



CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA

Justicia que se ve

SALA TEMPORAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUICIO No. 300-2010

Ponente: Dr. Juan Francisco Morales

- 18 -
divocho

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA TEMPORAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Distrito Metropolitano de Quito, 29 de agosto de 2013; las 11h15.- **VISTOS:** En el juicio contencioso administrativo seguido por Silvio Toscano Vizcaíno en contra del Director Ejecutivo y representante legal del Consejo de la Judicatura, Dr. Gustavo Donoso Mena, la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, dicta sentencia y acepta la demanda por haberse producido silencio administrativo positivo. Insatisfecho con ella, el Director de Asesoría Jurídica y Delgado del Presidente del Consejo de la Judicatura, Dr. Fabián Zurita Godoy, interpone recurso de casación, que fue negado por no tratarse de un proceso de conocimiento al tenor de la disposición constante en el Art. 2 de la Ley de Casación, razón por la cual el recurrente interpuso recurso de hecho, por lo que sube el proceso a este Tribunal que integrado legalmente, para decidir, considera: 1.- **COMPETENCIA:** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo, en mérito a lo dispuesto en el artículo 182 y 184 de la Constitución de la República del Ecuador, los artículos 157 inciso segundo, 185, 264, literal c) numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 1 de la Ley de Casación, 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y las Resoluciones No. 070-12 y 177-12 del Pleno del Consejo de la Judicatura adoptadas en sesiones de 19 de junio y 18 de diciembre del año 2012, respectivamente, esta última modificatoria o reformativa de la anterior en su artículo 11 y publicadas en el Registro Oficial No. 746 de 19 de junio del año anterior y en el Suplemento del Registro Oficial No. 859 de 28 de diciembre de ese mismo año, en su orden; y en cuanto a la integración final actual de los miembros de la sala, decidida ésta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión ordinaria del 24 de julio último y constante en el oficio No. 1485-SG-SLL-2013 del día siguiente, firmado por la secretaria general de la misma. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 1 de febrero de 2011 a las 16h43, analiza el recurso admitiéndolo a trámite. Mediante resorteo certificado en razones de 4 de abril de 2012 y 9 de mayo de 2013, el caso correspondió a conocimiento de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, y posteriormente a esta Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo. 2.- **ANTECEDENTES:** 2.1 El 4 de diciembre del 2008, el Dr. Silvio Toscano Vizcaíno, interpone demanda contencioso administrativa en contra del Dr. Gustavo Donoso Mena en su calidad de Director Ejecutivo, encargado y Representante Legal del Consejo de la Judicatura

y del Ab. Diego Garcia Carrion, Procurador General del Estado, afirmando que con fecha 31 de enero de 2008, las 11h00, dentro del expediente No. Of.52-07-ES, se emitió una resolución por parte de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, mediante la cual se le destituyó del cargo de Coordinador Nacional de Quejas. Explica que presentó recurso de apelación en sede administrativa y que dicho recurso no fue contestado hasta la fecha de presentación de la demanda para ante el Tribunal Distrital, solicitando por ello, la ejecución del derecho obtenido mediante silencio administrativo, su inmediato reintegro al cargo de Coordinador Nacional de Quejas de la Función Judicial, el pago de las remuneraciones que ha dejado de percibir desde el 31 de enero de 2008, incluyendo los correspondientes incrementos salariales y más beneficios, además de las costas profesionales y los honorarios profesionales de su patrocinador. 2.2 Luego del trámite legal, en el cual las partes procesales han hecho valer sus derechos, el 2 de marzo del 2010, a las 15H53, la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, dicta sentencia aceptando la demanda, es decir, reconociendo el derecho que asiste al actor, por haberse producido en su favor el silencio administrativo positivo, quedando sin efecto la sanción impuesta. Inconforme con la sentencia, el delegado del Presidente del Consejo de la Judicatura, interpone recurso de casación, que fue negado por el Tribunal de instancia en auto de 25 de marzo de 2010, las 10h11, en virtud de la disposición constante en el Art. 2 de la Ley de Casación que dispone la admisibilidad del recurso cuando se deduce contra sentencias o autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, evento no ocurrido en el sub júdice. El mismo representante de la institución demandada interpuso por ello, recurso de hecho el 29 de marzo de 2010, cuyo trámite conoce esta Sala. 3.- **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El recurrente alega en el recurso de casación, que se han infringido los artículos 23 números 26 y 27, 24.1, 141, 272 y 273 de la Constitución Política de la República (1998); 28 de la Ley de Modernización del Estado; 39 y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y varios fallos de Jurisprudencia. Fundamenta el recurso en la tercera del Art. 3 de la Ley de Casación sin definir en cuál de los vicios ha incurrido el fallo impugnado. 4.- **OBITER DICTA: 4.1. Fundamentos del recurso.-** En el presente caso, la reclamación del demandado se constriñe a remarcar dos aspectos sustanciales: a) El tiempo transcurrido entre la sanción y su recurso de apelación; y, b) el presunto desconocimiento realizado por el tribunal de instancia de que la falta de decisión sobre el petitorio del accionante en sede administrativa, obedeció a que el Consejo de la Judicatura no avocó conocimiento del reclamo presentado, sin

que por este hecho, se haya pronunciado en su oportunidad, hechos que los refiere a la letra de la siguiente forma: a) *"Para puntualizar los fundamentos del presente recurso, se torna jurídicamente indispensable el realizar una síntesis y análisis de los pertinentes considerandos de la sentencia que recurro; así, en la parte considerativa, dice: "...el 31 de enero del 2.008 se emitió una resolución por parte de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura por la cual se le destituye del cargo de Coordinador Nacional de Quejas; que, dentro del término, el 7 de febrero de 2.008, interpuso recurso de apelación a fin de que se deje sin efecto la inconstitucional, ilegal y antirreglamentaria resolución y que se le reintegre al cargo; que, el 19 de febrero de 2.008 la misma Comisión concedió el recurso interpuesto y elevó, con oficio de 20 de febrero, de 2.008, el expediente al pleno de apelaciones, para luego con fecha 4 de Diciembre del 2.008 presenta la demanda que motiva el juicio que nos ocupa.."* Al respecto, hay que señalar que desde el 31 de enero del 2.008; hasta el 4 de Diciembre del 2.008, han transcurrido y en exceso el término de los 90 días que tenía el actor para presentar la demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme lo prescribe el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; es decir, el tiempo que el hoy actor tenía para presentar esta demanda **PRESCRIBIÓ**". (...) b) *"...De lo expuesto en los acápites II y III en forma clara y concreta, se determina que NO EXISTE la certificación indicando el vencimiento del referido término, por lo tanto no se ha generado derecho alguno a favor del actor, siendo esta la explicación para que en la sentencia recurrida en la parte resolutive se diga: "...reconociendo el derecho que le asiste al actor, por haberse producido en su favor el silencio administrativo positivo..." para luego disponer su inmediata ejecución. Entonces se refleja con claridad meridiana de que no se trata de una controversia exclusivamente sobre cuestiones de derecho, conforme se manifestó en el escrito de contestación a la demanda y consecuentemente por haber hechos que debían justificarse era obligación jurídica de la Sala ABRIR la causa a prueba por el término legal, conforme lo prescribe el Art. 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dejando de esta manera al Consejo de la Judicatura en total estado de indefensión; de lo contrario, sin lugar a dudas, se habría desvanecido cada uno de los manifestos esgrimidos por el hoy actor; sin embargo todo ello corresponderá apreciar y analizar al juez superior. 4.2 Consideraciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.- Visto el fundamento del recurso de casación, es pertinente conocer el pronunciamiento de la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso*

Administrativo, Distrito de Quito sobre el recurso extraordinario planteado por el representante del Consejo de la Judicatura y que fuera negado, en el auto que arriba hemos señalado en 2.2, amparados en la disposición normativa del Art. 2 de la Ley de Casación que textualmente dispone: Art. 2.- Procedencia.- *“ El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.”* En el caso que conoce esta Sala de la Corte Nacional de Justicia, el actor alega no tratarse de uno de conocimiento, sino de ejecución, pues no se ha ventilado en el proceso la legitimidad y legalidad del acto administrativo sancionador, sino el referente al reclamo administrativo no atendido por el órgano que expidió la sanción como era su obligación al tenor de sendas disposiciones constitucionales y legales vigentes en el momento y por ende, se produjo a su favor el silencio administrativo de carácter positivo previsto en la Ley de Modernización del Estado, posición que suscribió el Tribunal de instancia, en los siguientes términos: *“El presente juicio, tanto por así haberlo señalado el actor en su demanda, como por su naturaleza jurídica la cual ha sido establecida en la sentencia dictada en la causa como en la extensa jurisprudencia existente al respecto, es un proceso de ejecución y no de conocimiento; por lo que el recurso de casación interpuesto resulta improcedente, consecuentemente se lo niega.”* Esta decisión se sustenta, a la vez, en la convicción manifestada por la Sala inferior en el considerando cuarto de la sentencia, en el que afirma que la acción contenciosa es de ejecución, cuando se adjunte a la demanda el certificado relativo al vencimiento del término prevenido en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. Como se aprecia, en el proceso no se ha discutido sobre los motivos y defensa de la destitución o su impugnación, sino sobre la falta de pronunciamiento al recurso de apelación planteado en sede administrativa, razones por las cuales señalamos los siguientes aspectos esenciales de nuestro pronunciamiento. En segundo lugar, debe analizarse la determinación de la causal que fundamenta el recurso de casación propuesto por el ex Director de Asesoría Jurídica, Dr. Fabián Zurita Godoy, es decir la tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, sobre la que nos pronunciaremos en su oportunidad. Finalmente, en tercer lugar, deberemos pronunciarnos por el alegato de prescripción de la facultad para presentar la demanda contencioso por el transcurso del término de 90 días previstos en el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. **4.3 Argumentos Constitucionalmente Relevantes.- 4.3.1 Argumentación jurídica.-** Dentro de las disposiciones mandatorias de la

Constitución, a efectos de la expedición de las resoluciones del poder público y que entran en el ámbito de obligaciones del juez, se hallan todas las referentes al debido proceso, pues él tiene el deber de fallar a base del marco referencial planteado y sustancialmente, de cumplir con la responsabilidad de la prescripción establecida en el Art. 76.7 literal l) de la propia Constitución. El juzgador tiene que explicar y justificar jurídicamente sus razones a base de la argumentación sustentada en la aplicación razonable de principios y normas a efecto de hacer inteligible la decisión a tomarse, cuestión que se aprecia no ha ocurrido con la sentencia de instancia, al contrario se aprecia una contradicción flagrante como defecto de actividad lógica, que ha quedado anotado en los puntos anteriores de esta sentencia. Por ello, la argumentación Jurídica, cuya teoría expuesta por Robert Alexy, se propone conocer la racionalidad de las decisiones judiciales que deben ser modelo de relación en la tesis formulada, cordura, lógica y justicia. **4.3.2 Decisiones y principios.** -En efecto, para Jerzy Wroblewsk, en su "Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica", Madrid, Civitas, 1985, una decisión racional es una decisión justificada. La justificación alude a la corrección del razonamiento que subyace a la decisión judicial, en la cual son considerados los diferentes argumentos que pueden determinarla en uno u otro sentido. Una decisión es racional para Manuel Atienza, si respeta las reglas de la lógica deductiva, así como los principios de la racionalidad práctica: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad. La argumentación constante en el examen en las secciones denominadas "Motivación Jurídica" de las sentencias, es en definitiva, la concreción de la garantía exigible en el Art. 76.7, letra l) de la Constitución, **4.4 Debido Proceso.**- Sobre este punto debemos percatarnos que la negligencia y omisión habidas en la falta de atención al reclamo presentado por el accionante, Dr. Toscano Vizcaíno, violentan el debido proceso al que él tenía derecho, independientemente de las razones que hubiesen tenido sus superiores para aplicar la sanción expedida. En efecto, señalamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en reiteradas sentencias, señala la obligación de observar el debido proceso. La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, (SIDH) ha marcado una relación directa entre los alcances de los derechos consagrados en los artículos 8, que se refiere a las garantías judiciales¹ y 25, de la Convención Americana, (CADH) referente a la

¹ Art. 8.- Garantías Judiciales.- 1. "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier

protección judicial y otras garantías que tienen las personas por parte de cualquier autoridad del Estado². De esta manera, se ha determinado que los Estados tienen la obligación de delinear y consagrar normativamente recursos efectivos para la cabal protección de los derechos humanos, pero también la de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales. Concretamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Corte IDH) ha destacado en numerosas oportunidades que "los recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal"³. Un tercer aspecto que abarca el derecho de acceder a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la definición de criterios claros sobre debido proceso legal en sede judicial, cuando la garantía de estos derechos está en juego. En el marco del sistema interamericano, además, es clara la vigencia de las reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos vinculados a derechos sociales. En efecto, la norma rectora de la garantía destaca expresamente su aplicabilidad a cualquier proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole⁴. La Corte IDH ha tenido oportunidad de remarcar la plena aplicabilidad de la garantía en sede administrativa. Se ha expresado en tal sentido en el análisis de casos y situaciones que involucran derechos de los trabajadores, de los migrantes, de los pueblos indígenas. A la vez, recientemente se ha abocado al desarrollo de estándares en materia de la vinculación entre el debido proceso

acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

² Art. 25.- Protección Judicial.- 1. "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". 2. "Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

³ Cfr. Corte I.D.H., *Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*. Sentencias de 26 de junio de 1987, párrafos 90, 90 y 92, respectivamente; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, párrafo 24.

⁴ El artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".



CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA

Justicia que se ve

SALA TEMPORAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUICIO No. 300-2010

Ponente: Dr. Juan Francisco Morales

- 21 -
relativo

administrativo y el derecho de acceder a la información pública, en un caso vinculado al resguardo del medio ambiente. En el Caso Baena Ricardo y otros⁵, los peticionarios eran 270 empleados públicos que habían sido destituidos de sus cargos, acusándoseles de complicidad con una asonada militar, por haber participado en una manifestación por reclamos laborales⁶, que coincidió con un intento de levantamiento de fuerzas militares. En un principio, los despidos tuvieron lugar mediante comunicación escrita, expedida en la mayoría de los casos por el Director General o Ejecutivo de la entidad, por orden del Presidente de la República, basada en la participación en las medidas de fuerza supuestamente ilegales. Luego, con la sanción de una norma especial al efecto –la llamada “Ley 25”, que fue aplicada retroactivamente, los directores de las instituciones autónomas y semi-autónomas, empresas estatales, municipales y demás dependencias públicas del Estado, fueron autorizados para que, previa identificación, declararan insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que participaron “en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaran ³⁸ contra la democracia y el orden constitucional”. Así, con fundamento en la participación en las referidas medidas de fuerza, se declaró la insubsistencia de los nombramientos de los trabajadores restantes. Las destituciones se realizaron en palmaria vulneración de las normas que regulaban los procedimientos que debían observarse con miras al despido de un trabajador de estas entidades⁷. Hay que advertir que la sentencia de la Corte Interamericana, trató de la situación de trabajadores sujetos a leyes del trabajo y de la misma forma, de servidores sujetos al régimen administrativo, de modo que el fallo se pronuncia en relación a

⁵ Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72.

⁶ Los trabajadores habían participado de una marcha y de un paro de 24 horas, ambos convocados por la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales del país en reclamo de una serie de reivindicaciones laborales. De conformidad con el pliego que la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales le presentara al Estado, y ante cuyo rechazo se dispusieron las medidas de fuerza, las peticiones consistían en: “...la no privatización de las empresas estatales; la derogación de las leyes que reformaban el Código de Trabajo; el cese de los despidos y el reintegro inmediato de los dirigentes del sector estatal; el pago de las bonificaciones y del décimotercer mes; el respeto a las leyes laborales, reglamentos internos, y los acuerdos pactados con las organizaciones del sector estatal; el respeto a las organizaciones laborales y sus dirigentes;

⁷ Dos de las entidades estatales estaban regidas por una norma particular y por sus respectivos reglamentos internos, bajo una jurisdicción especial del trabajo, mientras que el resto de las entidades estatales, que no contaba con normas especiales, se regían por el Código Administrativo, la ley orgánica y el reglamento interno de la institución en que trabajaban. En relación con los distintos procedimientos previstos originalmente para el despido de un trabajador de estas instituciones, ver *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, cit.*, párrafo 88. m.

los derechos tanto de trabajadores como de servidores sujetos a la Ley administrativa. 4.5

Debido proceso administrativo.- La Corte IDH destacó en relación con los alcances del artículo 8 de la CADH: “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto. *“sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...)*⁸ La Corte manifiesta que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes...⁹. Por ello la Corte IDH subrayó respecto al debido proceso administrativo que: *“Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...”*¹⁰. Las sentencias de la Corte IDH, son plenamente aplicables a través del bloque de constitucionalidad. Recordemos que el artículo 11.3. de la Constitución declara de modo inexorable, a la letra: *“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”*¹¹ *serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”* En efecto, llama la atención, a esta Sala, que el Consejo de la Judicatura haya desconocido su obligación contenida en el art. 23.15 de la Constitución de 1998, que, ratificando la vigencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, disponía: Art. 23.- *Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado*

⁸ El destacado es nuestro.

⁹ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafos 124 y 125.

¹⁰ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 127. La misma cita puede también encontrarse en el texto de la ya citada OC No. 18/03. Cfr., “Opinión Consultiva OC-18/03”, cit., párrafo 129.

¹¹ Énfasis es nuestro.

reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: "15. El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado", omisión que contraviene de modo flagrante el debido proceso en sede administrativa, desconociendo este y varios otros fallos de la Corte IDH¹² cuyos contenidos jurídicos debieron ser tomados en cuenta por la Instancia administrativa,¹³ pues la jurisprudencia internacional es norma de cumplimiento obligatorio en el Ecuador y su ejecución puede ser demandada, además, a través de la acción por incumplimiento, que textualmente determina que "...tendrá por objeto garantizar... el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos..."¹⁴. La observancia irrestricta del debido proceso es obligación immanente de la administración pública, que debe actuar responsablemente en sus relaciones con los administrados. Su violación, acarrea la infracción constitucional a los derechos de la persona, en este caso, del recurrente, doctor Toscano Vizcaíno.

4.6 Derechos constitucionales.- La Constitución del año 2008, establece un nuevo modelo de Estado, radicalmente distinto al anterior: el previsto en el artículo 1 del Código Político: El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; adoptando de ese modo, el paradigma del constitucionalismo contemporáneo. La instauración del paradigma del Estado Constitucional en la República del Ecuador, nos recuerda el Dr. Alarcón, "no puede ni debe ser entendida como una simple muletilla que dota de mera elegancia retórica a la concepción tradicional del derecho. Por el contrario, trae muchas consecuencias de orden sustancial y material, que deben ser asumidas y ejercidas, entre ellas el nuevo rol de los jueces. Desde la perspectiva teórica, la decisión del Poder Constituyente implica la eliminación del Estado legislativo, el establecimiento de una verdadera jurisdicción constitucional, que garantice las disposiciones

¹² a) Corte I.D.H., *Caso Iucher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74; b) Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146; c) Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151.

¹³ A la vez, debe destacarse que al momento de expresarse en relación con la vigencia del debido proceso en sede administrativa, la Corte IDH procede a citar los siguientes precedentes del sistema europeo de derechos humanos: "...*Eur. Court. H.R., Campbell and Fell judgment of 28 June 1984*, Series A No. 80, párrafo 68; *Eur. Court. H.R., Deweer. judgment of 27 February 1980*, Series A no. 35, párrafo 49; y *Eur. Court. H.R., Engel and others judgment of 8 June 1976*, Series A No. 22, párrafo 82...", *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 130. En este punto, es dable destacar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es abundante en materia de la vinculación entre el debido proceso legal administrativo y la garantía de derechos económicos, sociales y culturales. Se expresó en tal sentido, por ejemplo, en el caso *Feldbrugge*.

¹⁴ Constitución, Art. 93.



CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA

Justicia que se ve

SALA TEMPORAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUICIO No. 300-2010

Ponente: Dr. Juan Francisco Morales

constitucionales, iniciando por los valores y principios y permita el ejercicio pleno de los derechos de las personas, ya la adopción de una nueva teoría del derecho y que asuma la función crítica y no sólo la descriptiva, del derecho y sus reglas¹⁵. Desde el punto de vista político, nos dice el mismo autor, la consecuencia más importante del neoconstitucionalismo, es el desplazamiento del protagonismo legislativo hacia el judicial. "De esa forma el rol del Juez es preponderante en la creación del derecho"¹⁶. Concordante con lo anterior, Juan Montaña, dice: "En este sentido bajo el régimen del Estado Constitucional, se produce la metamorfosis del rol de los jueces, que asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho"¹⁷. En este modelo constitucional garantista, nos recuerda la doctora Tatiana Pérez,¹⁸ que Luigi Ferrajoli, afirma con razón que la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino a una cualidad ligada a la coherencia de la evaluación del juez y de sus significados con la Constitución. Ello deriva -dice- en la conversión del juez a un protagonista vital en el estado democrático y constitucional de derechos y justicia. Roberto Gargarella, en "La Justicia contra el Gobierno" señala que los jueces no sólo deben decidir en última instancia sobre las más fundamentales cuestiones constitucionales, sino que además, tienen la posibilidad a través de sus fallos, de contradecir al legislador, por ello es que desde el inicio se preocuparon por estructurar el poder judicial, de modo que las decisiones de sus miembros tuvieran las mayores garantías de ser imparciales.¹⁹ El autor declara que de ninguna manera supone la superioridad de los jueces frente al legislativo, sino que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por la primera. 4.7 Garantismo.- En efecto, sobre el particular, debe señalarse que la Constitución es protectora y garantizadora de los derechos humanos. El profesor Ramiro Ávila Santamaría nos dice que

¹⁵ Alarcón, Pablo, *Ibidem*.

¹⁶ Alarcón, Op. Cit. Pág. 565.

¹⁷ Montaña Pinto, Juan, "La Función Judicial y la Justicia Indígena en la Nueva Constitución ecuatoriana", en: "Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva"; Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 191.

¹⁸ Pérez Valencia, Maritza Tatiana, Magistrada de Ecuador, Presidenta de la Sala Contencioso Tributaria de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador y Jueza de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador ponencia: "El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia", Quito 22 de marzo de 2013.

¹⁹ Roberto Gargarella, "La Justicia frente al gobierno", Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1996, p. 51.

- 23 -
verificables

las propuestas e innovaciones del neoconstitucionalismo responden a problemas concretos entre ellos: (1) los derechos fundamentales ante la violación de derechos; (2) la rigidez de la Constitución a la arbitrariedad de los parlamentarios; (3) la constitución como norma jurídica directamente aplicable sin que requiera desarrollo legislativo para su eficacia al requisito de ley para reglamentarla (en el sentido de hacer reglas); (4) los jueces de la Constitución ante la inexistencia de una autoridad que sancione la inobservancia de las normas constitucionales. La parte que se conoce como dogmática en la Constitución, es decir, en la que se reconocen derechos y precede el texto, toma excepcional importancia y se constituye en un fin para el Estado. La parte orgánica, que es la que tiene el énfasis en el derecho constitucional clásico, es funcional a la realización de los derechos. Esto, por supuesto, tiene su impacto en la teoría del derecho: (1) la concepción de la norma jurídica; (2) la concepción del sistema jurídico; (3) el objeto de estudio de la ciencia jurídica; (4) el método de aproximación al derecho; (5) la relación entre derecho y moral/justicia. (1) La pretensión de certeza y seguridad de derecho, se concreta en la elaboración de reglas jurídicas de carácter hipotético. De esta forma, las personas lograrían plasmar sus planes de vida adecuándose a las normas que determinan con exactitud lo prohibido, lo ordenado y lo permitido. Con el Neoconstitucionalismo, la certeza y la seguridad en unos casos se encuentran en las reglas, cuando estas son adecuadas a la Constitución, y en otros casos se desplazan a los precedentes jurisprudenciales, en particular cuando se aplican principios. En el neoconstitucionalismo no se tolera la injusticia aún a pretexto de la certeza y la seguridad, de modo que es inaceptable que un mismo día se creen derechos y se los extinga. (2) El sistema jurídico para el positivismo es coherente y completo. Las antinomias se resolvían a través de la subsunción (especialidad, antigüedad y jerarquía) y las anomias no existían bajo el principio liberal de que todo lo no prohibido expresamente se puede hacer en lo privado y sólo lo determinado en la ley se debe hacer en lo público. De acuerdo al neoconstitucionalismo, en cambio, el sistema es intrínsecamente incoherente e incompleto. No hay forma humana de prever todas las posibilidades de violación a los derechos, que además son muchos, ni tampoco hay forma de regular mediante códigos todas las condiciones ni las obligaciones que emanan de los derechos. (3) El objeto de la ciencia jurídica, que se limitaba al análisis de la norma positiva, se desplaza hacia varios sistemas jurídicos: el nacional, el regional y el universal. (4) El derecho positivo se restringe a describir el derecho, de ahí que el método gramatical y la analogía sean las formas típicas de enfrentarse a los textos jurídicos. En el neoconstitucionalismo se suman dos métodos a los

tradicionales: la ponderación y el teleológico. El derecho se enfrenta ya a conflictos que suceden en casos reales y pone en contexto la interpretación y la aplicación del derecho. (5) La vinculación entre derecho y moral es tajante en el positivismo: no hay relación alguna. De ahí se ha dicho, desde otras corrientes del pensamiento jurídico, que la adhesión a la ley de forma incondicional es ya una manifestación de moral. En el neoconstitucionalismo el debate no es pacífico. Unos consideran que la adhesión no es ya a la ley sino a la Constitución, y que la moral como fuente de del derecho no cabe. Esto es una suerte de neo positivismo jurídico. En cambio, hay otras personas que consideran que la Constitución encarna una síntesis entre moral y derecho. Por un lado existen valores morales consensuados que son los derechos fundamentales y, por otro, esos valores son ya normas positivas. La consecuencia es que las normas fundamentales deben ser llenadas de contenido a través de la reflexión filosófica. ¿Por ello cuál era la obligación del juez al momento de advertir que se expiden los hipotéticos actos administrativos, contenidos en las ya citadas acciones de personal que crean y extinguen derechos al unísono y cuya motivación -inexistente- (contraria a la disposición del art. 76.7. 1) de la Constitución), se describe como el allanamiento a una disposición previa de otro órgano del Estado? En Latinoamérica la recepción del neoconstitucionalismo occidental ha sido, en general, implementada en los textos constitucionales de finales del siglo pasado.²⁰ Existen algunas variaciones notables que merecen destacarse: (1) la expansión de derechos, (2) el control de constitucionalidad por parte de todos los jueces, (3) el redimensionamiento del estado, y, entre otras (4) el constitucionalismo económico encaminado a la equidad. La expansión de derechos. En primer lugar, la profunda y extensiva materialización de las constituciones. Las constituciones de América Latina decididamente, y contra la corriente europea, reconocen los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de los pueblos indígenas. En algunas, como la colombiana, se reproduce la fatal dicotomía entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales²¹, por la que unos son exigibles y otros programáticos, (primera y segunda generación). En el resto de

²⁰ Jorge Carpizo, "Constitucionalismo Latinoamericano", en Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovato (Coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. UNAM-IJ, México D.F., 2009, p. 15. Carpizo hace un exhaustivo análisis de las instituciones constitucionales con particular énfasis en el aspecto democrático que fueron incorporadas: la jurisdicción constitucional, el hábeas data, el ombudsman, el equilibrio ejecutivo-legislativo, los consejos de judicatura, los sistemas electorales.

²¹ Conviene resaltar que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia ha superado este defecto del texto. Es decir, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles.

-24-
constitucional

Constituciones se rompe con la tradicional forma de ver los derechos sociales como derechos cuya realización depende exclusivamente de los recursos de los estados y que no son justiciables. La Constitución ecuatoriana con absoluta claridad determina que todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía²², para definitivamente dejar atrás la inútil discusión sobre la naturaleza de derechos.²³ La expansión de los derechos no son meros caprichos o simples promesas electorales. Esta visión reduccionista suele descontextualizar los textos jurídicos. La dilatada nomenclatura de derechos responde a dos realidades: (1) la afirmación de profundos problemas sociales que tienen que ver con insuficiencias y necesidades insatisfechas, que afectan el desarrollo de las potencialidades de las personas y los pueblos; (2) las luchas y reivindicaciones de organizaciones y movimientos de la sociedad.²⁴ Los derechos son artificios creados por los seres humanos para promover cambios y exigir, con respaldo jurídico y estatal, mejores condiciones de vida. Carlos Santiago Nino sostiene que los derechos son artefactos que sirven para enfrentarse a los problemas derivados de la vulnerabilidad de los seres humanos ante otros seres humanos con poder para someter u oprimir.²⁵ No menos importante es la anexión con fuerza vinculante del derecho internacional de los derechos humanos al derecho constitucional. La discusión sobre jerarquía entre instrumentos internacionales de derechos humanos y constitución se torna irrelevante por el principio "pro derechos": se aplicará la norma que más favorezca al reconocimiento y ejercicio de derechos. En el estado constitucional, la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental a decir del mismo Ávila Santamaría. Material porque tiene

²² Constitución, Art. 11 (6).

²³ Ligia Bolívar, "Derechos Económicos, Sociales y Culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, IIDH, Costa Rica, 1996, pp. 85-136; Christian Courtis y Ramiro Avila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 11, V&M Gráficas, Quito, 2009, pp. 9-17.

²⁴ Sobre la propuesta de algunos movimientos sociales y sus aportes al constitucionalismo ecuatoriano, véase la revista de análisis político *Tendencia*, publicada por ILDIS. Por ejemplo, el número 5, de mayo del 2007, intitulado *Las izquierdas y la constituyente*, recoge algunas de las demandas del movimiento feminista y sindical. También debemos reivindicar la lucha llevada a cabo por organizaciones tales como "Acuerdo Nacional Constituyente", "PROPALS", "Organización de Defensa del Denunciante" y "Ciudadanos por la Democracia", en diferentes épocas.

²⁵ Carlos Santiago Nino, "Introducción", en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, pp 1-7.

derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan Estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias²⁶, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. Julio Echeverría²⁷ nos dice que la semántica utilizada en el texto, hace hincapié en la Constitución como fuerza normativa, que es la fuente de legitimación del sistema político y establece los parámetros de autodefinición e identidad que la sociedad reconoce como propios. No solamente define la realidad sino que establece lo que la sociedad quiere ser. Su fuerza normativa se dirige a ordenar y conformar la realidad política y social. Todos los procesos e interacciones sociales y políticas encuentran su diseño en la Constitución, pero su eficacia depende de la coherencia semántica que ella guarda. De modo que es inaceptable que una institución a pretexto de utilizar normas constitucionales desconozca toda esta visión conceptual, racionalizada y justa de los valores y principios de aplicación inmediata que dimanen de la Constitución, para restringir, menoscabar y destruir derechos, como ha acontecido con la actuación del antiguo Consejo de la Judicatura, del periodo de transición por el Dr. Benjamín Cevallos en el caso sub júdice que conoce esta Sala.

4.8 Aplicación directa.- La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional. La Constitución del 2008 tiene una norma que establece la finalidad del poder y el contenido de las normas: "La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las

²⁶ Véase Juan Pablo Morales, "Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica", en edición de Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 90-96.

²⁷ "Plenos Poderes y Transformación Constitucional", Abya Yala, 2008, Quito Ed. Diagonal.

leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”²⁸ Esta materialidad de la Constitución obliga a todos los órganos del poder público a actuar en los límites impuestos por los derechos de las personas, de modo que no es admisible que se utilicen los preceptos constitucionales (arts. 23, 141.2, 272, 273, Constitución de 1998), para restringir y menoscabar los derechos de las y los ciudadanos, como se aprecia ha ocurrido en el caso del demandante Toscano Vizcaíno, cuando tanto en sede administrativa, se limitó y coartó el derecho al debido proceso, al desconocer su derecho a un pronunciamiento positivo o negativo oportuno sobre su petición formulada en instancia administrativa mediante el correspondiente recurso de apelación presentado el 7 de febrero de 2008 y ratificado el 29 de julio del mismo año. 5.- ARGUMENTACIÓN O RATIO DECIDENDI: 5.1 Sobre la calidad del proceso de nuestro juzgamiento.- A efectos de la decisión, a más de la argumentación formulada en el número 4 de este fallo, realizamos las siguientes consideraciones: 5.1.1 En cuanto al silencio administrativo positivo impugnado como tal, reclamado por el accionante e impugnado por el recurrente, señalamos al igual que en varias otras sentencias expedidas por esta Sala de Casación, que el efecto positivo del mismo “...no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario sino una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo”, conforme lo señalan precedentes jurisprudenciales de triple reiteración: (10-XII-97 en la resolución No. 331-97, constante en la GJ No. XVI, No. 15, p. 4208, RO No. 287 de 31.03.1998). Igual en tratándose de la 21-VI-99 (Resolución No. 195-99, publicada en la GJ No. XVI, No. 15, p.4209); y la 13-VII-99 (No. 217-99 constante en la GJ No. XVI, No. 15, p. 411), donde se consigna que ciertamente el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, “origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa. ...” y es que efectivamente da lugar a un derecho autónomo; 5.1.2 Ese derecho autónomo proveniente del silencio administrativo positivo de que trata la Ley de Modernización del Estado (artículo 28) y que en nuestra opinión sí se dio, tal como se expresa en la reseña

²⁸ Constitución, Art. 84.



CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA

Justicia que se ve

SALA TEMPORAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUICIO No. 300-2010

Ponente: Dr. Juan Francisco Morales

histórica constante en el libelo inicial (fojas 3 del cuaderno de instancia); donde se lee que, con fecha 7 de febrero de 2008 el demandante interpuso dentro del término correspondiente el recurso de apelación; que, con fecha 19 del mismo mes y año la Comisión de Recursos Humanos concedió el recurso y lo elevó al Pleno de Apelaciones al día siguiente, 20 de febrero, fecha desde la cual no hubo pronunciamiento alguno, es decir, desconociéndose la obligación constitucional de asegurar el debido proceso en contestación al requerimiento del actor para que se le certifique en torno de su requerimiento; y dándose lugar a la configuración del silencio mencionado, de manera que es irrefutable en este caso, que el proceso sub júdice es de ejecución. **5.2 Acerca de la causal en que se fundamenta el recurso de Casación.-** **5.2.1** A fojas 69 vta. del cuaderno de instancia, el recurrente, ex Director Nacional de Asesoría Jurídica del anterior Consejo de la Judicatura, determina la causal en que fundamenta el recurso y señala de modo expreso y genérico, que se trata de la tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Esta invocación debe ser analizada a la luz del precepto jurídico correspondiente, que a la letra señala como causal para la procedencia del recurso: "... *Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto...*"; es decir, el casacionista afirma que en el fallo impugnado, se han hecho presentes uno (o algunos) de los vicios de valoración probatoria, que no han sido señalados por el recurrente. Cuando la infracción se produce bajo la causal tercera estamos en el caso de la infracción directa de la norma jurídica substancial pues la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba conduce a la equivocada aplicación o inaplicación de otra norma de derecho; por tanto no basta citar el precepto infringido bajo esta causal sino que es necesario señalar la norma substancial o de procedimiento que ha venido a ser violada como resultado de aquella. Esta relación entre la infracción inmediata y la consecuencial no se establece en el recurso. **5.2.2** En múltiples fallos la Corte Suprema y la Nacional de Justicia, han expresado que el recurrente deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación.²⁹ En el caso de nuestro análisis, el casacionista, se limita en forma general, a citar la causal 3ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, sin tomar en cuenta que los

²⁹ Registro Oficial No. 508 de 16 de enero de 2009, pág. 29.

diversos supuestos que contempla son incompatibles y excluyentes ya que, si existe falta de aplicación no puede haber aplicación indebida o errónea interpretación, y esta realidad ha sido analizada y objeto de pronunciamiento también en el máximo Tribunal de Justicia Ordinaria, como aparece de la sentencia de 24 de abril de 1998, sobre el juicio de divorcio No. 103.97; la sentencia constante en GJS XVI, No. 8, pág. 2047; la publicada en GJS XVI, No. 13, pág. 3703, que textualmente dice: *"...No basta, por tanto, invocar como ha ocurrido en el presente caso la causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación, sino determinar con precisión cuál de los tres aspectos que involucra esta causal, eso es si la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, condujeron a que la sentencia adolezca de error "in procedendo.";* en la sentencia publicada en Registro oficial No. 393 de 20 de agosto de 2001, pág. 21, se manifiesta con razón: *"...el recurrente está obligado a explicar y precisar en qué consiste individualmente cada prueba mal apreciada o dejada de apreciar o explicando cuál es la que se ⁷² dio por existente sin que obrara del proceso..."* Igualmente se manifiesta en ese sentido, la resolución publicada en edición especial de Registro Oficial³⁰ No. 14 de 1 de febrero de 2008, página 3 y pág. 29. 5.2.3 Es decir de modo reiterado, consecuente, unívoco, permanente y definitivo, la Corte Suprema y la Nacional, exigen primero que el casacionista determine de modo expreso cuál de los vicios de valoración probatoria se ha producido en el fallo que impugne; segundo, que establezca cuál norma procedimental ha sido violada y tercero, cuál norma sustantiva es la afectada por esta violación, presupuestos no contemplados ni contenidos en el recurso presentado, todo lo contrario, el recurrente confunde groseramente las normas sustantivas con las de procedimiento, pues a fojas 70 y 70 vta. únicamente invoca como violentada en el fallo inferior, la disposición constante en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado señalando de modo tangencial y confuso sobre uno o más de los vicios excluyentes y contradictorios que contempla la norma, pues afirma de modo textual: *"En las preguntas y respuestas antes transcritas NO se pregunta y tampoco se certifica el vencimiento del término de quince días, como lo exige expresamente el texto del Art. 28 de la Ley de Modernización"* (...) *"De esta manera, en la sentencia recurrida se ha hecho*

³⁰ Otros fallos de las Corte Suprema y Nacional de Justicia en el mismo sentido, consultarlos en: Gaceta Judicial Año CVIII, Serie XVIII, No. 4. Página 1380, 23 de mayo de 2007; Gaceta Judicial Año CVIII, Serie XVIII, No. 5. Página 1805, 21 de Junio de 2007; Gaceta Judicial Año CIV, Serie XVII, No. 12. Página 3820, 17 de mayo de 2003; Gaceta Judicial Año XCVIII, Serie XVI, No. 12. Pág. 3085, 21 de enero de 1998; Gaceta Judicial Año CIV, Serie XVII, No. 11, Página 3486.

aplicación indebida, se ha aplicado o interpretado erróneamente las citadas normas y preceptos jurídicos” (Sic). 5.2.4 Evidentemente el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado no es un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, ni una norma procesal, de modo que esta impugnación no reúne de modo mínimo o elemental los requisitos exigidos en la Ley, por lo que se desestima este cargo. 5.3 Sobre la prescripción de la acción contencioso administrativa. Hemos visto con la argumentación realizada en el punto 4, la obligación que tiene el poder público de proceder según el marco jurídico que imponen los derechos de la persona, de modo que exigir al particular que se halla en situación de inferioridad e indefensión por la carencia del poder que implica su estatuto de administrado y sin responsabilidad alguna sobre las decisiones de la autoridad, que impela a ésta para poder defender sus derechos es inadmisibile. La responsabilidad sobre la negligencia u omisión de la autoridad, es exclusiva de ésta. En efecto, la Constitución de 2008, contempla el reconocimiento del derecho de libertad y la obligación concomitante del Estado y sus instituciones, sobre la facultad de la persona, a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas, tal como consta en el Art. 66.23, que ratifica el mismo derecho humano ya contemplado en la Constitución Política de la República (1998), que impone al Estado la obligación de contestar las peticiones formuladas por los administrados (Art.23.15), que debió, obligatoriamente ser aplicada en concordancia precisamente con la invocada disposición contenida en la Ley de Modernización del Estado, en su Art. 28, omisión no imputable al demandante, sino al demandado, de manera que el transcurso del tiempo, es responsabilidad de la entidad y los personeros que conformaban el Consejo de la Judicatura a la época de los acontecimientos manifestados. Hacemos notar que el demandante ha insistido en el despacho de su recurso, siempre sin respuesta, el 29 de julio de 2008, de manera que los efectos perniciosos y ofensivos a los derechos al Debido Proceso que tenía el administrado y que han quedado ampliamente explicitados en el punto 4 de este fallo, son responsabilidad exclusiva de la autoridad que violentó precisamente las normas, preceptos y fondo de ese derecho humano, previsto en los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador y en las Constituciones de 1998 y 2008. 5.3.2 El artículo 3, número 1 de la Constitución, señala como uno de los objetivos principales del Estado: “*Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales... para sus habitantes*”. 5.4 Por lo expuesto la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en ningún

momento ha vulnerado las disposiciones acusadas -sin sustento ni estructura- por el recurrente en el fallo impugnado. **5.5 Pronunciamiento sobre la reparación debida.-** Juan Carlos Cassagne³¹ con quien coincide el Dr. José Suing Nagua³², sostiene con razón que los elementos que determinan la responsabilidad civil extracontractual del Estado, son: a) La producción de un daño y/o perjuicio; b) la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que lo causó; c) El nexo causal o relación de causalidad; y, d) La existencia de un factor de atribución. No basta nos dice seguidamente Cassagne el daño para que la persona que lo sufre, pueda demandar una reparación patrimonial, sino que es necesario que el perjuicio se impute a un sujeto o persona determinada, acreditando además, el nexo causal entre la autoría y su producción, a efecto de que aparezca de modo objetivo el denominado "factor de atribución", que en un inicio de la evolución del conocimiento sobre la responsabilidad estatal, fue confundido con la imputabilidad. Este elemento es la pieza central de la teoría de la responsabilidad. Cuando ellos son objetivos, limitan o amplían la medida de la ^{1o} indemnización o reparación. Según Allan Brewer, como nos recuerda el magistrado José Suing, en virtud de los principios de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad, es que todos los actos estatales están sometidos a control judicial por lo que no hay, actos estatales excluidos de control³³. Este control se convierte, como contrapartida, en la existencia de la responsabilidad estatal por las acciones u omisiones de sus agentes. El Dr. Suing recalca que con una Constitución garantista como la que posee el Ecuador -y que ha quedado ampliamente comentada en este fallo- desde su primer artículo, resalta la primacía de los derechos, en la declaración de "estado constitucional de derechos y justicia", y trae aparejada por ello, la responsabilidad estatal, que la clasifica en subjetiva y objetiva. Esta última, es de interés de la Sala a efecto de su pronunciamiento. El magistrado afirma que es la que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes (servidores o no) que hubieren ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a los particulares; no se requiere previamente probar dolo o culpa del funcionario público; es suficiente con la demostración del daño (de su existencia); y el vínculo de causalidad entre el perjuicio ocasionado a la acción del Estado, se justifica por la situación de desventaja del perjudicado frente al poder

³¹ Cassagne, Juan; Fernández, Ramón; Gordillo, Agustín y otros, "Responsabilidad del Estado. Fundamentos Jurídicos", Universidad de Buenos Aires, UBA, Facultad de Derecho, Rubinzal-Culzoni, Edit. Pág. 45 y ss.

³² Suing Nagua, José, "La Responsabilidad Objetiva del Estado", Quito, 2013.

³³ Brewer Carías Allan, "El concepto del Derecho Administrativo, de Luciano Parejo Alonso", pág. 71, citado por Suing Nagua, José, en trabajo citado.

estatal. La reparación es una consecuencia del daño, constituye una acción básica para garantizar una convivencia justa en cualquier escenario del convivir social, y lo es más si el daño proviene del Estado (de sus agentes) que tiene como deber primordial garantizar los derechos de la ciudadanía. Producido el daño, el estado, como sujeto de derecho (*La personalidad moral del Estado – ser distinto de la mera agrupación de sus miembros- implica, desde el punto de vista jurídico, su calidad de sujeto de derecho, es decir, su capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, así como intervenir en una diversidad de relaciones jurídicas*)³⁴ condición que no está en discusión, tiene el deber de resarcir los perjuicios que ha soportado quien no tenía la obligación de hacerlo. Empero, nos dice, el magistrado, la sola existencia del daño no es suficiente, para que proceda a determinarse, hace falta evidenciar: a) la existencia del daño cierto, lo que equivale a demostrar el daño causado que no se limita a probar el hecho, sino más bien los efectos; así, producida una muerte imputable al Estado, no es suficiente con probar el hecho material de la muerte, sino lo que ese hecho produjo en quienes reclaman por la misma, sujetos que deben no solo preocuparse por demostrar el hecho de la muerte sino, el daño que ella provoca, ya por haber dependido económicamente de la persona fallecida, ya por los efectos inmateriales que la desaparición de la persona fallecida provoca. En algunos casos, el daño puede ser evidente y de fácil demostración; en otros, determinarlo será la tarea principal en el proceso judicial. El daño debe demostrarlo quien lo alega, el demandante. b) La relación de causalidad entre el daño y la actividad del Estado, o la falta de actividad; esta relación también debe probarla el demandante; sirve para averiguar qué causó el daño, permite establecer un nexo material, físico, natural entre un antecedente y un resultado, en una relación de causa y efecto. c) La posibilidad de imputar jurídicamente los daños; en este caso, se habla de los títulos de imputación, que responde a la pregunta de por qué se puede imputar?, permite hacer una consideración jurídica para determinar quién debe responder por el daño; éstos pueden ser: c.1) La falla del servicio; c.2) El riesgo excepcional; c.3) la existencia del daño por el ejercicio de una actividad peligrosa o riesgosa; y, c.4) El daño especial, que requiere que el daño sea grave o anormal, por acción u omisión, que sea lícita y pretenda un beneficio general y sin embargo causa un daño a un particular. d) Verificación de la existencia de un sacrificio especial al afectado; y, d) La ausencia del deber jurídico de soportar el daño del afectado. Nos

³⁴ Benalcázar, Juan Carlos, La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo, pág. 27, citado por José Suing.

indica el Juez Suing que aunque no hay criterios uniformes al respecto, algunos sostienen que si en el proceso no se demuestran estos elementos, no se puede llegar a determinar la responsabilidad estatal; para otros, basta con demostrar los tres primeros, para que se configure la obligación de reparar por parte del Estado. Con tales antecedentes tenemos obligatoriamente que advertir y determinar de modo concomitante que la comprobación del daño y todos los factores de causalidad, imputación, verificación del perjuicio, debieron ventilarse en el correspondiente procedimiento de ley. Por ello nos dice con sabiduría el mismo magistrado: *"Si nos atenemos al contenido de lo previsto en la Ley de Modernización (art. 38) ratificado por el Código Orgánico de la Función Judicial (art. 217), las acciones para demandar al estado la reparación por daños ocasionados por acciones u omisiones de sus agentes le corresponde conocer y resolver en única instancia, a la justicia especializada de lo contencioso administrativo, a través de los tribunales distritales, aun en funciones y por las Salas especializadas de las Cortes Provinciales, cuando los primeros se integren a éstas."* Abundando sobre el tema señala: *"los operadores jurídicos -servidores administrativos, abogados y jueces- consideran suficiente la sola mención del hecho dañino para pretender demandar o negar el derecho a una reparación integral, cuando en el mundo jurídico es necesaria la actuación de pruebas para sustentar las afirmaciones. Los elementos que conforman el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado deben ser probados por el accionante, no se puede juzgar por suposiciones o presunciones, como lamentablemente ocurre. Tanto el daño como el nexo causal y los fundamentos de imputación no pueden presumirse por el juzgador ni tampoco pueden ser alegados por la víctima o el perjudicado con la sola mención del hecho que produjo el daño o el perjuicio."* En la misma línea, debemos decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diferentes sentencias, plenamente aplicables y exigibles en la República del Ecuador, por las disposiciones constantes en los artículos 11.7 y 426 de la Constitución, ha resuelto que la responsabilidad patrimonial no es fuente de distribución de riquezas para los accionantes y en consecuencia, el daño -que en este caso no ha sido identificado ni demostrado- debe tener una justa medida resarcitoria (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C n.º 9, párrs. 37-38. Y Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, n.º 8, párrs. 35-36)³⁵, por lo que de ninguna forma es plausible sobreindemnizar a la víctima, pues

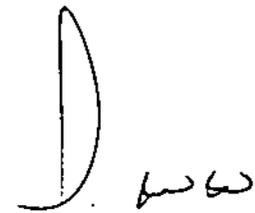
³⁵ Corte IDH: Caso Salvador Chiriboga-Estado ecuatoriano, párrafo No. 39: "... una eventual indemnización no debe implicar un enriquecimiento ni empobrecimiento [de] la víctima..."

se estaría incurriendo por parte de esta en un enriquecimiento sin causa o en una ganancia ocasional. En tal virtud, al no haberse demostrado, ni probado el daño y/o perjuicio, el nexo causal, el factor de atribución y la imputación jurídica debida a la persona estatal, en la causa que se ventiló en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, esta Sala no puede admitir el pago de las remuneraciones que corresponden a la prestación de un servicio, que en el caso sub júdice no se ha realizado, sin que el actor pueda, por las razones consignadas en este fallo, enriquecerse en perjuicio de los demás. 6.- **RESOLUCIÓN:** El Estado democrático constitucional de derechos supone la consagración del principio de supra legalidad constitucional, es decir, la supremacía de la Constitución, la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas, por lo que las juezas y jueces estamos obligados a aplicar de manera directa e inmediata la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, con el fin de garantizar y proteger los derechos de los ciudadanos por igual, y para tal propósito, pondera en máximo grado los principios de igualdad, equidad y justicia, conforme al buen vivir y a través del sistema procesal, que es el medio para su realización, reconociéndose los derechos de las personas, en este caso, los constantes en esta resolución, en especial el del debido proceso administrativo cuyos principios y reglas fueron violentadas por negligencia de la autoridad. Por lo expuesto, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, A) casa parcialmente la sentencia dictada el 2 de marzo de 2010, a las 15h53, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo; B) el Consejo de la Judicatura deberá reintegrar al actor al puesto que ejercía antes de su separación o a uno similar. C) No se pagará compensación económica alguna ni valores por remuneraciones por no haberse probado los elementos de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado en juicio contencioso administrativo. D) Déjase a salvo la facultad del actor para iniciar las acciones que le permita la Ley. E) Se declara al tenor de la disposición

Párrafo 5 del voto Voto Parcialmente Disidente del Juez Sergio García Ramírez con Respecto a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, del 3 De Marzo De 2011: "...La reparación patrimonial, bajo la forma de indemnización justa que compense a la víctima, sin generar enriquecimiento o empobrecimiento de ésta --asi lo ha establecido la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana--, constituye la forma natural y acostumbrada de responder a la violación del derecho a la propiedad privada..."

constante en el artículo 131.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, el error inexcusable en el cumplimiento de sus responsabilidades, del anterior Consejo de la Judicatura, presidido por el Dr. Benjamín Cevallos. F) Se deja expresa y señalada constancia del deficiente manejo profesional de la defensa del ente demandado lo que se evidencia, tanto en el escrito de excepciones presentadas cuanto en el memorial del recurso extraordinario de casación deducida; cuyo contenido no se compadece con la más elemental sindéresis técnica que debe existir en entre la causal aducida y las normas legales invocadas; cuestión que podría inducir a pensar hasta en una supuesta colusión que quizá, ameritaría alguna investigación a cargo de la autoridad y materia que corresponda. G) Remítase copia de esta sentencia al Consejo de la Judicatura para su cumplimiento. Cúmplase, notifíquese y devuélvase.-


Dr. Juan Francisco Morales-Suárez
Juez Nacional


Dr. Milton René Pozo Castro
Juez Nacional


Dr. Galo Enrique Martínez Pinto
Juez Nacional Presidente de la Sala



Certifico,


Abg. Francisco Fonseca Bustamante
SECRETARIO RELATOR



En...

SALA TEMPORAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUICIO No. 300-2010

Ponente: Dr. Juan Francisco Morales

...Quito, el día de hoy lunes dos de septiembre de dos mil trece, a partir de las dieciséis horas, notifíquese mediante boleta, la sentencia que antecede, al actor por sus propios derechos al señor Silvio Toscano Vizcaíno, en el casillero judicial No. 342 y a los demandados, por los derechos que representan Director Ejecutivo y representante legal del Consejo de la Judicatura, en el casillero judicial No. 292 y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No.1200.- Certifico.-



Abg. Francisco Fonseca Bustamante

SECRETARIO RELATOR