UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

TEMA:

REPARACIÓN INTEGRAL Y ACTIVISMO JUDICIAL: ANÁLISIS Y APLICACIÓN EN EL CASO GALARZA VS. CALDERÓN

AUTORA: SARA GRIECO VALAREZO

DIRECTOR: DR. MARCELO PAZMIÑO

Quito, junio de 2017

RESUMEN

En el presente estudio planteamos el análisis de dos figuras jurídicas, la reparación integral como parte del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano, para luego abordar la institución del activismo judicial y su relación directa con la reparación integral.

En la investigación utilizaremos estándares nacionales e internacionales y, por último, seleccionaremos un caso paradigmático en la jurisprudencia nacional para el análisis de ambas figuras en éste.

Estos dos conceptos se desarrollarán, desde el punto de vista doctrinario para después considerarlos desde el aspecto jurídico nacional, y finalmente analizaremos un caso emblemático para la justicia ecuatoriana, donde concluiremos sobre el alcance que tuvieron estos conceptos en el caso de estudio

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 9
CAPÍTULO I 12
REPARACIÓN INTEGRAL 12
Introducción 12
1.- Origen de la reparación integral 13
2.-Reparación integral 14
2.1.-Restitución (restitutio in integrum) 16
2.2. Reparación material 18
2.3.- Reparación inmaterial 20
2.4.- Parámetros de reparación integral según los Principios y Directrices Básicas sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener reparaciones 21
2.5.- Formas de reparación 23
3.- Reparación Integral en Ecuador - Criterio de la Corte Constitucional Ecuatoriana 29
3.1.- Derecho a la reparación integral 30
3.2.- Principio de reparación integral 32
3.3.- Garantía 34
4. Conclusiones del capítulo 36
CAPÍTULO II 38
ACTIVISMO JUDICIAL 38
Introducción del capítulo 38
1.- Origen 39
2.- Tipos o clases de activismo judicial 42
2.1.- Activismo Razonable o justo 44
2.2.- Activismo irrazonable o injusto 45
3.- Activismo judicial y reparación integral en Ecuador – El rol del juez (Constitución, LOGJCC, COIP) 48
Conclusiones del capítulo 52
Capítulo III 53
Introducción del capítulo 53
1.- Presentación del caso 54

2.- Análisis del caso en relación a la reparación integral 57
3.- Análisis del caso en relación al activismo judicial y la reparación integral 59
Conclusiones del capítulo 65
CONCLUSIONES 67
BIBLIOGRAFÍA 70

Yo, Sara Inés Grieco Valarezo, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.

Firma

Yo, Marcelo Pazmiño Ballesteros, certifico que conozco al autor (a) del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.

Firma

Yo, Sara Inés Grieco Valarezo, con cédula de identidad número 1719233940 en calidad de autor/a del trabajo de investigación REPARACIÓN INTEGRAL Y ACTIVISMO JUDICIAL: ANÁLISIS Y APLICACIÓN EN EL CASO GALARZA VS. CALDERÓN, autorizo a la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE), a hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento en Ecuador.

Quito, junio de 2017

Firma

AGRADECIMIENTOS

El presente logro no sería posible sin todos aquellos que me apoyaron en todo sentido. Gracias por acompañarme en este proceso, gracias por su interés y buenos deseos; ustedes fueron un aliento para culminar esta etapa.

DEDICATORIA

A mi familia, por ser el pilar fundamental de cada uno de mis logros. Contar con ustedes cambió la razón de mi vida.

En memoria de Xavier Fernández mi jefe y amigo incondicional y Luis Rafael Borja un gran amigo al que extrañaremos siempre.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de titulación versa sobre la reparación integral, como figura paradigmática introducida a nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 2008 a propósito de las garantías jurisdiccionales y el bloque constitucional que ha ido irradiando al resto de la normativa secundaria.

> La aplicación de la reparación integral en el Ecuador no solo cambia el paradigma normativo, sino que conlleva de forma implícita la corriente del activismo judicial, pues el fin primero del activismo judicial es la protección a los derechos fundamentales (Sepúlveda & García Ricci, 2013).

Dicha institución la estudiaremos en relación al activismo judicial, que, si bien tiene sus orígenes en el sistema jurídico anglosajón ha tomado especial relevancia en nuestro medio en la labor de los jueces de ordenar medidas de reparación integral ante la violación de cualquier derecho.

La necesidad de aplicar las medidas de reparación integral a cada caso particular, justamente por las singularidades puntuales, hace que el activismo cobre especial importancia, para que dichas medidas cumplan su propósito, el cual busca resarcir de la mejor manera posible los daños ocasionados a las víctimas, cuando no es posible restituir las vulneraciones al estado inmediatamente anterior, medida a la que se conoce como restitutio in integrum.

El punto de conexión de ambas figuras, entonces estriba en la necesidad de que los jueces a propósito de su labor de ordenar medidas de reparación integral, cumplan

(como lo ha dicho la Corte Constitucional ecuatoriana) una labor creativa que permita que dichas medidas cumplan su fin, esto es, reparar de una manera global el daño causado, y esa medida creativa solo puede ser fruto de la acción de jueces activistas especialmente dentro del contexto operativista de derechos de nuestra Constitución entendiendo al juez activista como aquel que en el desempeño de su función, va más allá del silogismo jurídico y es capaz de crear norma para el caso concreto, en este particular para reparar integralmente.

Por último para analizar la aplicación de ambas instituciones en nuestro ordenamiento jurídico examinaremos un caso paradigmático de reparación y activismo, a propósito de la muerte de un menor por atropellamiento en la ciudad de Quito, que "*Constituye un precedente importante en especial por la aplicación de estándares internacionales sobre la reparación integral de derechos humanos en cumplimiento con la normativa internacional"* (PADH-UASB, 2014).

Desde el punto de vista metodológico el presente trabajo se encuentra dividido en tres secciones, el primer capítulo constituye un abordaje teórico y jurídico sobre la reparación integral abarcando esencialmente su origen así como sus parámetros dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ecuatoriana y su concepción sobre la triple naturaleza, como derecho, garantía y principio así como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Código Orgánico Integral Penal.

Por su parte el segundo capítulo contiene las principales concepciones teóricas sobre el activismo judicial, su historia y relación con la reparación integral, bajo la óptica de la Corte Constitucional que remarcan la relación necesaria que existe entre ambas instituciones bajo la exhortación a los jueces a ser creativos a la hora de ordenar medidas de reparación integral.

Por último, en nuestro tercer capítulo, utilizaremos el caso ya mencionado para analizar la sentencia (que ha marcado un precedente sobre reparación integral y activismo judicial dentro de nuestro medio) como se han aplicado ambas figuras desde una perspectiva crítica que nos permite contrastar el desarrollo teórico de nuestro trabajo con la práctica judicial ecuatoriana.

CAPÍTULO I

REPARACIÓN INTEGRAL

Introducción

Este capítulo desarrollará doctrinaria y jurisprudencialmente a la figura de la reparación integral, su evolución histórica, los elementos que la componen, así como la evolución normativa dentro del marco jurídico nacional e interamericano.

El surgimiento de la reparación integral no se desarrolla en el ámbito nacional, su desarrollo parte, entre otros, de criterios de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ya que la jurisprudencia emanada por la misma, direcciona a los países suscriptores quienes han aplicado dentro de su marco legal los pronunciamientos de la Corte.

Analizaremos también a la figura según criterios de la Corte Constitucional ecuatoriana que ha establecido desde el parámetro interamericano, los lineamientos para que los jueces ecuatorianos apliquen la reparación integral.

1.- Origen de la reparación integral

Para abordar brevemente parte del proceso de su evolución, debemos saber que la reparación como tal, ve sus inicios con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando los tribunales de Nüremberg y Tokio comienzan a desarrollarla, justamente para juzgar los crímenes post-guerra con un mayor alcance, que permitiese atender las necesidades de las víctimas, pese a que estas no sean únicamente materiales.[1]

Posteriormente, la conceptualización de la figura "reparación integral" fue desarrollándose producto del impulso de los organismos internacionales en su lucha contra de las violaciones a los derechos humanos, principalmente por aquellos cometidos durante la segunda guerra mundial. Ésta se desarrolla a partir de una consulta elevada al experto Theo Van Boven, por parte de la -hoy conocida como- Subcomisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para que investigue sobre los principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación, quien, con la participación de Cherif Bassiouni presenta "*El derecho de restitución, indemnización, rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*" (Giraldo & Hurtado, 2007) lo que permite, con posterioridad en el año 2000, que los principios objeto del estudio sean considerados por las naciones para aplicar la reparación integral en sus legislaciones.

[1] Ver Organización de Naciones Unidas (ONU), la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, Louis M. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.

En nuestro país, ésta es reconocida a partir de la promulgación de la Constitución del 2008, como parte de un nuevo modelo de justicia constitucional y garantista, cuyo objeto deja de ser únicamente la indemnización, con el fin de proteger globalmente a la víctima, reparando integralmente la vulneración de sus derechos. Con la introducción de la figura en nuestro sistema legal, se otorga un reconocimiento jurídico al proyecto de vida, y el daño a éste, por tanto, el legislador ha introducido "*mecanismos y técnicas jurídicas rápidas y eficaces para hacer efectiva la indemnización por los daños sufridos y los demás beneficios que la componen*" (Carrión, 2015)

Al integrar la reparación integral al ordenamiento jurídico ecuatoriano, los legisladores se desprenden de la vieja concepción del derecho, aportando una forma de justicia de mayor calidad. La reparación integral no es una figura improvisada, ya que ha sido objeto de un proceso de evolución desde sus inicios, difundido y aplicado con gran fuerza por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual la desarrolla y aplica en la mayoría de sus fallos. (Benavides & Escudero, 2013)

2.-Reparación integral

> "*La reparación se refiere a un conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos y mejorar la situación de las víctimas, así como promover reformas políticas que impidan la repetición de las violaciones*". (Fernández, 2011)

La reparación integral tiene varias acepciones y es posible reconocerla en varias fuentes del derecho ya que, desde sus inicios hasta su aplicación en nuestros días, ha pasado por una serie de cambios y evoluciones.

La reparación en la doctrina según Andrés Rousset Siri:

> (…) premisa de que el pleno restablecimiento de las obligaciones de respeto y garantía requiere un complejo diseño de medidas de reparación que tiendan, no sólo a borrar las huellas que el hecho anti–convencional ha generado, sino también comprensivo de las medidas tendientes a evitar su repetición. Las mismas no sólo tendrán como principal objetivo las consecuencias patrimoniales, sino que además se deberá trabajar en las medidas extramatrimoniales. Especial interés debe revestir en este trabajo la víctima del caso. (Rousset, 2011) (…)

La reparación integral en la Constitución de la República del Ecuador:

> Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.[2]

La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador:

> (…) la creación de la garantía de la reparación integral, mediante la cual se consolida la restitución y reparación de los derechos constitucionales que han sido vulnerados. (…) recogen y contextualizan la efectiva protección de los derechos constitucionales, mediante su aplicación. (Ramírez vs Municipio de Quito, 2014)

[2] Constitución de la República del Ecuador, artículo 78

Es justamente el concepto de integralidad de la reparación el que supone que sus parámetros aborden una serie de medidas que tienen por objeto que el resarcimiento de los daños sea lo más completo posible en atención a las circunstancias de cada caso.

2.1.-Restitución (restitutio in integrum)

Analicemos a la restitutuio in integrum en varios ámbitos:

La figura en la doctrina:

> La restitutio in integrum es un remedio creado en el Derecho romano para eliminar los efectos de un acto jurídico valido pero injusto. Con él se pretendía favorecer a los menores que por su indigencia eran fácilmente objeto de abusos y engaños. Fue un instituto muy popular y de uso frecuente en la práctica judicial romana. (De Salas, 1983)

La restituti o in integrum nace del derecho romano, es acogida y perfeccionada por estados de derecho a lo largo del mundo, inicialmente como una figura de protección o amparo, contemplada en el derecho canónico, para luego ser entendida como la medida de reparación integral que pretende, cuando el caso lo permite, restituir a la víctima a la situación inmediata anterior.

La restituti o in integrum en la Corte Constitucional del Ecuador

> Este derecho, se refiere entonces no a la reparación pecuniaria a favor de las personas perjudicadas, sino a la restitutio in integrum, es decir, a la plena restitución de la naturaleza mediante la-reparación de los daños producidos en el medio físico hasta regresar en lo posible el ecosistema original, es decir, la restauración debe estar encaminada hacia el aseguramiento que el sistema natural

> vuelva a gozar de condiciones que permitan el correcto desenvolvimiento en relación a sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.3

La figura en la jurisprudencia de la Corte IDH:

Quien la acoge en sus pronunciamientos y hace referencia a la misma como: restitutio in integrum, *" se vinculan principalmente con violaciones masivas a los derechos humanos, es decir, prácticas sistemáticas de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, violaciones a las garantías del debido proceso*" 4. Rousset señala que las cuestiones que se han analizado en relación a derechos como igualdad y no discriminación o libertad de expresión, demuestran que es prácticamente imposible la aplicación de la restitutio in integrum como forma de reparar el daño que se ha causado. (Rousset, 2011) Casos en los cuales la Corte ha resuelto que:

> Es preciso tomar en consideración que en muchos casos de violaciones a derechos humanos, como el presente, no es posible la restitutio in integrum, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, inter alia, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria.5

[3] Véase, Resolución de la Corte Constitucional 166, Registro Oficial Suplemento 575 de 28 de agosto de 2015. A porpósito del caso vs El Ministerio del Ambiente Manuel de los Santos Meza Macías.
[4] Para ampliar este punto, véase: Corte IDH. Caso Maqueda Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Resolución de 17 de enero de 1995. Serie C No. 18.
[5] Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 189; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio, citado por Rousset Siri en El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De ahí que sean tan importantes las otras modalidades de reparación integral pues, como hemos visto la posibilidad de aplicar la medida de restitutio in integrum es excepcional.

2.2. Reparación material

El principio general del derecho indica que "una vez producido el daño, debe ser reparado". Con esta premisa clara, el daño "*significa el menoscabo de valores económicos o patrimoniales (...) la lesión al honor o las afecciones legítimas"* (Carrión, 2015). Una vez producido el perjuicio, se debe identificar a qué ámbito de la vida de la víctima afecta el detrimento, para lo cual se reconocen dos tipos de daño: material e inmaterial.

> En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.
>
> (…)La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.[6]

Daño material, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es "*la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivos de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con*

[6] Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, art. 18

los hechos del caso". (Cfr. Caso Bámaca Velásquez, supra nota 294, párr. 43 y caso Fontevecchia y D´Amicco, supra nota 28, párr.114; citado por Carrión 2015)

El artículo Art. 1106, Código civil español señala: "*La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor"* (…). (citado por Luis Moisset de Espanés, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón en Daño emergente y lucro cesante)

Es decir, se reconoce dentro del daño material, dos figuras principales; el daño emergente y el lucro cesante, entendidas como:

> (…)"DAÑO EMERGENTE: "Son daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar.- ... LUCRO CESANTE: "ganancia dejada de obtener o pérdida de ingresos ...(…) (8 Fernando REGLERO CAMPOS, "Tratado de Responsabilidad Civil", Thomson – Aranzadi, Navarra 2008, Tomo I, pags. 330/332, citado por Luis Moisset de Espanés, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón en Daño emergente y lucro cesante)

Entonces, el daño material es aquel que recae sobre la persona o sobre su patrimonio, este puede ser directo o indirecto, cuando el daño va en contra de la persona debe haber producido heridas, lesiones o la muerte, si va en contra del patrimonio afecta a los bienes que están en dominio o posesión de la víctima, decreciendo su valor económico. (Carrión, 2015)

Con estas consideraciones el juez deberá tomar las correspondientes medidas para no solo ocuparse de la indemnización económica por los daños en detrimento del

patrimonio de la víctima, sino que deberá aplicar medidas que reparen el conjunto de afectaciones producto del daño material.

2.3.- Reparación inmaterial

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que exista daño inmaterial, es esencial que el ser humano experimente sufrimiento; de acuerdo a su sentencia del 4 de marzo de 2011, en el caso Abrill Alosilla y otros vs Perú, reconoce que lo que hace incuantificable a este tipo de daño es la irreparable sensación de dolor que puede experimentar una persona víctima de una violación de cualquier tipo. Entonces, el daño inmaterial es aquel intangible, que no necesariamente puede ser reparado con un monto económico, pues, está en perjuicio de los sentimientos o la psiquis de la persona, afectando a sus creencias, su cultura, su inteligencia, sus capacidades físicas, espirituales y mentales, entre otros aspectos a veces invaluables. (Abril Alosilla y otros vs Peru, 2000)

Para Carrión, la figura de la reparación integral constituye un "salto cualitativo" hacia una justicia de calidad humana:

> La reparación integral (…) no solo se limita a reparar el daño económico, sino que reconoce también el daño inmaterial, el daño al proyecto de vida, y avanza hacia la reparación simbólica, al arrepentimiento de los sujetos que violan los derecho a humanos y al propósito de no repetición de los mismos hechos (Carrión, 2015).

Es en la reparación inmaterial donde se contemplan las figuras de "reparación simbólica" o "proyecto de vida", que llega a considerar al hombre como un individuo con

características irrepetibles, formado a través de un conjunto de elementos que al ser vulnerados afectan al todo, y son los organismos internacionales, quienes, como se ha explicado, consideran justamente que existen ciertos aspectos del daño incalculables o inapreciables económicamente, como por ejemplo: la restitución de la identidad, el reconocimiento de un pueblo indígena, las disculpas públicas, actos conmemorativas, entre otros.

Es entonces que, en apego a las sentencias emanadas por organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el Ecuador por medio de la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema:

> El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras (Ramírez vs Municipio de Quito, 2014)

> En consideración a la diferenciación entre reparación material e inmaterial, la Corte Constitucional debe destacar que dentro de las garantías jurisdiccionales, las reparaciones no deben agotarse en reparaciones de tipo económico, ya que las vulneraciones a derechos constitucionales provocan afectaciones que van más allá de una cuantificación monetaria, y que requieren por parte de los órganos jurisdiccionales medidas encaminadas a considerar los efectos que tal vulneración provocó en la vida de las víctimas. (Ramírez vs Municipio de Quito, 2014)[7]

2.4.- Parámetros de reparación integral según los Principios y Directrices Básicas sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener reparaciones

[7]Revisar Sentencia No 146-14-SEP-CC; CASO No 1773-11-EP

"El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas; comprenderá medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción según lo establece el derecho internacional"[8] (Giraldo & Hurtado, 2007). Existen parámetros que han sido desarrollados por los organismos internacionales, que permiten asegurar una reparación íntegra de los afectados, mismos que revisaremos a continuación.

En 2007 se realizó la compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas denominado "*Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*" el documento agrupa los principios, resoluciones, estudios, informes y directrices emanadas por los especialistas en temas de violaciones a los derechos humanos y resarcimiento de estas. En el documento encontramos un análisis completo sobre los daños que deben reparase, no solo económicamente, sino también los imperceptibles a primera vista.

> La reparación debe responder a las necesidades y los deseos de las víctimas. Será proporcional a la gravedad de las violaciones y los daños resultantes e incluirá la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. 9

Estos parámetros otorgan lineamientos a los estados que acogen la figura de la reparación integral para guiar o direccionar los ámbitos a ser considerados en la

[8]Principio 34, Ámbito a obtener reparaciones

[9] Véase el numeral cuatro de los principos generales en Principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación, aprobado por la Asamble Generala de la ONU en diciembre de 2005

reparación, a continuación, analizamos cada uno de los parámetros desde el punto de vista doctrinario y según lo que contempla la legislación vigente:

Como mencionamos anteriormente, el relator de la Comisión de las Naciones Unidas sr. Theo Van Boven, en su informe presentado en cuanto a las víctimas de violaciones, señala cinco parámetros que deberán ser tomados en cuenta al reparar integralmente un daño:

2.5.- Formas de reparación

Las formas reconocidas, aceptadas y emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son las que expondremos a continuación ampliando estos parámetros de reparación junto con la doctrina:

- Restitución:

> La restitución tendrá por objeto restablecer, en lo posible, la situación en que se hallaba la víctima antes de las violaciones de los derechos humanos. Entre otras cosas, se debe restaurar la libertad, la ciudadanía o la residencia, el empleo o los bienes.

La figura de la restitución se originó en la institución romana denominada "restitutio in integrum"; pero, el concepto primigenio ha sido ampliado por el avance del derecho constitución a tal punto que hoy es el medio más idóneo y deseable de la reparación integral. (Carrión, 2015)

Con base en el avance constitucional la restitución amplió su campo de acción, no solo centrándose en reestablecer materialmente al afectado, sino también en otros aspectos, como por ejemplo aquellos inherentes a cosmovisión Indígena.

A continuación, algunos ejemplos de medidas de restitución emanadas por la Corte Constitucional Ecuatoriana:

La Corte Constitucional del Ecuador con atención a la medida de restitución ha resuelto:

> Como medidas de reparación integral s e dispone lo siguiente:
> a. Restitución del derecho.
> i) Disponer que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en el plazo de sesenta días, materialice la permuta del bien inmueble a favor de los accionantes, mediante la entrega de un terreno con una vivienda que se ajuste a los parámetros de una vivienda adecuada y digna, desarrollados en esta sentencia en aras de garantizar el ejercicio del derecho a la dignidad humana, debiendo entregarse además la diferencia económica que la permuta reconoce a favor de los accionantes, conforme consta a fs. 79 del expediente constitucional. (Ramírez vs Municipio de Quito, 2014)

Otro ejemplo de aplicación de la figura es el siguiente:

> Restitución del derecho
>
> La Corte Constitucional sobre esta medida de reparación integral en la sentencia No. 146-14-SEP-CC, estableció: Esta medida de reparación integral comprende la restitución del derecho, restitutio in integrum, que le fue quitado o vulnerado a una persona, con lo cual se pretende que la víctima-sea reestablecida a la situación anterior a la vulneración; sin embargo, cuando se evidencie que por los hechos fácticos el restablecimiento del derecho no es posible, el juez tiene que encontrar otra medida adecuada que de alguna forma equipare esta restitución47. Al considerar que desde la presentación de esta acción extraordinaria de protección, no se ha podido conocer la situación actual del accionante, puesto que no ha presentado ningún escrito, ni se presentó en la audiencia pública celebrada ante

> esta Corte, la Corte Constitucional deja sin efecto la Resolución No. 2013-1896-CCP-PN dictada por el H. Consejo de Clases y Policías mediante la cual se ratificó la disposición de dar de baja al accionante, por lo que se retrotraen los efectos al momento anterior a la emisión de esta resolución; por lo tanto, se deberán pagar las remuneraciones dejadas de percibir, así como reintegrar al accionante a su puesto de trabajo o su equivalente. Está medida de reparación integral estará sujeta a la aceptación del accionante, lo cual deberá ser informado por la Policía Nacional a esta Corte.[10]

Para Carrión la restitución comprende reestablecer la libertad de la víctima, cuando esto aplique, el disfrute de todos sus derechos esto implica, su vida familiar, sus derechos civiles, su identidad, la reintegración a su empleo, regresar a su lugar de residencia o devolución de sus bienes.

En conclusión, según el principio 19 de los Principios y Directrices Básicas sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener reparaciones aprobados por la Asamblea General de la ONU, la restitución se puede materializar cuando físicamente es posible; caso contrario se buscarán maneras o alternativas de reparación pero no podrá permitirse que el daño quede sin ser reparado.

- Indemnización

En referencia a la Indemnización, los principios a los que hemos hecho referencia señalan:

[10] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 146-14-SEP-CC, caso No. 1773-11-EP.

> La indemnización se proporcionará en relación con los daños resultantes de violaciones de los derechos humanos que puedan evaluarse económicamente, como los siguientes: a) Daños físicos o mentales; b) Dolor y sufrimiento físico o psicológico; c) Pérdida de oportunidades, incluida la posibilidad de realizar estudios; d) Pérdida de ingresos y de la capacidad de ganarse la vida; e) Gastos médicos y otros gastos razonables para la rehabilitación: f) Daños a los bienes o comercios, incluido el lucro cesante; g) Daños a la reputación o la dignidad; h) Gastos y honorarios razonables de asistencia letrada o de expertos para interponer un recurso.

Los Principios y Directrices Básicas sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener reparaciones aprobados por la Asamblea General de la ONU en su principio número 20 reconoce que " la indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derechos internacional humanitario como:

- Daño físico o mental
- Pérdida de oportunidades, en particular empleo, educación y prestaciones sociales
- Los daños materiales y la pérdida de ingresos incluido el lucro cesante
- Los perjuicios morales
- Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos, servicios médicos y servicios psicológicos y sociales (Carrión, 2015)

- Rehabilitación

> La rehabilitación incluirá la atención y los servicios jurídicos, médicos, psicológicos y de otra índole, así como medidas para restablecer la dignidad y la reputación de las víctimas.

Los Principios y Directrices Básicas sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener reparaciones aprobados por la Asamblea General de la ONU en su principio número 21 reconoce que la rehabilitación "*ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales*"

La rehabilitación comprende también ubicar a la víctima en la misma posición que tenía antes, o al menos la más próxima, para que pueda volver a la vida que solía tener antes de la violación, remediar las consecuencias generadas por el perjuicio y el fin es que vuelva a su proyecto de vida normal.

- Satisfacción y no repetición

> La satisfacción y las garantías de no repetición incluirán:
> a) La cesación de las violaciones aún existentes
> b) La verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad;
> c) Un fallo declaratorio en favor de la víctima;
> d) Una disculpa, incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad(…) [11]

[11] Formas de reparación, Principios internacionales sobre impunidad y reparación

En el ámbito de la reparación integral, las medidas de satisfacción son aquellas orientadas a dirigir acciones a "*desagraviar, en forma efectiva a las víctimas*" (Carrión, 2015)

Las medidas de satisfacción podrán incluir sin limitarse, honrar el nombre de la víctima poniendo su nombre a una calle, un centro educativo, un símbolo en un parque, seminarios de concientización, becas y demás que puedan en su momento ocurrírsele al juez.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia emitida con fecha 24 de noviembre de 2010 en el caso, Gomes Lund y otros en contra de Brasil, ha dispuesto como garantía de no repetición: educación a las fuerzas armadas en temas de derechos humanos, tipificación del delito de "desaparición forzada", acceso, y publicación de varios documentos en poder del Estado, la creación de una comisión de la verdad. (Carrión, 2015)

En resumen, las garantías de no repetición, son de gran importancia, porque sin éstas la sociedad continúa expuesta a las violaciones que no sean enmendadas de forma desde su estructura esto es, cambios o reformas y control permanente de los sectores que vulneren derechos nacional e internacionalmente protegidos.

Las medidas se aplicarán en cada caso conforme el nivel de afectación a la víctima; así, cuanto mayor es el daño, mayores deberán ser los esfuerzos del juzgador para cubrir las áreas de la vida de la víctima que han sido vulneradas (Benavides & Escudero, 2013).

3.- Reparación Integral en Ecuador - Criterio de la Corte Constitucional Ecuatoriana

Para iniciar el presente estudio ponemos en consideración los pronunciamientos de la Corte Constitucional Ecuatoriana al respecto de la reparación integral:

> (…) la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos•12

Vemos entonces que la Corte reconoce a la reparación integral como un derecho cuyo titular es toda victima que vea vulnerados sus derechos, además la Corte reconoce a la figura como un principio, que guía el perfeccionamiento de estos derechos.

Con estas consideraciones desarrollaremos a continuación la figura de la reparación integral conforme a las acepciones que la ley la doctrina y la jurisprudencia le han atribuido, como derecho, como principio y como garantía.

12 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.0 004- 1 3-SAN-CC, caso N.0 00 1 5- 1 0-AN. Citando en el caso Ramírez vs Municipio de Quito

3.1.- Derecho a la reparación integral

La reparación integral (entre otros) ha sido objeto de análisis de la Corte Constitucional del Ecuador, en la obra "*Conceptos desarrollados en la jurisprudencia de la primera Corte Constitucional del Ecuador*", donde se extrapolan parte de sus pronunciamientos, en cuanto al reconocimiento de la reparación integral como un derecho de la víctima.

Para ello en las distintas sentencias ha reconocido lo siguiente:

- Dentro del ordenamiento jurídico nacional, la figura de la reparación integral está considerada como un derecho constitucional, por tanto, como "fin último de todas las garantías jurisdiccionales"
- El titular de este derecho a la reparación integral es toda persona o colectivo que considere vulnerado un derecho reconocido constitucionalmente.
- De igual forma para la Corte es un "principio orientador que contempla y perfecciona la garantía de derechos"
- La figura de la reparación integral está inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo de aplicación obligatoria en todos los campos, sean estos la defensa al consumidor, o por actos de racismo o xenofobia, afecciones ambientales, entre otras. [13]

[13] Conceptos desarrollados en la jurisprudencia de la primera Corte Constitucional del Ecuador

- La Corte ha determinado que deberá siempre considerarse dentro de la reparación integral un "mínimo intocable" y este es el derecho de la persona a recibir reparación material o económica.[14]
- La reparación integral es "*consecuencia principal de la responsabilidad de la autoridad pública o del particular que ha vulnerado derechos constitucionales*" con esta consideración la Corte ha indicado que la resolución judicial debe atender a la situación global de la víctima y como reponer estos perjuicios y no desde el punto de vista del perpetrador de los mismos.[15]

Para concluir citamos un pronunciamiento de la Corte Constitucional:

> Conforme al mandato constitucional ecuatoriano, toda vulneración de derechos merece una reparación integral debido a que en el Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia, la expectativa de respeto a los derechos constitucionales es mayor a partir del cambio de paradigma constitucional; por lo tanto, se espera que la reparación de los daños causados consiga un sentido integral en función a la naturaleza interdependiente de los derechos constitucionales (artículo 11 numeral 6 de la Constitución). (Masabanda vs Ministerio de Relaciones Exteriores, 2013)

Vemos entonces, que la reparación integral es considerada un verdadero derecho Constitucional y legal por estar contemplada dentro del bloque de constitucionalidad, siendo la reparación integral "fin último de las garantías jurisdiccionales

[14] Sentencia No. 024-14-SIS-CC, caso No. 0023-12- IS

[15] Ibídem: citado por Conceptos desarrollados en la jurisprudenciaa de la primera Corte Constitucional del Ecuador "El principio de dignidad humana juega un papel preponderante a la hora de reparar, toda vez que permite a la víctima dejar atras las consecuencias o efectos negativos que generó la violación de sus derechos constitucionales"

Por otro lado, como mencionamos anteriormente es un derecho ya que la reparación atiende a la situación de la víctima y no nace como atención a la situación jurídica del causante de la violación.

3.2.- Principio de reparación integral

Cabe analizar el tema de la reparación integral como principio, dado que la Corte Constitucional ecuatoriana, reconoce a la figura no solo como un derecho sino también como un principio; sus pronunciamientos a través de las sentencias en las cuales apoyamos nuestro estudio reflejan que al igual que la Corte Interamericana de derechos Humanos, la jurisprudencia nacional está alineada con ésa teoría, a continuación, veamos doctrinariamente su configuración como principio:

> Podemos afirmar que los principios son –verdades fundantes- de un sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas, y también por motivos de orden práctico de carácter operacional, o sea, como presupuestos exigidos por las necesidades de Investigación y de praxis". (Miguel Reale citado por Juan Carlos Bejarano en Los Principios Generales del derecho)

> Uno de los descubrimientos más importantes de la humanidad, ha significado la identificación y construcción, por una parte, de los principios generales del derecho, y por la otra, de un lenguaje normativo que establece derechos y obligaciones de los seres humanos para el efecto de vivir en sociedad y en armonía, a través de reglas claras y precisas que permitan racionalmente el respeto de lo nuestro, lo mío y lo tuyo, y en especial de la dignidad humana.(Rafael Sánchez Vázquez citado por Juan Carlos Bejarano en Los Principios Generales del derecho

Veamos entonces de donde nace la relación entre los principios y la reparación integral:

Para el autor del "Manual de justicia constitucional ecuatoriana" Jhoel Escudero Soliz, "*existe una amplia recepción del principio de reparación integral en la Constitución que tiene sentido junto al modelo de Estado que incluye el valor de justicia que implica la proscripción de la impunidad*" (Benavides & Escudero, 2013)

Dentro de esta afirmación el autor señala que la Constitución posee tres "aristas generales" y señala cada una ellas por las cuales la reparación integral es un principio:

La primera: Se refiere a la reparación integral como principio indicando que está reconocido dentro de todo el ordenamiento jurídico "*incluso administrativo y de servicio público en general, incluyendo a quienes concesionan o son prestadores de servicios públicos*" desprendiéndose así de la clásica concepción proyectada por el sistema internacional de Derechos Humanos.

La segunda: Para la segunda arista el autor reconoce que "*existe consonancia con los presupuestos previstos por el sistema internacional de derechos humanos*" como los casos de graves violaciones contemplados en la Constitución, donde se reconoce el derecho a la reparación en caso de discriminación o violaciones a los derechos de los colectivos, así como la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y haber incorporado este principio a la acción de habeas corpus cuando existe cualquier acto cruel o inhumano.

La tercera: "*El reconocimiento de la reparación integral a favor de las víctimas de delitos penales cometidos entre particulares y del Estado en contra de particulares*" señala que con este antecedente se altera la lógica del derecho penal en cuanto al tema de la reparación. (Benavides & Escudero, 2013)

A manera de conclusión existe un generoso reconocimiento de la figura de la reparación integral en el ámbito constitucional, la Ley y las sentencias emitidas por la Corte, que van más allá del dogma que le da el sistema de derechos humanos a la figura, dejando así un vacío en cuanto a aplicación en áreas administrativas, políticas y judiciales. (Benavides & Escudero, 2013)

Si aceptamos entonces a la reparación integral según el criterio de la Corte, la reparación integral es además un principio, por ende, no puede ser negado o pasarse por alto su aplicación, además de estar contemplado en todo el ordenamiento jurídico vigente "incluso administrativo" según el pronunciamiento de la misma Corte.

3.3.- Garantía

"*Una garantía es un medio jurídico-institucional que la propia ley señala para hacer posible la vigencia de los derechos y libertades reconocidos y otorgados*." (Cesar Romero citado por Jorge Machiacado, Apuntes Jurídicos)

A diferencia de un principio, que no es de cumplimiento obligatorio, una garantía no queda a discreción del legislador o incluso el juez, en cuanto a decidir si atenderla o

no, ya que la diferencia entre estos radica en la responsabilidad y consecuencias que el desatenderlos implica.

> Un Principio no es de cumplimiento obligatorio si no está escrita o establecida en una CPE o en una ley, mientras es solo una guía, un horizonte de actuación, por el contrario, una Garantía es de cumplimiento obligatorio para el legislador y el juez, inclusive su incumplimiento puede configurar en delito. (Machicado, 2013)

A continuación, revisaremos algunas consideraciones de la Corte en sus sentencias, en las cuales se hace referencia a la reparación integral por ser considerada como una garantía en el ordenamiento jurídico nacional:

> El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.
>
> El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos(…)16

Con el artículo señalado vemos que la Corte indica que este cambio constitucional se da como respuesta la nueva calificación del Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social donde como es bien sabido, no se limita a garantizar el respeto y reconocimiento de los derechos consagrados constitucionalmente, ahora el Estado debe velar con diversos mecanismos, porque la violación de un derecho sea reparada, ya que ahora la finalidad del estado está reflejada en las garantías constitucionales cuyo fin es "*proteger eficaz e inmediatamente los derechos reconocidos*

[16] Constitución de la República del Ecuador; articulo 11 numeral 9

en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos" (Ramírez vs Municipio de Quito, 2014)

En este sentido, un cambio sustancial en el modelo constitucional actual en comparación con el modelo del año 1998, es la creación de la garantía de la reparación integral, mediante la cual se consolida la restitución y reparación de los derechos constitucionales que hayan sido vulnerados. (Ramírez vs Municipio de Quito, 2014)

Se logra que "*las garantías constitucionales no sean vistas como simples mecanismos judiciales, sino como verdaderos instrumentos con los que cuentan todas las personas para obtener del estado una protección integral de sus derechos*" (Ramírez vs Municipio de Quito, 2014)

Con lo indicado, vemos que las garantías como señala la Corte, deben ser vistas como instrumentos de protección de los derechos de las personas, por tanto, al estar la reparación integral contemplada en la Constitución como un derecho, es entonces una garantía y por tanto no puede ser inobservada.

4. Conclusiones del capítulo

- Históricamente la reparación integral nace de la lucha contra la violación de los derechos de las víctimas y la impunidad; bajo esta premisa nos queda concluir que

la figura no surge como una medida de sanción para el imputado, sino más bien como un derecho de la víctima, dado que la reparación solo puede ser "integral" cuando atiende específicamente a las necesidades y derechos personalísimos de cada caso. La historia del nacimiento y la evolución de la reparación integral en el campo del derecho demuestran que su fin principal es el amparo de los derechos de las víctimas a través de la restitución de los daños en todos los ámbitos que la infracción pueda instituirse.

- Para que la reparación sea integral deberán considerarse, según la ley, los daños materiales e inmateriales de acuerdo a cada caso específico, ya que la sola indemnización no constituye reparación integral.

- Para la Corte Constitucional la figura de la reparación integral tiene una triple naturaleza, de acuerdo a los pronunciamientos en las sentencias de la Corte, la figura es vista como una garantía, como un derecho y además como un principio.

CAPÍTULO II

ACTIVISMO JUDICIAL

Introducción del capítulo

En la tipología del activismo judicial, se considera que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el juez o tribunal, además de solucionar el caso en concreto que es puesto a su resolución, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar cambios en la misma legislación o en la creación de líneas jurisprudenciales que darán origen a precedentes de obligatoria aplicación. (Maraniello, 2011)

Con los mecanismos de reparación contemplados en los cuerpos normativos vigentes, se cuenta con la norma que permita hacer efectiva la reparación integral de un daño o perjuicio, más la misma no podría abarcar las posibles soluciones a cada caso de forma individual. La ley señala que se debe reparar integralmente el daño y deja a discreción del juez decidir cómo, dándole ciertos parámetros a los que debe apegarse, es aquí donde el juzgador establecerá las sanciones que reflejen las medidas de reparación.

Dado que reparar íntegramente no es lo mismo que sancionar o indemnizar, es necesario contar con jueces que lleven la norma a otro nivel, esto significa que el modelo de la subsunción queda corto, pues la reparación integral a cargo de los jueces abre un verdadero abanico de posibilidades en donde el juez ha de actuar con el fin de subsanar los perjuicios producidos.

Según Kelsen "*El juez crea derecho por un acto de voluntad y de que su interpretación, como se ha visto, es función del querer (voluntad) y no del conocimiento*" (…) (como se cita en Retos del derecho constitucional contemporáneo, 2013).

1.- Origen

Cabe en este punto del análisis referirnos a la locución como tal y analizar los elementos que la componen:

Por *"activismo" se entiende el atributo esencial del sujeto que determina sus capacidades, inclinación, predisposición a la conducta libre, voluntaria, no impuesta e interesada en desarrollar sus propias fuerzas internas."*[17] (Efimovich, 2010)

Un elemento esencial de un juez activista es la actitud activa, que es una facultad de obrar sin dilación alguna frente a determinada circunstancia con el fin de alcanzar un objetivo, esta es la característica, aplicada en los sistemas judiciales ingleses y norteamericanos, denominada activista. (Maraniello, 2011) Siendo el activismo judicial una condición o elemento esencial para la revolución de los derechos en atención a la evidencia histórica.

Con lo señalado, para que exista "*activismo*" por parte del juzgador, debe demostrarse la intensión de llevar a cabo sus decisiones acordes a su voluntad, pero esta libertad que se otorga al juzgador debe estar alineada con los parámetros legales

[17] Traducción del ruso por Mijaíl Malishev y Manola Sepúlveda Garza

establecidos, es así que se han llevado a cabo un sinnúmero de estudios en este sentido, pronunciándose Sepúlveda y García al respecto:

(…) *El activismo que se requiere es uno que esté rigurosamente enmarcado en la Constitución desde luego, pero que sea capaz de aprovecharla por completo y llevarla hasta sus últimas consecuencias*. (…) (Sepúlveda & García Ricci, 2013)

En este punto debemos relacionar entre sí a los temas objeto de estudio; para que la reparación integral sea plausible, eficaz y aplicable a nuestro sistema de justicia, debe contar con jueces activistas, debido a que el ordenamiento jurídico nacional se ha adaptado para dar cabida a la reparación integral en todos sus posibles escenarios; contando con la norma, se requiere ahora aplicarla, es ahí donde el juez activista se relaciona estrechamente con la figura, pues las medidas de reparación en ningún caso obedecen a una fórmula única que puede aplicarse por igual como una regla invariable para todos los casos. Es justamente la particularidad de cada caso y los perjuicios que en este deban resarcirse, lo que hace esencial que el juez sea creativo en aplicar las medidas a cada caso. (Ramírez vs Municipio de Quito, 2014)

A continuación, veamos los pronunciamientos, que posiblemente sean considerados los pioneros, en identificar la práctica del activismo judicial en América:

La historia constitucional de los Estados Unidos permite vislumbrar, aparte de un modelo de constitucionalismo que presta muchas peculiaridades y que ha sido paradigmático para un número importante de países, las condiciones que son

necesarias para realizar una revolución jurídica de los derechos fundamentales contando con fuertes dosis de activismo judicial. (Carbonell, 2013)

En cuanto a la locución "activismo judicial" la historia ha determinado que tiene sus inicios siglos atrás. En el contexto judicial norteamericano se puede distinguir la figura desde el caso Marbury vs. Madison[18]. Otro ejemplo que marca la existencia de la figura es en 1954, con la auto-declaración de "activista", por parte de la Suprema Corte de Estados Unidos, presidida por el juez Earl Warren, es el caso "Brown vs. Board of education"[19]. El juez federal estadounidense Wayne sostiene que existen "*dos formas de ver el fenómeno. La primera de manera jurisprudencial, al reconocerse judicialmente ciertos valores que otorgan determinados derechos a ciertos grupos socialmente vulnerables, y la segunda cuando se toma la decisión del juez para defender un derecho vulnerado*" […] entre otros casos relevantes por considerarse parte de la historia de la evolución jurídica del país (como se cita en Activismo Judicial, una herramienta de protección constitucional, 2011)

18 Famoso caso abordado en la Corte Suprema de Estados Unidos, en 1803. El caso importante, sin duda, para la jurisprudencia norteamericana, no es realmente el que marca un precedente de relevancia histórica, sino que con este se señala la capacidad de los tribunales para realizar el control de la constitucionalidad. John Marshall, Presidente en ese entonces del Tribunal Supremo, es quien resuelve el caso y decide que el Tribunal Supremo no estaba facultado para dirimirlo. Marshall dictaminó que la sección 13 de la Ley Judicial, que otorgaba estas facultades al tribunal, era inconstitucional porque ampliaba la jurisdicción original del tribunal de la jurisdicción definida por la Constitución misma. Al decidir no intervenir en este caso, el Tribunal Supremo aseguró su posición como árbitro final de la ley. (Sepúlveda & García Ricci, 2013)

19. Se declara de forma unánime la inconstitucionalidad de la segregación racial en el sistema educativo, pero el papel activista se desprende de la forma de aplicación de la decisión judicial con la cual se demuestra que el sistema está errado.

Ahora bien, la actitud de los jueces no siempre ha sido activista, más bien desde el establecimiento del estado de derecho y la consolidación de la división de poderes, los administradores de justicia venían demostrando una actitud pasiva dando como resultado simplemente a la aplicación del derecho positivo, acudiendo a las normas previamente establecidas, dado que la ley, como la conocemos, siempre ha sido inmensamente previsiva y difícilmente podía demostrarse que se equivocaba, bajo esta premisa los jueces se limitaban a ser simplemente boca de la norma escrita. (Mejía & Pérez, 2015)

El neo constitucionalismo permite al juez interactuar mejor con la norma, desechando el esquema silogístico y dando cabida al juez para realizar "*abstracciones hermenéuticas*" llevando a que los jueces puedan resolver y pronunciarse más allá de lo que dice la ley. (Mejía & Pérez, 2015)

2.- Tipos o clases de activismo judicial

Antes de abordar de lleno esta parte del estudio, debemos determinar quién es un juez activista, para lo cual debemos considerar que los estudios para determinar cuáles son los lineamientos que debe seguir un juez activista han dado vuelta al mundo del derecho, buscando los indicios de aquellos jueces que han resuelto en atención no solo a la norma. El profesor Emanuel Rosales ha manifestado que:

> (…) una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso traído a juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, o en la jurisprudencia, o en las costumbres respectivamente (Emmanuel Rosales Guerrero, en la ejecutoria de una tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Algunas de las denominadas “costumbres” de un juez activista según el autor, son las siguientes:

> a) Crear derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por ser este considerado de naturaleza constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos
>
> c) Señalarle al congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.
>
> d) Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del gobierno, a través de un salto de instancias.
>
> e) Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.
>
> f) Combatir excesos del poder en general (Bautista, 2009).

De aquí nace el análisis de varias teorías sobre la aplicación de estas “señales” o costumbres como las denominan los autores; éstos han llegado a establecer que la aplicación de las mismas no siempre es justa:

> (…) esas señales innovadoras pueden ser razonables e irrazonables; como ya dijimos, el activismo se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema. Por lo tanto, podemos establecer dos tipos de activismo, el razonable o justo y el irrazonable o injusto. (Maraniello, 2011)

Con lo dicho, según Maraniello, el activismo puede clasificarse en activismo razonable o justo e irrazonable o injusto.

2.1.- Activismo Razonable o justo

Las características que permiten identificar el ejercicio de un activismo de tipo razonable o justo, son las siguientes:

- Éste, por ejemplo, amplía las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación y aplicación amplia de las ya existentes.[20]

- El activismo razonable tiende a proponer cambios que considera, protegen de forma más eficaz los derechos o garantías jurisdiccionales, otro ejemplo sería el señalar al órgano legislativo, la necesidad de una reforma en determinada materia.[21]

- Este activismo tiende a "crear derecho" a través de la jurisprudencia, emitiendo resoluciones que sirvan para la solución de casos anexos para el sistema judicial.[22]

Con lo dicho, este activismo permite el nacimiento de acciones o mecanismos tendientes a mejorar la protección de los derechos, o a su vez a reparar o enmendar los existentes,

[20] Casos "Ángel Siri (1957)" y "Samuel Kot SRL" (1958) cuando dio nacimiento a la acción de amparo, que luego se plasmó en la ley 16.986 (1966) y en el art. 321 del CPCCN citado por Maraniello 2011.
[21] Art. 170, inc. 8º de la Constitución de Formosa: "… Proponer a la Legislatura cuanto estime pertinente en lo referente a la administración de justicia, pudiendo designar alguno de sus miembros para que concurra al seno de las comisiones legislativas a fundar el proyecto, aportar datos e informes relativos al mismo". Citado por Maraniello 2011.
[22] Caso de la Corte de EE.UU. "Brown vs. Board of education, citado por Maraniello

con soluciones nuevas y eficaces, siempre en aplicación de las facultades que el marco constitucional le otorga al juez.

2.2.- Activismo irrazonable o injusto

Si bien cumple con las aspiraciones y objetivos activistas, va en contra de preceptos axiológicos de la justicia, como lo menciona Iturralde en su obra, para considerar "injusto" al activismo debería presentarse una de las siguientes acciones en los pronunciamientos judiciales:

- Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del Gobierno, a través de un salto de instancias.[23]
- Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.
- Convalidar excesos del poder en general.[24]

Otra variante que cabe mencionarse en este punto, y ha tenido gran acogida por el derecho humanitario alrededor del mundo es el activismo social:

Conocido como tal debido a que ha sido aplicado por jueces activistas cuando "*la política y los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a*

[23] Casos "Dormí", 1990; "Reirizt", 1996; "UOM", 1996 y "Rodríguez", 1997, citado por Maraniello 2011.

[24] "Ercolano vs. Lanteri" y "Avico vs. De la Pesa" se invocó el bienestar general (directo) como condicionante de una de las manifestaciones del derecho de propiedad de un grupo en beneficio de la mayoría. "Cine Callao", se invocó el bienestar directo. Fallos "Peralta", "Busto" y "Galli" en los que convalidaron la "pesificación de ahorros y de bonos de deuda del Estado, respectivamente, citado por Maraniello 2011.

impulsarlos" (Malarino, 2010). Debemos señalar, además, el creciente incremento en las decisiones judiciales basadas en la postura del "activismo social", entendiendo como *"este movimiento civil, que busca en la Justicia una aliada para terminar con la discriminación"* según William Koski, abogado y doctor en la Universidad de Stanford en California, el activismo que propende a fines sociales, genera igualdad de oportunidades, pese a que la norma no contemple ciertas medidas como el famoso caso en 1954 conocido como Brown, al que hace referencia nuestro estudio, crea derecho que genera cambios y es acogido por el sistema judicial. (Maraniello, 2011)

Por último, es importante acotar que para que pueda confluir el activismo judicial y cualquiera de los tipos o clases que mencionamos anteriormente, en los distintos ordenamientos, así como en la práctica real del activismo judicial, debe ligarse estrechamente a que el órgano jurisdiccional sea "*independiente e imparcial*"[25] entendiendo a ésta independencia desde el siguiente punto de vista:

> La independencia y responsabilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional es un principio – garantía constitucional – que permite a los órganos jurisdiccionales que en el ejercicio de su función no puedan verse afectados por las decisiones o presiones extra-jurisdiccionales, ajenas a los fines del proceso. Como refiere Bernales, la independencia del Poder Judicial no solo debe estar referida al manejo autónomo de su estructura orgánica, sino fundamentalmente a la autonomía de la decisión de los magistrados, es allí donde se verifica la real independencia de los órganos jurisdiccionales. (Lama, 2012).

[25] Armin von Bogdandy, ver Foro sobre reformas a la justicia, en Programa: Estado de Derecho en Latinoamérica.

Esta independencia está incluso contemplada en la legislación como derecho de las personas en caso de ser juzgadas:

"k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto."26

Para concluir, al respecto, Armin von Bogdandy, profesor del Instituto Max Planck de Heidelberg, seminarista de foro citado en referencia, a la independencia judicial, sostiene que el activismo que se requiere para hacer efectivos los derechos y reparar eficazmente las infracciones o violaciones a estos, no surtirán el efecto esperado, ya que al continuar con el lineamiento que la función judicial ha venido manejando, esto es en base a preceptos antiguos, no dará lugar al cambio o evolución que permita avanzar en cuanto a reparación y garantías nos referimos.

[26] Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador

3.- Activismo judicial y reparación integral en Ecuador – El rol del juez (Constitución, LOGJCC, COIP)

> "*Considerar que la figura del juez no se ha modificado a lo largo del tiempo y que este siglo XXI no lo tiene como actor principal, es no ver la realidad*" (Maraniello, 2011).

El activismo judicial, permite revalorizar y aumentar en sentido positivo y cualitativo las funciones de los administradores de justicia, encaminado a mejor el sistema jurídico, respetando los derechos y garantías constitucionales.

Hablar de activismo es recoger el significado gramatical pues es toda actitud activa, directa y frontal a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo. (Malarino, 2010)

Como ya lo mencionamos a lo largo de nuestro estudio, la legislación nacional taxativamente no reconoce al activismo judicial, sin embargo, al reconocer expresamente a la reparación integral otorga ciertas facultades al juez para que a través de su criterio emita sentencias que protejan los derechos y garantías de las personas, como vemos a continuación no solo en temas de reparación:

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala como finalidad de las garantías lo siguiente:

> Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos

> internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. 27

Alineándose así con el nuevo paradigma constitucional, objeto de este estudio. Por último analicemos parte del artículo 49 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que señala "*El concepto de reparación integral incluirá todas las obligaciones materiales e inmateriales que el juez determine para hacer efectiva dicha reparación*".28

Habiendo analizado previamente las reparaciones materiales e inmateriales vemos que expresamente la ley señala que la reparación integral incluirá todas las obligaciones determinadas por el juez, por lo tanto conlleva, de forma intrínseca, la corriente del activismo judicial, dado que la figura está reconocida en el ordenamiento nacional y para hacer efectivo su cumplimiento los legisladores apoyan su aplicación en el criterio del juez y lo que este determine para satisfacer las violaciones, como señala el artículo 49 por mencionar uno.

Por otro lado, es muy importante destacar que, pese a que el "activismo judicial" no esté contemplado expresamente en la norma, la Corte Constitucional ha llamado a los jueces a ser creativos al aplicar justicia:

> Ante ello, los jueces constitucionales se encuentran en la obligación de ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral que dentro

[27] Artículo 6, Ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Contról Constitucional
[28] Artículo 49, Ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Contról Constitucional

> de cada caso puesto a su conocimiento deban ser establecidas, a fin de que la garantía jurisdiccional sea efectiva y cumpla su objetivo constitucional, evitando vincular únicamente a la reparación integral con una reparación reducida a lo económico, ya que su naturaleza es distinta. Por esta razón, dicha determinación deberá ser proporcional y racional con relación a la función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de vida de la persona. (Ramírez vs Municipio de Quito, 2014)

Dejando clara la postura de la Corte de la necesidad de reparar integralmente las violaciones a los derechos protegidos y garantizados por la ley y señalando que para que el propósito se cumpla, la función judicial deberá contar con jueces activos que rompan el paradigma del silogismo.

Analicemos en este punto que dice la ley en materia especial para éste caso puntual:

> (…)En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:
>
> 2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.29

Además de señalar expresamente los elementos que comprenderá la reparación integral de los daños sufridos, el artículo que antecede faculta al juzgador a disponer "*cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso*" dando paso a que, en apego a derecho, el juzgador pueda aplicar cuanta medida considere prudente para reparar integralmente un daño, amparando el activismo judicial.

[29] Articulo 11 Código Orgánico Integral Penal

De igual forma el Código Orgánico Integral Penal señala:

> Reparación integral de los daños. - La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.30

Dado que la legislación nacional no contempla dentro de sus cuerpos normativos las soluciones simbólicas a los daños causados en la víctima, es otro artículo que faculta al juez a establecer medidas simbólicas, acorde a su juicio, que se direccionen a cesar los efectos de las infracciones cometidas; si bien el artículo 78 del COIP indica:

> 4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones

No determina cuáles son estas, la ley no enumera las mismas, indicando que "*Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado*" dirigiendo al juez a tomar en cuenta ciertos elementos que estime necesarios sin limitar su criterio.

Es decir, es aquí donde la figura del activismo judicial adquiere relevancia.

[30] Articulo 77 Código Orgánico Integral Penal

Conclusiones del capítulo

- La figura del activismo judicial inicia por la necesidad de limitar los poderes del estado en apego a la Constitución, las garantías y derechos fundamentales.
- Uno de los objetivos de esta corriente es desprenderse de la mera interpretación y crear derecho a través de sus pronunciamientos.

- La acepción como tal, nace en las cortes de Estados Unidos como respuesta a la necesidad de llenar ciertos vacíos a favor de la declaración de derechos a ciertos grupos sociales.
- El activismo judicial que se busca es aquel que no atente contra las garantías procesales o judiciales y logre velar por el reconocimiento de derechos que han sido vulnerados o reconozca aquellos en favor del ser humano.

- Con el ordenamiento jurídico nacional, el juez ha dejado de ser únicamente aplicador de la norma, ya que la misma ley le otorga la potestad de decidir bajo su mejor criterio y responsabilidad, facultándolo a aplicar medidas que, pese a no estar contempladas en los cuerpos normativos, son válidas si el fin es reparar, garantizar o velar por el mejor cumplimiento de los derechos y garantías de las personas.

- Como lo demostramos, la invocación a los jueces para que sean creativos la hace la misma Corte Constitucional del Ecuador, instando así a los administradores de justicia a aplicar las medidas de reparación integral que mejor se ajusten a cada caso, reduciendo así la posibilidad de que la "reparación se reduzca a lo económico".

Capítulo III

Introducción del capítulo

El caso Galarza vs. Calderón, constituye una sentencia paradigmática dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por ser una de las primeras que permitió distinguir claramente las dos figuras estudiadas, la reparación integral y el activismo judicial ya que la labor del juzgador se limitó a la subsunción de los hechos en la norma penal, sino que además analizó las circunstancias propias del caso para repararlo de modo global entendiendo que, el mayor perjuicio, esto es la pérdida de la vida, resulta irreversible.
La labor del juez es buscar y hallar los mecanismos que más se acerquen a la compensación del perjuicio producido.

Los puntos relevantes para la selección del caso fueron:

- Las sentencias en cada etapa, al ser un caso penal por una infracción de tránsito con una víctima mortal en el incidente, lleva implícito el derecho de las víctimas a exigir reparación de forma integral. Podemos identificar las falencias en los fallos al aplicar la figura.

- Podemos identificar los 5 mecanismos de reparación contemplados en la normativa interna, y como el juez materializó los mismos.
- El caso permite analizar y contraponer las sentencias de cada juez que conoció el mismo y contrastar los pronunciamientos activistas con aquellos que no lo son y detectar falencias.

1.- Presentación del caso

El presente caso versa sobre la muerte de un menor por atropellamiento. A continuación, un resumen del mismo, los acontecimientos y las resoluciones en el proceso que sigue su madre contra los responsables:

El día 24 de enero del 2009 a las 16h00 en los exteriores del colegio Juan Pío Montufar, ubicado en la avenida Napo, un autobús de la cooperativa Cia. Latina ocasiona el atropellamiento de un estudiante del plantel señalado. La infracción provoca la muerte del menor al llegar al hospital, el menor responde al nombre de Fernando Alexander Jaramillo Galarza de 17 años.

El responsable del accidente se da a la fuga, quedando el vehículo en el lugar de la infracción. Pasan cerca de cuatro años antes de que exista el primer pronunciamiento judicial debido a que no podía identificarse al conductor.

El 23 de septiembre de 2013 la Jueza titular del Juzgado Primero de Tránsito, a las 16h40, habiendo determinado responsabilidad sobre Franklin Geovani Calderón Umatambo y se pronuncia de la siguiente manera:

Condena a cinco años de prisión, suspensión de la licencia de conducir por el mismo tiempo, de acuerdo a la Ley vigente la reducción de 30 puntos en su licencia y el pago de una multa equivalente a veinte remuneraciones unificadas, vigentes al momento del cometimiento de la infracción, esto es, cuatro mil trescientos sesenta dólares de los estados unidos de américa. Se le condena, además, al pago de una indemnización de doce mil setecientos veinte dólares de los estados unidos de américa, al conductor del vehículo y a la señora Celinda Molina Salazar, propietaria del mismo, quien deberá responder de forma solidaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 175 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial. Esto, a criterio judicial, con el "fin de cumplir con la reparación integral" de conformidad con lo establecido en el artículo 157 literal a de la Ley de la materia y para finalizar, se condena al acusado al pago de costas hasta por tres remuneraciones básicas unificadas.

La parte infractora, con fecha 24 de octubre de 2013, interpuso recurso de apelación y nulidad a la sentencia de primera instancia. Siendo aceptado el recurso, la Tercera Sala de Garantías Penales de Pichincha, resuelve en los siguientes términos:

La sala acepta parcialmente el recurso de apelación y modifica la pena de cinco a tres años de prisión correccional, en lo demás se confirma la sentencia venida en grado.

La sentencia en segunda instancia modifica la pena a favor del infractor reduciéndola y sin remediar el deber de reparación integral del pronunciamiento venido en grado, lo ratifica en todo lo demás del contenido.

La madre del menor interpone recurso de casación con el fin de que la Corte Nacional de Justicia revea el caso y emita un pronunciamiento favorable para las víctimas.

Con fecha 24 de enero de 2014 habiendo transcurrido cinco años de la infracción, la Corte resuelve desechar el recurso interpuesto por la acusadora y casa la sentencia impugnada, ratificándose en todo el contenido de la sentencia que precede a la Corte Provincial.

Con la existencia de sentencia ejecutoriada, como lo ordena el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil ,vigente en ese entonces, y habiéndose inobservado los derechos de las víctimas a la reparación integral, la madre del menor demanda en juicio verbal sumario al conductor del vehículo responsable como deudor principal y a la propietaria del mismo como deudora solidaria, y solicita que a través de sentencia se les condene considerando tres aspectos indemnización, medidas de satisfacción o simbólicas y la garantía de no repetición.

El juez que conoce la causa después de las consideraciones y motivado principalmente en los artículos 34, 35, 44, 45, 78 de la Constitución de la Republica, con alcance la ordenamiento jurídico internacional de derechos humanos como la "Resolución sobre Principios y Directrices Básicos sobre los Derechos de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario" finalmente ordena la reparación integral del caso motivando la sentencia. La decisión judicial en esta instancia será expuesta en la parte pertinente del presente estudio.

2.- Análisis del caso en relación a la reparación integral

Lo interesante del caso en el tema de la reparación integral es que en todas sus instancias se reconoce la obligación por parte del Estado de reparar integralmente el daño, sin embargo, no se la aplica.

Analicemos parte de la sentencia de primera instancia:

> Respecto de los daños sufridos por la pérdida de la vida del adolescente FERNANDO JARAMILLO GALARZA, su señora madre VERÓNICA JOLLY GALARZA ALTAMIRANO, quien ha deducido acusación particular, siendo esta procedente y a fin de cumplir con la reparación integral constitucionalmente consagrada, se le cancelará a la mencionada acusadora la cantidad de DOCE MIL SETECIENTOS VEINTE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, (12.720,00 USD) de conformidad con lo establecido en el artículo 157 literal a) de la Ley de la materia.[31]

[31] Juzgado Primero de Tránsito; Juicio No. 1745120090045

En el pronunciamiento que antecede, la jueza reconoce que la figura es "*constitucionalmente consagrada*" y a fin de cumplir con el derecho de la víctima y la norma, ordena el pago de una cantidad económica, confundiendo a la reparación integral con la indemnización de daños y perjuicios, que abarcaría en este caso a una reparación materia, pero que no se identifica con ninguno de los mecanismos estudiados, pues, la jueza no hace alusión a cuál de los rubros corresponde dicha indemnización o a que parte del daño estaría cubriendo

A pesar de que la sentencia está debidamente motivada y cumple con los presupuestos legales, pero continúa sin reparar integralmente el daño, por cuanto, la actora, madre del joven fallecido interpone Recurso de Casación y la Corte Nacional de Justicia, el 24 de enero de 2014, las l0h00 resuelve:

> (…)se desecha el recurso interpuesto por la Acusadora particular Verónica Galarza Altamirano; y de conformidad con lo dispuesto en la última parte del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, de oficio se casa la sentencia impugnada, declarando al procesado Franklin Geovanny Calderón Umatambo, autor del delito de tránsito, tipificado y reprimido por el artículo127 de la Ley Orgánica de Tránsito, transporte Terrestre y seguridad Vial, en calidad de conductor del vehículo de placas PZY-269, imponiéndole la pena de 3 años de prisión, suspensión de la licencia de conducir, por igual tiempo, al pago de la multa equivalente a 20 remuneraciones unificadas del trabajador en general, esto es $4.360 dólares, la reducción de puntos de conformidad con la tabla del artículo 97 de la ley de la materia y al pago de la reparación integral (Lo subrayado es mío); debiendo devolverse el proceso, para la ejecución de la pena impuesta." (Galarza vs Calderón , 2014)

A pesar de haber pasado por las dos instancias y casación, sigue sin repararse integralmente el daño, como vemos la sentencia es condenatoria, sanciona la infracción e indemniza a la víctima con un monto en dinero, del cual no especifica su procedencia ni

su pertinencia, es decir no se aplica como mecanismo de reparación o por lo menos no se lo indica.

3.- Análisis del caso en relación al activismo judicial y la reparación integral

Con el análisis que antecede vemos que no existe activismo n reparación integral en los pronunciamientos de primera y segunda instancia, en relación a la labor creativa que ha sido objeto del llamado de la Corte Constitucional a los jueces a la hora de ordenar medidas de reparación integral, así como tampoco en la sentencia de casación. Desde nuestro punto de vista, en el caso nunca se hubiera reparado integralmente el daño salvo por el pronunciamiento activista del juez que conoce la causa vía verbal sumaria, ya que, como lo mencionamos anteriormente, el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil que se encontraba vigente señalaba que se someter a esa vía, entre otras, las demandas "*de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada*". Como el daño nunca fue reparado de forma integral la actora demanda el cumplimiento de ésta; es entonces, el juez que conoce el caso, quien rompe con el paradigma del silogismo jurídico utilizado en las etapas anteriores con una sentencia reparadora, veamos a continuación los mecanismos utilizados para este fin:

Con fecha 10 de abril de 2015 el doctor Marco Antonio Tamayo Mosquera, en calidad de Juez de la Unidad de Tránsito del Distrito Metropolitano de Quito, en su motivación fija una serie de criterios para el lineamiento de una aplicación adecuada de la reparación. Con apego a la normativa vigente, hace referencia a las formas de

reparación contempladas en el artículo 77 del Código Orgánico Integral Penal respecto a la **restitución, indemnización, rehabilitación, "garantías de satisfacción", garantías de no repetición,** y resuelve:

- DAÑO EMERGENTE

Otorgar en calidad de reparación al daño emergente, "*por cuanto se ha justificado de manera legal los valores económicos en doce mil setecientos veinte dólares de los Estados Unidos de Norteamérica ($12.720.00) más los honorarios profesionales determinados en $1.500*". (Galarza vs Calderón , 2014) Dado que el lucro cesante no cabe por no poder comprobarse valor alguno que dejare de percibir la familia.

En este caso se aplica una medida de reparación material tendiente a, como lo indica la Corte Interamericana de derechos Humanos, remediar la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, contemplar además los gastos en que incurre la víctima en el momento justo del hecho y además las consecuencias económicas "*que tengan un nexo causal con los hechos del caso*"

- REHABILITACION

En atención a lo que establece el artículo 78 del Código Orgánico Integral Penal -mecanismos de reparación integral- el juez además ordena que, por concepto de rehabilitación, la ejecución de terapias por la cantidad de 1,800 para el profesional que lleve a cabo el tratamiento de la madre del menor señalando que las mismas se llevarán a cabo "*hasta que un profesional de la salud determine mediante un informe final*

señalando que está en condiciones de dar por finalizada la terapia asignada" (Galarza vs Calderón , 2014)

El juez hace referencia pese a que no ha sido solicitado por la parte actora, al trabajo de los profesionales de la salud y dice:

"Los profesionales de la salud deben adecuar su servicio a las necesidades de los y las pacientes, y en especial las víctimas, a que se contemplan como un grupo de atención prioritaria" (Galarza vs Calderón , 2014)

Sugiriendo así que la atención a las víctimas en estos casos debe ser prioritaria y tendiente a adaptarse a las necesidades de éstas y no al revés. En esta exhortación del juez a los profesionales de la salud puede observarse incuso una medida como la garantía de no repetición, misma que se preocupa por evitar que actos o acontecimientos similares, sucedan nuevamente a través de medidas como algunas contempladas en sentencias de la Corte Constitucional, por tanto, el pronunciamiento, va más allá de la medida rehabilitadora, poniendo de manifiesto una actitud activista.

- GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

En cuanto a ésta medida de reparación el juez ha determinado lo siguiente:

"que se cumpla con lo dispuesto en relación al cumplimento integro de la garantía de no repetición, valor que equivale a U.S.D. 16.020"

Debemos mencionar que la garantía de no repetición, acorde a lo estudiado en el presente documento, no se traduce en el pago cantidades económicas con objeto de cumplir con la misma, por cuanto no consideramos adecuado el pronunciamiento en tal sentido, ya que la medida de la garantía de no repetición tienden a que "*los Estados deben*

emprender reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto del imperio de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos humanos, y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales"[32] por tanto, el pago ordenado por el juez no puede ser considerado como parte de una medida de no repetición.

Adicionalmente, como parte de ésta medida, el juez determina la responsabilidad solidaria del dueño del vehículo, adicionalmente ordena que se oficie al Consejo de la Judicatura para que informe sobre las causas que se han aperturado contra la Cooperativa Latina S.A. por accidentes de tránsito para ser tomado en cuanta en los permisos futuros.

Por último, ordenó que se" *inicie un proyecto piloto de capacitación a transportistas urbanos de concientización sobre la atención integral a los usuarios con énfasis en niños, niñas y adolescentes, el cual se considera procedente y necesario"* (Galarza vs Calderón , 2014)

Ésta medida se ajusta a la naturaleza de la garantía de no repetición, por cuanto tiene como finalidad implementar medidas de educación, capacitación, concientización u otras afines que permitan influir en las conductas futuras, a fin de que la vulneración no se repita o cause estragos menores que los reparados por ésta medida.

[32] Formas de reparación, Principios internacionales sobre impunidad y reparación

- DAÑO AL PROYECTO DE VIDA - INDEMNIZACION

Por concepto indemnización por el daño al proyecto de vida y tomando como parámetro el estimado de vida en la provincia de Pichincha es de 73.8 años, y descontando los 17 años que tenía el menor a la fecha de su muerte, tomando en consideración la remuneración a la fecha de los hechos (U.S.D. 218 dólares) el valor corresponde a la suma de U.S.D. 148.588,80 más la tasa de interés activa correspondiente al 8 por ciento que equivale a U.S.D. 11.887,10 de conformidad con lo que preceptúa el artículo 396 y 398 del Código de Trabajo, así como de las diversas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pese a la dificultad de calcular la indemnización por el rompimiento al proyecto de vida de un menor, dado que no generaba ingresos por su corta edad, el juez ordena al pago considerando la remuneración básica unificada, vigente a la fecha y además recoge otro parámetro objetivo, cuál es la expectativa de vida aplicable a la provincia de Pichincha que era en la que residía el menor, de manera que la medida tiene como base un criterio técnico que resguarda el ejercicio del activismo de la arbitrariedad.

- MEDIDAS DE SATISFACCION O SIMBÓLICAS

El juez las medidas de satisfacción o simbólicas, ordenó la ubicación de una placa en el Colegio Montufar con el nombre del menor fallecido para recordarlo y hacer homenaje en su nombre además de disponer que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, a través de la Dirección de Movilidad coloque el nombre del menor al paso peatonal que ubicado en la avenida Napo y Upano. Como parte de esta medida el juez ordenó que se pronuncie el deudor principal y solidario, así como del Gerente General de

la cooperativa en un día que se coordinará con las autoridades educativas de la institución a la cual pertenecía el menor, para lo cual determinó un plazo de 30 días posteriores a la sentencia.

Ordenó que la Agencia Nacional de Tránsito diseñe un curso de Educación Vial y Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes, dirigido para conductores profesionales de empresas de transporte público. Este curso llevará el nombre de del menor fallecido, indicando además que se oficie a la Agencia Nacional de Tránsito para que el suceso conste en los archivos de la compañía de transporte LATINA, como precedente para la renovación del permiso de operación. Esta medida a pesar de ser simbólica también tiene un componente de garantía de no repetición, en cuanto se busca, por medio de la educación vial que no vuelvan a producirse acontecimientos como los que le costaron la vida al menor.

Como parte de este mecanismo de reparación, la Asamblea Nacional deberá realizar un minuto de silencio en honor al menor y más víctimas de accidentes de tránsito. Los honorarios que pueda generar esta atención correrán a cargo de los demandados en los rubros establecidos.

Como parte de éstas medidas el juez indicó "*que en un plazo no mayor a treinta días y a costa de los demandados se publique esta sentencia inserta una nota de disculpas públicas tanto del deudor principal como de la deudora solidaria."* (Galarza vs Calderón , 2014)

Finalmente, para garantizar el cumplimiento de la sentencia el juez de conformidad con el Art. 78 de la Constitución de la República ordenó la Prohibición de Enajenar y el Secuestro del Vehículo causante del accidente y para dar seguimiento al cumplimiento de la sentencia ordenó que se emitan informes periódicos para garantizar la efectiva ejecución.

Dado que las medidas simbólicas "*deben adoptarse en concepto de reparación moral y colectiva y para dar cumplimiento al deber de recordar*[33]" el juez ha cumplido con su obligación de reparar integralmente observando también esta parte tan importante de la reparación

Conclusiones del capítulo

- El caso que estudiamos es paradigmático por varios motivos, entre los más importantes está la distinción clara de la reparación integral, la inclusión del rompimiento al proyecto de vida en la sentencia

- Se distingue claramente la figura del activismo judicial en el caso ya que pese a contar con la norma los jueces alinean sus pronunciamientos e inobservan los derechos de la víctima y su obligación de reparar integralmente el daño, en cambio, el juez de primera instancia en el juicio verbal sumario pese a contar con la misma norma y referirse al mismo caso, resuelve de forma completamente

[33] Formas de reparación, Principios internacionales sobre impunidad y reparación

distinta, lo curioso está en la aplicación de la norma, pues, en primera instancia el juzgador hace referencia a la reparación integral y la refleja en una cifra económica, el juez activista en sentencia se refiere igual mente a la reparación integral pero cumple con los mecanismos contemplados en la ley y es creativo al aplicar éstas medidas.

- En cuanto a las medidas adoptadas por el juez para reparar integralmente el caso estudiado, observamos que sus criterios fueron acertados en su mayoría, la sentencia incluye reparación material e inmaterial como lo ordena la norma, el juez contempla el daño emergente y sigue lineamientos técnicos como lo demuestra la motivación de cada forma de reparación ordenada en el caso; a pesar de que en algunos momentos confunde los parámetros, su labor cumple con el mandato constitucional, a diferencia de la labor de los otros jueces incluidos los de la Corte Nacional.

CONCLUSIONES

- La reparación integral nace de la lucha contra la impunidad y las violaciones a los derechos humanos, es desarrollada por los organismos internacionales y adoptada en el caso del Ecuador, a través de sus cuerpos normativos, cuyo objeto es atender la violación de los derechos de forma integral, esto es, material e inmaterial mente, para lo cual se han adoptado medidas a través de las cuales los jueces deberán considerar mecanismo que van más allá de la simple indemnización, el daño emergente y el lucro cesante, pues con el nuevo modelo constitucional estas figuras constituyen únicamente una parte de la reparación.

- Como señala la Corte Constitucional en uno de sus pronunciamientos, con el cambio de paradigma constitucional, la expectativa de respeto a los derechos constitucionales es mayor, por tanto, se espera que la reparación a los daños sea integral, otorgando a la figura, la calidad de derecho, con lo dicho, según el especialista Jhoel Escudero, dado el reconocimiento de la figura en todo el ordenamiento jurídico vigente, se le ha otorgado el carácter de principio y por último la reparación integral es evidentemente una garantía pues, es una figura jurídica que permite hacer efectiva la vigencia de los derechos o el respeto a éstos por su esencia.

- Acorde a lo analizado el activismo judicial puede ser razonable o irrazonable, bajo esta premisa los jueces están obligados a resolver en apego a la norma cumpliendo con las garantías constitucionales y que sea

tendiente a reestablecer los derechos de las personas atendiendo al llamado que ha realizado la corte a los jueces a ser creativos en sus sentencias y más aún cuando se trate de reparar vulneraciones.

- Por lo tanto, los administradores de justicia se ven en la obligación de dejar la vieja concepción de la aplicación de la norma y la simple subsunción, convirtiéndose en creadores de derecho por estar facultados por la norma para aplicar según su mejor criterio, las medidas que restituyan al estado anterior del daño.

- Con el caso objeto de estudio hemos podido analizar las dos figuras planteadas, la reparación integral y el activismo judicial siendo un caso paradigmático para la jurisprudencia nacional ya que el juez le dio un nuevo enfoque a la protección de los derechos por parte del Estado, elevando así los estándares de reparación.

- Una vez contrapuestas las sentencias en éste caso, podemos concluir que la diferencia entre un pronunciamiento activista y uno seguidor de la clásica administración de justicia, modifica cualitativamente la calidad de la reparación, en el pronunciamiento del juez activista se destacan claramente los mecanismos de reparación contemplados en el ordenamiento jurídico nacional y es concordante con los

pronunciamientos de la Corte Constitucional, cumpliendo así con el derecho de la víctima a que sea reparado integralmente el daño.

BIBLIOGRAFÍA

Abril Alosilla y otros vs Peru, No. 12.384 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de abril de 2000).

Bautista, J. A. (21 de mayo de 2009). *Law Observatory*. Obtenido de Activismo Judicial: https://lawobservatory.wordpress.com/2009/05/21/activismo-judicial/

Benavides, J., & Escudero, J. (2013). *Manual de justicia constitucional Ecuatoriano.* Quito - Ecuador: Centro de Estudios y Difusion del Derecho Constitucional.

Beristain, C. M. (2009). *Diálogos sobre la reparación.* Quito: SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD.

Carbonell, M. (2013). Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina. En J. Pampillo, & M. Munive, *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos* (págs. 3 - 32). Mexico: Editorial Porrúa.

Carrión, L. C. (2015). *Reparacion Integral y Daño al Proyecto de Vida.* Quito, Ecuador: Edisiones Cueva Carrión.

Crawford, J. (2002). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility.* United Kingdom: Cambridge University press.

De Salas, J. (1983). *La restitutio in integrum en la historia y en el derecho canónico de 1983.* Roma.

Efimovich, V. (18 de junio de 2010). *Naturaleza y escencia del activismo.* Obtenido de http://www.redalyc.org/pdf/281/28120715009.pdf

Feria, M. (2006). La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Hmanos a los 25 años de su funcionamiento. *Revista IIDH vol. 43*, 160- 203.

Fernández, A. (2011). *Principio de Congruencia y la Reparacion Integral del Daño.* Obtenido de http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/LaReparacionIntegralYelPrincipioDeCongruencia.pdf

Galarza vs Calderón , 1745120090045 (Corte Nacional de Justicia 24 de enero de 2014).

Giraldo, G. G., & Hurtado, M. R. (2007). *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones.* Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.

Lama, H. E. (2012). La Independencia Judicial. *Magistrados*, 2-8.

Machicado. (1 de mayo de 2013). *Apuntes Jurídicos en la web.*

Malarino, E. (2010). ACTIVISMO JUDICIAL, PUNITIVIZACIÓN Y NACIONALIZACIÓN TENDENCIAS ANTIDEMOCRATICAS Y ANTILIBERALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. En G. L. Estudios, *Sistema interamericano de protección de los derechos*

humanos y derecho penal internacional (págs. 25 - 62). Montevideo : KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Maraniello, P. A. (17 de 11 de 2011). Obtenido de Activismo Judicial, una herramienta de protección constitucional: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf

Masabanda vs Ministerio de Relaciones Exteriores, N.o 0015-10-AN (Corte Constitucional del Ecuador 13 de junio de 2013).

Mejía, J., & Pérez, R. (2015). *Activismo judicial y su efecto difuminador en la division y equilibrio de poderes.* Barranquilla: Universidad Simón Bolívar .

PADH-UASB, R. d. (2014). Sentencia sobre Reparación Integral de Derechos Humanos. *APORTES ANDINOS*, 142,160.

Ramírez vs Municipio de Quito, 1773-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 1 de octubre de 2014).

Ramírez vs Municipio de Quito, 1773-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 1 de octubre de 2014).

Rousset, A. (15 de septiembre de 2011). *El Concepto de reparacion integral segun la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos.* Obtenido de http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf

Sepúlveda, R., & García Ricci, D. (2013). *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos.* MEXICO DF: EDITORIAL PORRÚA.