

ERROR JUDICIAL Y ERROR INEXCUSABLE



Por el Dr. Miguel Hernández Terán¹

La administración de justicia, esto es, la actividad de resolver mediante decisiones de fondo los problemas existentes entre diversos sujetos de Derecho y entre éstos y entidades del Estado, en función del pedido expreso de los interesados para que dicha resolución se dicte (y luego de ello se ejecute íntegramente) indudablemente constituye un servicio público, pues atiende una necesidad pública. Por lo mismo, dicha actividad debe cumplir ciertos estándares exigidos jurídicamente tanto por la Constitución como por la legislación de la materia. Así, dicho servicio deberá ser, entre otros, regular, continuo, eficiente, de calidad, de acuerdo con lo señalado en el párrafo segundo del artículo 314 de la Constitución de la República².

El juez, que es la cara más visible de la Función Judicial, es un tercero en relación a las partes en conflicto; y además es imparcial, independiente, especializado para resolver los casos sometidos a su conocimiento y decisión. Esa especialización le da la idoneidad para prestar el servicio público. Éste tiene un claro propósito: hacer realidad el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, esto es, a que el Estado proteja efectivamente los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona por medio de decisiones oportunas y correctas argumentadas jurídicamente, basadas en los hechos probados en el respectivo proceso judicial, el cual debe ser conducido en el marco del respeto a las múltiples garantías básicas del debido proceso.

Entendemos por decisión correcta aquella resolución que, guiada por el objetivo de la realización de la justicia del caso concreto, incorpora en su contenido una

1. HERNÁNDEZ TERÁN, MIGUEL (2021) - ERROR JUDICIAL Y ERROR INEXCUSABLE. Análisis, doctrina, jurisprudencia, actualidad. CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

2. "Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación."

visión valorativa del Derecho sin sacrificar la normativa aplicable al caso; pero que en función de la vigencia plena del principio de justicia material puede llegar a superar el contenido textual de dicha normativa, sobre la base de una bien estructurada y cualificada argumentación jurídica que tenga en cuenta e incorpore, en lo pertinente, los valores superiores del ordenamiento jurídico.

El derecho a la tutela judicial efectiva no obstante su enorme significación es uno de los tantos derechos garantizados por el Estado. Es medular tener presente que el rol del Estado, como lo hemos sostenido desde hace mucho tiempo, es proteger y garantizar los derechos. El artículo 3 numeral 4 de la Ley suprema ordena que es deber primordial del Estado, entre otros, “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”

Este papel protector estuvo previsto ya en la llamada “CONSTITUCIÓN QUITAÑA DE 1812”³, expedida antes de que el Ecuador se constituyera como República, en el artículo 20:

“Art. 20.- El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él, y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, y civil: y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en él de cualquier estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de Religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas y representaciones al Gobierno guardando sólo la moderación que es necesaria, para la conservación del buen orden.”

El juez es, pues, clave en la realización del derecho a la tutela judicial efectiva. Y lo es porque se entiende que tiene la sabiduría para tomar decisiones correctas respecto del caso sometido a su conocimiento y decisión. La sabiduría debe manifestarse en decisiones atinadas. No es una sabiduría “estática”. Debe vivir, manifestarse, hacerse sentir en sus decisiones motivadas. En definitiva, el juez debe decidir correctamente, y esa corrección se muestra en la decisión judicial de fondo.

3. TRABUCCO, Federico (1975). Constituciones del Ecuador. Guayaquil. Editorial Universitaria.



Debemos anotar que doctrinariamente se discute si las decisiones judiciales deben ser correctas o solamente motivadas, entendiendo, claro está, que cuando se habla de motivación hay una combinación de hechos y Derecho. La aplicación del Derecho se sustenta en una realidad probada con la suficiencia que exige la respectiva legislación. Nuestra Constitución impone con extrema claridad como garantía básica del debido proceso, en la subespecie del derecho a la defensa, a la motivación jurídica. El artículo 76 numeral 7, letra l) dice:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren **debidamente** motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”⁴

Es conocido que la falta de motivación es sinónimo de arbitrariedad.

La Constitución en la norma que acabamos de reproducir no exige que la motivación sea “correcta”. Pero nos parece indudable que la expresión “debidamente motivados”, refiriéndose a los actos administrativos, resoluciones o fallos, quiere decir “correctamente motivados”. La motivación correcta conduce a la decisión correcta.

4. Las negrillas son nuestras

La motivación incorrecta produce una decisión con la misma característica. Dentro del concepto “debidamente” está incluida la noción de *suficiencia*. Suficiencia en la motivación jurídica, claro está. En definitiva, el carácter correcto de la motivación jurídica es un elemento implícito en la exigencia de *debida motivación*. O como diría Ricardo Guastini, la debida motivación *implica* la correcta motivación.

Como se sabe, existen normas explícitas e implícitas. Éstas se coligen de las primeras. Como diría García de Enterría, es algo que tiene que ver con la *coherencia* de la norma explícita. Sería absurdo llegar a la conclusión de que la debida motivación no supone la correcta motivación. *El carácter correcto de la motivación es un elemento implícito. La motivación correcta conduce a la respuesta correcta*. Si la respuesta no debiera ser necesariamente correcta, entonces desaparecería el concepto del error en los actos administrativos, resoluciones o fallos. Por lo demás, es de toda evidencia que la respuesta incorrecta afecta la realización de los derechos, que es justamente un deber primordial del Estado, conforme ya lo hemos revisado.

En el párrafo 73 de la sentencia de la Corte Constitucional que motiva parte del presente estudio⁵, se dice con razón: “El control jurisdiccional tiene por fin controlar la corrección de las decisiones de los jueces inferiores a través de los diversos medios de impugnación ordinarios y extraordinarios”

Ricardo Guastini en su reconocida obra “Interpretar y argumentar”⁶ sostiene respecto de las normas implícitas, entre otros, lo siguiente:

En la mayor parte de los casos, lo que en su momento he llamado interpretación creadora consiste en “construir” –a partir de normas explícitas, es decir, expresamente formuladas por la autoridad normativa– normas implícitas: es decir, normas que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca...

Una norma implícita no puede referirse a texto normativo alguno como su significado. Se extrae, en general, de una o más normas explícitas (formuladas)

5. Sentencia No 3-19-CN/20 del 29 de julio de 2020, sobre el error inexcusable.

6. GUASTINI, Ricardo (2014) Interpretar y argumentar. Madrid. CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES. Página 165



mediante un razonamiento. Un razonamiento es una secuencia de enunciados, dentro de la cual (al menos) un enunciado desempeña la función de tesis o conclusión, y los restantes desempeñan la función de premisas o argumentos en favor de dicha tesis o conclusión.

Ahora bien, no queremos decir que encontrar la respuesta correcta sea siempre algo fácil. En muchos casos lograr esa respuesta será la consecuencia de reiterados análisis y meditaciones por parte del juez. Algunos casos difíciles lo son justamente por la complejidad y/o dificultad de construir las correspondientes soluciones.

Lograrlas puede suponer mucha interdisciplinaria en el campo del Derecho y de las ciencias. En todo caso siempre llegará el momento de construir la respuesta correcta que el caso necesita. Encontrarla puede ser hasta un trabajo titánico. Hay quienes consideran que el Derecho puede brindar más de una respuesta correcta en los casos difíciles. Para nosotros, por difícil que sea encontrar una respuesta, ésta siempre debe ser correcta, y además única. Siendo única puede ser relativa, no lo negamos; pero única al fin. En un campo rodeado de relatividad será la respuesta menos relativa la que deba ser considerada correcta. Si hubiera varias respuestas correctas desaparecería el concepto del error. Y por ende la noción de error judicial. Aceptar por vía interpretativa la ausencia del concepto del error judicial implica borrar su constancia en la Constitución, y por ende sus efectos.

No es sólo un tema de literalidad. Es un asunto de lógica jurídica. En efecto, es un hecho cierto y sencillo de entender que la idea del error presupone la noción de corrección: algo es correcto, es decir conforme, coherente con una noción previa; e incorrecto por no seguir ese patrón. Si hay dos respuestas correctas ya no hay error.

Para nosotros el error presupone una única respuesta acertada. El efecto de lo señalado por nosotros tiene relevancia jurídica, pues la consecuencia del error judicial es la obligación estatal de reparar los perjuicios causados por el mismo. En efecto, el artículo 11 numeral 9 de la Constitución impone en sus dos últimos párrafos:

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

(...)

9. (...)

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.⁷

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.

Cabe destacar que el error judicial puede producir la violación de los más variados derechos: desde el derecho al honor hasta el derecho a la propiedad intelectual o al ocio.

Regresando a nuestro tema debemos decir que puede haber varias razones o fundamentos jurídicos para llegar a una respuesta correcta, pero no pueden existir dos o más razones correctas para una respuesta equivocada. Si este caso ocurre estamos en presencia de una incongruencia que produce error judicial.

Una persona que es enjuiciada penalmente es culpable o inocente, pero no es culpable e inocente a la vez, al menos no respecto de un específico hecho o situación. Es decir, no se puede considerar en términos lógicos y jurídicos que las dos respuestas: ser inocente y ser culpable, son correctas. Sólo una lo será.

La conclusión que se asuma respecto de si en el Derecho existe una única respuesta correcta o varias respuestas correctas, ha quedado claro, es un asunto de notable significación por el efecto que hemos señalado: la supervivencia o no de la noción de error judicial, y con ello la obligación o no a cargo del Estado de reparar los perjuicios sufridos. Rodolfo Arango dice con razón en la introducción

7. Las negrillas son nuestras.



de su obra ¿Hay respuestas correctas en el derecho?⁸:

Cualquier persona a lo largo de su vida puede llegar a ser afectada por la decisión de un juez. Las decisiones judiciales, que traducen y aplican a una situación concreta los dictados abstractos de la ley, pueden significar la diferencia entre el bienestar o la desgracia para un individuo. Las normas jurídicas pretenden dar certeza al prescribir la conducta debida según reglas de lo mandado, prohibido o permitido. No obstante, dichas normas, con frecuencia, resultan insuficientes para brindar la anhelada seguridad. La vaguedad del lenguaje de la ley, los vacíos del ordenamiento, las contradicciones o colisiones normativas y la posibilidad de inaplicar una norma jurídica en un caso concreto, son sólo algunos factores que introducen incertidumbre en el derecho. En estos casos difíciles, podemos decir que estamos en manos del juez.

Lo ideal es que el juez no se equivoque en sus decisiones. De hacerlo, es decir de equivocarse, dejará de ser parte de la solución del caso para convertirse en un problema. Equivocarse en un asunto profesional es parte de la vida misma. El error no será reprochable si previamente se denota un esfuerzo para actuar correctamente, para la solución del caso encomendado cualquiera que sea la respectiva profesión. Si hay diligencia suficiente, actitud positiva, buena fe en la conducta previa, el yerro no es un escándalo desde el punto de vista conductual (aunque sí da lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios si éstos se han producido efectivamente). Pero si de por medio hay desidia, negligencia, falta de voluntad, quemeimportismo, temeridad, etc., entonces indudablemente la actuación profesional es condenable.

En el mundo judicial los errores que se manifiestan a través de las decisiones de fondo pueden obedecer a varios factores. Algunos de ellos son: porque el juez interpretó equivocadamente la norma determinante para la decisión del caso; porque eligió la norma impertinente para la solución del caso concreto; porque el juez se equivocó en la valoración de la prueba, y por ende da por probado lo que está insuficientemente acreditado; o considera no probado lo que está acreditado con suficiencia de acuerdo con los estándares de prueba; porque

8. ARANGO, Rodolfo (2016). ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá. Universidad de Los Andes. Reimpresión de la segunda edición ampliada. Bogotá. Páginas 1 y 2.

habiendo elegido la norma aplicable para la solución del caso le da un alcance que no tiene, total o parcialmente; porque la norma determinante que debe aplicar es manifiestamente contraria a la Constitución, no obstante lo cual la aplica como si no tuviera contradicción con la Ley suprema.

Dice Luis Prieto Sanchís⁹ que “La aplicación presupone ...la existencia de unas normas preconstituidas que han de ser interpretadas; y parece presuponer también una motivación o justificación que acredite que, en efecto, la decisión adoptada en el caso individual responde a lo establecido en las normas pertinentes.

En otras palabras, la existencia de normas jurídicas y motivación parecen los dos ingredientes fundamentales de lo que se conoce como aplicación del Derecho.”

El juez cuenta con los hechos probados (los enunciados sobre los hechos, para ser más precisos) y con un ordenamiento que, en lo pertinente, debe aplicar. De ese ordenamiento debe seleccionar y ejecutar las normas que le calzan a la situación concreta sometida a su conocimiento y resolución. No puede equivocarse en la selección de las normas a aplicar, ni tampoco en su interpretación, esto es, en el entendimiento de su significado y alcances. De ocurrir, incurrirá en error judicial. El error en la definición de la solución del caso concreto produce la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, lo cual se traduce en la desprotección del derecho o de los derechos cuya tutela justamente se pretendió al acudir al sistema de justicia.

Las posibilidades de cometimiento de error judicial son múltiples. Así, por falta de aplicación de la norma que le era pertinente al caso; por indebida aplicación de la misma; por error en la valoración de la prueba; por aceptar como válida prueba ilícita¹⁰; por considerar que una norma jurídica explícita contiene también una o varias normas implícitas, cuando no es así; por estimar que una autoridad estaba dotada de una competencia implícita, sin estarlo, o por sobredimensionar

9. PRIETO, Luis (2011) *Apuntes de Teoría Del Derecho*. Madrid. Editorial Trotta. Sexta edición. Página 275

10. La Constitución del Ecuador se refiere a la prueba ilícita en el artículo 76 numeral 4: “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.”

la facultad implícita; por estimar como apropiada una conducta abusiva de un derecho, o por considerar como abusivo un correcto y ponderado ejercicio de una facultad; entre otras tantas posibilidades de error.

Tanto el acierto como el error se reflejan en la motivación de la decisión. En nuestro concepto el acierto de la decisión judicial o administrativa que define una situación jurídica es una necesidad lógica, además, especialmente respaldada por el hecho de que el Estado ecuatoriano es un Estado constitucional de derechos y justicia. Lo cual significa, en esencia, que el centro, que el núcleo del rol del Estado está constituido por la protección y la garantía de los derechos. En definitiva, lo más importante para el Estado son los derechos, y su ulterior efecto: la realización de la justicia material.

Exigir constitucionalmente motivación jurídica como requisito de validez de los actos administrativos, resoluciones o fallos tiene como condición implícita la corrección de la motivación. Esa corrección conduce a la corrección de la decisión. Lo contrario sería absurdo. Si el Derecho es una pretensión de corrección, como afirma Robert Alexy, es lógico que las respuestas que se producen en su aplicación también sean correctas. Cuestión diferente es que en un caso concreto la solución sea difícil o muy difícil. Más o menos relativa. Hay un elemento en la motivación que no puede ser relativo: la certeza de la prueba sobre los hechos, o sobre los enunciados sobre los hechos, para ser más precisos. Recuérdese que, en esencia, lo que se traslada a los jueces y autoridades administrativas son afirmaciones sobre hechos que se dice han ocurrido efectivamente, y en función de los cuales tales jueces y autoridades deben actuar en tal o cual sentido.

En tanto las premisas del caso concreto sean verdaderas, la conclusión necesariamente será correcta. Si una de ellas es equivocada, la conclusión lo será también. En el clásico silogismo jurídico, la premisa mayor, esto es, la norma jurídica, debe ser cierta en cuanto a su existencia. Los hechos a que se refiere tal norma, esto es, la premisa menor, deben ser efectivamente probados. Con estos dos elementos de antecedente la conclusión no tendrá problemas de equivocación. Será correcta.

Luis Pietro Sanchís afirma:¹¹

Por otro lado, como ha observado Mendonça, en el ámbito teórico hay que distinguir entre verdad y validez; un razonamiento puede ser válido y sin embargo dar lugar a conclusiones falsas si sus premisas también lo son. Del mismo modo, en la esfera práctica o jurídica la validez del razonamiento tampoco asegura la corrección, bondad o justicia de su resultado, ya que para ello sería necesario que sus premisas también lo fuesen. Esto significa que la corrección del razonamiento (su justificación interna) no descansa en la verdad o justificación de sus premisas (que eventualmente pueden ser falsas o no justificadas), sino en que realice una adecuada inferencia deductiva: el razonamiento jurídico puede así “ ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular.

En nuestro trabajo “EL ERROR JUDICIAL: Necesidad de una delimitación”¹² afirmamos, entre otros:

El juez está concebido para que resuelva conforme a la Ley los problemas jurídicos de las partes en los procesos judiciales, no para que se convierta en un problema más de las partes. En la medida en que no decide conforme a la Ley se convierte en un problema, pero en un problema diferente, porque él es un tercero, especializado, imparcial, preparado para resolver los conflictos judiciales, dotado de poder, es decir es titular del privilegio de lograr, legítimamente, la subordinación voluntaria o forzoza de los que se someten a su decisión. Es presupuesto del poder del juez que la solución que defina es la correcta, no la equivocada.

El error judicial es la antítesis de la tutela judicial efectiva. La afecta, la dilata, la malogra. La respuesta que provee el juez debe ser la correcta, la que está de acuerdo con la legislación aplicable y con el Derecho. Por ello el error judicial, que

11. Página 279 de la obra citada.

12. HERNÁNDEZ, Miguel (2005). “EL ERROR JUDICIAL: Necesidad de una delimitación”. La Responsabilidad del Estado frente a terceros. Ponencias Continentales del II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo y Público. Ecuador. Pixel Graphic. Página 197.



vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en lugar de hacerlo realidad, da lugar a la responsabilidad reparadora del Estado, y posteriormente a la repetición de éste en contra del juez responsable. La consonancia de las decisiones judiciales de fondo con el Derecho es un tema de insustituible importancia, pues la legislación del Estado se encuentra contextualizada en un panorama global tanto nacional como internacional. El juez no debe olvidar las características o peculiaridades del Estado. Así, en el caso del Ecuador es constitucional de derechos y justicia. En el caso de Colombia es social de Derecho. En cuanto al contexto internacional debe estar muy atento de los instrumentos internacionales vinculantes y de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Recuérdese, para el caso ecuatoriano, que el artículo 93 de la Ley suprema consagra la ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, cuyo contenido es el siguiente:

Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos¹⁶, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

Manuel Atienza en su obra “Interpretación Constitucional”¹³ destaca:

... a diferencia de lo que ocurría en el “Estado legislativo”, en el “Estado constitucional” el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón

13. ATIENZA, Manuel (2012). Interpretación Constitucional. Bogotá. Universidad Libre. Facultad de Derecho. Segunda edición. Páginas 78 y 79.

frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos.

Indudablemente la labor del juez es un asunto difícil. Las complejidades que puede afrontar son muchas. Habrá casos en que la solución es aparentemente fácil pero en el fondo no lo es, porque, entre otros, depende del abordaje de múltiples instituciones jurídicas que a su vez son complejas y de soluciones bastante discutibles.

Y habrá casos complejos de soluciones fáciles, pero que justamente por fáciles no las visualiza el juez o las visualiza con dificultad luego de haber agotado el estudio. Lo cierto es que el juez debe enfrentar los problemas que se le presentan, sencillos y complejos; absurdos y razonables; aparentes y verdaderos; de abuso y de tolerancia, etc. El profesor Ricardo Guastini plantea una hipótesis que visualiza la realidad del despacho judicial¹⁴, y la relatividad de las posibles respuestas:

Supongamos que el actor, M. Poirot, que ama las peonías pero odia los geranios, pretende que el demandado, su vecina Miss Marple, se abstenga de cultivar geranios en el jardín de casa, si bien tal supuesto de hecho carece por completo de cualquier regulación, de modo que el comportamiento en cuestión no está ni prohibido ni expresamente consentido por norma alguna de ley (está incalificado, precisamente).

En estas circunstancias, el juez tiene no una sino dos posibilidades:

(a) Puede claro rechazar la demanda del actor, con el argumento que la ley no prohíbe el cultivo de geranios en el jardín de casa y, por tanto, tal conducta debe considerarse permitida;

(b) Pero puede también estimar la demanda, por ejemplo con el argumento que el cultivo de geranios en el jardín de casa es similar (bajo un aspecto esencial) a otro comportamiento, este último sí prohibido por la ley.

14. Páginas 161 y 162 de la obra citada.



Con una decisión del segundo tipo, el juez evidentemente crea una norma nueva prohibitiva por vía de analogía: “Está prohibido cultivar geranios en el jardín de casa” (argumentando que: “El comportamiento x no está regulado por ley. El comportamiento x, sin embargo, es similar al comportamiento y, prohibido por ley. Por tanto, también el comportamiento x está prohibido”).

¿Pero qué debemos pensar de una decisión del primer tipo? Tres son las respuestas posibles y que han sido expuestas en la literatura sobre la materia:

En primer lugar, se puede opinar que el juez se ha limitado a “declarar” el derecho vigente, sin crear derecho nuevo: el derecho vigente, en efecto (oportunamente interpretado, se entiende) no prohíbe la conducta del demandado.

En segundo lugar, se puede opinar que, rechazando la demanda, el juez ha (tácitamente) creado y aplicado una nueva norma general permisiva: “Está permitido cultivar geranios en el jardín de casa”; norma creada por él mismo ex novo, ya que no preexistía a la decisión (la conducta en cuestión, recuérdese, estaba por hipótesis incalificada).

En tercer lugar, se puede opinar que el juez ha pronunciado una sentencia “arbitraria” en tanto no fundada sobre norma preexistente alguna.

Atienza, en la obra citada, hace notar la existencia de los llamados casos trágicos. Dice el profesor de la Universidad de Alicante:¹⁵

Y más allá de los casos fáciles y de los difíciles están los que cabe llamar casos trágicos: aquellos que no tienen ninguna respuesta correcta y que, por lo tanto, plantean¹⁶ a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción), sino qué camino tomar frente a un dilema.

Sobre su concepto (de casos trágicos) dice Atienza¹⁷: “aquellos supuestos en

15. Página 133.

16. La palabra que consta en el libro es “plantan”, pero es evidente que se trata de un error.

17. Página 135.

relación con los cuales “no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral”; o, dicho de otra manera, los casos en relación con los cuales “no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo”.

Ahora bien, en el mismo trabajo nuestro sobre el error judicial, publicado en el año 2005, reflexionamos en el siguiente sentido¹⁸:

... ¿cuáles son los márgenes razonables de los errores posibles del juez? ¿es reprochable todo error del juez o sólo ciertos de ellos? ¿qué debe suceder cuando el error del juez se basa en su descuido o negligencia en el estudio del expediente? ¿debe ser sancionado el juez cuando se corrobora, a través de la sentencia que dicta, que adolece de una ignorancia extrema? ¿está obligado el litigante a soportar todos los errores del juez, o sólo algunos de ellos? ¿cuáles son las fronteras que marcan la diferencia entre el error judicial y los criterios jurídicos diferentes entre el juzgador de instancia y el juzgador de casación? ¿implica todo fallo de casación que declara con lugar el recurso, el reconocimiento de un error judicial, y por consiguiente, en el caso del Ecuador, el origen de la correspondiente obligación jurídica de indemnizar los perjuicios que se acrediten, por parte del Estado, al tenor del artículo 22 de la Carta Política?

Cabe señalar que ese artículo 22 de la Constitución de la época¹⁹ determinaba que “El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el artículo 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.”²⁰

Esa obligación de indemnizar por el error judicial subsiste en la Constitución vigente, al tenor del artículo 11 numeral 9, párrafo cuarto:

18. Página 198.

19. Publicada en el Registro Oficial N° 1 del 11 de agosto de 1998.

20. El artículo 24 se refiere a las garantías básicas del debido proceso.



“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.”

En una de nuestras obras destacamos respecto del error judicial, entre otros, lo siguiente²¹:

El trabajo del juez, como el de cualquier otro ser humano es susceptible de errores, de equivocaciones, de apreciaciones inexactas. Cuando se equivoca en su accionar el común de los mortales, en principio, no hay consecuencias para la realización del derecho o interés legítimo de otra u otras personas; mientras que cuando es el juez el que se equivoca, la realización judicial del derecho o interés legítimo de las partes del proceso – o de una de ellas – muy posiblemente se verá afectada. El error judicial afecta a la tutela judicial efectiva en tanto por él no se protege al derecho o interés legítimo cuya tutela se demanda judicialmente. Es decir, el juez en lugar de responder a la demanda con la tutela del derecho, partiendo de que la merecía y procedía jurídicamente, responde negando esa tutela, dándosela a quien no se la debía dar, o, proveyéndola parcialmente cuando la merecía completa, entre otros; pudiendo también afectar la tutela requerida por el simple no despacho de la respectiva causa judicial. En éste último caso no debe hablarse de error judicial. Se podría hablar de falla del servicio, de falta del servicio público de administrar justicia, de funcionamiento defectuoso de la administración de justicia, pero no de error porque no ha habido actuación del juez ni tampoco actividad judicial.

El error judicial se traduce, pues, en la desprotección del derecho o interés legítimo cuya tutela efectiva se demanda judicialmente...

En definitiva, la tutela judicial efectiva fracasa por el error judicial, y al hacerlo, por tratarse la administración de justicia de un servicio público de responsabilidad estatal, el Estado está obligado a responder, pues es inexigible jurídicamente que el administrado soporte los daños y/o violaciones a sus derechos, derivados de

21. HERNÁNDEZ, Miguel (2005) La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la Democracia. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Offset Graba. Páginas 134 y 135.

dicho error, y por ende de la quiebra de la tutela judicial efectiva. Cabe destacar que si bien el derecho se denomina derecho a la tutela judicial efectiva, el mismo comprende también la protección de los derechos en el ámbito de la administración pública; ámbito en el cual el Estado también presta servicios públicos.

El litigante cuando acude al sistema de justicia lo hace en busca de una solución a su problema. El juez debe impartir la respuesta que considera correcta, basado en la pretensión del litigante, en los hechos probados por él, en la respuesta dada por el demandado, en el respaldo probatorio de la misma, en la interpretación y aplicación de la normativa aplicable al caso concreto. Estos elementos deben fundamentar la definición del juez para la solución de lo planteado.

Debe el juzgador estar muy atento de que se respeten efectivamente los principios y las reglas del proceso en el cual se lleva adelante la discusión respecto de la pretensión del actor y la respuesta del demandado. Cuando llega el momento de decidir, cualquiera que sea la materia de la discusión y el campo del Derecho en que se encuentre ubicado el problema a resolver, debe esmerarse por brindar una resolución debidamente motivada. Es ésta la que va a servir para medir la calidad de su trabajo, para defender su posición respecto de la pretensión del uno y la respuesta del otro, para que el perdedor pueda impugnar la solución dada, y para que el juez de alzada pueda fiscalizar su decisión, confirmándola o revocándola, en ambos casos total o parcialmente.

La prueba que se introduzca al proceso debe ser lícita, debidamente actuada. No puede tener origen fraudulento, debe acreditarse dentro del tiempo previsto para ello, debe ser valorada de acuerdo con los principios y reglas previstas para el efecto, debe ser fiable, etc. Los hechos probados en relación con la pretensión serán la base de la decisión judicial. La norma o las normas que debe aplicar el juez serán aquellas que se refieran a la situación acontecida en el caso concreto. El juez debe construir su respuesta sobre la base de los hechos y del Derecho aplicable. El juez no puede superar los hechos, pero podría llegar a superar la normativa aplicable si ésta contiene algún vicio que la convierta en reprochable desde el punto de vista cualitativo, en lo jurídico;



así, por ser contraria a una o varias normas jerárquicamente superiores, por contradictoria con otra u otras partes de la misma normativa, o con otra u otras normativas del ordenamiento jurídico que abordan la materia del juicio y que también sean aplicables. La superación referida exige un muy buen ejercicio argumentativo