



Universidad del Azuay

CIENCIAS JURIDICAS

- ESCUELA DE DERECHO

**“EL NUEVO PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD DE ESTADO, EN LA
CONSTITUCIÓN DEL 2008, Normas infraconstitucionales”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN MONOGRAFICA PREVIA ALA OBTENCIÓN DEL TITULO
ESPECIALISTA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Realizada por: ALONSO FERNANDO DURAN OYERVIDE

Director de la monografía: Dr. Esteban Segarra

Cuenca Ecuador

Enero del 2012

Dedicatoria

A Erick y Paula, son el absoluto.

Agradecimientos

Al valioso e inestimable apoyo de los doctores Tarquino Orellana y Estaban Segarra, quienes desde su espacio han podido coadyuvar efectivamente a la culminación de esta nueva etapa académica y profesional.

| | |
|---|----------|
| Índice de contenidos | 5 |
| Resumen | 7 |
| Abstract | 8 |
| Introducción | 9 |
| CAPITULO I | |
| Concepciones doctrinarias sobre la responsabilidad patrimonial del estado | 11 |
| La jurisprudencia en el desarrollo de la responsabilidad del estado | 18 |
| Jurisprudencia del Consejo de Estado francés | 18 |
| CAPITULO II | |
| Evolución histórica en el Ecuador | 25 |
| La constitución de 1967, artículo 27 | 26 |
| Fundamento constitucional | 27 |
| La Constitución de 1998 | 28 |
| CAPITULO III | |
| La Constitución del 2008 | 33 |
| Fundamento Legal | 37 |
| Responsabilidad de Derecho Civil | 37 |
| Responsabilidad de Derecho Público | 37 |
| El Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva | 38 |
| La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa | 38 |
| El Código Orgánico de la Función Judicial | 39 |
| La ley de Garantías Jurisdiccionales | 41 |
| De la declaración a la reparación | 44 |
| El “Derecho” de Repetición | 46 |
| CAPITULO IV | |
| La noción de Funcionario o agente público | 57 |
| Responsabilidad de los funcionarios | 58 |
| Responsabilidad penal | 58 |
| Responsabilidad administrativa-disciplinaria | 59 |
| Responsabilidad patrimonial | 59 |
| Régimen jurídico aplicable a los agentes públicos | 60 |
| Naturaleza jurídica de la relación entre el funcionario y el estado | 60 |

| | |
|---|----|
| La falta del agente público | 61 |
| Noción de falta personal | 61 |
| La vía de hecho | 62 |
| La obediencia debida | 63 |
| La acumulación de culpas | 64 |
| Incumplimiento en la obligación de vigilancia | 64 |
| Falta en la organización del servicio | 65 |
| La acumulación de responsabilidades | 65 |
| La responsabilidad penal y la responsabilidad patrimonial del sujeto comisor del daño | 66 |
| CAPITULO V | |
| Reparación del daño | 67 |
| El Juicio indemnizatorio | 67 |
| Características de la acción indemnizatoria | 68 |
| Transmisión y transferencia | 68 |
| Caducidad | 69 |
| Prescripción | 69 |
| Las partes procesales | 70 |
| Legitimación activa en el juicio indemnizatorio | 70 |
| La acción popular | 71 |
| Legitimación pasiva en el juicio indemnizatorio | 73 |
| CAPITULO VI | |
| Función principal del establecimiento de la responsabilidad | 75 |
| Funciones Reparatoria y compensatoria | 75 |
| El carácter de indemnizable patrimonialmente | 77 |
| Nunca punitiva | 77 |
| Otras Funciones | 77 |
| Preventiva | 77 |
| Control-demarcatoria | 78 |
| Jurisdicción y competencia | 78 |
| Conclusiones | 81 |
| Bibliografía | 83 |

Resumen

La responsabilidad del estado es aun una teoría, aun a pesar de que el texto de la nueva Constitución lo eleva a la categoría de derechos constitucional, su artículo 11 y el resto de su desarrollo normativo y la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales que junto con el Código Orgánico de la Función Judicial vienen a nutrir un incipiente sistema de responsabilidad patrimonial del estado ecuatoriano, sin embargo esta honrosa pretensión debe además tener en cuenta una historia un normativa preconstitucional, hoy vigente que ponen el acento sobre la verdadera posibilidad de aplicación de este nuevo sistema, ese es el objetivo de este trabajo identificar el marco normativo para su aplicación.

Abstract

The responsibility of the State is still a theory, even while the text of the new Constitution elevates it the constitutional category of rights, article 11 and the rest of its policy development and the issuing of the organic law of jurisdictional guarantees that together with the organic code of the Judicial Function come to nurture a fledgling system of patrimonial responsibility of the Ecuadorian State, however this Honorable claim must furthermore take into account a history a pre-constitutional rules now in force that put the accent on the real possibility of application of this new system, that is the objective of this work identify the policy framework for its implementation.

Introducción

- En el registro oficial no. 43 19 de marzo del 2003, se halla publicada la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil entablada por José Luis Guebara Batioja, por sus propios derechos y como representante legal del Comité "Delfina Torres Vda. Quien demanda en juicio ordinario por indemnización de daños y perjuicios, a PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCION; esta sentencia si bien marcó un verdadero precedente jurisprudencial en materia de responsabilidad puede a su vez ser tomado como referencia en cuanto al alto grado de entropía normativa, el caos es evidente desde el mismo momento en que la corte suprema hace un profundo análisis en materia competencia, teniendo en cuenta la ley de Modernización de 1993, y las posteriores interpretaciones que la propia Corte Suprema haría de esta ley, sobre los juicios en contra del estado y que órgano debía conocerlos si el Contencioso Administrativo o los Jueces Civiles, por demás esta decir que de la lectura de esta sentencia nos deja una profunda desazón por la farragozo de las alegaciones que sin embargo para conformidad con la justicia terminan permitiendo la condena de las empresa del Estado aunque en la aclaracion dictada por el propia Sala de se termine diciendo que “En ninguna parte del fallo, ni explícita ni implícitamente, se declara que el Estado Ecuatoriano, como persona jurídica, tiene responsabilidad extracontractual por aquellos daños ni le condena a pagar indemnizaciones.”.

En el mismo orden de cosas no podemos dejar de mencionar casos como los siguientes

- en 1996 Guayaquil 21 contagiados de Sida en el centro médico NEFRÓN, propiedad del doctor Galo Garcés Barriga, contratista del IESS, de los cuales a la fecha de hoy ya han fallecido todos sin haber sido indemnizados por el IESS.

- el 20 de noviembre de 2002, a las 16:00, Riobamba fue sacudida por la explosión del polvorín de la Brigada Galápagos, la onda expansiva destruyó paredes, descuadró puertas, quebró cristales, hirió a miles de personas inocentes.

- el 7 de septiembre del 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condena al estado ecuatoriano a pagar al ciudadano francés Daniel David Tibi la cantidad de 393120 euros por considerarsele responsable de la violación de sus derechos humanos

-el martes 07 de Julio de 2009, a las 23:00, una explosión alarmó a los habitantes de Sangolquí y San Rafael, ubicados en uno de los valles orientales de Quito. El estallido ocurrió en uno de los depósitos de la fábrica de municiones Santa Bárbara, que se encuentra en una de las bases militares, junto a la Escuela Politécnica del Ejército (ESPE), en medio de una zona residencial.

Estos y un considerable número de casos de renombre y otros de menos prestigio literario y mediático demuestran la plena actualidad y la vigencia de la necesidad de tratar con profundidad y mesura esta temática, y sin de dejar de reconocer los innúmeros casos de violación de derechos humanos que ocurren en todo el país cada minuto cada vez que el estado a través de sus órganos y funcionarios ejerce su poder sobre los ciudadanos.

La expedición de la constitución y demás normas infraconstitucionales como la ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control constitucional o el Código Orgánico de la Función Judicial, vienen a llenar un vacío enorme que existía en nuestro sistema legal, trataremos de sistematizar el conjunto de normas que integran cada uno de estos cuerpos legales y darles una coherencia y unidad de criterio para poder asimilarlas y comprender sus límites y alcances en lo que nosotros hemos reconocido como “El Nuevo Paradigma de la Responsabilidad de Estado”

El método utilizado es el de análisis, fundamentalmente, teniendo en cuenta que el abordaje de las normas se puede hacer desde los tres diferentes planos, a saber: el plano axiológico valorativo, ósea el de los valores e ideales que impregnan un conjunto normativo; el de la realidad, es decir la relación de la norma con el mundo factico; y por fin; el normativo positivo. Este último será el objeto de nuestro estudio sin descuidar los otros aspectos que se ha mencionado pero en menor medida, siempre preponderando el plano normativo sobre el resto.

CAPITULO I

Introducción: En este capítulo trataremos de hacer una aproximación conceptual, para ello nos aventuramos a anticiparnos cuando decimos que la extrema amplitud y variedad semántica de la noción de “responsabilidad”, obliga, en aras de delimitar mejor este trabajo, a aclarar que nuestra tarea es definirlo desde la institución de la responsabilidad económica del estado, no interesa para este efecto las otras acepciones de este concepto. Dada la extrema polisemia que se desprende del término *responsabilidad*, existen múltiples formas de concebir el término en ciernes, para evitar lucubraciones semánticas que usualmente alejan y complican innecesariamente el tema, se prefiere hacer referencia únicamente con lo relacionado al ámbito jurídico y más concretamente al tema de la responsabilidad pecuniaria del Estado, bajo los presupuestos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia sobre los servicios públicos.

Concepciones doctrinarias sobre la responsabilidad patrimonial del estado.

Para Guillermo Cabanellas, en general responsabilidad es “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.”

La teoría de Jean Jacques Rousseau (1712-1778), sobre el origen del estado, explica que en cierta época de los inicios de la existencia de la especie humana, se dio una suerte de *convención* entre los seres humanos, en la que para evitar los peligros derivados de la vida en *estado de naturaleza*, y adquirir garantías, estos renunciaron a su independencia y se asociaron con otros hombres¹, pensar que el estado; es decir, la supraentidad que resulta de esa convención, al lesionar injustamente el derecho de sus miembros estaría violando una obligación contractual, es hilar demasiado fino. Resultaría una perogrullada ahondar en esta teoría ya que se trata de una justificación deontológica sobre el origen del estado, basada en un hipotético contrato que a decir de su propio autor, no se trata de un contrato efectivamente concertado², está claro que se trata de una metáfora, proveniente de la mentalidad ultraracionalista propia del esquema ideológico cartesiano vigente en la Europa del siglo XVIII, en que se desarrollaron estos postulados.

Por ejemplo, en la tradición publicista clásica francesa, ésta responsabilidad se la conoce también

¹ Cabanellas, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25ª edición, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1997, Pág. 191

² Cabanellas, Guillermo.: *ibidem*, Pág. 191.

como responsabilidad de la administración, en un sentido amplio, este sistema se lo ha desarrollado a profundidad hasta convertirse en una verdadera institución jurídica; a pesar de ello las hipótesis de responsabilidad de la administración, regulada por normas de derecho privado se multiplicaron por expresa disposición legal, por ejemplo en el servicio de enseñanza pública, el régimen atinente a los vehículos oficiales, y por otra parte lo que concierne a la gestión de dominio privado de las colectividades públicas tales como provincias, regiones, distritos, etc.,³ y debido a la amplitud de actividades en las que el estado se va adentrando existen áreas de responsabilidad en servicios públicos industriales y comerciales, así como en los contratos de derecho privado en los cuales el estado también interviene. Lo que aparece es que aun existiendo un régimen de responsabilidad administrativa gobernada por el derecho público, no se puede dejar de reconocer que existen ciertas actividades estatales que generarán responsabilidades en derecho civil.

A partir de la publicación de algunos trabajos en los años 50 del siglo anterior en los que las concepciones de autores franceses como Charles Eisenmann y René Chapus, demuestran que se ha “relativizado” la tesis de la tan socorrida independencia de la administración en materia de responsabilidad estatal. El profesor Michel Paillet en su obra *La Responsabilidad Administrativa*, reconoce que estos autores aun defienden el principio que en derecho administrativo como en derecho privado, la cuestión de la responsabilidad de la administración tendrá que ser siempre valorada en cada caso concreto, sin que el ámbito público sea excluyente del privado. Es lógico pensar que ni aun existiendo un dominio casi completo de lo público, en materia de responsabilidad no será posible independizar totalmente la una de la otra.

La escuela francesa ha abandonado en gran medida desde inicios del siglo XX, la acepción *extracontractual*, en el sintagma, ya que como se ha dicho el fecundo aporte jurisprudencial, tiende a zanjar el problema de la competencia sobre el tema, entregándosela al juez administrativo, aunque muchos eran los tratadistas que hablaban de responsabilidad extracontractual con clara alusión al origen civilista de este tipo de responsabilidad, 1873 año en el que el Fallo Blanco fue dictado (que ya será mencionado oportunamente), en esta etapa se reconoce efectivamente que las posturas republicano-totalitaristas, que propugnaban la irresponsabilidad del estado, carecían de sustento y eran totalmente inconsecuentes con los principios revolucionarios que lo inspiraron.

En este período de desarrollo del estado liberal-constitucional es la definición de estado mismo la que se interpone en el avance de los fundamentos para encausarlo por perjuicios causados. Existen teorías como las que le otorgan un carácter fundamentalmente objetivo e impersonal al estado que

³Paillet, Michel: *La Responsabilité Administrative*, traducciones por Alonso Durán, Première édition, Paris, Éditions DALLOZ, 1996. Pág. 18.

lo asimilan pura y simplemente al ordenamiento jurídico; es el caso del “normativismo” kelsseniano⁴; es decir, el estado es concebido, como una simple yuxtaposición de normas, por tanto el estado es una creación cerrada y que justifica su existencia por ser una entelequia normativo-positiva autosuficiente. Teorías como éstas insisten en el principio de soberanía, lo que evidentemente no favorece la idea del estado responsable, dándole una dimensión superlativa de infalibilidad; es decir, “la aptitud de no actuar si no en la búsqueda de la satisfacción del bien de todos los ciudadanos, y con una indisposición radical de causar el menor daño a nadie”⁵.

Otras teorías, como la marxista y la fascista, que en base a sus postulados totalitaristas sobre el estado, ni siquiera cabe aquí referirse a las mismas sino en tanto han sido modelos de estado que tienden a ser superados en nuestra época, lo que podemos rescatar de estas corrientes de pensamiento, es que el estado era absolutamente irresponsable.

El tratadista francés Eisenmann en 1949 continuaba refiriéndose en términos de responsabilidad extracontractual, a la responsabilidad del estado⁶, desde las reformas constitucionales de los cincuentas, en Francia, se trata ésta problemática bajo el criterio orgánico–funcional, en términos absolutamente más amplios pero en el que claramente se establece la competencia del juez contencioso administrativo para el establecimiento de este tipo de responsabilidad y se puede afirmar que de la escuela francesa de derecho administrativo sobre esta institución es rescatable la conclusión que la *responsabilidad extracontractual del Estado* es nada más que una especie de responsabilidad, siendo la *responsabilidad administrativa* el género.

Como se indicó ya, el criterio asumido por la escuela de inspiración francesa es el orgánico–funcional, autores de esta tendencia tratan ésta institución jurídica en base de cada uno de los regímenes que expresamente están instituidos por textos legislativos⁷, así daños causados por trabajos públicos, daños de guerra, servicio militar, terrorismo, vacunaciones obligatorias, etc.⁸, generan un tipo de responsabilidad en el que el estado o las personas de derecho público se ven obligadas a reparar los daños que causen en el ejercicio de tales labores o actividades, cada con un marco legal bien diferenciado. En el caso de las entidades descentralizadas (municipios, prefecturas, etc.) el tratamiento no es muy diferente, y se utiliza el criterio sobre la imputabilidad y de acuerdo al

⁴ Cayla, Olivier: *La suversión de la responsabilité de l'Etat*, Editions Université de tous les savoirs, traducciones por Fernando Durán O., Junio de 2000, Pág. 866.

⁵ Cayla Olivier: *ibidem* Pág., 867.

⁶ Paillet, Michel: *Sobre el grado de originalidad de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas*, Eisenmann, J.C.P. 1949. Pág. 58.

⁷ Paillet, Michel: en *Ibidem* cita a Delvolvé, P. en la *La determinación de responsabilidad en el contencioso de la construcción*, 1974, Pág. 69.

⁸ Dupuis Georges, Chrétien Patrice, y Guedon Marie-José: *Droit Administratif*, traducciones por Alonso Durán, septième édition, Paris, editorial Armand Colin, ediciones DALLOZ, 2000. *Ibidem*, Pág. 527.

mismo se establece la responsabilidad, ya del estado central, ya de las colectividades territoriales descentralizadas.

En ésta etapa es donde se amplía el espectro de posibilidades de responsabilidad estatal y se establece la responsabilidad de las otras personas de derecho público, dentro del ámbito doctrinario se propone entonces la introducción del criterio de *responsabilidad de las personas públicas*⁹, o *responsabilidad del poder público*¹⁰, desde el Derecho Administrativo y los administrativistas tratan desde la misma perspectiva orgánico-funcional al tema de la responsabilidad del estado.

La influencia del derecho administrativo de Francia y las concepciones de los tratadistas españoles García de Enterría y Thomas Ramón Fernández en América son particularmente evidentes en el desarrollo de esta institución, sobre todo en países como Colombia y Venezuela, en otros países como Argentina en los que la doctrina del siglo XX y defendida por Dromi se hace eco de esta postura y pugna, no obstante también por un criollismo y un independencia del derecho interno¹¹.

A continuación se hará un acercamiento no exhaustivo, si no demostrativo de las diversas concepciones sobre este tema por parte de la doctrina de algunos países latinoamericanos.

En Colombia, Gustavo Penagos asume la problemática en base a la existencia o no de un contrato para establecer el tipo de responsabilidad estatal, por lo que recibe un tratamiento ya como contractual o como extracontractual, aunque parecería ser un asunto meramente semántico, se puede reconocer la huella del pasado civilista que en el primer momento dominó el terreno de responsabilidad del estado en este país, por lo que citando a Gordillo hace la siguiente precisión,

⁹Sobre el tema ahondar en: *La responsabilité de personnes publiques*, Lavielle M., Editions Lamére, Paris 1983.

¹⁰De la misma manera ampliar en: *Observaciones sobre los fundamentos de la responsabilidad del poder público*, de Jacques Mourgeon, Presses Universitaires de France, 1971.

¹¹Dromi, Roberto: *El Procedimiento Administrativo*, 1ª edición, Madrid, imprenta Fareso, Madrid, 1986. Me permito hacer una digresión, hay un hecho que es incontestable y es que por razones de origen, nuestro derecho está íntimamente ligado al derecho europeo y más concretamente al francés, y son totalmente anti históricas las posturas de un pequeño segmento de la doctrina latinoamericana que reniega de nuestros ancestros jurídicos, y se pretende desconocer esa realidad, se repudia un pretendido *colonialismo jurídico*, y se reclama por un *nacionalismo jurídico*, y se pretende que se retorne "a los moldes originarios del derecho argentino,..." y exige apartarse "...del *racionalismo universalista abstracto*, exportador jurídico de todo el nuevo mundo,..." "...que nos lleva a las contradicciones de que se defiende entre nosotros un *derecho constitucional norteamericano* y un *derecho administrativo francés*" (Dromi, José Roberto, Adonde va el Derecho público, 1981). Lo que con ligereza de juicio se llama "*racionalismo universalista abstracto*" no es otra cosa que lo que se conoce como *inconsciente colectivo*, que ha decir de Jung es una especie de *depósito*, donde se encuentran acumulados recuerdos de *hechos fundamentales*, que se han ido depositando ahí, desde que la especie existe. (Jung, Carl Gustav, Inconsciente Colectivo, Ediciones Coloquiales, Madrid, 1965, Pág. 95) ¿Entonces el pretendido regreso a los *moldes originarios* de la argentinidad a donde nos conduce?, ¿no son acaso miles de años los que tenemos tras de nuestra historia jurídica latinoamericana?, ¿acaso hemos inventado el derecho?, ¿no hemos acaso bebido por igual de la prístina fuente de las enseñanzas del antiguo testamento?, ¿no nos enseñó acaso el código de Hammurabi, que por una ofensa, igual pena?, ¿y que decir de la impronta de nuestra madre arquetípica, que fue y sigue siendo, el derecho romano?, son muchos nuestros pretéritos ancestros que nos ligan irremisiblemente a Europa. Es incuestionable que nuestro derecho pertenece a la familia romanística, somos una gran familia, y tenemos tras de nosotros miles de años de desarrollo de instituciones sociales y jurídicas. Hablar, eso si en abstracto, de una pureza de nuestro derecho, es totalmente irreal. Nuestras instituciones jurídicas, que han ido adquiriendo, por la fuerza de los avatares históricos de la convulsionada América, una personalidad propia; demuestra que es necesario continuar desarrollando el derecho desde nuestra perspectiva histórica, pero con el respeto que se merecen la tradición jurídica anterior a la nuestra.

esquemáticamente expone que la Responsabilidad del estado es de dos tipos básicamente la contractual y la Extracontractual y esta en tres tipos diferentes: Judicial, Legislativa y la Administrativa¹².

La intensa actividad jurisprudencial que se vive en Colombia, ha determinado que se creen por parte del Consejo de Estado, una serie de conceptos y principios para hacer efectiva la responsabilidad del estado que en algunos casos se alejan en mucho de la influencia de la doctrina y jurisprudencia francesa¹³, por lo que el análisis desde ésta perspectiva lo hace diametralmente diferente al resto de países y de Latinoamérica.

El tratadista Jorge Arango Garavito sostiene que “...no es una responsabilidad civil, a pesar de que algunos de los criterios que la informan y de las bases que la sustentan, tengan, como efectivamente tienen características similares a ésta; [...] durante largo tiempo, se pensó y se sostuvo que la responsabilidad del estado formaba parte de la civil de las personas jurídicas; y conforme a tal concepción se la estructuró; a pesar, finalmente de que una y otra tienen por objeto indemnizar, reparar los perjuicios causados a terceras personas”.¹⁴

En el caso de Chile, el tratadista chileno Arturo Alessandri en su libro *De la Responsabilidad Extracontractual* de 1944, enunciando el artículo 20 de la Constitución Política de Chile, afirma que: la responsabilidad que incumbe al estado por daños a los ciudadanos, en relación a las normas sobre seguridad interior es de naturaleza legal, ósea, esta norma constitucional es de remisión ya que nos remite a la ley, que es la que genera el marco de la responsabilidad del estado la que no existe fuera de esta, para que sea aplicable, en los casos en que el estado está obligado indemnizar cuando se produzcan eventos dañinos. Hay que reconocer que en el transcurso del desarrollo de la responsabilidad estatal en Chile ésta institución no ha podido independizarse absolutamente de las teorías sobre responsabilidad extracontractual brillantemente expresadas por Alessandri en su obra ya mencionada, pero además hay que reconocer que actualmente existen ámbitos como el caso de los servicios de salud, en los que el aporte jurisprudencial la ha dotado de principios propios de derecho público.

Natalia Muñoz afirma que en Chile: “Por regla general, los asuntos derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado han sido conocidos por los tribunales ordinarios de justicia, pues se

¹²Penagos Gustavo, *Curso de Derecho Administrativo*, Ediciones librería del profesional 1989, Bogotá, Pág. 607.

¹³Penagos, Gustavo. *Ibidem*, Pág. 627.

¹⁴Arango Garavito, Jorge: *Responsabilidad jurídica del Estado en la intervención del sector financiero*, Universidad Javeriana de Bogotá, edición de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Primera edición, Bogotá 1986. *Ibidem*, Pág., 309.

considera que la actividad material de la administración se rige por las normas del derecho común, siendo consideradas como causas civiles.¹⁵»

El profesor chileno Eduardo Soto Kloss, tratadista de derecho administrativo, ingresa también en la controversia sobre la competencia del juez administrativo o del juez civil, y está de acuerdo en que sean las normas propias de derecho público las que gobiernen la responsabilidad del estado, pero trata también de la responsabilidad administrativa desde la óptica de existencia o no de un contrato, es decir replica la denominación responsabilidad extracontractual. Sostiene que en éste país coexisten los dos ámbitos, tanto el civilista como del derecho administrativo con sus normas, para resolver los casos específicos de falla de servicio.

Cabe citar una apreciación de este autor que encierra en gran medida el fondo mismo sobre la conceptualización de la responsabilidad estatal, “Quien dice derecho, dice responsabilidad. Si es el derecho quién a través del ejercicio de las potestades constituyentes ha creado los órganos estatales [...], no solo aparece absurdo, sino incluso irracional, sostener que la administración no responda por los daños que produzca su actividad...”¹⁶, para Soto Kloss la responsabilidad es un presupuesto de la existencia del estado de derecho, y la consagración del mismo necesita de normas que hagan posible establecer la obligación del estado de reparar los perjuicios que cause a los ciudadanos en condiciones especiales. Existe una aparente contradicción, porque si por un lado se declara abiertamente partidario de una legislación de derecho público para establecer la responsabilidad del estado; sin embargo, no deja de reconocer que la realidad jurídica de Chile ha impuesto un esquema civilista para este tipo de controversias.

En Argentina José Roberto Dromi expresa que: “En principio no son aplicables en materia de responsabilidad del estado los principios del derecho civil...”¹⁷ y cuestiona severamente el que todavía se la llame *responsabilidad civil*, asegurando que esto no es más que un “*eufemismo*”, así mismo afirma que: “...ni se trata de la clásica responsabilidad de derecho privado, ni es civil en el sentido de regirse por las normas de dicho Código”, Dromi como buen cultor del derecho administrativo se inclina por abandonar definitivamente los principios civilistas para afrontar la responsabilidad del estado por sus falencias, en Argentina se tiende hacia una independencia del instituto de responsabilidad estatal con normas de derecho público, Dromi recomienda una normativa expresa que establezca un sistema integral de la responsabilidad pública.

¹⁵ Muñoz Chiu, Natalia Marina: *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Universidad de Chile, Santiago, Editorial Epica, 1999, Pág. 3.

¹⁶ Citado por Penagos, Gustavo: en *Ibidem*, Pág. 606.

¹⁷ Dromi, Roberto: *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2000, , Pág. 637.

El mismo autor sentencia que la responsabilidad pública es presupuesto del derecho subjetivo y, a la inversa, el derecho subjetivo es presupuesto de la responsabilidad pública. Explica que el Estado de Derecho -como medio- y el Estado de Bienestar -como fin-, no pueden conseguirse sin un marco de responsabilidad estatal. Dándole así un contenido trascendencia axiológica y de fondo, que va mucho más allá de lo meramente formal, hasta llegar al establecimiento de la responsabilidad del estado y de los funcionarios.

Jorge Bustamante Alsina en su obra *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, de 1972, expresa que en Argentina, si subsisten las teorías de la existencia de la antijuridicidad y el daño; sin embargo, sería la culpa la que más transformaciones ha sufrido por aporte de la jurisprudencia. En otras palabras ha sido el derecho civil como punto de partida el que ha generado, con la dificultad de su aplicación contra el estado, cambios en la valoración de los actos y hechos de la administración.

Explica Enrique Sayaguez Lazo en su *Tratado de Derecho Administrativo*, que en Uruguay, bajo el imperio de las constituciones de 1830 y 1917, la jurisprudencia estableció que este tipo de responsabilidad debía regirse por las normas del Código Civil. Afirma además que, las constituciones de 1934 y 1952 establecían la responsabilidad de la administración, en caso de responsabilidad del funcionario bajo los principios de la justicia ordinaria; y en caso de la responsabilidad de la administración le incumbe al estado resarcir con su patrimonio los perjuicios que se hubiere ocasionado a los administrados bajo, esta vez, las normas de derecho público.

La realidad jurídico-procesal peruana de establecer indiscriminadamente, que la vía administrativa debe ser previamente agotada, según Juan Carlos Morón U. *es otorgarle a la administración un privilegio injustificado*¹⁸ que podría lesionar los derechos de los administrados, tal autor afirma que, la demanda de establecimiento de *responsabilidades civiles* contra el estado debería ser una excepción a esta exigencia, por cuanto el carácter fundamentalmente *determinativo* de esta pretensión debe evacuarse en lo jurisdiccional. Por lo demás la realidad de este país no se aparta en mucho de las consideraciones civilistas del ámbito regional latinoamericano.

En el Ecuador, hasta antes del 2008 la falta de claridad y la inexistencia de una normativa expresa sobre responsabilidad estatal fueron determinantes, el panorama legal aún después de la Ley de

¹⁸ Morón Urbina, Juan Carlos: *Derecho Procesal Administrativo*, 2ª edición, Editorial RHODAS, Lima, 1999, Pág., 95.

Modernización del Estado de 1993, no solucionó satisfactoriamente el intrínquilis. El escaso aporte de la jurisprudencia por un lado que hizo oídos sordos a los reclamos de una doctrina abierta a aplicación a métodos y principios foráneos, evidenció la inexistencia de una verdadera tradición jurídico-administrativa en esta area, lo que se traduce en desprotección de los derechos a los administrados. Se intenta desde hace apenas unos pocos años atrás, en base a las formulaciones de la Constitución del 2008, rescatar la importancia de la protección de los derechos humanos en el marco del Estado de Constitucional de Derechos y Justicia.

Para el ecuatoriano Miguel Hernández Terán, el artículo 27 de la Constitución de 1967, del cual el artículo 20 de la Constitución de 1998¹⁹ fue descendiente, y que a su vez es el antecedente más directo del actual artículo 11, numeral 9 de la actual Constitución. La doctrina ecuatoriana en general, se ha preocupado de continuar analizando esta realidad bajo los preceptos del Código Civil con todo lo que ello implica, no obstante existe una fuerte corriente evolutiva con la expedición de la Constitución del 2008.

La jurisprudencia en el desarrollo de la responsabilidad del estado.

Es muy reconocido por parte de la mayoría de los trabajos que sobre la materia se han elaborado, que la jurisprudencia ha jugado un papel de trascendental importancia dentro del desarrollo de la responsabilidad del estado como institución jurídica, en el conjunto de países de corte constitucional occidental, de la órbita de la familia de derecho romano-germánico. La estructura estatal de separación de poderes heredadas del constitucionalismo francés, consentía tradicionalmente, que la soberanía, antes en *cabeza del rey*, se traspase íntegramente en su concepción de *imperium* y *potestas* al estado republicano y más concretamente en su aplicación, al poder ejecutivo²⁰. Como consecuencia de ésta distribución funcional de los poderes, el estado era irresponsable por el ejercicio formal de la soberanía; ya que actuaba en representación de la sociedad.

En pocas áreas del derecho, como en el derecho administrativo la influencia de la jurisprudencia, sea la que proviene del Consejo de Estado de Francia, o la que proviene de las Cortes Supremas en los otros países, ha sido tan importante, como lo es en el caso de la responsabilidad patrimonial del estado.

¹⁹Hernández Terán Miguel: *La responsabilidad extracontractual del Estado*, copias presentadas por el Dr. Tarquino Orellana, catedrático de la materia de Derecho Administrativo Especial, materia dictada en la Universidad del Azuay. Pág. 91 y ss.

²⁰Hoy se prefiere el concepto de "función" en lugar de poder, se supone que el poder es uno solo.

Jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

En el caso de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, ha sido la altísima jurisdicción administrativa la que ha tomado el lugar del legislador frente a los vacíos de la ley, y ha creado un marco propicio para comprometer la obligación de reparación del estado. Bien lo reconoce el tratadista Michel Paillet la mayor de las gracias del porte jurisprudencial, frente a la *inercia* del legislador, ha sido relegar en un primer momento, la admisión de las reglas de derecho civil y crear un derecho común de responsabilidad administrativa, “el derecho francés ofrece el ejemplo más claro de progresión por obra de una jurisprudencia lúcida y resuelta”²¹.

El mismo autor citando al tratadista francés Moreau afirma que se puede reconocer una primera etapa del desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del estado, a la que denomina *edad teológica*, la cual estaría situada desde el año VIII (año del surgimiento de la constitución napoleónica) hasta fines de la primera mitad del XIX, en este período se caracteriza, como ya se ha esbozado anteriormente, por la excepcionalidad de la responsabilidad del estado y con uso de las reglas de derecho civil, va de suyo recalcar que se debía contar, para encausar a la administración y al funcionario público, con la autorización de la administración. La jurisprudencia sentada por el fallo Pelletier del año 1873 dio a luz un principio que rompía con la tradicional concepción que la administración respondía por *falta del servicio* y no por *falta personal* del funcionario, por lo que en adelante la administración respondía por falta personal del agente solo si esta se producía *en el servicio o con ocasión del mismo*, se distinguía así la actuación del funcionario dentro del servicio y su actuación fuera del servicio. García de Enterría con mucho criterio reconoce que tal jurisprudencia es el *motor* que ha impulsado el germen evolutivo en base a los criterios de *falta personal o falla de servicio*. Es el Consejo de Estado francés con sus “arrêts”, fallos o sentencias, el que creó una estructura de responsabilidad del estado, en un sistema jurídico que no tenía un marco legal específico sobre la obligación extracontractual del estado para indemnizar por los perjuicios injustos que cauce, si bien esto es verdad en el caso de Francia; para Latinoamérica habrá que hacer una diferenciación basándonos en cada uno de los países.

Las lecciones del fallo *Blanco*, inspiraron el fallo *Rothschild* de 1955, y fue el que definitivamente impuso una separación y distinción entre la responsabilidad de la administración que se debe gobernar por reglas propias del derecho público y la responsabilidad entre particulares con reglas de derecho civil, se determinó igualmente que la responsabilidad que incumbe al estado no es ni

²¹García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª edición, Madrid, Editorial Civitas, Tomos I y II, 1996., Pág. 356.

*general ni absoluta*²².

Siguiendo una secuencia más o menos cronológica, y en mérito a la importancia de los principios introducidos, por la jurisprudencia, el mismo Moreau afirma que con la expedición del fallo *Tomasso Grecco* en 1905, se inicia un segundo período que lo llama *edad positiva*, el contexto de la responsabilidad del estado se va especializándose y extendiéndose a “todo tipo de servicios, incluso los que comportan ejercicio de autoridad”, y en atención al elemento dañoso se determina que debe tener un determinado de certidumbre, aunque se traten de daños futuros o incluso morales, y se exige que sean pecuniariamente apreciables, al respecto se puede citar algunas de las celebres jurisprudencias que introdujeron estos principios: fallo *Dame Durand* de 1949, por el causamiento de un perjuicio de carácter estético, en los bienes de una ciudadana, *Fallo Morell* de 1942, daño físico excepcionalmente grave, *fallo Bondurand*, de 1954 pérdida de padre, madre y/o hijo, en los que se ha introducido el concepto de *perturbaciones graves de las condiciones de existencia*.²³

En esta etapa surgió la cuestión de la *imputabilidad*, que se establece a partir de un sistema denominado *mecanismos de imputación*, en los que hay que establecer si es jurídicamente posible imputar a la administración, en tanto que sujeto de derecho, la obligación de reparar el daño, mientras que está intervención dañosa es producto de la actuación de los agentes del servicio o el hecho de las cosas de los que la administración se sirve²⁴, la solución adoptada por la jurisprudencia francesa se puede apreciar en el fallo *Lecomte et Daramy* de 1949, en la que se valora la actuación de las fuerzas de policía, en donde surge la teoría del *riesgo creado*, en su relación con la del *beneficio obtenido*, lo que propiciará una nueva forma de concebir las actividades que importan riesgo. En el *fallo Thouzellier* de 1956, se remarca la importancia del *principio de igualdad ante las cargas públicas*, en base a este principio se asume que puede romperse en el momento en que las cargas que deben ser soportadas por todos los ciudadanos, sean impuestas de manera injusta a unos pocos administrados o a uno solo, de manera *injusta y anormal*, según lo determinó el Consejo de Estado en la jurisprudencia del *Fallo Couiteas* de 1923. Fallos todos ellos que introdujeron soluciones a problemas concretos y cuya pretensión fundamental es otorgar al sistema de responsabilidad estatal de un sistema propio e independiente del derecho común.

De tal forma, por vía jurisprudencial, se han ido estableciendo parámetros y principios bajo los cuales, se aprecia la tarea de compeler al estado como sujeto capaz de adquirir derechos y contraer

²²Recueil, Conseil d'Etat: *Arret Blanco*, C.E. 1873, edición electrónica: <http://www.droitonline.com/jurispru/CE.html>, Pág. 254.

²³García de Enterría E., y Ramón Hernández, Thomas: *ibidem*, Pág. 357.

²⁴Paillet, Michel: *ibidem* Pág. 37.

obligaciones.

La consagración jurisprudencial del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas y la responsabilidad del estado por el hecho de la ley, es la emisión del *fallo La Fleurette* de 1938, y generó un nuevo tipo de responsabilidad esta vez por *el hecho de la ley*, anteriormente el Consejo de Estado había sentenciado que se excluye toda responsabilidad por la actividad legislativa estatal²⁵. La creación por la ley de monopolios estatales, era otro ámbito en el que, generándose daños injustos y rompiendo la igualdad ante las cargas públicas, el estado no respondía, tal es el caso del *Fallo de Duchatelet*, el estado francés para procurarse más ingresos fiscales dictó una ley en 1835, creando un monopolio (fabricación del tabaco) a favor del estado, monopolio que le impedía al industrial Duchatelet, continuar fabricando su producto, ante el silencio de la misma ley (sobre responsabilidad estatal por actividad legislativa), el Consejo de Estado rechazó la pretensión del demandante; aduciendo su incompetencia para reconocer indemnizaciones que la misma ley no contemplaba, pero el ya mencionado *Fallo La Fleurette*, terminó con el dogma de la irresponsabilidad del estado por su actuación lícita, aún cuando se tratase del producto que por antonomasia se considera legal o legítimo, la ley.

Como en otras actividades el desarrollo de la responsabilidad del estado no ha sido lineal, los avances y retrocesos, han marcado hondamente su trayectoria. La irresponsabilidad del estado, aún después del *fallo La Fleurette*, el Consejo de Estado francés se negó a reconocer indemnizaciones por *las leyes en contra del alza de precios*²⁶, es el caso del fallo *Société de Decorticage*, de 1957.

Y hoy como en ningún otro momento histórico, las diversas actividades que el estado desarrolla obliga a remitirse a un régimen específico de responsabilidad estatal, lo que genera así mismo igual número de posibilidades de responsabilidad; son ejemplificadores para el caso del estado ecuatoriano, los casos de perjuicios causados por la administración en la prestación de determinados servicios públicos, por ejemplo de vacunaciones obligatorias, de la sangre contaminada con SIDA en servicios públicos de salud, establecimiento de polvorines o actividades de control y fiscalización en los que la justicia permanece en deuda con la sociedad ecuatoriana.

Al aporte jurisprudencial francés hay que agregar el aporte de los comisarios de gobierno, quienes con sus comentarios y conclusiones “han dado una significación coherente y han hecho una labor de

²⁵ Arret Duchatelet, C.E. de 1838, ver también fallo *Société Premier et Henry*, C. E. de 1921. Recueil, Conseil d'Etat, edición 1984, Pág., 358.

²⁶ Penagos, Gustavo: *ibidem*, Pág. 630.

cuasileisladores”²⁷, nombres como los del comisario de gobierno David, o Laferriere, han marcado su impronta personal, en el tema que nos ocupa.

Razón y fundamento son en tiempos actuales de la evolución por vía jurisprudencial de la responsabilidad, principios como los de *solidaridad social*, que va en desmedro de las posturas individualizantes y de contenido eminentemente económico, lo dicho por García de Enterría, en su obra citada, es plenamente acertado: la tendencia de la responsabilidad no ha cesado de afirmarse y progresar, y así, poner en el centro de atención a la víctima, a quien no se puede dejar desamparada en aquellos casos en que el perjuicio sufrido es por el funcionamiento de los servicios públicos, de los cuales la comunidad misma es la beneficiaria directa.

Para Penagos, la diferencia de la jurisprudencia latinoamericana con la del Consejo de Estado francés, radica en que aquella es un sistema jurídico *Legislado* y no *Pretoriano* como este, en otras palabras, es comprensible nuestra realidad por el hecho de un sistema jurídico donde hay predominancia de textos escritos, que en el derecho suramericano siempre haya existido un atraso a la hora de condenar a la administración, y reprocha con dureza “...resulta extraño que existiendo desde hace mucho tiempo normas constitucionales y legales que imponen el sistema (de responsabilidad estatal), la jurisprudencia haya enrumbado por otros caminos y se mantenga vivo un régimen ya superado”²⁸.

Michael Deguerge, en su libro *Jurisprudencia y doctrina en la elaboración de derecho de la responsabilidad administrativa*, de 1993 afirma que no se debe olvidar el rol nada desdeñable que han jugado los comentaristas y doctrinarios en la construcción *pretoriana*²⁹, de un sistema de derecho de responsabilidad administrativa, en la legitimación de un sistema normativo paradójico en países de derecho escrito.

En España el dogma de la irresponsabilidad patrimonial de la administración permaneció casi inalterable durante la primera mitad del siglo XX, y así mismo como en otros casos la responsabilidad era la excepción en base a regímenes establecidos por textos legales, y en un ámbito totalmente restringido; el autor García de Enterría afirma que los siguientes eran los casos ya mencionados de responsabilidad establecida en textos legales: Ley de Policía de Ferrocarriles, Instrucción de sanidad, Ley de lo Contencioso Administrativo, etc., de su exposición se deduce que

²⁷ Paillet, Michel: *Ibidem*, Pág. 21.

²⁸ Penagos, Gustavo: *Ibidem*, Pág. 601.

²⁹ El <pretoriano> es un sistema legal donde los jueces han tenido una gran injerencia en el desarrollo del derecho, en contraposición de los sistemas legalistas como el nuestro que dependen en gran medida del texto escrito de la ley.

en base a la norma de derecho civil que comporta la responsabilidad indirecta de los particulares ya por el hecho de los que están bajo su responsabilidad o por las cosas que le pertenecen, debía también entenderse que se habla de la administración, el art. 1903, del Código Civil de 1889, incluía expresamente al estado. La actividad jurisprudencial en España no ha sido particularmente fructífera, la exigencia legal, de que el estado sería responsable únicamente cuando actuara en su nombre un “agente especial” (figura que no es reconocida), así se “llegó a una situación de irresponsabilidad absoluta del Estado, ya que en la práctica nunca se localizó un verdadero “agente especial””³⁰. La Constitución de 1931, impuso la responsabilidad subsidiaria del estado, por las actuaciones de los funcionarios.

Conclusiones: podemos constatar que aun no se ha podido estandarizar (que tampoco es lo ideal) una nomenclatura a nivel internacional, en cada una de las fases o etapas del desarrollo histórico de la institución de marras, podemos ver que se han ido introduciendo nuevas consideraciones y referencias conceptuales, que lo han nutrido, al respecto solo podemos decir que nos encontramos frente a una institución que se demuestra abierta al desarrollo permanentemente sobre todo desde el entendido de que es una institución relativamente nueva. Por otra parte es evidente la tensión entre isupublicistas y civilpartisanos, sin embargo pensamos, aunque no seamos “puristas”, que se impone con más fuerza la tesis de que la responsabilidad del estado debe ser regulada por sistemas jurídicos de derecho público. El aporte de la jurisprudencia es innegable sobretodo en Latinoamérica tomando en cuenta que ni en Europa mismo desde donde vino esta institución se pudo superar la necesidad de que sea el juez el que vaya adaptándose al silencio del legislador.

³⁰García de Enterría E. y Ramón, Hernández Thomas: *Ibidem*, Pág. 360.

CAPITULO II

Introducción: En el Ecuador como en el resto de países del orbe existía un rezago en materia de protección jurídica al administrado, la tesis imperante, dentro del ámbito tanto jurisprudencial como doctrinario, era la irresponsabilidad del estado, verbi gratia: en materia de daños ocasionados en operaciones militares por guerra, el estado no podía ser declarado responsable cuando se había visto obligado a actuar en defensa de la integridad nacional, por los elevados y superiores principios que representaba no podía ser compelido como tal, a reparar daños ocasionados a los ciudadanos. En 1967 se expide una nueva Constitución que en su articulado ya reconoce la obligación del Estado de ecuatoriano de responder por los daños que ocasione, con la constitución de 1998, se consolida la constitucionalización de la responsabilidad del estado, pero no se llega a aplicar con amplitud por varios factores, por fin con la actual carta magna se desarrolla con mas amplitud y se encuentra pendiente la viabilidad de su articulado desde la perspectiva de la aplicación.

Evolución histórica en el Ecuador.

Como prolegómeno a este capítulo cabe mencionar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana de finales del siglo XIX, que declaraba que los municipios son capaces de obligarse en términos de los artículos 2196 y 2311 del Código Civil, actuales 2252 y 2256³¹, es decir son capaces de ser declarados responsables por daños a los bienes de los particulares.

Para estudiar el desarrollo de la responsabilidad del estado, habría que hacer una pequeña referencia a la historia del contencioso administrativo en el Ecuador, deberemos remitirnos a la Constitución de 1906, en el que se otorga al Consejo de Estado, la competencia contencioso-administrativa, la que luego sería entregada al Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945, en la Constitución de ese mismo año, la conformación del Consejo de Estado lo convertía en un organismo más que nada político, por su integración, dado que la designación de sus integrantes nada tenía que ver con el quehacer institucional jurídico-administrativo. Lo que lo convirtió en órgano totalmente ineficaz y sin atribuciones concretas, ya que sus competencias habían sido escamoteadas en beneficio del Tribunal de Garantías Constitucionales que ejercía control tanto de la legalidad como de la constitucionalidad, lo que fue en franco detrimento de una labor que por su naturaleza, y en comparación a las de otros países debió ser una riquísima fuente de desarrollo jurisprudencial en

³¹ *Responsabilidad de los Municipios*, Gaceta Judicial, año I, N° 9, Quito, Marzo 4 de 1893.

nuestra materia. Pero la Constitución de 1946, devolvió la competencia al Consejo de Estado, en materia contencioso-administrativa, en 1962 se expide el reglamento del Consejo de Estado, en el que se establece la distinción entre recurso objetivo y recurso subjetivo, a pesar de la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en 1968, año en el que recién se creó una normativa expresa de lo contencioso-administrativo, éste estableció que este Tribunal era competente para conocer acerca de los recursos que se planteen contra de reglamentos actos y resoluciones.

La constitución de 1967, artículo 27.

El contexto histórico en el que se encuentra inmerso el Ecuador en la década de los años sesenta, está caracterizado, en lo interno por una serie de aventuras cuarteleras, los militares habían derrocado en 1963 a Carlos Julio Arosemena Monroy, y la paranoia anticomunista que se había desatado en Latinoamérica, en lo internacional; eran el marco político que definían nuestra realidad. Los militares ya en el poder, entregan el poder a Clemente Yerovi, quien convoca a una Constituyente, de la que saldrá la constitución de 1967, la que a decir del doctor Miguel Ángel Vela en su libro “Edición crítica de la Constitución Política de la República del Ecuador 1978-1998”, no provocó ninguna reforma estructural efectiva en la sociedad ecuatoriana, “esta constitución, como muchas de las dieciséis anteriores, son redacciones declarativas de buenas intenciones que, por diversas circunstancias, están impedidas de funcionar como el instrumento jurídico-político básico de una nación”.³² [...] Los mecanismos jurídicos de corte <francés o norteamericano> que teóricamente generan un equilibrio de poder entre los actores políticos están ausentes de la conciencia fáctica, de quienes tienen algo que ver en éste asunto [...]. Los conceptos kelsenianos de respeto a la norma superior simplemente no son entendidas, sino como declaraciones líricas e interesantes, a lo más como objeto de estudio...”³³.

La reflexión que hace el autor fue una dura realidad durante muchos años, y en el caso que nos ocupa, el texto que consagra la responsabilidad del estado quedó en eso que Vela llama *declaración lírica e interesante*, que no significó realmente un cambio en el respeto a los derechos de los ciudadanos, la misma redacción del artículo es deficiente, a continuación se expone el texto del artículo:

Art. 27 el Estado y mas entidades del derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes

³²Vela, Miguel Ángel: *Edición crítica de la Constitución Política de la República del Ecuador 1978-1998*, K&T, Kerse und Turf, Editores gráficos, Cia. Ltda., Llanganate Editores, Quito 1997, Pág. 247.

³³Vela, Miguel Ángel: *ibidem*, Pág. 246.

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

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

Como se puede apreciar, habla de “*particulares*” y no de *ciudadanos* como debería ser; ya que la concepción es diametralmente diferente, pues estos son un concepto propio de las relaciones entre personas individuales, noción vacía de contenido, y aquellos lo son de una perspectiva democrática y respetuosa de sus instituciones jurídicas que protegen los derechos y garantías constitucionales.

No hay que desconocer sin embargo el avance que significó esta Constitución, en materia de responsabilidad que instaura por vez primera para el estado ecuatoriano, el deber de responder pecuniariamente cuando cause daño a los ciudadanos, en el citado artículo 27 se consagra la responsabilidad patrimonial del estado en el marco de los servicios públicos. Y más allá de sus falencias, allanó el camino para el artículo 20 de la Constitución del 98 y el artículo 11 numeral 9 de nuestra actual constitución.

La responsabilidad del estado a pesar de su manifestación constitucional, no abandonó el cimiento civilista sobre el que se asentaba la institucionalidad jurídica en el Ecuador, por lo que no es posible encontrar en esta época un verdadero antecedente sobre la responsabilidad del estado desde la matriz del derecho público.

Fundamento constitucional

La premisa constitucional sobre la responsabilidad del estado le otorga una particular importancia y ha dejado de ser un referente únicamente de valor simbólico. En base a lo que Dromi llama la *ecuación constitucional*³⁴ la inserción del principio de responsabilidad estatal en la constitución, viene a restablecer el equilibrio, si por un lado se le da al estado el ejercicio de prerrogativas especiales de poder, por el otro impone un equilibrio al precario balance que de facto existe entre el estado y el ciudadano/administrado.

³⁴Dromi, José Roberto y Menem, Carlos: *La constitución Reformada, comentada interpretada y concordada*, 1ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, Pág. 75.

Desde otra perspectiva la validez y superioridad de la norma constitucional es otro de los axiomas sobre los que se asienta la institucionalidad jurídica de cada uno de los países en los que impera un orden constitucional, no hay pues norma superior a la constitución es ella válida por sí y ante sí (salvando la moderna corriente que admite la igualdad o superioridad de otras normas que hagan viable la aplicación de derechos humanos). La jerarquía formal kelseniana de la constitución, es un punto de partida. La estructura dispositiva que consagra la constitución responde a un condicionamiento histórico, político y social determinado, de cada periodo histórico, éste crea en su momento un sistema constitucional e impregna en él los valores que en su momento son exigencia político-social, hay entonces en el constitucionalismo una voluntad de consecución de estabilidad normativa y un principio explícito de supremacía de la norma constitucional, que es norma originaria, fundadora. Pero ésta es una concepción formal, que deja de un lado lo substancial del contenido de las reglas fundamentales, su razón de ser, su orientación política y social los valores que ella encarna o persigue. Solo si se unifican las dos concepciones el fundamento de la norma constitucional sobre la responsabilidad del estado, será completo.

Según el moderno constitucionalismo este tipo de normas tienen una suerte de vida propia que las hacen aplicables con una considerable automaticidad y que ha decir de algunos especialistas se trata de normas de ejecución propia. Concretamente la obligación de responsabilidad del estado tiene su origen en el derecho positivo constitucional, esta norma vale y genera un marco propicio para establecer responsabilidades, desde que la norma suprema lo ordena, no hay excusa posible, si los presupuestos de responsabilidad concurren.

La Constitución de 1998.-

El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado ecuatoriano estuvo expresamente consagrado en la Constitución Política de la República de 1998 y que tuvo una vida de 10 años, en la que se estableció que toda vez que la actividad de alguno de sus órganos cause un *perjuicio* a un habitante del estado, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra, se establecerá la responsabilidad del estado, consecuentemente nuestra constitución creó un *bloque constitucional* de normas en las que se concibe al estado ecuatoriano como responsable. Los textos son los siguientes:

Artículo 1. "El Ecuador es un Estado soberano, independiente, democrático y unitario. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable y alternativo."

Como uno de los principios fundamentales se declara que el gobierno del estado ecuatoriano es responsable, debe entenderse en su más amplio sentido esta declaración.

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

"Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios y empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hubieren causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes."

Este artículo en el primer párrafo establecía la responsabilidad del estado por lo que se conoce como *falla de servicio*. En el segundo párrafo se establece que para que opere el derecho de repetición en contra de los funcionarios debe existir una declaración judicial o sentencia en la que establezca que su actuación se la hizo con dolo o culpa grave.

El antecedente más directo del artículo 20 de la anterior norma suprema, lo encontramos en la constitución de 1967, en ambos artículos se hace mención al requisito de que el derecho de repetición del estado en contra del funcionario debe ser posterior a la declaración judicial de la actuación del mismo como en base a culpa grave o dolo, un autor reconoce que esta exigencia para hacer efectiva el derecho de repetición en contra de los funcionarios es totalmente retrograda y carente de sentido, ya que a la culpa grave "difícilmente llega a ella el mas vago de los vagos", es decir será virtualmente imposible establecer la responsabilidad del funcionario frente al estado por culpa grave, ya que sería necesario una total inoperancia, la que debería ser demostrada y probada ante el juez, y de las otras especies de culpa nada se dice y se deja a salvo la incuria, la irresponsabilidad, la dejadez o el abandono, la improvisación, en el obrar mediocre e inconsciente de los funcionarios.

Si bien el artículo 20 de la Constitución del 98, prescribía que la responsabilidad de los funcionarios y empleados que incurran en la comisión de los actos dolosos o calificados como de culpa grave, se hará efectiva contra el funcionario respectivo, no había norma adjetiva a través de la cual se cumplirán estas disposiciones, por lo mismo, existiendo la norma de carácter sustantivo, no se ha

previsto el trámite para ejecutar éste derecho.

La importancia que tuvo el artículo 20 de la Constitución, estribaba en que contemplaban otras posibilidades, como la actuación de personas que no se las podía considerar funcionarios públicos, en toda regla, o las entidades no estatales que manejan recursos públicos o que prestan servicios públicos a nombre del estado, por concesión por ejemplo, además debía admitirse la responsabilidad de los organismos de régimen seccional autónomo, en definitiva este artículo daba lugar a una amplia interpretación, recurriéndose a los otros artículos de la constitución y su contexto normativo.

El artículo 120 de constitución de 1998, prescribía la responsabilidad de los miembros del sector público en los siguientes términos:

Art. 120. No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de *responsabilidades* por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.

Tal artículo evidentemente establecía un tipo de responsabilidad que no es la del estado propiamente hablando, es la del funcionario, se trata de responsabilidad administrativa, es él quien deberá responder por su actuación u omisión, el contexto jurídico es muy amplio y responde a una exigencia lógica, el estado y los funcionarios están cada vez mas compelidos a enmarcar su actuación conforme a la ley y yendo mucho más allá, que es más que la simple actuación conforme a la ley, formalmente hablando; esta actuación debe ser en base al respeto de los derechos humanos.

En la misma línea se enmarca el artículo 121 que determina las normas sobre la responsabilidad pública. Es perceptible que actualmente en nuestra constitución el bloque constitucional sobre la responsabilidad ya sea del estado o de los funcionarios, es muy amplio y las posibilidades que de ello derivan van en beneficio de instituir un sistema autónomo de responsabilidad del estado eficaz y que se rija en base a normas propias, el camino ha comenzado a ser recorrido con la evolución que se inició con las anteriores constituciones, las exigencias desde la ciudadanía irán impulsando con fuerza los cambios que se requieran para llegar al ideal de respeto a los derechos ciudadanos.

| |
|--|
| <p>Conclusiones: El Ecuador hay un retraso manifiesto con respecto a otros países en esta materia nuestros antecedentes normativos bien hubieran podido permitir su aplicación pero la falta de</p> |
|--|

sensibilidad sobre esta necesidad ha hecho que nos mantengamos en la periferia del desarrollo en este tópico. Es necesario rescatar que ha debido ser la nueva constitución la que eleve nuevamente a rango de Derecho Constitucional Fundamental, la posibilidad de reclamar indemnizaciones, cual es la gran diferencia con las otras constituciones, ya que se ha reconocido que al menos desde la de 1967 ya existía este derecho? La novedad radica en que nuestro estado se reputa como un “estado de derechos y justicia constitucional” que crea un paradigma inédito en nuestra realidad.

CAPITULO III

Introducción: En este capítulo nos proponemos adentrarnos ya en el marco legal que regula esta institución, como se mencionó la Constitución de Montecristi es la que marca un nuevo punto de partida, a instancias de ella se dictó la Ley de Garantías jurisdiccionales que regula todo lo relacionado con el establecimiento de la Responsabilidad del Estado en el contexto de la interposición de las Garantías Jurisdiccionales, en dicha ley además se regula el procedimiento tanto para la declaración como para el establecimiento del monto que deberá pagar el estado y ante qué juez es el competente; además debemos recordar normas como el mismo Código Civil, el código Organico de la Función Judicial, o la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, el ERJAFE, en la ley de Garantías hallamos todo un entramado jurídico que permite incluso la acción de repetición contra el agente del servicio público que ha generado un hecho dañoso.

La Constitución del 2008.-

En el artículo 11, numeral 9, nuestra Constitución plasma el principio de la responsabilidad pecuniaria del estado, en los siguientes términos:

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

...

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

Cuando este párrafo de nuestra norma suprema, manda que el Estado estará "...obligado reparar las violaciones a los derechos de los particulares...", el legislador constituyente trató de darle al ciudadano una herramienta eficaz para la defensa de sus derechos personales e instituir el principio del estado pecuniariamente responsable, a partir de este momento el estado es un justiciable hasta cierto punto, común, o al menos eso sería lo deseable, es lo que muchas corrientes de pensamiento vienen exigiendo del estado, creemos que para llegar a ese punto, el estado ecuatoriano deberá pasar por un proceso de reestructuración que facilite el inicio de un desarrollo de la administración

pública y de sus servicios, por ahora se han dado pasos importantes (como la actual reestructuración de la Función Judicial), falta mucho.

El segundo párrafo de este numeral dice:

#9. ...

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

Una de las más grandes aspiraciones para la plena aplicación de la teoría del estado responsable es la posibilidad del derecho de repetición en contra del funcionario o funcionarios por cuya falta se produjo los daños, sobre todo debe considerársela como una garantía de previsión o control de los actos de los funcionarios públicos, este numeral difiere diametralmente del de la anterior constitución, en el sentido de que ya no exige que sea la actuación del funcionario sea declarada judicialmente, por culpa grave o dolo, pero está exigencia si la trae la nueva ley de Garantías Constitucionales en su artículo 67 y que conlleva las mismas limitaciones, por la exigencia de que sea la culpa grave o el dolo las que motiven la obligación de resarcir al estado.

El siguiente párrafo recoge el contenido del anterior artículo 21 de la Constitución del 98, que establece un tipo de responsabilidad estatal muy específico y que ha sido desarrollado principalmente gracias a los aportes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos por la responsabilidad del estado, en casos de errores o fallas del sistema judicial, que produjeron violaciones específicas a los Tratados y Convenios Internacionales y a la propia normativa constitucional sobre Derechos Humanos, tal párrafo dispone:

...

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

La importancia de la responsabilidad del estado por error judicial es innegable, la misma deberá ser tratada de manera especializada y ampliada, al respecto cumplimos con nuestro deber, resaltando su trascendencia y rescatando ciertas notas comunes con la responsabilidad por falla de servicio y sus diversas clasificaciones y subclasificaciones, se prefiere pasar tangencialmente en este tema por considerársele que rebasa las intenciones de este trabajo.

La Constitución actual del Ecuador es verdaderamente incisiva al momento de tratar la compleja problemática de los servicios públicos desde la perspectiva de los ciudadanos, a quienes se les asegura con rango de garantía constitucional el acceso a servicios públicos y ya no desde un artículo específico; la integralidad de la nueva constitución está pensada en ese sentido, ellos están previstos en el Título II, que a partir del artículo 10 hasta el 82 reconoce in extenso una amplísima gama de derechos y garantías constitucionales a favor de los ciudadanos.

El artículo 52 de la norma suprema, que comienza refiriéndose a los usuarios como “personas”, se ha omitido deliberadamente el concepto de “ciudadanos”, para no ofrecer posibilidades de caer en errores de interpretación, pudieran hacer pensar que solo los “ciudadanos ecuatorianos” pueden beneficiarse de estas garantías, hecha esta precisión, hay que remitirse a la norma citada:

Personas usuarias y consumidoras

Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo subsiguiente consagra una vieja aspiración en la búsqueda de la plena responsabilidad estatal, cuando dispone:

Art. 53.- Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y

consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.

El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.

De esta forma el estado ecuatoriano se convierte por orden del propio texto constitucional en un justiciable común, su explicitud me exonera de comentarios sobre el alcance de su disposición, sin embargo, precisemos que cuando se dispone “El Estado responderá civilmente...” ha de entenderse que quiere decir que responderá pecuniaria o patrimonialmente, el contexto general de este trabajo trata de explicar y justificar el abandono de consideraciones meramente civilistas en materia de responsabilidad del estado o de la administración, por las razones que se esbozan en el mismo.

El artículo subsiguiente, el 54, consagra un sistema de responsabilidad del estado en base a la teoría de la <falta del servicio>, veamos lo que dispone el artículo en mientes:

Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

...

No se puede pasar de soslayo dos aspectos que resultan del análisis de esta norma, en primera, este artículo no hace distinciones entre prestadores de servicios privados o públicos, debemos entender, en plena aplicación de los principios de ponderación y progresividad, bien admitidos, suficientemente explicados y comprendidos en materia de hermenéutica constitucional, que la obligación de reparar es general, ya se trate del sector público o del privado; en segunda instancia consagra la posibilidad que una persona (física) pueda ser declarada tanto civil como penalmente responsable, poniéndonos en el caso que muchas veces se ha querido confundir deliberadamente en la aplicación del principio *non bis indem*, puedo anticiparme sosteniendo que este es un asunto que ha sido solventado en múltiples fallos del principal Órgano de Administración de Justicia constitucional de nuestro país³⁵.

³⁵Al respecto vale la pena revisar la resolución N° 0836-2004-ra, del 12 de abril de 2006. cuyo magistrado ponente: fue el Dr. Tarquino Orellana Serrano, de la primera sala del Tribunal Constitucional en el caso signado con el N° 0836-2004-RA, en lo pertinente sostiene:

Fundamento Legal.-

Para estudiar la realidad legal ecuatoriana hay que hacer dos grandes distinciones básicas, la primera es discriminar si se trata de responsabilidad en el ámbito del Derecho Civil y en segundo lugar determinar si estamos frente a la responsabilidad del estado desde el derecho público.

Responsabilidad de Derecho Civil.-

En un primer periodo de responsabilidad estatal estaba regida por normas de derecho privado, el juzgador una vez que conocía sobre una pretensión indemnizatoria en el esquema extracontractual debía aplicar la normativa establecida en el Código Civil en su Capítulo XXXIII que trata de los Delitos y Cuasidelitos, mismos que son fuente generadora de responsabilidad, tal capítulo consagra los dos tipos clásicos de responsabilidad extracontractual, la responsabilidad directa 2214, 2216, 2217, por el hecho propio, y la responsabilidad denominada indirecta que se subdivide en la responsabilidad por el hecho de un tercero 2219, 2220, 2221, 2222; la responsabilidad por el hecho de las cosas que le pertenecen o están bajo su cuidado, artículos 2250, 2223, 2224, 2226, 2227 2228; y la responsabilidad por actos que conllevan riesgo 2229.

El plazo para su prescripción es de cuatro años, artículo 2235.

Así mismo deberá seguirse el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil. Ese es el ámbito legal desde el esquema del Código Civil.

La nota saltante al respecto de la responsabilidad de Derecho Civil es que se funda en la existencia de culpa de su agente comisario, ósea que si se demuestra que no hubo culpa no se puede esperar reparación, lo cual la vuelve diametralmente diferente a lo previsto en Derecho público.

Responsabilidad de Derecho Público.-

Dentro de lo referente al ámbito de la responsabilidad en derecho público hay que establecer las posibilidades contempladas en diferentes cuerpos legales, el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Ley Orgánica de la Función Judicial y la Ley de Organica de Garantías Jurisdiccionales y Control

SÉPTIMO.- Que, el accionante, en resumen, ha manifestado que la Constitución Política de la República en el numeral 7 de su artículo 24 establece la garantía constitucional de la presunción de inocencia y el *non bis in idem*. Garantías que no pueden entenderse reducidas al campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que deben entenderse también aplicables a la adopción de cualquier tipo de resoluciones que produzcan en las personas un resultado sancionatorio o limitativo de derechos, por lo cual, si entendemos que el ilícito penal y el ilícito administrativo comparten una igualdad sustantiva, entonces el principio *non bis in idem* impide, con carácter general, que la misma conducta sea sancionada por la vía penal y por la vía administrativa. Ante lo cual, la Sala considera, que si bien tal aserto es en principio correcto en abstracto; sin perjuicio del mismo, la propia doctrina administrativa establece la singularidad y autonomía de las responsabilidades administrativas en relación con las responsabilidades penales, pues, los hechos y actos de los sujetos de derecho pueden efectivamente general responsabilidades independientes en el campo administrativo y penal.

Constitucional, que están íntimamente vinculadas:

El Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.-

El Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva o ERJAFE, establece mecanismos jurídicos que regulan los procedimientos administrativos para demandar daños y perjuicios en sede administrativa, es decir directamente a las entidades o instituciones de las administraciones públicas central o institucional, a partir del artículo 209, los artículos siguientes el 210 y el 211 señalan los caracteres del daño en el primer caso y establece la antijuridicidad del mismo en el segundo, el 212 establece la subsidiaridad de la vía administrativa con relación al contencioso administrativo, huelga decir que la Ley de Modernización en su artículo 38 establece que es totalmente discrecional para el administrado recurrir indistintamente a la vía administrativa o directamente al contencioso administrativo; por lo tanto con esta legislación se rompe con la regulación que ordenaba el agotamiento de la vía administrativa previo a cualquier reclamo judicial.

Una de las limitaciones que tiene este cuerpo normativo es que sus disposiciones son aplicables en un campo bastante restringido, el artículo 2 de este estatuto delimita su ámbito de aplicación, quedando de lado otros sectores de la administración pública.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.-

Por mandato expreso del artículo 38 de la Ley de Modernización son competentes los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en la resolución de las demandas por indemnizaciones de daños y perjuicios en sede judicial, y bajo los parámetros dispuestos por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El problema que se desprende en esta jurisdicción es la de encasillar a las demandas en contra del estado con pretensiones indemnizatorias, en uno de los esquemas estrictamente establecidos en este cuerpo legal que hace una distinción entre “recurso subjetivo” o de plena jurisdicción, “recurso objetivo” o de anulación y el de la acción de lesividad. Se verá en la práctica que existen diferencias casi irreductibles con los dos tipos de recurso y las acciones de indemnización en contra del estado.

El artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dice:

Art. 6.- No corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa:

...

c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales,

a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso - administrativa.

Por lo tanto, solo la determinación del monto de las indemnizaciones corresponde a ésta jurisdicción, pero como se sabe la cuestión de la indemnización en materia de responsabilidad estatal es solo unos de los aspectos de la misma, y tanto mas que de la redacción del mismo artículo el espectro de posibilidades de aplicación de tal norma es ciertamente limitado, de manera que por mandato legal se halla restringido un tratamiento más amplio y razonable de esta cuestión.

El Código Orgánico de la Función Judicial

Esta ley en su artículo 15 recoge las dos responsabilidades básicas, la del funcionario que debe responder civil, administrativa o penalmente y la del estado, por los daños que se provoquen; a partir del artículo 32, establece un mecanismo concreto para el enjuiciamiento en contra del estado “por inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria”, en esta norma se continua el proceso de consolidación de ciertos tipos de responsabilidad por mandato expreso de una ley³⁶, el rasgo saltante del procedimiento establecido es que el juez natural de la administración, evidentemente es el contencioso administrativo, su plazo de prescripción es de cuatro años.

La demanda se la debe dirigir directamente contra el estado, en este caso contra el organismo de la administración pública encargado de la administración de justicia, en la persona de su máxima autoridad administrativa, quien ejerza la Presidencia del Consejo de la Judicatura.

Así mismo se establecido el derecho de repetición del estado contra el funcionario por cuya causa se ha debido indemnizar, lo llamativo de esta ley es que no se exige previamente requisitos en la conducta del funcionario para que este sea obligado a indemnizar a devolver a la administración lo que esta ha pagado, como si o hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales que exige que para que opere la responsabilidad del funcionario hacia el estado, su conducta deberá ser calificada como de culpa grave o dolo (Arts. 67 y 72 LOGJYCC).

No obstante lo dicho, los artículos 33 y 34, de esta ley adolecen de una oscuridad en su redacción

³⁶Se conoce que el 13 de enero del 2010 se remitió a trámite a la Asamblea Nacional, un proyecto de ley sobre Mala Practica Medica y Responsabilidad, de su lectura resulta que a pesar de contemplar la probable responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, se centra fundamentalmente en la responsabilidad individual de las personas físicas que prestan servicios de salud, por lo que contempla penas de carácter penal.

que puede dar lugar serios predicamentos, ya que primeramente se dispone que en el mismo proceso de demanda contra el estado, se ventile sobre la responsabilidad del funcionario y que una vez que se declare que los funcionarios no han podido justificar su conducta, el estado debe pagar y de inmediato utilizar un procedimiento coactivo para ejercitar el derecho de repetición en su contra y sin embargo el artículo 34 de esta ley establece un procedimiento para perseguir la <responsabilidad personal> del funcionario que se deberá hacerlo por la vía verbal sumaria, en otras palabras aplicando las normas sobre responsabilidad, culpa y dolo previstas en el Código Civil.

Lo trascendente del artículo 33 es que su redacción sugiere lo que se podría denominar como es una verdadera subversión al orden jurídico:

...

Las servidoras o servidores tendrán las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, *pero están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor*. No se admitirá como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica. (Negritas y cursivas insertas)

Este artículo le impone al funcionario judicial la obligación de ser él quien demuestra su inocencia.

Otro aspecto que resulta poco claro es lo referente al artículo 34, que surge con la novedad de la *responsabilidad personal* del funcionario que debe ser ventilado por vía civil, es evidente que no se trata de un juicio para establecer el derecho de repetición, puesto eso se lo hará vía coactiva como ya se vio, entonces surge la pregunta ¿cual es la finalidad de establecer la *responsabilidad personal* del funcionario mediante este proceso?, si tanto el primero como el segundo inciso, del artículo 32 ya nos dicen cuales son los casos de responsabilidad en el ámbito de la administración de justicia³⁷, en los cuales únicamente se faculta a demandar a la administración y no al funcionario como persona, sería peligroso y significaría un retroceso, que se le imponga al ciudadano la obligación de perseguir judicialmente al funcionario judicial, lo que conllevaría un sinnúmero de dificultades, prácticas sobre todo; la solución que ha adoptado la Ley de Garantías Jurisdiccionales es la más idónea, el perjudicado, por decisión previa del Juez constitucional, persigue indemnización contra el patrimonio del estado, y es éste, el que de hallarse merito, el que deberá <intentar> repetir contra el

³⁷ 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.

funcionario.³⁸

La ley de Garantías Jurisdiccionales

Con la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por la Asamblea Nacional, en septiembre del 2009, el instituto de la Responsabilidad del Estado ha sufrido un impulso de trascendencia histórica, a partir de la entrada en vigencia de esta norma, el Ecuador cuenta ya con un sistema constitucional-legal en materia de responsabilidad pecuniaria del estado.

Las posibilidades son amplias y múltiples en este sentido, lo que en adelante ocurra deberá ser valorado desde el prisma de la aplicación de esta ley, la misma que crea un completo sistema de establecimiento de responsabilidad pecuniaria del estado, a través de la interposición de cualquiera de las acciones constitucionales.

El profesor Ramiro Ávila Santamaría nos resume su visión de las Garantías Constitucionales en la Constitución de Montecristi 2008, en comparación con la de 1998, de esta manera:

La garantía, en la Constitución de 1998, se la entiende ligada, fundamentalmente, a la acción judicial y subsumida en el título que reconoce los derechos. El capítulo VI de ésta, que se denomina “de las garantías de los derechos”, enumera cuatro garantías: el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo y la defensoría del pueblo(9). Aunque existe una norma que establece la obligación general de respeto a los derechos humanos como el más alto deber del Estado(10), esta norma no se operativiza como garantía sino a través de lo judicial. En este sentido, la concepción de la garantía es restrictiva.

En cambio, la Constitución del 2008 le da al tema una relevancia fundamental y lo concibe de manera integral. La garantía corresponde a un título independiente de los derechos y no se restringe a lo judicial...

...las garantías son de tres tipos: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales. Por las garantías normativas (Art. 84), cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar reglamentos, los

³⁸Sobre los riesgos y la fantasía de la aplicación de la pretendida responsabilidad personal de los funcionarios judiciales ampliar en “Responsabilidad de los jueces y del estado”, de Martín Bermúdez Muñoz, que subraya la inaplicabilidad de las normas sobre responsabilidad del los funcionarios a título personal, lo que en Colombia dio paso a la responsabilidad del estado en última instancia, Bermúdez Muñoz, Martín: *La Responsabilidad de los jueces y del Estado*, 1ª edición, Ediciones Librería Profesional, Bogotá, 1998. Pág. 96 y ss.

concejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, están obligados a adecuar esa norma a la Constitución y a desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, los derechos; por las garantías políticas (Art. 85), cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos; finalmente, por las garantías jurisdiccionales (Art. 86-94), los jueces controlan que los actos públicos no violen derechos. No existe, en otras palabras, poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido. De esta forma, el enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos (Art. 11.9) cobra sentido.

La Constitución de 1998 al regular las garantías, particularmente el amparo y el hábeas corpus, lo hace como acciones cautelares. Esto es que solo proceden excepcionalmente cuando se produce una violación de derechos que tiene la característica de grave e inminente. Desde esta lógica, las violaciones de derechos que no califican bajo estos parámetros, simplemente no son exigibles constitucionalmente. Se supondría que existe una acción en el derecho ordinario que declarararía la violación del derecho y la reparación. Esa acción, cuando el agente violador es el Estado, debería encontrarse en el derecho administrativo. Sin embargo, el derecho administrativo en Ecuador no se ha desarrollado ni tampoco se ha visto como un camino adecuado para la exigibilidad de derechos.

En cambio, la Constitución del 2008 precisa los conceptos y llena un vacío intolerable en el derecho ecuatoriano, al establecer que las garantías son tanto cautelares como de fondo o conocimiento. Se solicita la medida cautelar cuando se trata de evitar una violación, acción preventiva, o cuando se debe detener el cometimiento de una violación de derecho, acción que hace cesar un acto; no importa la gravedad. Se solicita la acción de protección cuando la violación ya se ha consumado y es una acción reparadora.³⁹

Las garantías jurisdiccionales eran con la constitución anterior, un método meramente cautelar, ahora en el nuevo marco constitucional y por esta nueva ley, la responsabilidad adquiere una

³⁹ Ávila Santamaría, Ramiro: *“Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008*, en la revista: *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, V&M Gráficas, Quito 2008, Pág. 93 y ss.

naturaleza muy distinta, en adelante es exigible de una manera totalmente expedita, la ley dispone que el juez constitucional declare la responsabilidad del estado y que conlleva la consecuente reparación por los daños causados, cuyo monto será objeto de debate procesal ante el juez natural del estado, el contencioso administrativo, es decir se pasa de lo cautelar, a lo reparatorio.

Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.

Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo.

Otra de las innovaciones y avances que se desprenden de la ley es la amplitud de las acciones en las que se puede determinar responsabilidades, pues sin restricciones los alcances de sus disposiciones deberán ser aplicadas en materia de responsabilidad estatal, cualquiera de las acciones jurisdiccionales puede desencadenar la obligación de resarcimiento de la administración.

El artículo 7, de modo muy abierto y continuando con el proceso de desarrollo del instituto de la responsabilidad, determina que las autoridades competentes para conocer, sustanciar y juzgar las acciones constitucionales ya descritas, son los jueces de primera instancia, que dicho sea de paso están al alcance de casi todos los ciudadanos en el Ecuador; mediante esta ley se reafirma la naturaleza garantista de todos los jueces de instancia, que ya venían ejerciendo de jueces constitucionales en aras de la plena aplicación del principio de supremacía de la norma constitucional, en este sentido no existe mayor cambio:

Art. 7.- Competencia.- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos...

De la declaración a la reparación.-

Se ha pasado de la sola declaración a la reparación, se le endilgaba a la anterior acción o recurso de amparo constitucional, el ser únicamente un medio precautelatorio “no reparatorio”; con esta ley el juez tiene plena capacidad para establecer la responsabilidad del estado o del particular que preste servicios públicos, y que esto permita a su vez, la búsqueda de reparaciones económicas. Es muy positivo que sea la propia ley, la que haga distinciones de aquello que es susceptible de reparación, pues como se ha dicho los daños que se pueden sufrir, no solo son materiales sino también inmateriales.

Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. **La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.**
(resaltado inserto)

El primer párrafo, en su última parte denota la profunda concepción humanista que ha impregnado su promulgación, porque además de la evidente obligación de reparar, establece medidas de carácter netamente preventivo y sanciones de carácter <moral> para la persona de derecho público que sea declarada responsable, que son medidas no cuantificables en dinero, como por ejemplo la obligación de reconocimiento público del daño, del error o perjuicio causado y sus correspondientes disculpas públicas, y en esta misma línea algo que es igual de relevante, es que se puede establecer así mismo la obligación de adoptar medidas que garanticen “...que el hecho no se repita”, es decir medidas de naturaleza preventiva, el establecimiento de responsabilidad del estado, tiene como una de sus finalidades, la preventiva, que es una forma de garantizar los derechos ciudadanos.

El segundo párrafo desarrolla con meticulosidad la forma de reparación, que como ya se dijo, puede ser no solo por el daño físico, sino también por el inmaterial, moral o psicológico, lo cual deja un mínimo o inexistente resquicio para la alegación del peregrino y baladí argumento que muchas veces hemos escuchado sobre la inexistencia de norma secundaria para la aplicación, sobre la aplicación de la responsabilidad del estado, además podemos ver que se adoptan métodos de

valoración de daños previstos en la legislación civil, como es el caso del cálculo del lucro cesante y daño emergente.

Art. 18.- ...

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente. La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

Un aspecto de importancia capital que debe resaltarse es el carácter sumarísimo de este procedimiento, su versatilidad y su agilidad, pero hay que tomar en cuenta que en definitiva y en última instancia, el perjudicado que busque ya propiamente hablando, la reparación económica por el daño sufrido deberá acudir ante el juez civil o contencioso administrativo, y todo lo que aquello conlleva, contingencias y avatares de la administración de justicia. Huelga reconocer que para que haya un impulso definitivo y no quedarnos en medio camino en lo atinente a la responsabilidad estatal, ya que la duración de procesos de estas características tanto en las jurisdicciones civiles o como en las contencioso-administrativas pueden conducir a una doble victimización para el ciudadano, es menester que se profundice en el mejoramiento del sistema de administración de justicia nacional.

La siguiente etapa dentro del proceso de encauzamiento del estado, es que con la determinación del

daño existente por parte del juez de instancia o constitucional, el establecimiento de la cuantía a recibir deberá, como se anticipó, ventilarse dependiendo de los casos, los cuales están previstos en la misma ley, en dos jurisdicciones la civil o la contenciosa administrativa, y no solo se deberá establecer la cuantía de la indemnización, sino una vez en esta etapa individualizarse, a él o los beneficiarios de la indemnización, puede ocurrir que haya más de uno y la intensidad de los daños que efectivamente causó el estado, sea variable, porque esta puede estar confundida con la responsabilidad de alguna persona particular, es por eso que no se debe considerar a la responsabilidad del estado totalmente *objetiva*, puesto que si se la aplicará sin consideraciones, por este sistema la administración, responde por todos los daños verificados⁴⁰, cuando muchas veces es difícil establecer la intensidad de la responsabilidad estatal.

Art. 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.

Ahora bien, si se trata del estado habrá que acudirse ante el contencioso administrativo, pero si se trata de un particular esta ley dispone que sea el mismo juez que estableció la responsabilidad u obligación de indemnización, quien en juicio verbal sumario deberá determinar el monto que el particular deberá pagar, luego entonces ¿qué ocurre si la acción ha recaído sobre un juez de la Niñez y de la Adolescencia? o ¿uno laboral o penal? etc.,? las dudas vienen del nivel de complejidad que tiene la cuestión reparatoria ya que estos trámites exigen un nivel de preparación y conocimiento que obliga nuevamente a la administración de justicia a estar acordes a las nuevas exigencias.

El “Derecho” de Repetición

Con la constitución anterior ya estuvo prevista la posibilidad del derecho de repetición en el inciso segundo del artículo 20, en contra de los funcionarios que hubieran comprometido, con su accionar doloso o culposo la responsabilidad del estado, pero el argumento hartó socorrido fue la inexistencia de la norma secundaria que viabilizara la aplicación de este mandato constitucional, por lo que no se conocen experiencias o casos reales en los que se pueda comprobar su aplicación.

⁴⁰Según la Constitución del 2008, casi por excepción, así debe entenderse, se establece un tipo de responsabilidad *objetiva* y *subsidiaria* por daños ambientales, según los artículos 396 y 397, admitir lo contrario sería un peligroso riesgo para el fisco.

La Ley de Garantías Constitucionales vigente en su artículo 20 y otros más, regula como norma secundaria, con un procedimiento propio, este mandato constitucional:

Art. 20.- Responsabilidad y repetición.- Declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular.

En el caso de la responsabilidad estatal, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes, y a la Fiscalía General del Estado en caso de que de la violación de los derechos declarada judicialmente se desprenda la existencia de una conducta tipificada como delito. Si no se conociere la identidad de la persona o personas que provocaron la violación, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad pública para que determine sus identidades.

De la lectura del artículo 20 se podrían generar algunas dudas, en lo relativo al establecimiento de cuál es el juez competente, para que garantice el pago de los daños por parte del funcionario encausado, el primer párrafo de manera escueta manda que “*Declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular*”⁴¹, no obstante hay que revisar el contexto general de la propia ley y sobre todo su artículo 67 y subsiguientes.

El segundo inciso prevé dos posibilidades; *primera*: que en caso de responsabilidad estatal se remitirá el expediente ante la autoridad máxima (la de la institución o persona pública) para que investigue en el seno de la propia administración, pero no olvidemos que esta autoridad solo puede determinar <responsabilidad administrativa>, que es de naturaleza disciplinaria y que si bien puede ser pecuniaria, solo será en relación el monto del sueldo, salario, estipendio o remuneración, y nada relacionado con los montos de indemnización (que usualmente son altos) de daños por el perjuicio efectivamente causado, y *segunda*: se dispone, en caso de presumirse la existencia de un delito, la remisión del expediente a la fiscalía a través de la cual el juez de garantías penales puede establecer responsabilidad penal, que a su vez puede también motivar establecimiento de responsabilidad pecuniaria, vía demanda de daños y perjuicios, ¿será que el agente público deberá pagar dos indemnizaciones? ¿Una por el derecho de repetición del estado y otra por los daños y perjuicios?,

⁴¹Cuando dice “persona particular”, ha de entenderse que se refiere a las personas particulares físicas o naturales, o persona jurídica, que presten servicios públicos.

ciertamente no, el principio *non bis in idem* seguramente se impondrá.

Recordemos que según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas repetición es: “Por antonomasia el derecho y la acción para reclamar y obtener lo pagado indebidamente o lo anticipado por cuenta de otro”⁴² por lo que se entiende que esta obligación debe ser *ex post*, ósea, este deber es exigible únicamente después de que el estado ha pagado todo o parcialmente la indemnización, o en su defecto se ha comprometido al pago, al o a los perjudicados, ésta obligación jamás puede ser anterior a la determinación de si hubo o no atentado a derechos constitucionales, que deberá hacer el juez constitucional.

Nuestra interpretación del artículo 20 es la siguiente, tomando en cuenta las diferencias entre responsabilidades: la administrativa, la civil o pecuniaria, y la penal, además que existen cuestiones, como el debido proceso, en favor del funcionario; de esta forma una vez que el juez constitucional ha determinado la violación de derechos constitucionales, por parte de una institución pública; deberá remitir el expediente ante el juez contencioso administrativo para que él determine el monto de la indemnización que debe pagar el estado, luego recién que se ha establecido la obligación de reparación.

Para el funcionario público que ha obrado dolosamente o aun con culpa grave, se generan posibilidades de eludir eventuales responsabilidades, *ergo*, si hemos mencionado que la acción de repetición solo opera una vez que el estado ha pagado efectivamente al perjudicado, mientras se sustancia todo este proceso, lo cual puede durar mucho más allá de lo digan los plazos legales, de hecho esto le dará tiempo para que este ponga a buen recaudo a sí mismo o a sus bienes, y por otra parte la extrema dificultad de demostrar el dolo o la culpa grave, que así mismo deberá ser declarada por el juez que conozca de la demanda de repetición.⁴³

A partir del artículo 67, de la ley establece un procedimiento jurídico para que el estado recupere el dinero que ha efectivamente pagado, como ya se indicó, la sola declaración de atentado o daño a derechos constitucionales por parte del estado, no genera obligación *per se*, de parte del funcionario de indemnizar al estado por su obrar dañoso.

Por ventaja es la misma ley la que soluciona esta potencial fuente de conflictos:

⁴²Cabanellas, Guillermo, *ibidem*, Pág. 152.

⁴³Esta ley no permite medidas cautelares personales, solo reales contra el funcionario público.

Art. 67.- Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.

Es decir el plazo de prescripción de la acción de repetición contra el funcionario es de tres años a partir del pago efectuado por parte del estado. En el artículo 70 en el literal b, como requisito de admisibilidad se debe adjuntar a la demanda el “El justificativo de pago por concepto de reparación material realizado por el Estado.”, requisito insubsanable y sin el cual de ninguna manera podrá admitirse a trámite una acción o demanda de repetición.

Nos parece interesante señalar que en esta ley se mantienen los requisitos de *dolo* y *culpa grave*, para establecer el derecho de repetición contra el funcionario público, en el caso del dolo es evidente debe continuar en nuestro sistema jurídico-legal, si entendemos al dolo como *la actuación con intención dañosa de perjudicar a otro en sus derechos, en sus bienes o en su persona*, que debe seguir siendo motivo de persecución judicial y juzgamiento; pero la gradación que se hace en el Código Civil sobre la culpa como noción jurídica, ha sufrido en otras legislaciones profundos cambios y sobre todo en materia de responsabilidad estatal, va perdiendo cada vez la significación que algún momento tuvo, en beneficio de otras consideraciones.

Según el artículo 68, la legitimación activa para proponer demandas de repetición, la tienen como es obvio, no solo la máxima autoridad, sino también por mandato de esta misma norma cualquier persona:

Art. 68.- Legitimación activa.- La máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación. Cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado ha reparado a la víctima, intervendrá el representante legal de la institución. Se contará, para la defensa de los intereses del

Estado, con la intervención de la Procuradora o Procurador General del Estado. En caso de que la máxima autoridad fuere la responsable directa de la violación de derechos, el patrocinio de la causa lo asumirá la Procuraduría General del Estado.

La jueza o juez deberá poner en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad responsable y de la Procuradora o Procurador General la sentencia o auto definitivo de un proceso de garantías jurisdiccionales o del representante legal del Gobierno Autónomo Descentralizado.

Cualquier persona puede poner en conocimiento de la Procuradora o Procurador General la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material.

De igual forma, cualquier persona podrá interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. La acción no vincula procesalmente a la persona. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente deberá comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la entidad y la Procuradora o Procurador General no podrá excusarse de participar en el procedimiento de repetición.

En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra.

No debemos pasar de soslayo la importancia de estas disposiciones ya que una de las peores formas de violación a los derechos y garantías ciudadanas era precisamente la impunidad, por la imposibilidad de ejercer a plenitud acciones judiciales por las exigencias de carácter procesal que debían cumplirse como el de la <legitimación activa>, que ahora en el caso de la interposición del derecho de repetición se la concede a todos los ciudadanos, que puedan actuar legalmente, esta ley se ciñe al marco constitucional y beneficia a los intereses de transparencia de la función pública, ya que hay acción popular para la búsqueda del derecho de repetición.⁴⁴

⁴⁴Titularidad para poder accionar: acudir ante una autoridad judicial y poner en conocimiento la existencia de una violación de derechos se denomina legitimidad activa. en el derecho clásico, vinculado con el derecho privado, la idea dominante es que el titular del derecho subjetivo es quien tiene derecho a presentar una acción. en el derecho público, en cambio, es de interés general que no se produzcan violaciones a los derechos y, por tanto, la titularidad es popular.

Al interior de la entidad administrativa encausada por violaciones a los derechos constitucionales se deberá emprender una investigación para el establecimiento, de algo que es fundamental: la identidad de el, o de los funcionarios, por cuya causa el estado ha sido responsabilizado.

Art. 69.- Investigación previa a la demanda.- La máxima autoridad de la entidad deberá determinar, previa a la presentación de la demanda, la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación o violaciones de derechos. La máxima autoridad de dicha institución estará obligada a identificar al presunto o presuntos responsables, aún en el caso de que ya no continúen trabajando para dicha institución.

De no determinarse la identidad de los presuntos responsables, la Procuradora o Procurador presentarán la demanda en contra de la máxima autoridad de la entidad. En caso de existir causal de imposibilidad para la identificación o paradero del presunto o presuntos responsables de la violación de derechos, la máxima autoridad de la institución podrá alegarla en el proceso de repetición.

En caso de existir un proceso administrativo sancionatorio, al interior de la institución accionada, en el que se haya determinado la responsabilidad de la persona o personas contra quienes se debe interponer la acción de repetición, servirá de base suficiente para iniciar el proceso de repetición.

La investigación prevista en este artículo no podrá extenderse por más del término de veinte días, transcurrido el cual la máxima autoridad de la entidad o la Procuradora o Procurador General deberá presentar la demanda.

Es evidente, que una investigación de apenas 20 días podría dar lugar a que opere lo que la misma ley ha previsto, “causal de imposibilidad para la identificación [del funcionario responsable]...”, por la dificultad de conseguir “elementos de convicción” o medios probatorios (solo imaginemos la enorme cantidad de documentación que podría necesitarse analizar, pruebas técnicas o científicas en laboratorio o de campo), quedando así una vez fenecido este plazo en imposibilidad de conseguir más pruebas, es una perogrullada, pero es necesario decir que en derecho los plazos son fatales, creemos que lo racional hubiera sido que para esto se permita a la defensa del estado, previa una valoración de la naturaleza del caso, solicitar al juez que sea él quien fije un plazo para las investigaciones, una vez fenecido el plazo para la investigación, lo que consecuentemente traerá

impunidad, el “espíritu de cuerpo”, esa odiosa conducta que no pocas veces hemos constatado en ciertas entidades e instituciones públicas, hacían necesario que el plazo para la investigación y determinación de responsabilidad sea un poco más amplio, ventajosamente, como ya se indicó, el anterior artículo 68 que prevé la acción popular, permitirá que si el espíritu de cuerpo se impone para el ocultamiento de responsabilidades, al menos el inicio de la acción pueda darse sin mayores obstáculos.

Las formalidades y requisitos que debe contener la demanda de repetición son las que en derecho usualmente se estilan:

Art. 70.- Demanda.- La demanda de repetición deberá contener:

1. El nombre y el apellido de la persona demandada o demandadas y la determinación de la institución 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.

...

Parece ser que el legislador incurrió en un *lapsus calami* en este artículo, al no exigir la identificación de la persona demandante o actor, pero el artículo 10 de esta ley explícitamente exige al accionante se identifique, y tampoco se exige que se indique si se propone la acción a título personal por sus propios derechos o representando a otra persona, o si lo hace en representación del estado, o a nombre de la propia institución involucrada, de cualquier manera le corresponde al Juez que conozca de la demanda verificar que los datos y requisitos comunes a todas las demandas se cumplan.

Lo más importante de este artículo es que se establece como requisito de admisibilidad para la interposición de la demanda de repetición “La sentencia o auto definitivo”, en procesos de garantías

jurisdiccionales que conocemos tienen lapsos de duración más o menos prolongados, por el nivel de estancamiento de los procesos, que han venido siendo arrastrados desde años anteriores, por ejemplo; o se exige también “resolución definitiva” de organismos internacionales de protección de derechos humanos que así mismo, pueden durar muchos años, por eso el segundo inciso del artículo 20 de esta ley dispone que una vez declarada la vulneración derechos se remita “el expediente” para que la máxima autoridad administrativa de la entidad encausada realice investigaciones administrativas para que el funcionario, que ha actuado con “dolo” o “culpa grave” y ha perjudicado a los ciudadanos y consecuentemente al estado, pueda ser perseguido o encausado judicialmente, lo que ocurrirá solo hasta que se expida la sentencia o resolución declarando la responsabilidad del estado, lo cual conllevaría que aquellas evidencias, muchas de ellas de vida o existencia muy precaria, ya sean documentales, testimoniales o de cualquier otro tipo, puedan desaparecer o perderse con el decurrir del tiempo, provocando de esta forma, que una vez que estas sentencias o resoluciones se expidan, no se pueda sancionar o condenar a la repetición al funcionario o funcionarios responsables.

El trámite previsto para la acción de repetición deberá ventilarse como ya se mencionó ante los jueces del contencioso administrativo. El procedimiento sin embargo no encaja lo que tradicionalmente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa conoce como el recurso objetivo y subjetivo, en este sentido será necesario que se expida la correspondiente normatividad procesal para que las actuaciones de este juzgador se acoplen a las exigencias legales que imponen la constitución en materia de responsabilidad.

Art. 71.- Trámite.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente calificará la demanda y citará inmediatamente a la persona demandada o demandadas, a la máxima autoridad de la entidad y a la Procuradora o Procurador General, y convocará a audiencia pública, que deberá realizarse en el término máximo de quince días.

La audiencia comenzará con la contestación a la demanda y con el anuncio de prueba de parte de la servidora o servidor público. La máxima autoridad de la entidad y el Procurador o Procuradora tendrán derecho a exponer sus argumentos y a anunciar sus pruebas. La Sala excepcionalmente, de considerar que es necesario para el esclarecimiento de la responsabilidad del agente del Estado, podrá ordenar la práctica de pruebas en la misma audiencia. En esta audiencia se fijará la fecha y hora de la audiencia de prueba y resolución, la misma que deberá realizarse en el término máximo

de veinte días desde la primera audiencia.

En la audiencia de prueba y resolución la Sala deberá escuchar los alegatos y valorar las pruebas presentadas. Se garantizará el debido proceso y el derecho de las partes a ser escuchadas en igualdad de condiciones.

La inserción del procedimiento oral en todas las fases de este proceso, surge como un avance y como una garantía de agilidad, que en nuestro sistema de administración de justicia resulta efectivo y reduce las negativas expectativas que se tienen sobre el mismo.

Art. 72.- Sentencia.- En la audiencia de prueba y resolución la Sala, previa deliberación, deberá dictar sentencia en forma verbal, en la que declarará, de encontrar fundamentos, la responsabilidad de la persona o personas demandadas por la violación de derechos que generaron la obligación del Estado de reparar materialmente y además ordenará a la persona o personas responsables a pagar al Estado lo erogado por concepto de reparación material.

La Sala notificará por escrito la sentencia en el término de tres días, en la que deberá fundamentar sobre la declaratoria de dolo o culpa grave en contra de la servidora o servidor público, y establecerá la forma y el tiempo en que se realizará el pago. Cuando existiere más de una persona responsable, se establecerá, en función de los hechos y el grado de responsabilidad, el monto que deberá pagar cada responsable. En ningún caso, la sentencia podrá dejar en estado de necesidad a la persona responsable.

...

El primer inciso del artículo 72 desnuda una realidad dura, porque en general dispone que mediante la sentencia se obligará a la persona demandada y hallada culpable "...a pagar al Estado lo erogado por concepto de reparación material.", como ya se ha mencionado a través de este trabajo, puede resultar que al final de un azaroso peregrinar por la administración de justicia resulte, que como única sanción contra un funcionario responsable solo se pueda obtener una declaratoria de insolvencia, es en este punto donde nace para el estado una obligación que está pendiente, es la de continuar mejorando sus estándares de calidad de los servicios y los controles a los mismos (que por otra parte debemos reconocer se ha comenzado ya a desarrollar con el desenrolamiento de miles de funcionarios públicos).

Art. 73.- Recursos.- De la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la

Como epílogo de este capítulo se puede sostener con claridad que el sistema jurídico creado por la expedición de esta norma en el Ecuador se ha asimilado lo que la doctrina y jurisprudencia denominan responsabilidad por falla de servicio, aunque no se la llame así expresamente, no obstante existe otras formas de responsabilidad que deben ser consideradas como por ejemplo la responsabilidad por riesgo, es decir el estado actualmente, como nunca antes y cada vez más, se desempeña en diferentes ámbitos de la economía a través por ejemplo de sus empresas públicas de minería, transporte, petrolera, etc., etc., etc., debemos reconocer que el marco constitucional es amplio y abrirá una variada gama de posibilidades de resarcimiento para quienes se vean afectados por las actividades de la administración.

Un aspecto fundamental de esta ley es que definitivamente adopta la salida por el derecho público, al dilema de cuál era el juez que debía juzgar la responsabilidad del estado, a diferencia del funcionario, el mandato de la ley es que para el establecimiento del monto de la reparación el perjudicado deberá recurrir al Contencioso administrativo en donde se deberá aplicar principios y normas que son propias de la institución denominada responsabilidad del estado, consecuencia de esto es que las consideraciones civilistas sobre la responsabilidad extrancontractual o patrimonial, que imperaron durante toda nuestra historia republicana, deberán ceder paso a las experiencias que se han vivido y aceptado en otras legislaciones y sistemas jurídicos adaptándolas a nuestra realidad, basadas en nuevos principios y reglas de interpretación donde nociones como la culpa y sus diferentes gradaciones o el dolo en la actuación del agente público, tienen asidero solo en lo relativo a la facultad del estado para poder efectivizar su derecho de repetición, a pesar que consideramos que debía abandonarse, la exigencia de que solo la culpa grave comprometa la responsabilidad del funcionario.

Conclusiones: Todas las normas que hemos mencionado vienen a configurar un sistema que debe entenderse como un verdadero BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, en materia de responsabilidad del Estado. Es decir el espectro legal de nuestro país se ha ampliado en beneficio de la generación de una atmósfera de protección a los derechos ciudadanos.

CAPITULO IV

Introducción: El estado no actúa por sí mismo, dado que es una entelequia jurídica una ficción, luego entonces son los seres humanos quienes actúan a su nombre, pero cuál es la relación entre el Estado y sus funcionarios? cual es el marco legal que lo regula?, existe realmente plena representación del estado en cabeza de sus funcionarios? Un tópico interesante que se trata de desarrollar es lo relativo a la diferencias entre la responsabilidad del estado y la del funcionario, en términos personales; que hartas complicaciones ha traído a en sistemas jurídicos foráneos. Además es importante resaltar las diferentes tipos de responsabilidad en las que pueden incurrir los servidores públicos.

La noción de Funcionario o agente público.-

La noción de agente o funcionario público es susceptible de diferentes apreciaciones. El criterio legal que establece la Ley Orgánica del Servicio Público (que vino a reemplazar a Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa), es muy estrecho y específico, pero en materia de responsabilidad estatal esta noción debe ser tenida en su sentido más amplio y abierto, esta ley estatuye la noción de que todos quienes laboran en el sector público ejercen un servicio público por lo tanto son servidores públicos y se debería considerar para el efecto como funcionarios a todas las personas que laboran en el sector público, como el estado central, régimen seccional autónomo, entidades descentralizadas, empresas públicas, servicios públicos de gestión pública o gestión privada con las salvedades que la propia ley establece.

Este criterio se reafirma con el inciso segundo del art. 67 de la Ley de Garantías Constitucionales que dispone:

...

Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.

Se ha sugerido también desde una perspectiva presupuestaria, que son servidores públicos todos aquellos que están percibiendo una remuneración que consta dentro de los gastos previstos en el presupuesto general del estado, es una interpretación que puede llevar a yerros, porque hay cierto tipo de profesionales que prestan determinados servicios que para algunos efectos no se consideran

funcionarios públicos, por ejemplo cuestiones de responsabilidad laboral (estabilidad, remuneración, seguridad social); una vez más..., pero para efectos de responsabilidad patrimonial del estado, si a causa de la actividad del ciudadano que está realizando una actividad para el estado o la administración se produce un evento dañoso bajo ciertos presupuestos y consideraciones, la administración puede ver comprometida su obligación de indemnizar. El criterio que se basa en la relación del estatuto jurídico aplicable a cada funcionario es el que mejor explica la noción de funcionario.

El ingreso a las funciones públicas implica la observancia de determinados procedimientos que redundan en beneficio de la prestación del servicio, pues estos procedimientos buscan integrar (por lo menos teóricamente) a las personas más idóneas. El tratadista Sayagués Laso, en su obra ya citada reconoce que existen diferentes formas de incorporar a los funcionarios a la administración, a saber: la designación, el concurso, la elección, el sorteo, la contratación⁴⁵.

Para la administración el incorporar ciudadanos a sus registros, mediante contrato resulta ventajoso, ya que de ésta manera se evita escollos tales como el concurso, que requiere un procedimiento complejo, que para el ejercicio de determinadas funciones haría peligrar la calidad o la continuidad de la prestación del servicio público. De todos los procedimientos los más utilizados son la contratación, el concurso, la elección.

Responsabilidad de los funcionarios.-

Para los funcionarios cualquiera que sea el tipo de relación con la administración se establece tres tipos básicos de responsabilidad, la responsabilidad penal, responsabilidad disciplinaria, y la responsabilidad patrimonial o pecuniaria.

Responsabilidad penal.-

En doctrina es opinión general y la misma ley lo admite, que para que opere la responsabilidad penal de los funcionarios, los actos dolosos que se le imputan deben estar relacionados con el ejercicio de sus funciones.

Para el funcionario, y en relación directa con el grado de importancia de sus funciones, existen tipos particulares de delitos gracias a las reformas de las leyes de administración pública, determinados

⁴⁵ El principio de Derecho Público y específicamente el de Derecho Administrativo es que a la función pública se ingresa por concurso, la doctrina prevé excepciones a esta regla ver Dupuis, Georges, *ibidem*.

actos que en el evento de ser realizados por tales funcionarios adquieren determinada gravedad, por ejemplo la huelga, prevaricato, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, etc. Nuestro Código Penal se refiere en términos muy generales, sobre quienes debe entenderse que son los sujetos de aplicación de las normas de dicho código.

Responsabilidad administrativa-disciplinaria.-

Atendiendo a la relación de carácter estatutario, que vincula a los funcionarios con la administración, aquella tiene la plena capacidad de exigir de estos, un irrestricto cumplimiento de las normas, y si se contraviene estas normas la administración tiene el poder para imponerles sanciones. Estas sanciones tienen un carácter eminentemente disciplinario, lo que las convierte en diferentes de las sanciones penales o de otro tipo de sanciones, aunque compartan con estas su naturaleza en cuanto restricción o limitación de derechos.

En este ámbito los actos que generan sanciones disciplinarias no obedecen al principio de legalidad en la forma que lo están las sanciones penales, es decir no están tipificadas taxativamente en la ley, entonces la facultades de sanción de la autoridad administrativa obedece a lo que se conoce como facultad discrecional, es un punto que genera controversia, porque se admite menos la existencia de tal facultad discrecional, para considerarla que se trata más bien una facultad reglada. Pero se debe aclarar que aún en este caso, el marco jurídico impone como norma de conducta al funcionario juzgador, el respeto de derechos constitucionales, el derecho a una defensa legal, y en resumen todos los medios que hagan posible la consecución del debido proceso a favor de quien se juzga.

La responsabilidad administrativa esta prevista en la Ley de servicio civil LOSEP que si establece sanciones especificas para el caso de violaciones a las prohibiciones expresas que contiene esta ley.

Responsabilidad patrimonial.-

En base al incumplimiento de las disposiciones de carácter normativo o disposiciones estatutarias, los funcionarios pueden ver comprometida su responsabilidad. En este tipo de responsabilidad puede verse desde una doble perspectiva desde la responsabilidad del funcionario hacia el particular y hacia la propia administración.

Nuestro país con la Ley de Garantías Jurisdiccionales ha admitido claramente un régimen de responsabilidad diferenciada es decir mantienen independencia la responsabilidad del estado con la del funcionario, para el ciudadano que quisiera ser resarcido por los daños sufridos, por esta ley debe perseguir al estado, y es el estado una vez declarada su responsabilidad, le queda la posibilidad

del derecho de repetición contra el funcionario que provocó el daño.

Para los funcionarios están previstas una serie de disposiciones que le obligan a que encuadre su actuar en el marco legal, si viola esta normativa habrá comprometido su responsabilidad, es decir él personalmente con sus bienes deberá indemnizar o resarcir a la administración por los gastos en los que ésta haya incurrido por su actuación dañosa del funcionario (CR 2008, Art. 11 #9; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, art, 67).

El artículo 341 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en su parte pertinente dispone que la responsabilidad civil de los funcionarios públicos será determinada en forma privativa por la Contraloría General del Estado, tal artículo estatuye lo que es la responsabilidad de los funcionarios pero solo con respecto a las entidades y organismos públicos, no se trata de resarcimiento a los ciudadanos propiamente hablando.

Régimen jurídico aplicable a los agentes públicos.

En este punto es importante analizar la calidad de la relación entre el estado y sus agentes, que como se vio, de acuerdo a la teoría orgánica, son estos los que actúan pero se reputa para efectos de responsabilidad, que es el mismo estado el que actúa.

Naturaleza jurídica de la relación entre el funcionario y el estado.-

En la actualidad, como ya se esbozó de manera preliminar, y en base a opiniones muy respetables tanto de la jurisprudencia como de doctrinarios; se considera que la naturaleza jurídica de la relación entre el funcionario y la administración es de un carácter *estatutario*, que significa: la situación legal, de carácter general creada objetivamente (por el estado) y modificable en cualquier momento por la administración. Más aún, del sustrato orgánico que impregna al funcionario (derechos deberes y obligaciones), una de las principales bases orgánicas de las que esta subsumido el concepto de administración pública; se desprende que la administración tiene amplias expectativas de tales funcionarios, por lo que es una aspiración de carácter teleológico hacia los miembros del servicio público, para que estos utilicen sus prerrogativas con criterios de estricto apego el ordenamiento legal, para la consecución del bien común.

El régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos es el de derecho público, sin perjuicio de que actualmente se puedan aplicar normas de contratación y de permanencia, reconocidas en el ámbito privado a la contratación de ciertos funcionarios pero esto tiene una importancia marginal.

La falta del agente público.

Éste es un sistema de responsabilidad exclusiva, que se basa en la distinción de la responsabilidad personal del agente público y la responsabilidad de la administración, lo que conlleva a que estos respondan independientemente el uno del otro. La creación de la distinción entre falta personal y falta del agente público, es una solución aportada por el fallo Pelletier en 1873 (Consejo de Estado Francés), en el que se establecía un distanciamiento entre la responsabilidad del estado y la del funcionario.

Originalmente en el ámbito doctrinario se ha reconocido que en caso de la falta personal, el funcionario deberá responder *in fine* a título personal, con su patrimonio. La víctima de su actuación perniciosa tiene la posibilidad de perseguir al agente de la administración ante el juez ordinario, y bajo, como es lógico, las reglas de derecho civil. Por tanto como ya se indicó en su momento la falta personal y la falla de servicio son excluyentes la una de la otra, ventajosamente los problemas que surgen de este sistema han sido solucionados en gran manera con la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Jurisdiccionales a la que ya hemos mencionado, gracias a esta norma al ofendido le compete solo perseguir el pago de los daños contra la administración y a esta a su vez deberá intentar repetir el pago contra el agente. No obstante creemos que merece la pena detenerse en este punto y hacer un acercamiento a este concepto porque no ha sido descartado totalmente incluso en sistemas como el nuestro⁴⁶.

Noción de falta personal.-

De acuerdo al criterio de la falta personal, se ha establecido un sistema, en el que en base a la posibilidad de distinguir e identificar al causante (funcionario) del acto u omisión dañoso, la víctima que busca indemnización por un daño imputable al funcionario público, debe acudir ante su juez natural que es el juez ordinario, ya que se trata de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios que es por antonomasia de carácter civil.

La determinación o individualización personal y física del funcionario público ayuda a solucionar dos problemas complicados: el juez competente y la responsabilidad del estado y la del agente.

En primer término la doctrina consideró que los actos realizados por el agente en su vida particular no incumben a la administración, es el ser humano quien con sus *debilidades* y *flaquezas*, es el que debe con su patrimonio indemnizar a quien se haya visto perjudicado por su actuación u omisión.

⁴⁶El art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial lo contempla.

El planteamiento es excesivamente abstracto y ha enfrentado a sistemas que reconocen este tipo de responsabilidad a problemas muy frecuentes, como el caso de que un ciudadano querellante contra del funcionario, se vea en la situación de haber peregrinado durante mucho tiempo, incluso años, en busca de justicia y obtener al final únicamente una declaratoria de insolvencia contra el funcionario, en Francia por ejemplo es un principio que la sola vía de imputación de la responsabilidad pecuniaria del agente autor del hecho dañoso, es delante del juez civil⁴⁷. Como autor totalmente individualizado el agente la mayoría de las veces se escudará, como ocurre en nuestro país, en un malentendido espíritu de cuerpo entre el resto de funcionarios, lo que acarreará la imposibilidad de, por ejemplo: recoger pruebas, recibir testimonios, etc, es decir de sustanciar un proceso en contra de tal funcionario de manera satisfactoria.

Lo que ocurre en la actualidad, en los países de fuerte raigambre en materia de responsabilidad es que se tiende a disminuir al ámbito de aplicación de este criterio diferenciador entre las dos clases de falta, en beneficio de una objetivización y despersonalización de la responsabilidad material frente a quienes se vieron perjudicados, por la actividad de la administración. A pesar de que como ya se mencionó, en nuestro país se comienza a aplicar un sistema diferenciado de responsabilidades, esto no nos exime de analizar y asimilar las experiencias foráneas, pues la aplicación de la Ley de Garantías, en lo futuro se verá la importancia de conocer las posibilidades que en la práctica se presentan, tomando en cuenta los vínculos que ligan al funcionario con la administración y la naturaleza de las funciones administrativas, se reconoce las siguientes con respecto al funcionario: falta personal fuera del servicio, falta personal dentro de las funciones, y falta fuera del servicio, pero no totalmente desligada del servicio⁴⁸, se agrega dos hipótesis adicionales, la vía de hecho y la obediencia debida.

La vía de hecho.-

Definida como una acción administrativa, gravemente irregular atentatoria a los derechos y garantías fundamentales o a la propiedad⁴⁹, la vía de hecho como posible fuente obligacional implica para el funcionario autor del acto irregular, la obligación de reparar pecuniariamente por falta suya.

En el caso de la vía de hecho la capacidad para generar daños, debe entenderse siempre desde el

⁴⁷Paillet, Michel: *Ibidem*, Pág. 63.

⁴⁸Dupuis, Georges: *Ibidem*, Págs. 534 y ss.

⁴⁹Paillet, Michel: *Ibidem*, Pág. 87.

sobreentendido de que los actos administrativos se presumen legales y regulares, por lo que basar una pretensión indemnizatoria arguyendo ilegitimidad del acto administrativo, corresponderá al demandante justificar la ilegalidad del acto y el atentado a los derechos.

La restricción para perseguir a los agentes públicos es lógica, en la medida que muchos de ellos por sus funciones están obligados a actuar en contra de ciertas actividades que conllevan un riesgo (agentes de policía, judiciales, de contraloría, aduanas), se ha tratado de compensar esta restricción con un sistema normativo de carácter disciplinario, que si bien tiene como fin, beneficiar la calidad de los servicios, sigue vigente la dificultad para los ciudadanos-victimas en sus pretensiones indemnizatorias.

La obediencia debida.-

La constitución 1998 en su artículo N° 2 inciso 3 consideraba que al atentar contra derechos y garantías fundamentales, no se podía esgrimir como causa exoneratoria de responsabilidad el *cumplimiento de órdenes superiores*. A pesar de lo afirmado este tipo de responsabilidad puede bordear los límites entre falla de servicio (actividades de control de seguridad interna, policía, militares) y la falta personal; consecuentemente, ésta es una área de responsabilidad personal que va directamente contra el principio de la exclusión de la responsabilidad del estado por falla de servicio y la personal del agente público.

En tal sentido es difícilmente separable del ejercicio de las funciones el cumplimiento de una disposición superior, la doctrina tradicional asegura que el agente tiene el *deber de desobedecer*, si la orden *es contraria al interés general o perturba al funcionamiento del servicio público*⁵⁰, nótese el avance que significa en nuestro ordenamiento jurídico, ampliar la pobre noción de interés general, a la protección directa de derechos y garantías constitucionales, pues esto es lo que se deduce del contexto constitucional.

De esta forma la constitución actual recoge este principio:

Art. 159.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional serán obedientes y no deliberantes, y cumplirán su misión con estricta sujeción al poder civil y a la Constitución.

Las autoridades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán responsables por

⁵⁰Dupuis, Georges: *Ibidem*, Pág. 536.

las órdenes que impartan. **La obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten.** (el resaltado me pertenece)

La obediencia debida como excusa de responsabilidad ha sido proscrita en un sinnúmero de países, en gran medida gracias a los juicios seguidos en Argentina contra las Juntas Militares a inicios de los 80's, juntas que gobernaron el país durante la denominada "Guerra sucia", se consiguió sentencias contra los principales encauzados, se dio al traste con la alegación de que muchos de ellos al atentar contra los derechos humanos solo cumplían órdenes superiores.

La acumulación de culpas.-

Con oportunidad de un caso ocurrido en una de las oficinas del servicio postal francés, en el que un usuario del servicio fue víctima de una salvaje paliza por parte de unos funcionarios del mismo, en razón de que habiendo cerrado antes de la hora, las puertas que servían tanto de ingreso como de salida del local, tal persona recibió indicaciones (de un funcionario) para que saliese por una puerta posterior, al adentrarse a las inmediaciones, unos agentes del servicio creyendo que era un delincuente lo golpearon inmisericordemente. El Consejo de Estado francés, llegó a la conclusión que en este caso había tanto falla de servicio, por cerrar inopinadamente antes de hora las puertas, como falta personal por la actitud violenta de los funcionarios⁵¹.

Como se indicó en principio, los dos tipos de responsabilidad son excluyentes la una de la otra, pero tal principio se rompe en determinados casos jurisprudencialmente se ha creado dos criterios diferenciales: *un incumplimiento en la obligación de vigilancia y una falta en la organización del servicio, habiendo permitido la falta personal*⁵².

Incumplimiento en la obligación de vigilancia.-

El fortísimo aporte de la legislación civil aparece una y otra vez como en este caso, en lo civil se reconoce que quien tiene a su cuidado a personas, en calidad de dependientes (o menores de edad por ejemplo), está obligado a mantener un régimen constante de vigilancia sobre estas y el momento en que por descuido de ésta obligación se cause daños a terceros, el patrón responderá por los daños causados, a este tipo de fallas se les conoce como errores *in vigilando*. Aunque está por demás reconocer que la administración tiene un tipo de relaciones con sus agentes que en nada se parecen con la de los patrones y su servidumbre reguladas por el derecho privado, es bien conocido que

⁵¹ Conseil d'Etat, France, 26 de julio, *matrimonio Lemonnier*, R. 761, conclusiones León Blum. Recueil Conseil d'Etat, Pág. 1856, versión electrónica. http://lexinter.net/JPTXT2/arret_epoux_lemonnier.htm

⁵² Paillet, Michel: *Ibidem*, Pág. 69 y ss.

para la administración está siempre presente el deber de mantener a sus funcionarios bajo una constante vigilancia y control (dentro de las funciones).

En concreto, si la administración no toma las suficientes medidas disciplinarias para controlar ciertas actitudes de los funcionarios habrá, sin ir en menoscabo de la responsabilidad del funcionario, responsabilidad de la administración.

Falta en la organización del servicio.-

Dentro de la compleja trama orgánica, en la que se basa la estructura funcional de la administración, se han creado órganos que interrelacionadamente se encargan de actividades concretas, que tienden a minimizar los errores personales en base a una serie de “filtros” por los que debe pasar toda manifestación de voluntad de la administración. Si en tal organización se constata una falla que genera daños es lógico que se deba indemnizar a los perjudicados.

La acumulación de responsabilidades.-

Al respecto de la jurisprudencia extranjera se ha rescatado una sentencia que ha determinado que un mismo hecho generador de responsabilidades, pueda provenir del mal funcionamiento del servicio (en la medida en que es constitutivo de falla personal) y ser imputable a la administración, por determinadas circunstancias particulares⁵³, el ejemplo que se trae a colación para ejemplificar esta tipo de acumulación de responsabilidades es el del Fallo Lemonnier⁵⁴, aquí se decidió que una falta personal que usualmente conllevaría la sola responsabilidad del agente, compromete también la responsabilidad de la administración, si es el funcionamiento administrativo (defectuoso) el que ha permitido la generación del daño.

Como corolario a lo expresado en este acápite es menester reconocer que la solución que se ha dado en Francia para que la víctima no reciba dos indemnizaciones por un mismo hecho, es la que indica Dupuis en su obra ya citada quien dice que “Un procedimiento de subrogación (de la víctima en favor de la administración, que se dirigirá en contra del causante de los daños) permite evitar que la víctima, habiendo demandado al funcionario y a la administración no reciba dos indemnizaciones: la persona pública podrá repetir contra el funcionario”⁵⁵, en nuestro país las modificaciones al artículo 27 de la anterior constitución de 1967 ya preveían esta posibilidad, en el artículo 20 de la Constitución de 1998, era en realidad una norma sin ninguna aplicación práctica, incluso en mayo

⁵³ Paillet, M. *Ibidem* Pág. 73.

⁵⁴ Conseil. d’Etat 1918, *Récueil, ibidem*.

⁵⁵ Dupuis, G.: *Ibidem*, Pág. 537.

de 2004 el Procurador General del Estado remitió al Presidente de la República una iniciativa para hacer efectivo el derecho de repetición en contra de los funcionarios que por cuya causa el estado deba indemnizar⁵⁶ iniciativa que no tuvo ningún eco en lo legislativo (actualmente se debate ya una ley para aplicar la repetición en la Asamblea Nacional).

La responsabilidad penal y la responsabilidad patrimonial del sujeto comisor del daño

La ley y la doctrina se han hecho eco de la misma sin desarrollarla en todo su potencial, de todas formas en este tipo responsabilidades lo que realmente se da es una *coexistencia* de responsabilidades, mas no un *cúmulo* de responsabilidades la cual ya ha sido explicada.

Una persona que perteneciente a la función pública que comete un delito, es por un lado penalmente responsable y también patrimonial o pecuniariamente responsable de los daños que provoque, así lo dispone la ley de Garantías Constitucionales en el artículo 20, inciso segundo. Una crítica que se debe hacer a la terminología usada para denominar a la repetición es que se la siga considerando un derecho cuando en realidad se trata de una obligación en toda regla, la actual Ley de Garantías no es muy clara al respecto porque si bien da amplias facultades, incluso a particulares, para la interposición de la demanda de repetición, no se establece con claridad la obligación de las autoridades administrativas para perseguir el cobro de lo pagado por el estado como indemnización.⁵⁷

Conclusiones: El alto grado de desarrollo y de independencia que caracteriza a esta institución jurídica permite diferenciar a los dos tipos de responsabilidad: la del estado y la del servidor, ya que era demasiado complicado perseguir solo al servidor público, así que por eso se estableció la diferenciación. La principal ventaja de los regímenes del cúmulo de responsabilidades y cúmulo de faltas, es para los ciudadanos que ya no se verán abocados a perseguir a un funcionario eventualmente insolvente, las reglas del derecho constitucional y del administrativo generan más posibilidades de reparación a favor de los administrados. Si la administración termina indemnizando a la víctima, tendrá luego derecho para repetir en contra de los funcionarios por cuya causa se debe esta indemnización, según lo dispone al artículo 11, numeral 9, inciso tercero de la Constitución vigente y demás normas ya invocadas.

⁵⁶Quito, 18 de mayo del 2004. Procurador José María Borja entregó al Presidente del Congreso Nacional, proyecto de Ley que Regula la Acción de Repetición prevista en la Constitución Política de la República, diario LA HORA, versión electrónica.

⁵⁷Tanto el Artículo 20 de la anterior constitución, como el actual 11, tratan a la repetición como un <<derecho>> de la administración, los términos en que ha sido regulado en la actual ley de Garantías Jurisdiccionales, demuestra que en definitiva no se trata de un derecho, sino de una obligación, la cobrar o recuperar el dinero que el estado haya debido erogar por concepto de indemnizaciones, lo cual servirá a uno de los fines de la institución de la responsabilidad del estado que es la de ser preventiva, eso por una parte y por otra el erario público no puede solapar la indolencia e irresponsabilidad de los funcionarios por siempre.

CAPITULO V

Introducción: El daño, como los otros elementos de la responsabilidad estatal son tratadas en este capítulo desde el prisma de la normativa ya expuesta, pero resaltando aspectos poco considerados como el relativo a las características de la acción indemnizatoria, las partes procesales y fundamentalmente, sobre el derecho del verdadero perjudicado para recibir la indemnización, es que se debe recordar que las acciones de garantías jurisdiccionales son populares, es decir cualquiera las puede interponer, pero el derecho a recibir la reparación es excluyente y oponible a terceros.

Reparación del daño.-

En última instancia, la relevancia trascendental de llegar a la conclusión inequívoca de que existe un daño imputable a la persona jurídica denominada estado, es precisamente que tal daño o perjuicio sea reparado por aquella. El concepto de responsabilidad patrimonial conlleva en si la noción de carácter teleológico de que está llamada constituirse en una garantía de reparación. Lo principal, llegado a este punto, es establecer o determinar la reparación del perjuicio sufrido por la víctima. Distintas han sido las propuestas doctrinales acerca de la naturaleza de la reparación.

Para Alessandri reparar un daño es “... hacerlo cesar, restablecer el estado de las cosas existente...”⁵⁸, tal autor afirma que hay dos maneras de reparar el daño, a saber: en *especie* y *equivalente*, el primero se da cuando “*se ordena medidas que hagan desaparecer el daño*”, el segundo se da cuando; ante la imposibilidad de hacer desaparecer el daño, solo se procura a la víctima una compensación del mismo.⁵⁹

Juicio indemnizatorio.

A través del estudio del desarrollo de la responsabilidad patrimonial del estado hemos constatado que el proceso judicial para juzgar a la administración, tanto jurisprudencial como legalmente han tenido escollos de tipo dirimente, en la legislación comparada podemos ver varios intentos por dilucidar satisfactoriamente esta cuestión, en Francia por ejemplo la ley del 31 de diciembre de 1987, establecía que el Consejo de Estado debía determinar en qué casos y en qué condiciones las acciones contra la administración debían someterse a un *procédure préalable* es decir a un

⁵⁸Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la responsabilidad Civil extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, 1ª edición, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943., Pág. 533.

⁵⁹Alessandri, Arturo: *Ibidem*, Pág. 534.

procedimiento previo, de carácter administrativo, u otro de carácter <conciliatorio>,⁶⁰ posibilidad que ya es reconocida en nuestro sistema (Art 8 numeral 2, literal d, LOGJYCC), en la actualidad en el Ecuador agotar la vía administrativa para el administrado es totalmente facultativo (Art., 38 Ley de Modernización), en lo relativo a la resolución de éste conflicto de manera no contenciosa a través de los diferentes sistemas de resolución alternativa de Conflictos, *verbi gratia*: de un arbitraje o una mediación, tales disposiciones chocan de frente con la idiosincrasia litigiosa de nuestra realidad socio-jurídica, aunque la realidad francesa y de muchos otros países de fuerte tradición en el desarrollo de la responsabilidad del estado como Bélgica o Alemania aún no han podido integrar de manera general los sistemas alternativos de solución de conflictos en lo relativo a la responsabilidad del estado, por lo que hoy por hoy la vía jurisdiccional es la que se busca para zanjar las disputas en contra del estado.

Cumplidos los presupuestos de la responsabilidad del estado o de la administración pública, una persona o grupo de personas pueden demandar de aquel a través del órgano jurisdiccional competente la reparación patrimonial de los daños, a través de la demanda de indemnización de los perjuicios.

Características de la acción indemnizatoria.

Las características de esta acción son las siguientes:

- Es una acción de tipo personal,
- Es una acción mueble,
- Es de carácter patrimonial,
- Al ser de carácter patrimonial es también renunciable, con las limitaciones que las leyes dispongan,⁶¹
- Transigible, las partes pueden libremente acceder a un avenimiento incluso económico, quedando subsistente el derecho a la acción penal (cuando se determina la responsabilidad personal de un funcionario público o incluso de alguien ajeno a la administración (Art. 20, inc 2, LOGJYCC).
- En principio es cesible, pero es muy discutible este punto en lo relativo al daño moral en el cual para algunos autores no es posible tal cesión.

Transmisión y transferencia.-

⁶⁰Paillet, Michel: *Ibidem* Pág. 226.

⁶¹ Como cuando la afectada es una entidad, la autoridad que está en representación legal de ella, no tiene la misma capacidad para renunciar a la misma, lo mismo se puede decir de los curadores o guardadores.

Se afirma que, en lo relativo a la transmisibilidad ésta es viable desde el momento en que: “este derecho es concebido no en relación a la persona, si no teniendo el fundamento general lógico y jurídico de garantizar el patrimonio, la adecuada convivencia social, de que nadie debe dañar a otro y de existir este perjuicio, este debe ser indemnizado”⁶². Aunque el razonamiento parece impecable, esto no lo es, si tomamos en cuenta que el estado debe emprender en difíciles tareas para lograr su finalidad principal, que es la búsqueda del bien común, por lo tanto si alguien recibe un daño la obligación del estado es resarcir tal daño pero, tomado en cuenta inobjetablemente a la persona, pero no individualmente considerada, la justificación de la existencia del estado no es *in fine* garantizar el patrimonio de los ciudadanos, el fundamento de la transmisibilidad de este derecho lo da ley y no la obligación del estado de ser el custodio del patrimonio de los ciudadanos, recuérdese sobre todo el carácter totalmente excepcional de la responsabilidad del estado.

Caducidad.

La caducidad y la prescripción son dos categorías jurídicas con tratamiento y consecuencias que son totalmente diferentes.

Según Cabanellas la caducidad es la cesación del derecho a entablar o proseguir una acción o de un derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello, de este concepto podría desprenderse que se está hablando en los términos de la prescripción, pero el mismo autor, soluciona el problema citando a Eneccerus, quien establece diferencias que hacen diferentes la una de la otra. Entre otras, cita a las siguientes: la caducidad o decadencia puede ser convencional o legal, mientras la prescripción es siempre legal; la prescripción tiene una duración indefinida, la caducidad nace con término fijo para usarse.

Prescripción.-

En este caso se trata de la prescripción extintiva porque se trata de una forma de pérdida de derechos, ya que el ciudadano que se siente afectado por la actuación (u omisión) de la administración, pierde su derecho para demandarla por el transcurso del tiempo, es decir por no haber ejercido su derecho en el plazo que la ley a impuesto para tal efecto.

El Código Civil taxativamente dispone, en el artículo 2235 que “Las acciones que concede este título [sic] por daño o dolo, prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.”

⁶²Hernández Terán, Miguel, *Ibidem*, Pág. 96.

En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, al tratarse de acciones precautelatorias de los derechos y garantías constitucionalmente consagradas, no se consideraron plazos de prescripción para la interposición de tales acciones constitucionales, no obstante de que por mandato de la ley, el juez constitucional es el que debe remitir al contencioso administrativo el proceso para que este determine el monto de la indemnización, no se ha establecido plazos de prescripción. Hubiera sido práctico contar con plazos para que el accionante que busque indemnizaciones realice con oportunidad las acciones tendientes a efectivizar su derecho que ya ha sido declarado, lo contrario pone en aprietos a la administración que deberá esperar la voluntad del administrado, en todo caso deberán aplicarse los plazos de prescripción previstos en las leyes civiles o tal vez habrá que observar y respetarse el plazo concedido para interponer acciones en contra de la administración contenidos en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

El artículo 211 del ERJAFE, determina un plazo especial para demandar, daños y perjuicios por la vía administrativa, el artículo se expresa en el siguiente sentido: “... la acción de cobro *prescribirá* en el plazo de tres años desde que el acto lesivo se produjo”.

Las partes procesales.

Sobrepasa el objetivo de este trabajo el análisis procesal de la responsabilidad estatal, pero corresponde hacer una enunciación de los aspectos básicos del mismo, como son los de la legitimación tanto activa, como pasiva.

Legitimación activa en el juicio indemnizatorio.

Por el carácter básicamente patrimonial de esta acción, el Código Civil, establece que la legitimación activa para demandar daños y perjuicios, le corresponde a la víctima naturalmente, a sus causahabientes y a sus cesionarios. En correspondencia con lo dicho se entiende que por la naturaleza de la acción de indemnización debe ser directamente ejercida por el perjudicado tanto cuando se trata de daño moral como cuando sea de cualquier otro tipo. En el caso de los menores de edad o de los incapaces estos pueden comparecer bajo los términos que para el efecto dispone el mismo Código Civil.

En la aplicación de la Ley de Garantías Jurisdiccionales es amplia, ya que no pone límites al derecho de interposición de acciones constitucionales:

-Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

- a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales...”
- b) Por el Defensor del Pueblo.

Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce

Cuando la ley dice “cualquier persona”, debe entenderse esta disposición como un reconocimiento de justicia universal, el derecho a acceder a la administración de justicia, en favor de todos los ciudadanos nacionales o extranjeros, sin ningún tipo de discriminación negativa, pero al contrario, debe haber una correspondencia lógica entre la acción y el derecho a accionar, el cual se demostrará ante el juzgador, será necesaria la aplicación de principios básicos de derecho procesal civil, como es el caso de la legitimidad de personería activa, en la demostración de interés directo y la existencia del derecho para demandar indemnizaciones, ya por derecho propio o por representación, tanto de personas naturales como de personas jurídicas.

La acción popular.-

A esta acción se la define como: “...la que podía ejercitar cualquier ciudadano o muchos de ellos, ya en beneficio particular, ya en asuntos de interés para el pueblo.”⁶³

Según Ramiro Avila Santamaria se refiere a esta situación en los siguientes términos y explica:

En el derecho clásico, vinculado con el derecho privado, la idea dominante es que el titular del derecho subjetivo es quien tiene derecho a presentar una acción. En el derecho público, en cambio, es de interés general que no se produzcan violaciones a los derechos y, por tanto, la titularidad es popular (“actio popularis”).

Constitución de 1998 restringe la posibilidad de ejercer la acción constitucional exclusivamente a la persona que actúe “por sus propios derechos” 11. El Tribunal Constitucional, en múltiples decisiones, determinó que se aplica la teoría del derecho subjetivo.

⁶³ Cabanellas, Guillermo, *Ibidem*, Pág. 84.

En otras palabras, tanto la Constitución como la jurisprudencia restringieron la posibilidad de conocer y acceder a la justicia constitucional.

La Constitución del 2008, en cambio, permite que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad” (Art. 86.1) pueda proponer acciones constitucionales. La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a persona o grupo de personas alguna. Al Estado y a la comunidad le interesa que se sepa cuándo hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos. Este avance constitucional, que podría ocasionar escándalo a los tratadistas tradicionales del derecho, no es nada nuevo en la legislación nacional y menos aún en el derecho internacional. A nivel constitucional, se ha establecido algo parecido para el hábeas corpus y en la práctica se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentra privado ilegítimamente y la misma Constitución de 1998, prevé que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, puede ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente¹³. A nivel legal, en las normas procesales penales, se permite que cualquier persona puede (sic) poner en conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal.

A nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴. Lo mismo que sucede con los atentados a la libertad, al ambiente, a los bienes jurídicos penalmente protegidos, a los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, debe suceder con las violaciones a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente la violación de los derechos humanos sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete. (11 Constitución de 1998, artículo 95. 12 Ídem, artículo 93. 13 Ídem, artículo 91, último inciso.)

A pesar de la claridad de esta exposición, en cuanto a la titularidad de la acción constitucional, subsiste un problema que es real ¿a quién debe entregarse la indemnización?, si, las acciones por violaciones a los derechos fundamentales pueden ser interpuestas por “cualquier persona”, tratándose de responsabilidad del estado, el derecho para percibir la indemnización deja de ser tan “popular” y más bien se convierte en un derecho exclusivo de quien fue víctima del daño, así mismo las posibilidades que pueden llegar a presentarse son múltiples.

En el Ecuador en sentencia del 19 de Marzo de 2003, la Corte Suprema reconoció que si bien la “acción popular” no estaba prevista en nuestra legislación secundaria, si era admisible tratándose de derechos constitucionales, como las acciones para la protección del medio ambiente (Art. 91, C.P.E 1998).

En la legislación comparada han surgido lo que se reconoce como <acciones de clase> en las que no es necesario, acreditar interés personal y directo de ningún tipo, si no que solo se justifica por la pretensión de defensa del medio ambiente, de todas formas en materia de responsabilidad del estado por daños al medio ambiente y atentado a los derechos humanos, los principios son totalmente novedosos, y se alejan en mucho de la tradición civilista clásica. La doctrina chilena acepta que la denuncia sobre potenciales daños que comporten eventuales perjuicios de gran magnitud, puede ser ejercida solamente en el caso de personas determinadas, de acuerdo a lo que prescribe el derecho civil chileno, Art. 2333 Código Civil chileno⁶⁴.

Legitimación pasiva en el juicio indemnizatorio.-

Uno de los requisitos esenciales para demandar daños y perjuicios es determinar con exactitud a la persona jurídica a la que se demanda, el artículo 28 en relación con el 570 del Código Civil ecuatoriano, dispone que las personas jurídicas deben comparecer a juicio a través de sus legítimos representantes legales. Además por mandato expreso toda demanda que se interponga en contra de la administración deberá remitirse al Procurador General del Estado para efectos de coordinar la defensa del estado (Art. 209, ERJAFE).

Conclusiones: El rasgo más destacable de esta parte del trabajo expuesto es la necesidad de diferenciar con claridad el derecho para accionar que de acuerdo a la ley ya a la constitución sobre todo, es general y mínimamente restringido pero con la salvedad de que el beneficiario de una reparación no puede ser otro que el directamente perjudicado o sus derechohabientes.

⁶⁴Abeliuk Manasevich, René: *Las Obligaciones*, 1ª edición, Santiago, EDIAR Editores Cia. Ltda., 1970, Pág. 216.

CAPITULO VI

Introducción: Finalmente parece ineludible rescatar unas notas saltantes sobre las funciones y características de la obligación de reparación que se establece contra el estado, recordando que ya habíamos mencionado que se trata de una institución de excepción, pues no se le puede otorgar y reconocer características que este por fuera de de estas consideraciones, esta es una institución que tiende progresivamente a alejarse del civilismo que en un momento dado la caracterizó incluso el ámbito de la competencia sobre el juez natural del estado tiende a recibir una respuesta inequívoca en cuestión de responsabilidad estatal.

Función principal del establecimiento de la responsabilidad del estado.

En base a las diferentes teorías sobre las que se fundamenta el establecimiento de la responsabilidad patrimonial del estado, entre las que se encuentran: el respeto a los derechos humanos, la consolidación del Estado de Derechos y Justicia, o tener una función eminentemente basada en elevados principios de carácter moral como aquellas que buscan el reestablecimiento de la equidad entre los ciudadanos quienes están sometidos a constantes e innumerables exigencias por parte de la administración en la ejecución de sus tareas organizadoras de la sociedad, se ha tratado de determinar la función principal de esta institución. Por tanto puede pensarse en que la responsabilidad estatal se fundamenta en un *principio sustancial de justicia distributiva* que tiende a evitar la producción de cualquier daño injustificado y no repartido equitativamente entre los ciudadanos, por lo tanto y debido a esto el equilibrio que se ha roto debe ser reestablecido, sin ésta posibilidad, el pretendido estado social de derechos y justicia no sería tal, y a los ciudadanos se les pondría en una situación en la que su sentimiento de pertenencia al conglomerado social les resulta totalmente pernicioso; consecuencia de aquello sería un proceso de resquebrajamiento social e institucional, de impredecibles consecuencias; piénsese que como elemento cohesionador de la sociedad, sus instituciones permiten sobrellevar el pesado fardo de la organización social.

Funciones Reparatoria y compensatoria.-

Se reconocen básicamente dos tipos de reparación *la compensatoria* y *la moratoria*, su finalidad “es reemplazar en el patrimonio de la víctima el valor destruido...”⁶⁵, la compensatoria; así mismo la función reparadora es concebida también bajo los términos de las obligaciones comunes, ya que incluso es posible que se pueda declarar en mora al deudor de tal reparación.⁶⁶

⁶⁵ Alessandri, Arturo: *Ibidem*, Pág. 558.

⁶⁶ Sobre este aspecto el tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca en sentencia de 06 de octubre del 2004, sobre responsabilidad del Municipio de Cuenca, impone un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación a la entidad demandada, luego de lo

Sobre la función compensatoria el Consejo de Estado Colombiano en sentencia de Agosto 10 de 2000 por daño fisiológico, aplica el concepto de *daño a la vida de relación* y en base a esta se estima que “en efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre” por lo tanto se infiere que si se debe el valor de la compensación económica será por todas las afecciones por las que sufrirá el perjudicado y no solo por uno de los atributos de la personalidad que es la integridad física, de esta manera la compensación se extiende más allá de la elemental valoración del perjuicio físico y se evalúa las implicaciones futuras para el perjudicado en sus relaciones socio-afectivas”. Se advierte claramente que la moderna tendencia de la compensación económica amplía cada vez más sus funciones de lo meramente compensatorio a lo resarsitorio.

El Consejo de Estado colombiano, se ha expresado en relación con el concepto aludido, [daño a la vida de relación] que no se trata solamente de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima -daño moral-, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión -daño material-, “sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”⁶⁷.

Tratándose de indemnizar perjuicios de carácter personal el problema es más complejo y la jurisprudencia ha desarrollado diversos sistemas, como el francés que trata de lo que se conoce como *préjudice de d'agrément* que significa literalmente *prejuicio de agrado*, es decir que se trata de indemnizar la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión aludida, noción ampliamente aplicada por el consejo de Estado francés⁶⁸. Se critica este parámetro de valoración por que ha decir del Consejo de Estado Colombiano, puede prestarse a equívocos, y sobre todo por lo limitado de la conceptualización que va aparejada al *prejuicio de agrado*, que convertiría a la indemnización en una forma de satisfacción, pero únicamente por las cosas que son de agrado de la víctima, noción que ya es de entrada bastante cuestionable, por lo que se adhiere a la doctrina italiana la que ha producido conceptos más claros que ayudan a solucionar el problema.⁶⁹

cual podrá declararse a esta en mora.

⁶⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de Agosto 10 de 2000, <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52588442>.

⁶⁸ Conseil d'Etat., 15 junio 1988, *Mr. y Mme Angor*, RD, Púb., Recueil Pág. 564.

⁶⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de Agosto 10 de 2000, *ibidem*.

En lo relativo a perjuicios en bienes simplemente de carácter patrimonial el problema es mucho menos complicado porque básicamente para indemnizar este perjuicio, se calcula el lucro cesante y el daño emergente, esto se puede hacer en base a peritajes especializados; lo que en teoría y en general en la práctica no representa mayor complicación, por lo que la función de la acción indemnizatoria en este caso de daños se reduce básicamente a la restitución del valor cuasi equivalente al monto de la pérdida sufrida.

El carácter de indemnizable patrimonialmente.-

Por definición, los perjuicios al patrimonio de la persona y por razones de justicia distributiva y equitativa deben ser reparados, concomitantemente a esta realidad el daño para poderse condenar al pago de una suma de dinero, una renta una especie, etc., debe poder ser valorada en términos pecuniarios, entre otras cosas la cuantía de la demanda es un aspecto práctico de procedibilidad que de no existir en el libelo de demanda, después del trámite correspondiente el juez sin mayores miramientos deberá desechar cualquier pretensión al efecto, aunque la Ley de Garantías Jurisdiccionales no lo dice expresamente corresponde al accionante determinar el monto de su pretensión, el cual se ventilará ante el juez sea contencioso-administrativo o civil que corresponda.

Nunca punitiva.

El resarcimiento de los daños y perjuicios que se le impongan a la administración no puede ser considerada como una sanción a la misma, debido a que aunque se reconozca los errores de la administración pública, esta no debe ser considerada como susceptible de *sanciones*, de la misma manera en que lo es una persona de derecho privado. La punición está reservada directamente para los funcionarios, cuando a causa de ellos el estado debe con su patrimonio indemnizar.

Otras Funciones.

Una vez que se ha excluido, por ser contrario a la noción misma de autoridad pública, el carácter sancionador de la condena al pago de daños y perjuicios; se admite que más bien la indemnización a la que se le condena a la administración tiene otros caracteres, que son más consecuentes con su precitada noción de poder público.

Preventiva.

Es lógico que una vez que se ha sometido a juzgamiento a la administración esta ponga en lo sucesivo formas más eficientes de control de sus actividades, por lo que consecuentemente se estará tratando de prevenir futuros eventos como los que hubieron desencadenado las demandas en su contra. Las medidas que puede adoptar la administración pasan por la persuasión a los funcionarios,

en base a posibles sanciones, hasta la procura de inserción de mecanismos de carácter técnico en la búsqueda de mejores estándares en la prestación del servicio público (Art. 18 LOGCJ). La actual ley de Garantías Jurisdiccionales recoge ampliamente en su artículo 18 varias formas de prevención de futuros daños.

Control-demarcatoria.-

La función de *control-demarcatoria* hace referencia al hecho de que la administración al verse comprometida su responsabilidad debe adoptar medidas complejas de carácter orgánico-institucional, para perseguir, tanto a los causantes de los hechos dañosos, como tareas tales como de reorganización, procedimientos administrativos, establecimiento de responsabilidades entre los funcionarios, etc., mismas que se reflejaran en actos procedimentales de la misma administración, así lo dispone la Ley de Garantías Constitucionales.

Jurisdicción y competencia.

La competencia dice el Código de Procedimiento Civil es la medida de la jurisdicción, en razón de los Tribunales y juzgados, en razón del territorio, de las cosas, de las personas, y los grados (Art. 1 del C.P.C.). La Corte Nacional, Suprema a la sazón, ha mencionado que la competencia es una función la jurisdicción y una aptitud para ejercer la competencia, y lo más importante es que la jurisdicción nace de la ley ha reconocido el mismo órgano superior de justicia.

Ha de comenzarse reconociendo que en principio si la ley es la que determina la competencia para determinados asuntos habrá que estarse a lo que disponen los cuerpos legales, en materia de responsabilidad administrativa, las disposiciones legales eran escuetas, parcas y rudimentarias, salvo lo previsto por la Ley de Modernización que sin embargo como se ha visto no pocos problemas generó, eso fue hasta la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en septiembre del 2009, que vino a solucionar en gran medida la tarea de dilucidar cuál es el juez competente para conocer las demandas en contra del estado en materia de responsabilidad patrimonial, el artículo 7 de esta ley establece cual es el competente para conocer las demandas por acciones constitucionales “cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos”.

Insistimos en que “La competencia...” ha dicho la Corte Suprema de Justicia Ecuatoriana citando a un tratadista “...es una medida de la jurisdicción, un fragmento de ella, pues la relación entre la jurisdicción y la competencia es la que existe entre el todo y la parte”. La competencia para juzgar a la administración pública por su responsabilidad está consagrada en la ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales artículo 19, en caso los artículos 1, 2, 3, y 10 de la ley Contencioso-administrativa, el artículo 38 de la Ley de Modernización, otorga competencia a los tribunales Contencioso Administrativos del país, para conocer las demandas en contra del estado.

Con el surgimiento de la Ley de Modernización, que dispuso que ya no es necesario agotar la vía administrativa en las demandas contra el estado, las disposiciones del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (209, 210, 211, 212 y 213), quedan estado letárgico, dado que muy difícilmente una víctima bien asesorada pensará someterse a las veleidades discrecionales y sobre todo enfrentarse a la distribución vertical de competencias de la administración pública central o institucional. Sin embargo en sede administrativa se puede demandar la indemnización de daños y perjuicios, pero hay que reconocer que el ámbito de aplicación de este estatuto lo hace que tenga una validez restringida, debido a que según él mismo, en su artículo 2 este estatuto no es aplicable para gobiernos seccionales, ni a las entidades descentralizadas cuyos órganos directivos no estén integrados en su mayoría por delegados de la administración central, y “Por otra parte la norma del estatuto no contempla la posibilidad de que los particulares afectados por actuaciones de la Administración puedan iniciar una acción directa sino que deben acudir al procedimiento administrativo y solo en caso de obtener una negativa (acto administrativo de contenido desestimatorio) podrán acudir ante los tribunales Contencioso administrativos”⁷⁰. La ley de Modernización que es norma especial ha derogado tácitamente cualquier impedimento que existiere en el Estatuto⁷¹.

Por vía de mandato legal, en definitiva la jurisdicción competente para tramitar las demandas por daños en contra del estado es la jurisdicción contencioso administrativa.

Conclusiones: Le responsabilidad que se establece contra el estado es especial si bien puede mantener algunas coincidencias con la responsabilidad de derecho privado, esto es solo un rezago pero no una característica individualizante, el juez competente para establecer el monto de la responsabilidad de la administración es el juez contencioso administrativo, pero quien la declara es cualquier juez de primera instancia que conozca las acciones de garantías constitucionales

⁷⁰Palacios, Juan: Tesis Maestría de derecho administrativo, UDA, 2001, nota número 13, Pág. 4 y ss.

⁷¹Ley de Modernización, artículo 38 primer inciso: “...el Administrado o afectado presentará su demanda, o recurso [...]. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa...”.

Conclusiones

La interesante aventura vivida en el desarrollo de esta monografía refleja principalmente un intenso debate que recién comienza, como hemos visto nuestro país vive un rezago estructural en materia de responsabilidad del estado, las experiencias de abusos y afectación a los derechos ciudadanos son múltiples, inversamente proporcionales a los casos de establecimiento judicial de dicha responsabilidad.

Existe un verdadero nuevo paradigma en esta área del quehacer jurídico nacional, el desarrollo normativo es muy alentador, la constitución y la ley de garantías sobre todo nos demuestra enormes posibilidades, sin embargo debemos manifestar nuestras preocupaciones en el sentido de que por ejemplo se conoce un proyecto de ley para la efectivización del “derecho” de repetición, que vuelve a exigir se declare la responsabilidad del funcionario en base de la culpa grave al respecto debemos hacer un ligero recordis: ya en la constitución de 1967, en su artículo 27 se disponía el ejercicio del “derecho de repetición”.

Como ya hemos enunciado insistimos en que no creemos pertinente que se continúe con la exigencia de que para ejercer la acción de repetición se declare la conducta del servidor público como de *culpa grave*, lo que permitirá eludir responsabilidades. Este tipo de responsabilidad como en otros sistemas ha venido sufriendo cambios fundamentalmente por la vía de la jurisprudencia, lo cual seguro ocurrirá aquí también.

El método comparativo que hemos utilizado ha sido de gran valía al momento de intentar una posible línea evolutiva que como hemos señalado será la del desarrollo de la responsabilidad pecuniaria del estado por la vía de la jurisprudencia.

La especial significación de la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, abre una importantísima gama de posibilidades de aplicación de criterios, principios, conceptos, nociones sobre la responsabilidad pecuniaria del estado, que se han desarrollado y evolucionado en otros sistemas legales. Para el ciudadano ecuatoriano el marco constitucional y ciertas normas de carácter secundario abren la posibilidad para accionar contra el estado con resultados positivos, desde la expedición de la constitución del 98 se ha evolucionado hacia un estado Social de Derechos y Justicia de la actual constitución, el Estado y sus órganos se pretenden justiciables

comunes, son tratados como sujetos de obligaciones, al cuales se podrá exigir determinada conducta.

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk Manasevich, René: *Las Obligaciones*, 1ª edición, Santiago, EDIAR Editores Cia. Ltda., 1970.
- Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la responsabilidad Civil extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, 1ª edición, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.
- Arango Garavito, Jorge: *Responsabilidad jurídica del Estado en la intervención del sector financiero*, Universidad Javeriana de Bogotá, edición de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Primera edición, Bogotá 1986.
- Ávila Santamaría, Ramiro: “*Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008*”, en la revista: *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS V&M Gráficas, Quito 2008.
- Bermúdez Muñoz, Martín: *La Responsabilidad de los jueces y del Estado*, 1ª edición, Ediciones Librería Profesional, Bogotá, 1998.
- Cabanellas, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25ª edición, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1997.
- Cayla, Olivier: *La suversión de la responsabilité de l'Etat*, traducciones por Alonso Durán, serie Qu'est-ce que la Société? Volume 3, Editions Odile Jacob, Novembre 2000.
- Dromi, José Roberto: *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2000, , Pág. 637.
- Dromi, José Roberto: *Procedimiento Administrativo*, 1ª edición, Madrid, imprenta Fareso, 1986.
- Dromi, José Roberto y Menem, Carlos: *La constitución Reformada, comentada interpretada y concordada*, 1ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, Pág. 75.
- Dupuis Georges, Chrétien Patrice, y Guedon Marie-José: *Droit Administratif*, traducciones por Alonso Durán, septième édition, Paris, editorial Armand Colin, ediciones DALLOZ, 2000.
- Hernández Terán, Miguel: *La responsabilidad extracontractual del Estado*, copias presentadas por el Dr. Tarquino Orellana, catedrático de la materia de Derecho Administrativo Especial que se dicta en Cuarto año, en la Universidad del Azuay 2002- 2003.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª edición, Madrid, Editorial Civitas, Tomos I y II, 1996.
- Hernandez Terán Miguel: *La responsabilidad Extracontractual*, copias presentadas por el Dr. Tarquino Orellana, catedrático de la materia de Derecho Administrativo Especial que se dicta en Cuarto año, en la Universidad del Azuay, 2002- 2003.
- Lavialle, Michell: *La responsabilité de personnes publiques*, Editions Lamére, Paris 1983.

- Morón Urbina., Juan Carlos: *Derecho Procesal Administrativo*, 2ª edición, Lima, editorial RHODAS, 1999.
- Muñoz Chiu, Natalia Marina: *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Universidad de Chile, Santiago, Editorial Epica, 1999, Pág. 3.
- Mourgeon, Jacques: *Foudelements de Responsabilité du Pouvoir Publique*, Presses Universitaires de France, 1971.
- Palacios, Juan: Tesis Maestría de derecho administrativo, UDA, 2001.
- Paillet, Michel: *La Responsabilité Administrative*, traducciones por Alonso Durán, Premiere edición, Paris, Éditions DALLOZ, 1996.
- Paillet, Michel: *Sobre el grado de originalidad de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas*, Eisenmann, J.C.P. 1949-
- Penagos, Gustavo: *Curso de Derecho Administrativo*, Segunda Edición, Tomos I y II, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1989.
- Recueil, Conseil d'Etat: Arret Blanco, C.E. 1873, edición electrónica: <http://www.droitonline.com/jurispru/CE.html>,
- Vela, Miguel Ángel: *Edición crítica de la Constitución Política de la República del Ecuador 1978-1998*, K&T, Kerse und Turf, Editores gráficos, Cia. Ltda., Llanganate Editores, Quito 1997, Pág. 247.

LEGISLACIÓN.

- Constitución de la República-2008, 20 de Octubre de 2008, Registro Oficial N°. 449.
- Constitución Política de la República del Ecuador, 1998. Decreto Legislativo No. 000. Del 11 de Agosto de 1998, Registro Oficial N° 1.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 22 de Octubre del 2009, Registro Oficial. N°52.
- Código Orgánico de la Función Judicial, 9 de Marzo de 2009, SUPLEMENTO, Registro Oficial N°. 544.
- Ley de modernización del estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada (Ley No. 50), 31 de diciembre de 1993, Registro Oficial N° 349.
- Estatuto del régimen jurídico administrativo de la función ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428, 18 de Marzo del 2002. Registro Oficial N° 536
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (L. 035-CL),18 de marzo de 1968, Registro Oficial N° 338.

- Código Civil, Codificación 2005-010, Suplemento del 24 de Junio del 2005, Registro Oficial N°. 46.
- Código de Procedimiento Civil, Codificación 2005-010, Suplemento del 24 de Junio del 2005, Registro Oficial N°. 46
- Código Penal, Martes, 24 de Marzo de 2009 - SUPLEMENTO Registro Oficial N°. 555.
- Código de Procedimiento Penal Martes, 24 de Marzo de 2009, SUPLEMENTO Registro Oficial No. 555,

EDICIONES OFICIALES

- Registro Oficial
- Gaceta Judicial
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de Agosto 10 de 2000, <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52588442>