civil. Regulación del proceso coactivo a partir del Artículo 941. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.

³¹⁸ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial

³¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Resolución de Casación. Gaceta Judicial serie 17 de 10 de julio de 2002, punto primero.

³²⁰ Corte IDH. *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia dictada el 18 de noviembre de 2004. Párr. 77.

que debe ejercer el Estado, eliminó la diferencia de los textos precedentes, la condición de que para el ejercicio de la acción de repetición debe registrarse una conducta dolosa o culposa grave por parte del servidor público, concesionario o delegatario, o personas que actúa con base a una potestad pública. Situación que de forma evidente es una garantía inferior a la que se brindó en el pasado, y bajo una mala legislación podría incurrirse en contemplar por ejemplo otro tipo de elementos como la culpa leve como sustento para el ejercicio de la acción estatal. Sin embargo, hasta ahora en los cuerpos legales vigentes, así como en el proyecto de Ley de Repetición, mantienen como requisitos la culpa grave y el dolo del sujeto que desarrollo la actividad.

Con relación a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la serie de artículos en que se desarrolla la acción de repetición están vinculados solamente a los valores pagados por el Estado, en virtud de sentencias o autos definitivos en procesos de garantías de derechos, así como en sentencias o informes emitidos por organismos de derechos humanos. En la actualidad, estamos hablando a nivel universal, de organismos que emiten informes con recomendaciones; y en el ámbito americano concretamente serían la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, con informes la primera y con sentencias la segunda.

Al respecto, se debe referir que el ejercicio del derecho de repetición vinculado a organismo como un carácter plenamente jurisdiccional interno o externo no presenta problema alguno, de forma clara una sentencia de la Corte Interamericana que entre sus elementos determina con exactitud los montos que se fijan como reparación por las violaciones en que incurrió el Estado.³²¹ Pero los informes a los que llegan los organismo internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o aquellos que provienen por ejemplo del Comité de Derechos Humanos u otros comités de similar naturaleza convencional, en caso de establecer reparación, se limitan a recomendar la reparación integral que tiene un contenido económico al cual llegan las partes, a través de una negociación.

En este sentido, violaría el principio de legalidad, que con fundamento en un informe definitivo, proveniente de un organismo cuasi jurisdiccional como la Comisión

³²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 68, numeral 2.

Interamericana de Derechos Humanos, cuando no ha elevado el caso a la Corte,³²² y el Estado llegar a un acuerdo inclusive en lo económico, se pueda ejercer la acción de repetición, en tanto el monto efectivamente fijado, no respondería a la determinación realizada por el organismo o tribunal, sino al acuerdo de las partes.

De otro lado, de los principales elementos que fueron expuestos de esta Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estos podrían llegar a ser contradictorios, en razón de que se prevé la existencia obligatoria de una investigación para identificación de presuntos responsables, la misma que tiene una duración no mayor a 20 días y la desarrolla la máxima autoridad de la institución involucrada. Así mismo, la demanda debe ser presentada por la máxima autoridad de la institución responsable y en caso de que ella fuere la responsable, por el Procurador General del Estado.

Al respecto, si bien es deber de las autoridades iniciar un proceso investigativo, como obligación previa al inicio del proceso, podría ocurrir que un particular presente la demanda antes de que la institución correspondiente realice tal investigación, en cuyo caso la investigación por parte de la autoridad de ser iniciada con posterioridad a la acción, sería contraria a las potestades determinadas en la ley, y en caso de no ser realizada sería una deficiencia que no se cuente con todos los involucrados o se vincule de forma anormal a personas que no están relacionadas.

Por otro lado, con relación a investigación previa, la Ley no establece parámetros que deba seguir la autoridad administrativa, desde cuándo y cómo debe computarse el tiempo para la investigación, por lo que, su realización no obedecería a una prevención legal. Adicionalmente, dado que la investigación puede ser sustituida por un proceso administrativo sancionatorio interno, y esta es la base para el inicio de la demanda, puede afectar a la legalidad del proceso, que dicho procedimiento sea declarado nulo por la instancia judicial. En tal sentido, si aquel procedimiento fue la base para la demanda y la ley impone como prerrequisito su resultado condenatorio, carecería de validez también el proceso de repetición. Es decir, que la sanción impuesta debería ser definitiva, pero la Ley no menciona tal contenido.

³²² Juan Méndez, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos". *XX Curso Interdisciplinario 2002*. https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XX-2002-Educacion_en_DDHH/Mendez.pdf (Acceso: 20/03/2015) pp. 2.

De otro lado, se observan que al analizar en conjunto las diferentes normas existentes, de forma evidente hay diferencias que podrían afectar la igualdad de las personas ante la ley. En el caso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se mira como plazo de prescripción de la acción tres años desde el pago; mientras que en el caso del Código Orgánico de la Función Judicial el tiempo para ejercicio de la acción es de cuatro años a partir del pago. En tal sentido, si bien la repetición es contra servidores públicos, están sujetos a diferentes plazos de prescripción de la acción.

Con relación a la posibilidad de interponer recursos, existen diferencias entre los procedimientos establecidos en las diferentes leyes, puesto que el Código Orgánico de la Función Judicial no determina un procedimiento específico, sino que incluye a los servidores públicos en el litigio, constituyendo lo denominado como llamamiento en garantía, el ejercicio de restitución al Estado termina a través de un procedimiento coactivo, y el proceso de determinación de dolo o culpa grave puede llegar hasta el nivel de casación, mientras que en el caso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se prevé la posibilidad de casación.

Respecto a las diferencias que se encuentran con el Proyecto de Ley de Repetición, este prevé la posibilidad de presentar recurso de apelación, pero sin actuación de nuevas pruebas, sino de los autos presentados y finalmente casación; y bajo el amparo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los recursos serían, como se mencionó, ilegítimamente más limitados.

De otro lado, la Constitución, en su artículo 233, establece la responsabilidad de todos los servidores públicos, sin excepción. Adicionalmente, el artículo 11.9 del texto Constitucional, también al determinar la repetición la instrumenta contra todos los servidores, es decir también los Asambleístas, que son parte de la administración pública, ya que en conexión con el artículo 226, la función legislativa es parte del Estado.

Lo anterior debe ser confrontado con el artículo 128 del texto constitucional ecuatoriano, el cual establece, que los legisladores no serán civilmente responsables por decisiones o actos durante el ejercicio de sus funciones, lo cual es retomado por el

proyecto Ley de Repetición, pero podría afectar el principio de igualdad, por tener fundamento en un viejo criterio de soberanía.

2.4.2 Afectación a las garantías judiciales

Este derecho al debido proceso, reconocido en la Convención Americana bajo el nombre de garantías judiciales, desde la visión de varios juristas, es el fundamento mismo del Estado de Derecho y su vulneración es más grave que la de otros derechos, debido a que es un derecho en sí mismo y además posee una faceta instrumental que lo constituye como la garantía del resto de derechos humanos.³²³ En este contexto se debe considerar que cualquier procedimiento judicial o administrativo, debe ajustarse siempre a las garantías del debido proceso, las cuales serían inderogables en todo momento, inclusive parte de la doctrina le da el carácter de norma de *ius cogens* o inderogable, a partir de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³²⁴

Desde la importancia que para los derechos humanos posee el respeto del debido proceso, se debe considerar, a más de las anomalías señaladas anteriormente, que pueden producirse afectaciones a igualdad de armas en la defensa en juicio, contra los repetidos. Así, es claro que ante la falta de presunciones legales de culpa grave y dolo, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, concretamente en su artículo 71 inciso segundo, se hace que una acción de tipo civil, con carácter dispositivo, que funciona bajo el impulso de las partes,³²⁵ cambie a lineamientos propios del sistema inquisitorial, al romper el equilibrio de las partes y por ende el principio de imparcialidad, cuando el juez puede suplir omisiones probatorias de las partes.

Los asuntos que deben justificarse por parte de la administración pública dentro de la repetición, según las normas legales ecuatorianas, está probar el dolo o culpa grave en la actuación de los agentes públicos. Lamentablemente para el derecho, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales dispone que en el caso de que el Estado no

³²³ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 64 l) argumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³²⁴ Florabel Quishpe. "Ius Cogens, Su Relación con el Debido Proceso". *Revista de Derecho* N° 34. Barranquilla: Universidad del Norte, 2010, p. 72.

³²⁵ Pedro Aragoneses. *Proceso y Derecho Procesal*. 1era. ed. Madrid: Aguilar S.A., 1960, pp. 92 y 93.

haya podido acreditar tal situación, es decir no se haya adjunto elementos probatorios suficientes o concretamente cuando haya duda sobre la culpa o dolo del agente, el juzgador puede subsanar tal incapacidad, para solicitar aquellas pruebas para tal efecto. Evidentemente al hacerlo, rompe el equilibrio procesal.

En relación con lo anterior, el proceso se lo ha entendido de forma general como un método de debate entre dos partes en pie de igualdad,³²⁶ lo cual como se mostró es la esencia del derecho a las garantías judiciales, reconocidas en la Constitución o en los tratados de derechos humanos. Siendo la igualdad, el prerequisite del derecho, si el juez considera que no se acreditó el dolo o la culpa grave, esa sería la base para resolver, sin embargo se rompe el equilibrio procesal y actúa como parte. Vulnerando de esta forma los requisitos esenciales que debe cumplir el juzgador y los apunta el maestro Alvarado Velloso, imparcialidad, impartidad e independencia.³²⁷ Principios que serían quebrantados si el juez de oficio acredita el dolo o culpa grave de los servidores o a su vez prueba oficiosamente su inexistencia.

2.4.3 Previsible ineffectividad de la acción de repetición

De lo expuesto hasta el momento, se constata que por parte de los Estados hay gran preocupación por lograr recuperar los valores que han sido erogados por el Estado a causa de la conducta culposa grave o dolosa de sus agentes, en virtud de condenas debido a la falta del servicio. Situación que como se evidencia de la investigación, rebasa a los límites regionales y se presenta con dificultad en España.

En el caso ecuatoriano, al momento se pueden identificar varios problemas en el diseño de la acción de repetición que se pretende ejercer, la cual no es una potestad de carácter civil, sino que deviene en una obligación que se origina en el texto constitucional, por el cual las instituciones del Estado deben recuperar los valores que fueron pagados por las actuaciones dolosas o culposas graves de los agentes públicos.

³²⁶ Adolfo Alvarado. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. 1era. ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2010, p. 250.

³²⁷ Adolfo Alvarado. *Debido Proceso versus Pruebas de Oficio*. 1era. ed. Bogotá: Temis, 2004, p. 146.

Sin perjuicio de haberlo expuesto, el deber constitucional de repetición, tiene como fundamento la Constitución ecuatoriana y está a diferencia de otras normas supremas, no pone como condición para la acción de regreso, como se denomina en otros Estados, la culpa grave o dolo en la actuación de sus agentes. Lo cual supondría que la responsabilidad de los servidores públicos podría llegar a ser normada legislativamente inclusive a asuntos en los cuales se desprenda la idea de culpa leve. Cabe mencionar que el caso ecuatoriano, deberíamos referirnos a los tipos de culpas y determinación de dolo del Código Civil, en su artículo 29.³²⁸

Concretamente, hay que marcar dos situaciones para emitir un análisis, aquella que se mantiene en la actualidad con la dispersión de regulaciones de la acción de repetición, en las diferentes normas de rango legal; y por otra, los posibles efectos del proyecto de Ley de Repetición que se tramita en la Asamblea Nacional, con informe de segundo debate.

Así, con relación a las regulaciones actuales, se pueden evidenciar tres problemas fundamentales, la dispersión de las normas sobre repetición que se mantienen en la actualidad, que ponen en riesgo la seguridad jurídica e igualdad ante la ley, además de no tener procesos determinados en algunos casos. Justamente, una de las conclusiones del proyecto de Ley de Repetición para primer informe en la Asamblea Nacional, consideró que se deberían derogar las normas de repetición de los diferentes cuerpos normativos para unificarlos a través de una sola ley.³²⁹ A más de varias regulaciones, se genera un problema en relación a la existencia de diferentes plazos de prescripción en cada uno de los cuerpos normativos, como también diferencias injustificadas en la aplicación de recursos. Finalmente, se pone de manifiesto una contradicción, ya que la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no prevé excepción alguna de responsabilidad para los servidores públicos y el ejercicio de los legisladores está cubierto por la inmunidad.

Con relación al efecto mismo de la dispersión de normas, el problema se presenta en el tipo de proceso aplicable, por ejemplo en caso de ser parte de la Función Judicial, lo que ocurre es que de conformidad al artículo 34 pueden ser perseguidos

³²⁸ Código Civil ecuatoriano. Artículo 29, Título Preliminar. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, décima codificación.

³²⁹ Asamblea Nacional del Ecuador. Informe para primer debate Proyecto de Ley de Repetición. Comisión Especializada de Justicia, 14 de marzo de 2011, pp. 5.

los jueces de forma directa por daños y perjuicios y daño moral por los administrados, mediante un juicio verbal sumario. El mismo cuerpo normativo en el artículo 33 prevé la posibilidad de que se demande de forma directa al Estado, y al proceso instaurado contra el Estado, se obligue a comparecer a los jueces, dentro de lo que se conoce en otras legislaciones como llamamiento en garantía, cuyo proceso sería el previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

De forma general de conformidad al artículo 11.9 de la Constitución ecuatoriana, la responsabilidad del Estado es de carácter objetivo y directo, lo cual además se ha ratificado por la jurisprudencia en la materia, por lo que el artículo 34 del Código Orgánico de la Función Judicial al remitirse al artículo 172 de la Constitución para permitir que se demande de forma directa por parte de los administrados a los jueces, fiscales o defensores públicos, sería una distorsión de la evolución de la responsabilidad del Estado, que solamente le corresponde la posibilidad de repetir.

En relación a lo mencionado, se constata que en el mismo cuerpo legal hay dos procesos con la misma finalidad, que es la reparación a favor del administrado. Además de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se constata que esta tiene como sujetos pasivos de la acción de repetición a todos los servidores públicos, concesionarios o personas que actúen con potestad pública, cuando por su acción u omisión con carácter culposo grave o doloso, se haya condenado al Estado en un proceso de garantías de derechos o por un tribunal o organismo de derechos humanos, mediante sentencia o informe definitivo, es decir están incluidos los jueces, fiscales o defensores públicos.

A partir de lo anterior, cabe mencionar que no hay limitación para que con posterioridad al pago que realice el Estado, se pueda repetir contra las autoridades judiciales que hayan intervenido en el caso juzgado por ejemplo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, una vez que el Estado realice el pago, debería repetir contra los responsables. Sin embargo, en aplicación del artículo 34 del Código Orgánico de la Función Judicial, el administrado puede haber demandado y obtenido la reparación del propio funcionario, pudiendo responsabilizarse de forma civil dos veces a un mismo servidor, en razón de que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no prevé se pueda poner como excepción a

la repetición que el servidor o ex servidor haya indemnizado al particular, generando así inseguridad.

De otro lado, se puede observar que las posibilidades de recursos, al amparo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se limitan al recurso de apelación, en tanto que si se sigue un proceso con fundamento en el Código Orgánico de la Función Judicial, cabra interponer recursos de casación ante la Corte Nacional de Justicia, dejando a la acción de repetición a favor del Estado, que podría tener como fundamento los mismos hechos, bajo dos situaciones procesales totalmente diferentes, sin justificación.

Por otra parte, a pesar de que la Constitución determina la inmunidad civil, penal o administrativa de los Asambleístas en el desarrollo de sus cargos, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales no realiza excepción alguna cuando establece contra quienes se debería repetir, puesto que de forma general, la obligación de recuperar los valores erogados por el Estado, se direcciona contra todos los servidores o personas que actúen con potestad pública.

Lo anterior, es relevante en atención a que en el caso de que puntualmente el Sistema Interamericano establecería responsabilidad internacional del Estado por deficiencias legislativas que sean contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concreto en los casos Camba y Quintana, juzgados en 2013, en los cuales la participación de la legislatura según evaluó la Corte Interamericana, fue un pieza clave en la violación de derechos, además de declarar responsabilidad internacional del Estado, determinó que debían repararse a la víctimas, lo cual deja una clara duda en razón de que al haber una multiplicidad de instituciones implicadas, los valores que se cancelen por concepto de reparación, en caso de repetirse y considerarse inmunes a los legisladores, serían deducido de lo que corresponda a otros intervinientes, o los valores pagados, serían asumidos de forma integral por los demás involucrados.

Como se aprecia de lo anterior, las violaciones a derechos humanos por ejemplo pueden tener una multiplicidad de actores, y en su caso establecer una fórmula para determinar los valores que debería pagar cada uno de los repetidos, en atención a la

relevancia de su conducta dolosa o culposa grave en que se comprometa la responsabilidad del Estado cuando haya erogado recursos.

A más de lo anterior, cabe mencionar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales ha previsto una investigación previa a la demanda, la cual aparenta no tener mayores implicaciones en la práctica, sin embargo parecería que esta tiene un importante efecto en la realidad procesal, ya que si esta no es adecuada o no se ha incluido a todos los responsables, y esto es determinado en el curso del juicio, el juez debería ordenar un pago parcial de la obligación contra quienes estén demandados o dictar una sentencia que ordene pagar de forma integral a los reos, con la sola comprobación de dolo o culpa grave.

En cuanto al proceso establecido en el Proyecto de Ley de Repetición este presenta otros inconvenientes para el desarrollo de la repetición, la principal dificultad que podrían tener los jueces para establecer la existencia de dolo o culpa grave de los funcionarios, situación que en la Ley colombiana relativa a la materia fue adecuadamente normado, a través de supuestos en los cuales se presumirá la existencia de dolo y los casos de culpa grave, que puede desvirtuar el agente.³³⁰

Ya en el caso colombiano, el asunto fue discutido, llevando a la Corte Constitucional a pronunciarse al respecto, encontrando que las presunciones que se reconocen en la Ley, no afectan derecho alguno y además pueden hacer posible la tarea de la repetición, sobre todo en materia probatoria, ya que únicamente le correspondería al Estado probar la existencia de tales supuestos para que los jueces puedan determinar la culpa grave o dolo.³³¹

Como se ha expuesto, el tema de la repetición, ha sido muy complicado para los Estados, por lo que es necesario dotar a las instituciones de herramientas útiles y eficaces, caso contrario, como expresó Agustín Gordillo con referencia a su país, Argentina, el resultado de hacerla efectiva puede ser quimérico.³³² En tal sentido, es evidente que el primero de los problemas de la ley, será la dificultad que afrontarán las autoridades para probar la culpa grave o dolo en las actuaciones de los servidores públicos.

³³⁰ Ley 678 de 2001 (Colombia). Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

³³¹ Corte Constitucional de Colombia. C373-02. Bogotá, 14 de mayo de 2002, puntos VI. 6.

³³² Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p.

Se puede mirar que el Proyecto de Ley ecuatoriana de repetición mantiene importantes similitudes con la Ley colombiana de 2001, tratando de ajustarse a la realidad ecuatoriana, sin embargo hay situaciones que podrían causar dificultades en el Ecuador para el ejercicio de la repetición, las cuales en Colombia no representarán inconvenientes por su diseño propio y realidad específica en el ámbito administrativo y legal. Puntualmente, hay dos elementos previos relativos al proceso judicial vinculados a la presunta responsabilidad dolosa o culposa de los servidores públicos o personas que actuaron con potestad pública por lo cual fue condenado el Estado que deben ser analizados.

El primero de los elementos, regulado en el artículo 8 del proyecto, se concreta en una investigación previa para determinar a los responsables, misma que desarrolla la institución que realizó el pago o en su defecto la Procuraduría General del Estado; y el segundo, que además es un presupuesto mínimo para la demanda, referente a los informes que deben ser elaborados por la máxima autoridad y la Procuraduría General del Estado sobre el daño ocasionado por el servidores, o en su caso delegatarios, concesionarios o personas que actuaron con potestad pública.

Al parecer, lo que se pretende a través de estos informes es que se consolide una base para el desarrollo de la demanda, sin embargo el efecto útil de la investigación que se debe realizar, proporcionaría al Estado la determinación de los sujetos contra quienes plantear la demanda; mas al tratarse del daño causado por el servidor o persona que ejerció un potestad pública, su beneficio será muy limitado y no logrará más que exponer la acción con la que se cometió un perjuicio contra el administrado, lo cual en el proceso de responsabilidad del Estado, seguramente fue establecido. Los informes que se proponen habrían sido importantes para la acción del Estado, si se concretaban en la valoración de la acción para preliminarmente desentrañar su carácter doloso o culposo grave. Cabe destacar que una condena de un organismo de derechos humanos puede estar basada en la ineffectividad del recurso por falta de cumplimiento del deber de debida diligencia, que puede ser imputable a la fuerza pública, al fiscal en el ejercicio de acción penal, pero deberán también afrontar un proceso los jueces que conocieron del caso por ser parte del asunto, por una falta de valoración anterior de la conducta de los agentes.

La diferencia con la normativa colombiana, está en que el modelo allá diseñado podría ser viable, en razón de que las entidades públicas tienen la obligación de constituir un comité de conciliación que, entre otras actividades, le corresponde determinar la procedencia de la acción de repetición y dejar constancia justificada de su decisión.³³³ Es preciso referir que estos comités tienen entre sus facultades la de:

"6. Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición".³³⁴

En definitiva, el diseño de la ley colombiana con las dificultades evidentes para el ejercicio de la repetición, está dotado de otras normas complementarias, que permitirían que las acciones que se presenten puedan ser eficaces para recuperar lo pagado por el Estado. Así se concluiría que si en Colombia, en que se ha establecido presunciones legales en cuanto al dolo y la culpa grave por parte de los agentes del estatales o que actúen con sus potestades, también se ha establecido un comité para el estudio y fundamento de la acciones de repetición, lo cual se pretende subsanar a través de informes de la máxima autoridad y Procuraduría, pero del análisis practicado, en la institucionalidad ecuatoriana, no serían de aporte para el ejercicio de la acción.

Otro de los problemas procesales sería que si se tiene como requisito previo, una investigación realizada por las máximas autoridades y a su vez es también el requisito mínimo para presentar la demanda, evidentemente este principio se quebrantará, cuando quien presente la demanda por habilitación de la Ley sea un particular, quien con posterioridad a la presentación, ya no es más parte del proceso. Podrían plantearse acciones contra quien no corresponde con el fin invalidar el juicio, por la inexistencia del requisito previo del informe del Procurador y la máxima autoridad.

Ya se ha descrito que existen problemas o inconsistencias para avanzar con la repetición en base a la ley, lo cual debe estar al extremo afinado en tanto que en los casos de violaciones a derechos humanos, algunas pueden ser complejas, pensemos

³³³ Ley 678 de 2001 (Colombia). Artículo 4, inciso 2. Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

³³⁴ Decreto 1716 DE 2009 (mayo 14) por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001.

en aquellas que implican a varias funciones del Estado, en que hayan actuado, por ejemplo los legisladores por un lado, el Ejecutivo, la Función Judicial y la Corte Constitucional, además que de estar exentos de responsabilidad los legisladores, debería descontarse esos valores al resto de involucrados, por lo que se deberá definir además por parte de la Corte si cabe tal excepción de responsabilidad si tales actos, no solo lesionaron la esfera del patrimonio al administrado, sino que además constituyeron una violación a los derechos humanos.

Conclusiones y Solución del Problema

3.1. Conclusiones

Después de haber investigado, las doctrinas y elementos de la responsabilidad del Estado, así como la posibilidad de que una vez que ha tenido que erogar recursos a causa de la acción u omisión de sus agentes que han causado daño al particular, se arribó a las siguientes conclusiones:

1. La responsabilidad patrimonial del Estado, solamente es producto de la evolución de la sociedad, una vez que se alcanzó el Estado de Derecho, sin embargo en la actualidad no se encuentra depurada en todos los países.
2. A lo largo del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia ha ido buscando diferentes puntos de análisis para justificar la responsabilidad del Estado, partiendo de la irresponsabilidad estatal, posteriormente a través de concepciones civilistas de carácter subjetivo, que requieren la culpa del agente ejecutor del acto, hasta arribar a una responsabilidad de tipo objetivo y directo contra el Estado, que prescinde de la culpa del agente.
3. En el caso Ecuatoriano, de forma temprana se establece el criterio de responsabilidad dentro de la Constitución en 1830, enfocada solamente al gobierno, pero a partir de 1967, en la norma se estableció la responsabilidad directa del Estado, sin embargo no se puede constatar que tal precepto haya tenido asidero en la realidad y se haya reflejado en la jurisprudencia de los altos tribunales. El principio de responsabilidad se habría mantenido en los siguientes textos, pero su consolidación jurisprudencial responde a los fallos de la ex Corte Suprema de Justicia con posterioridad al año 2000. Cabe manifestar que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se ha consagrado que todas las funciones y entidades del sector público pueden comprometer la responsabilidad del Estado.
4. La responsabilidad que se mantiene en el Estado ecuatoriano, es de carácter objetivo y directo, incorporándose criterios como el de riesgo, vinculado a la falta de servicio, por acción de sus servidores públicos, concesionarios, delegatarios o toda persona que actué investida de una potestad pública, lo

cual puede ser considerado como desarrollada, puesto que en otros Estados, como sería el caso de Argentina que se ha referido, la responsabilidad directa del Estado no incluye las acciones de sus delegatarios o concesionarios.

A pesar del importante desarrollo de la responsabilidad del Estado en Ecuador de carácter objetivo, se mantiene fórmulas que no son plenamente compatibles con el nivel más alto de desarrollo, así el Código Orgánico de la Función Judicial mantiene la posibilidad de demandar por daños y perjuicios y daño moral a los jueces, fiscales y defensores públicos de forma directa, siendo en estos casos una responsabilidad alternativa, cuando lo óptimo, sería solamente mantener la responsabilidad del Estado y que este mantenga la posibilidad de repetir.

Se constata además que el Estado ecuatoriano a nivel internacional, concretamente por acción de agentes particulares que han prestado de forma deficiente servicios de salud y ocasionado daño a las personas, se lo ha sentenciado, declarando la responsabilidad internacional como garante, gestor y controlador de la prestación de servicios públicos y derechos humanos que se brindan a las personas sujetas a su jurisdicción, concretamente en los casos Albán Cornejo y Melba Suárez Peralta.

5. Que tanto el principio de legalidad, como el debido proceso son parte del ordenamiento ecuatoriano desde la Constitución, principios que deben regir las actuaciones del Estado, en virtud de los cuales el procedimiento de repetición no debe vulnerarlos, ya que estos buscan preservar el Estado de Derecho y satisfacer el interés de la colectividad, así como garantizar que no se limite de forma arbitraria los derechos de los individuos.
6. El ordenamiento jurídico ecuatoriano determina la responsabilidad amplia de todos los servidores públicos, a pesar de que se ha excluido de responsabilidad a los legisladores por sus actos y violaciones. Lo cual no implica que el Estado deba ser responsable objetivamente por la acción u omisión por actos legislativos que causen daño.

7. Hasta la actualidad, no se registran resoluciones en virtud del derecho de repetición, lo cual no permite realizar una valoración fáctica de los resultados al aplicar de los cuerpos normativos. Sin embargo, existen inconsistencias en las leyes vigentes; principalmente, debido a una dispersión de las normas que refieren el ejercicio de repetición a favor del Estado.

Entre los problemas que afectan los derechos y efectividad de la acción de repetición está que no hay uniformidad en las normas, puesto que las consideraciones del Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevén plazos de prescripción diferentes de la acción de cuatro y tres años, respectivamente. Asimismo, la posibilidad de proponer recursos en el primer caso es amplia, y en el segundo caso se tiene como única posibilidad el recurso de apelación.

El desarrollo de la acción de repetición en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, no comprende la posibilidad de ejercer el derecho de repetición en casos de soluciones amistosas ante organismos de derechos humanos, así como al determina la posibilidad proponer la demanda en razón de informes definitivos de organismos de derechos humanos, pero esto no atiende a la naturaleza misma de los informes que generan recomendaciones generales que deben ser negociadas.

Por otro lado, los requisitos mínimos que prevé la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, para que plantear la acción de repetición se concretan en el pago realizado por el Estado a causa de acción de sus servidores, concesionarios, delegatarios o personas que actúa con potestad pública, cuando estos actúen con culpa grave o dolo, sin embargo no se han determinado presunciones legales, que permitan efectivizar el procedimiento.

Se ha previsto una investigación previa a la demanda planteada por la máxima autoridad de la entidad que realizó el pago o la Procuraduría General del Estado, la cual permitirá identificar a los presuntos responsables para plantear la demanda de repetición. Sin embargo, la demanda puede ser planteada por un particular, con lo cual la investigación que es un requisito previo no se cumpliría, afectado la cadena procedimental.

8. En cuanto al Proyecto de Ley de Repetición ecuatoriano con informe para segundo debate en la Asamblea Nacional, este es bastante similar a la Ley 678 de 2001, de la República de Colombia, que cuenta con una institucionalidad suficiente que acompaña a la norma para que encuentre eficacia. En contraste con las regulaciones que contiene el proyecto ecuatoriano, que pueden determinar su ineficacia, toda vez que no cuenta con presunciones de ley sobre el dolo o culpa grave, que ha sido uno de los más difíciles escollos con que se han encontrado los Estados al tratar de ejercer la acción de regreso.
9. Adicionalmente, debido a la dispersión de las normas, que en muchos casos se encuentran en leyes ordinarias, no podrían ser reformadas por un proyecto que se articula por el ámbito a una ley ordinaria, lo cual mal podría hacer que el proyecto se desarrolle y sea un instrumento para coadyuvar o mejorar las condiciones de la acción constitucional de repetición, sino al contrario generaría inseguridad jurídica y trato desigual ante ley.
10. Se constata del procedimiento para la repetición establecido en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que la facultad de acreditar por parte del juzgador a través de la disposición de pruebas, la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave del agente, situación que afecta de forma insubsanable la igualdad en el proceso.
11. De otro lado, debe tenerse presente que hay un avance importante en cuanto al camino establecido por ejemplo en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dado que se ha establecido, que de comprobarse la culpa grave o dolo de los funcionarios, se determinará el grado de participación y en virtud de los cargos y actuaciones se impondrá el monto a indemnizar, es decir se genera un parámetro de proporcionalidad para el monto que debe ser regresado al Estado por cada una de las personas demandadas.

3.2 Soluciones al problema

Como solución al problema que mantiene el Estado ecuatoriano en cuanto a la acción de repetición, considero que sería fundamental realizar una reforma integral de todas las normas que contienen procedimientos relativos a la acción de repetición, para eliminar de su articulado las disposiciones que tengan un carácter procedimental, y consolidar en un solo cuerpo legal el proceso a seguir, lo cual puede tomar como base el Proyecto de Ley de Repetición de la Asamblea Nacional, con cambios que permitan el respeto absoluto al debido proceso, no solamente de forma declarativa.

Los ejes del ejercicio de la acción de repetición en el Estado, deben sustentarse en el debido proceso, y el principio de la legalidad como pilares de las actuaciones de la administración, por lo que debe cualquier proyecto que pretenda ser aprobado, sustentarse en claros lineamientos para presentar una demanda, la cual por seguridad jurídica, debe tener siempre como legitimación activa, a la Procuraduría General del Estado como representante judicial del Estado, que debe contar con el acompañamiento de la máxima autoridad de la entidad de donde provengan los funcionarios que originaron el daño por el cual al Estado le correspondió realizar erogación de recursos.

De otro lado, se deberían establecer reformas puntuales en el Código Orgánico de la Función Judicial, para eliminar la posibilidad de que el administrado demande de forma directa a los agentes estatales, por no corresponder con el desarrollo de la responsabilidad objetiva y directa del Estado. Adicionalmente, en razón de que podría ser utilizado como un elemento de presión que afecte la decisión del juzgador.

La reforma legal de una Ley de Repetición debe pretender la efectividad de la herramienta procesal, sin afectar los derechos de los procesados, por lo que deben existir presunciones legales claras que indiquen los casos en que el agente incurrió en culpa grave o dolo, con lo que al Estado le correspondería la acreditación del hecho constitutivo de la causal.

Otra de las incorporaciones al cuerpo legal, se encuentra en la generación de un organismo compuesto por autoridades del Estado, o sus delegados, que realicen un informe sobre la factibilidad y oportunidades del Estado para el inicio de un

procedimiento de repetición, sobre todo en cuanto a la existencia de dolo o culpa grave, que es uno de los requisitos para que proceda la acción. El cual sirva de fundamento para que la Procuraduría General del Estado pueda recuperar los valores pagados por el Estado. No tiene sentido que se inicien procesos si no cuentan con respaldo suficiente o no se tiene la expectativa de lograr que sean exitosos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abrevaya, Alejandra. *Responsabilidad Civil del Estado*. 1ra. ed. Buenos Aires: Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, 2003.
- Altamira, Julio. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2a. ed. Córdoba: Editorial Advocatus, 2011.
- Altamira, Julio. *Responsabilidad del Estado*. 1ra. ed. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1973.
- Alvarado, Adolfo. *Debido Proceso vs. Prueba de Oficio*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- Alvarado, Adolfo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2010.
- Álvarez, Ariel. *Curso de Derecho Administrativo. Manual de Introducción al Derecho*. 2da. ed. Rosario: Editorial Juris, 1995.
- Aragoneses, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. 1era. ed. Madrid: Aguilar S.A., 1960, pp. 92 y 93.
- Arellano García, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. 4ta. ed. México: Editorial Porrúa, 1999.
- Ayala, Jorge. *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*. 1ra. ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Leyes, 2006.
- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6ta. ed. Tomo V. Buenos Aires: Editorial La Ley S.A., 1980, pp. 8-12.
- Burgos, Oswaldo. *Daños al Proyecto de Vida*. 1ra. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012.

- Calamandrei, Piero. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1961.
- Caldera Delgado, Hugo. *Sistema de Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución de 1980*. 1ra. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- Canasi, José. *Derecho Administrativo*. Tomo IV. Parte Especial. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.
- Comadira, Julio. *Elementos de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2005.
- Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. *El Sistema de Responsabilidad de los Servidores Públicos*. 5ta. ed. México DF: Editorial Porrúa, 2005.
- Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1971.
- Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de la Responsabilidad Civil Patrimonial. La Responsabilidad Civil Extracontractual*. 1a. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011.
- Farrando, Ismael; Martínez, Patricia (dirs.). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones DePalma, 1996.
- Faúndez, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales*. 3ra. ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- Fiorini, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*. 2da. ed. actualizada. T. II. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1997.
- García, Eduardo; Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª. ed. Bogotá: Temis, 2008.

- Garrido, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. 12ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. La Defensa del Usuario y del Administrado*. 1ra. ed. colombiana. Medellín: Editorial Dike, 1998.
- Hernández, Miguel. *Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*. Guayaquil: Editorial Edino, 2004.
- Jinesta, Ernesto. "Responsabilidad Administrativa, Constitución y Derechos Fundamentales". En: Eduadro Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar (coords.) *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales, Memoria del II Congreso Mexicano de Derechos Procesal Constitucional*. México: UNAM-Porrúa, 2010.
- Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Traducción Universidad Externado de Colombia. 2da. ed. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos S.A., 2006.
- Linares, Juan. *Derecho Administrativo*. 1ra. ed. 1ra. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. 6ta. ed. actualizada. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1988.
- Medina, Cecilia. *La Convención Americana, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Santiago: Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2003.
- Montero, Juan. *Introducción al Derecho Procesal, Acción y Jurisdicción*. 1ra. ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1976.
- Pulido Quecedo, Manuel. *Código de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. 1ra. ed. Madrid: Editorial Aranzandi, 2007.

- Quintero, Beatriz; Prieto, Eugenio. *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.
- Wilson Ruiz. *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. Bogotá: Ediciones Ecoe, 2010.
- Saavedra, Ramiro. *La responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. 1ra. reimpresión. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.
- Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo, Parte General*. 8va. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.
- Santiago, Alfonso (h). *En las Fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía Jurídica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- Sorensen, Max (ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. 1ra. ed. 11ma. Reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Suárez, Humberto. "La Responsabilidad Patrimonial del Estado". *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales, Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2010.
- Tawil, Guido. *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*. 2da. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.
- Valencia Villa, Alejandro. "Los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos". En: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ra. ed. 1ra. Reimpresión. México DF: Editorial Fontamara S.A., 2006, p. COMPLETAR
- Zavala Baquerizo, Jorge. *Debido Proceso Penal*. Guayaquil: Edino, 2002.

Artículos de revista

- Núñez, Ignacio. "Vigencia del Dogma de la Irresponsabilidad del Estado Legislador en el Estado Constitucional de Derechos, Ensayando Bases para un Teoría sobre la

Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador". *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 9, núm. 1. (2011).

Florabel Quishpe. "Ius Cogens, Su Relación con el Debido Proceso". *Revista de Derecho* N° 34. Barranquilla: Universidad del Norte, 2010.

Sergio García. "El Debido Proceso, Concepto General y Regulación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos". *Boletín Mexicano de Derechos Comparado* N° 117. México: UNAM, 2006.

Bibliografía electrónica

Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 20 de diciembre de 2010.
<http://online.lexnova.es/servicesLXOL/visordoc?signatura=0989B7F70821EF8341E3F7909B6A1920E587FA105CC081BD0FFDF3DE444A7814> (acceso:)

Barboza, Julio. *La Responsabilidad Internacional*. <http://www.oas.org/dil/esp/1-32%20Barboza%20Julio%20def.pdf> pp. 6 y 7 (acceso:)

Lina Duque. *Acción de Repetición en Colombia, Una Tarea Pendiente en la Administración Pública*. Avance I. <http://www.lexbase.biz/> (acceso 13/03/2015).

García Sergio; Morales, Julieta. "Consideraciones sobre el Principio de Legalidad Penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 24 enero – junio de 2011, p. 202. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/24/ard/ard6.pdf> (acceso).

Gordillo, Agustín. *Los Actos de Gobierno*. http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo12.pdf, p. 417 (acceso: 19-03-2015).

Islas, Alfredo. *El Servicio Público en el Derecho Francés*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/14.pdf>, p. 279 (acceso).

Méndez, Juan. "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos". *XX Curso Interdisciplinario* 2002.

https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XX-2002-Educacion_en_DDHH/Mendez.pdf (Acceso: 20/03/2015)

Pierry, Pedro. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio*, https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_+2LA+RESPONSABILIDAD+EXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES, (acceso)

Ramón Pizarro. "Responsabilidad Patrimonial del Funcionario Público". *Revista Jurídica de Daños*. Buenos Aires: EJ editores, 16 de noviembre de 2011, disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47748&print=2> (acceso)

Normas

Asamblea Nacional. Proyecto de Ley Repetición. Informe para segundo debate de 28 de noviembre de 2001.

Código Civil argentino. Publicado con Ley Argentina desde el 1 de enero de 1871.

Código Civil ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, décima codificación.

Codificación del Código de Procedimiento Civil. Regulación del proceso coactivo a partir del Artículo 941. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 554 de 9 de marzo de 2009.

Constitución del Ecuador de 1967. Registro Oficial No. 133 de 27 de mayo de 1967.

Constitución del Ecuador de 1979. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

Constitución del Estado del Ecuador. Diario de la Convención Nacional de 1830, publicada el 14 de junio de 1830.

Constitución Española. Artículo 121. Publicada el 29 de diciembre de 1978.

Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República de Colombia. Gaceta Constitucional número 114 del domingo 7 de julio de 1991.

Constitución de la República del Ecuador, codificación de 1984. Artículo 39, inciso segundo. Registro 763 de 12 de junio de 1984.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Decreto 1716 de 2009, dado en Bogotá el 14 de mayo de 2009.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

Ley 678 de 2001 (Colombia). Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador). Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Ley de Responsabilidad del Estado. Ley 26.944. Sancionada el 2 de julio de 2014 y Promulgada el 7 de agosto de 2014.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Presentado por el economista Rafael Correa ante la Asamblea Nacional el 10 de junio de 2009.

Proyecto de Ley de Repetición en trámite ante la Asamblea Nacional del Ecuador, en segundo debate. Presentado el 24 de noviembre de 2010.

Jurisprudencia

Asamblea General de Naciones Unidas., Res. 56/83, 28 de enero de 2002. Artículos preparados por la Comisión de Derecho Internacional.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General N° 32, referente al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 8 de mayo de 1995.

Consejo de Estado de Colombia, Indemnización por Clausura del Periódico el Siglo, propuesta por El Siglo S.A. de 29 de julio de 1947, punto Conclusiones Jurisprudenciales.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá 31 de agosto de 2006, radicación número: 52001-23-31-000-1998-00150-01 (17482), punto 2.1.

Corte Constitucional de Colombia. Caso 644-11. Sentencia de 31 de agosto de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. C-038-06, punto VII. Fundamentos y Competencia, numero 3.

Corte Constitucional de Colombia. C373-02. Bogotá, 14 de mayo de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Responsabilidad Patrimonial del Estado, C-333/96, VII, Fundamento Jurídico de 1 de agosto de 1996.

- Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 9° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, 8 de agosto de 2001, punto 3.
- Corte Constitucional del Ecuador. Segunda Sala. *Acción de amparo planteada por el Directorio de Aguas Portete Girón*. Resolución de la Corte 974, 15 a 20 de octubre de 2009, considerando sexto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007.
- Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001.
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002.
- Corte IDH. *Caso Camba Campos vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013.
- Corte IDH. Caso de la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia dictada el 18 de noviembre de 2004.
- Corte IDH. *Caso Melba Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Quintana Coello vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 23 de agosto de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Puntos resolutivos de 20 de enero de 1999.

- Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001.
- Corte IDH. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.
- Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013.
- Corte IDH. Opinión Consultiva. OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC 9-87, 6 de octubre de 1987, solicitada por la República Oriental del Uruguay.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20, de 29 de septiembre de 2009, presentada por la República Argentina.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Caso Guadalupe Larriva. Juicio 139-2010. Recurso de Casación, Responsabilidad Objetiva del Estado, punto quinto.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio No. 139-2010, de 24 de agosto de 2012, punto quinto.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Normas de competencia en juicios de daños y perjuicios contra funcionarios judiciales y en juicios colusorios, 8 de julio de 2009.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Considerando quinto de 2 de septiembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia. Resolución de Casación. Gaceta Judicial serie 17 de 10 de julio de 2002, punto primero.

- Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Recurso de Casación de 29 de octubre de 2002, presentado por el Comité Delfina Torres Vda. De Cocha, Petroecuador y otros. Punto Tercero.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio N. 139-2010, considerando quinto.
- Corte Suprema de Justicia. Resolución publicada en Registro Oficial N° 378 de 27 de julio de 2001.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. Caso 62- 2005. Sentencia dictada el 11 de abril de 2007, punto quinto.
- Corte Suprema de la Nación Argentina. Reynot Blanco, Salvador Carlos c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios, R. 2190. XXXVIII. Sentencia de 12 de agosto de 2008.
- Tribunal Constitucional Español. STC 108/1986. Recurso inconstitucionalidad núm. 839/1985 de 29 de julio de 1986, promovido por José María Ruiz Gallardón.
- Tribunal Supremo de España. Tercera Sala. Sentencia de 25 de julio de 2000. (RJ 2000, 745).