

II. EL ANÁLISIS CUALITATIVO

En general, hay en Ecuador una impresión predominante acerca de la justicia que la concibe como deficiente e insatisfactoria. Desde encuestas de opinión hasta trabajos académicos se mueven en esa dirección. Pero se han realizado pocos estudios empíricos en torno a la calidad de la justicia en el país. Lo usual ha sido partir de diagnósticos simples, que parecen basarse en ciertas verdades generalmente aceptadas,¹⁶ y pasar rápidamente a formular propuestas de reformas. En ocasiones, incluso algunos actores del sistema sostienen que “se sabe cuáles son los problemas” y que no hacen falta más diagnósticos sino que es preciso poner manos a la obra.

Como resultado de este enfoque prevaleciente, el análisis del funcionamiento real del sistema de justicia ha sido escaso. Estudiar el producto principal del accionar del sistema —las decisiones judiciales— ha sido una preocupación limitada exclusivamente a las sentencias de la Corte Suprema, hoy Corte Nacional, que deciden una porción mínima del conjunto de problemas que llegan a la justicia; porción que, debido a varias razones, no es representativa del universo de la carga judicial. De este modo, las decisiones que afectan a la mayoría de la población y que son atingentes a sus problemas cotidianos —cobro de una obligación, pensión de alimentos, robos y hurtos— no han sido objeto de atención, análisis y evaluación, ni de parte de los centros académicos.

¹⁶ Como en muchos otros países de la región, si se revisa proyectos y propuestas de reforma, lo usual es identificar unos cuantos males —entre los cuales el retraso es el principal—, admitir que el recargo creado por el volumen de causas es un problema central y sugerir que la provisión al sistema de más recursos, destinados a crear más tribunales y nombrar más jueces, constituye la dirección adecuada para mejorar la administración de justicia.

nicos, ni por entidades del propio sistema de justicia, aparte de la revisión a cargo de la instancia superior en los casos de apelación o casación que operan respecto a un sector reducido de sentencias de primera instancia.¹⁷

Como consecuencia, hasta ahora no se sabía casi nada acerca de la calidad de las sentencias ecuatorianas, más allá de las impresiones y anécdotas referidas por actores del sistema. La falta de claridad acerca del contenido de la justicia efectivamente impartida constituye un vacío fundamental en el abordaje del tema. Se sabe que la justicia es lenta pero, si al final de un largo proceso, la decisión judicial no es la mejor posible, aquello que se ha considerado como uno de los problemas fundamentales de la justicia —el retardo— puede llegar a ser secundario.

Este desconocimiento, de la justicia efectivamente provista por el Estado a la población, debilita la base para emprender cualquier acción de reforma. Si no se conoce la calidad de aquello que los jueces hacen, cómo saber de dónde se parte, qué cambios merecen atención y, en el futuro, cómo evaluar el estado que alcance la justicia como consecuencia de las reformas que se pongan en ejecución. De allí que realizar un estudio sistemático de las decisiones judiciales ecuatorianas, estando en el umbral de un proceso de transformación de la administración de justicia, fuera considerado un objetivo fundamental del proceso de puesta en ejecución del Código Orgánico de la Función Judicial.

Para realizar el estudio se elaboró una muestra,¹⁸ a partir de una técnica de muestreo probabilística que utiliza un proceso de dos pasos para dividir la población en subpoblaciones o estratos. Tomando el universo de causas ingresadas en 2008, estratificado según materias, y habiéndose decidido restringir el margen de error a más menos 3%, la muestra incluyó 1313 sentencias de todas las

¹⁷ En 2008 ingresaron por primera vez al sistema de justicia 333 729 causas; ese mismo año fueron apeladas ante las cortes provinciales 31 209, esto es 9.35% de las que fueron a primera instancia.

¹⁸ La preparación de la muestra estuvo a cargo de Ana Llaguno Ribadeneira, funcionaria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

materias,¹⁹ salvo tránsito, que fueron tomadas al azar en diez ciudades del país; 1151 (87.66%) correspondieron a primera instancia y 162 (12.33%) eran provenientes de segunda instancia, manteniendo la proporción que ambos niveles tienen en el universo de sentencias que se producen anualmente en el país. El cuadro 24 presenta el número de sentencias recogidas, según materia.

CUADRO 24
Sentencias recogidas según materia e instancia

<i>Materia</i>	<i>Sentencias recogidas</i>	<i>Instancia</i>	
		<i>Primera</i>	<i>Segunda</i>
Civil y comercial	601	532	69
Niñez y adolescencia	340	296	44
Penal	146	146	---
Trabajo	93	55	38
Inquilinato	38	37	1
Contencioso- administrativo	21	11	10

¹⁹ En materia penal la muestra estuvo dirigida a los tribunales penales, dado que los juzgados penales no producen sentencias. Debe advertirse que, como el tamaño de la muestra de casos penales fue proporcional al universo de casos ingresados a los tribunales penales, la materia penal quedó subrepresentada con respecto al peso de los conflictos en el sistema de justicia. La explicación reside en el Ministerio Público, que se ha constituido en una suerte de presa donde la mayor parte de las denuncias quedan retenidas, aparentemente en fase de investigación, mientras sólo una porción menor pasa a los juzgados penales, de la cual, en un momento ulterior, una parte aún menor pasa a juzgamiento en los tribunales penales. Al trabajar la muestra sobre esta última estación del proceso, la importancia de lo penal dentro del sistema de administración de justicia resulta inevitablemente recortada. El trabajo de Farith Simon (en Pásara, Luis (ed.), *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Naciones Unidas, en prensa) revela que del total de denuncias recibidas por el MP entre julio de 2001 y diciembre de 2007 y que no fueron desestimadas (891 165), sólo 3.41% recibió algún tipo de respuesta del sistema penal pero apenas 1.28% fue objeto de una sentencia.

<i>Materia</i>	<i>Sentencias recogidas</i>	<i>Instancia</i>	
		<i>Primera</i>	<i>Segunda</i>
Fiscal	28	28	---
Constitucional	46	46	---
<i>Totales</i>	<i>1313</i>	<i>1151</i>	<i>162</i>

Después de combinar tres criterios (conflictividad, volumen de carga judicial y ubicación en el territorio), se escogió las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca, Portoviejo, Machala, Ambato, Loja y Nueva Loja para recoger la muestra en ellas. Luego se decidió añadir Tulcán, como ciudad representativa de la problemática de la frontera norte, y Riobamba, en razón de la población indígena del área. En cada una de estas ciudades se recogió un número de sentencias proporcional al peso de la materia en esa ciudad. El cuadro 25 presenta el número de sentencias recogidas, según materia, en cada una de las provincias incluidas en la muestra.

Con el propósito de facilitar el encontrar que los casos muestreados estuviesen sentenciados, incluso en segunda instancia, la muestra se aplicó sobre los casos ingresados en 2006. Con base en el libro de ingresos de cada juzgado o tribunal, y la cifra de sentencias que debía recogerse en él, se calculó un múltiplo que, aplicado al listado de ingresos, indicó sucesivamente la numeración de los casos que debían ingresar en la muestra. En la eventualidad de que un caso no estuviera sentenciado —o no contuviera una decisión judicial propiamente tal— se tomó, sucesivamente, el anterior y el posterior, hasta encontrar algún otro que contase con sentencia.

Conviene precisar qué es lo que se examinó en las sentencias analizadas. Puede empezarse por subrayar que no se trató de efectuar un análisis que condujera a una nueva sentencia del caso, principal tentación que surge al examinar una sentencia. En primer lugar, este propósito hubiese resultado de imposible realización, debido a que el trabajo de investigación tomó como objeto de estudio sólo las sentencias y no el conjunto del expediente.

CUADRO 25
Sentencias recogidas según materia y provincia

<i>Provincia</i>	<i>Civil y comercial</i>	<i>Niñez y adolescencia</i>	<i>Penal</i>	<i>Trabajo</i>	<i>Inquilinato</i>	<i>Contencioso-administrativo</i>	<i>Fiscal</i>	<i>Constitucional</i>	Totales
Azuay	100	58	--	26	2	--	--	4	190
Carchi	12	5	--	--	--	--	--	--	17
Chimborazo	28	18	--	2	1	--	--	1	50
El Oro	38	19	18	8	2	--	--	7	92
Guayas	126	72	89	3	10	6	7	18	331
Loja	51	16	--	5	2	--	--	5	79
Manabí	66	82	--	14	4	--	--	2	168
Pichincha	136	37	39	27	13	15	21	9	297
Tungurahua	37	27	--	5	5	--	--	--	73
Sucumbios	7	6	--	3	--	--	--	--	16

En segundo lugar, hubiese sido inconducente debido a que el objetivo era conocer la sentencia en sí, no resolver el problema originalmente planteado ante el conocimiento del aparato de justicia.

En consecuencia, el foco del análisis se centró en dos aspectos fundamentales. Por una parte, la claridad y coherencia interna de la decisión, que se tradujo en preguntas de trabajo como: ¿la decisión cuenta con pruebas suficientes para justificarla?, o ¿incluye la sentencia un razonamiento que explique el monto de pensión alimenticia impuesto o la pena de quien fue condenado?²⁰ Por otra parte, se prestó atención al manejo técnico que la sentencia exhibía. La mención y el análisis de los preceptos legales aplicables, el uso de normas constitucionales, de la jurisprudencia y la doctrina jurídica, fueron algunos de los asuntos que, escrutados objetivamente, podían dar una idea del nivel del manejo profesional que la sentencia revelaba.²¹ La información extraída de las sentencias fue vaciada en una base de datos que permitió tabular los resultados y efectuar los cruces que se estimó necesarios.²²

Luego de presentar la información acerca de dilación que sale de la muestra examinada, en el cuerpo principal de este texto se enfoca, primero, el problema más importante hallado en las sentencias: el manejo probatorio. Se examina en seguida el manejo jurídico que exhiben las decisiones judiciales analizadas. A continuación se identifica en las decisiones un conjunto de prácticas

²⁰ En el anexo B puede consultarse el texto de la ficha en la que se vació la información extraída de cada una de las sentencias muestreadas.

²¹ Las sentencias que son citadas en este informe aparecen identificadas por el número del expediente y la fecha de emisión de la sentencia. No se ha agregado la provincia a la que corresponde el caso para evitar una identificación completa. Debe tenerse presente que el propósito del estudio gira en torno a la calidad de la justicia y no pretende evaluar a los jueces firmantes de las sentencias examinadas.

²² Adrián Guayasamín y Luis Montenegro, funcionarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, prepararon el formato de la base de datos. El equipo de investigadores que recogió las sentencias y vació la información en la base de datos estuvo integrado por Catalina Carpio, Grimanesa Erazo, Alejandra Molina, María de Lourdes Solórzano, Roque Albuja y Francisco Benítez.

judiciales que, dentro o fuera de los márgenes de la ley, revelan modos de entender la tarea jurisdiccional. Se esboza luego la posición que el juez de estas sentencias adopta frente al proceso. Se aborda en seguida brevemente las cuestiones de forma en las sentencias. Se añade algunas observaciones específicas sobre ciertas materias que requieren mayor atención. Se formula algunas anotaciones sobre el papel de los abogados en los procesos judiciales. Y se termina proponiendo algunas conclusiones.

1. *Retardo*

Hecha la tabulación del conjunto de la muestra, un primer dato resultante alude a la dilación en el proceso que, aunque no fue objeto directo del trabajo, surgió mediante el cotejo entre el año de inicio del caso (2006 para todas las sentencias integrantes de la muestra) y el año de la sentencia. Tratándose de primera instancia, los resultados aparecen en el cuadro 26.

CUADRO 26
*Año de resolución en primera instancia
de sentencias muestreadas*

<i>Año</i>	<i>Sentencias (%)</i>
2006	594 (51.65)
2007	404 (35.13)
2008	114 (9.91)
2009	38 (3.3)

Los datos del cuadro 26 revelan que algo más de la mitad (51.65%) de las causas ingresadas en 2006 y que a final de 2009 habían sido resueltas, lo fueron en el mismo año de ingreso. Otro tercio (35.13%) recibió sentencia en el curso del año siguiente al de ingreso. Pero en 13.21% de las causas ingresadas en 2006 sólo recayó sentencia en los años 2008 o 2009. Para apreciar mejor

el significado de estas cifras, en relación con la dilación en sentenciar, debe tenerse presente que, en el momento de seleccionar los casos integrantes de la muestra, hubo de descartarse aquellos casos ingresados en 2006 y que, a fines de 2009, aún no habían sido sentenciados. De modo que el cuadro 26 sólo presenta indicadores parciales respecto a la dilación. El cuadro 27 desagrega los datos según materias.

CUADRO 27

Año de resolución en primera instancia, según materias

<i>Materia</i>	<i>2006 (%)</i>	<i>2007 (%)</i>	<i>2008 (%)</i>	<i>2009 (%)</i>
Civil y comercial	277 (52.16)	186 (35.02)	50 (9.41)	18 (3.38)
Niñez y adolescencia	164 (55.4)	93 (31.41)	33 (11.14)	6 (2.02)
Penal	54 (36.98)	72 (49.31)	19 (13.01)	1 (0.68)
Trabajo	33 (60)	16 (29.09)	6 (10.9)	--
Inquilinato	19 (51.35)	17 (45.94)	1 (2.7)	--
Contencioso-administrativo	1 (9.09)	1 (9.09)	2 (18.18)	7 (63.63)
Fiscal	7 (25)	16 (57.14)	--	5 (17.85)
Constitucional	39 (84.78)	3 (6.52)	3 (6.52)	1 (2.17)

Con la salvedad ya señalada, acerca de que los datos consignados se refieren sólo a las causas ingresadas en 2006 y que habían sido resueltas a fines de 2009, el cuadro 27 muestra diferencias de velocidad según materias. Como se vio en el cuadro 26, el promedio general de las sentencias muestreadas indicaba que aproximadamente la mitad se resolvieron en el mismo año 2006. Alrededor de ese promedio estuvieron las causas civiles y comerciales (52.16%), las de niñez y adolescencia (55.4%) y las de inquilinato (51.35%). Las penales —dado que antes de ser sentenciadas en el tribunal penal tuvieron que pasar por el juz-

gado penal— tuvieron en el segundo año la mitad de las causas resueltas (49.31%). Las causas laborales tuvieron la mayor rapidez (60% resueltas en el año de ingreso) y las contencioso-administrativas aparecieron como las más lentas (63.63% en 2009). En materia constitucional, dado el carácter sumario del trámite, llama la atención que, pese a que la mayoría de causas (84.78%) fueran resueltas en el mismo año de ingreso, alguna viera postergada su resolución hasta 2009.

Aunque los datos sobre el año de resolución en segunda instancia se refieren a un número limitado de sentencias —que corresponde al bajo número de apelaciones que el sistema recibe— y, teniendo en cuenta que la oportunidad de la segunda sentencia depende en buena medida de la demora producida para expedir la primera, son de interés los datos del cuadro 5, donde se indica cuándo se sentenció en segunda instancia los casos ingresados en 2006 que fueron parte de la muestra.

CUADRO 28

Año de resolución en segunda instancia de sentencias muestreadas

<i>Año</i>	<i>Sentencias (%)</i>
2006	94 (58.02)
2007	42 (25.92)
2008	17 (10.49)
2009	9 (5.55)

La velocidad de resolución en segunda instancia, a partir de los datos de la muestra, parece sensiblemente mayor que la correspondiente a primera instancia, puesto que tomando 2006 como año de ingreso de la causa al sistema, más de la mitad de los casos llegados en apelación fueron resueltos en ese mismo año.

2. Prueba

El déficit más importante hallado en las sentencias judiciales examinadas gira en torno al tratamiento de la prueba, aspecto que comprende lo relativo a:

- Qué debe probarse.
- Quién debe probar.
- Cómo debe probarse.
- Qué análisis debe desarrollar el juez acerca de hechos y pruebas.

En relación con *qué debe probarse*, las sentencias no siempre se concentran en aquellos elementos probatorios que, debido a corresponder a previsiones normativas, tienen trascendencia para configurar determinada situación con efectos jurídicos. Como consecuencia, en cierto número de sentencias el juzgador se distrajo en asuntos jurídicamente irrelevantes. Por ejemplo, en materia penal es usual que las sentencias destaquen el reconocimiento del lugar, que en muchos casos resulta de muy poca importancia para determinar los rasgos jurídicamente significativos del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado.

En contraste, en ciertos asuntos, el juez parece ignorar qué es aquello que debe probarse. Este asunto resaltó más en los amparos constitucionales y en materia de pensiones alimenticias. En el primer caso, el razonamiento del juzgador mostró que no estaba orientado por aquello que debe probarse en materia de amparo. En el segundo caso, siendo así que el Código de la Niñez y Adolescencia dispone que debe probarse tanto las necesidades de quien requiere alimentos como las capacidades de aquéllos que están obligados a prestarlos, como se verá más adelante en detalle, estos hechos —jurídicamente centrales en este asunto— aparecieron constantemente desatendidos en la mayoría de sentencias sobre pensiones alimenticias.

En algunos casos, el objeto de prueba pareció descaminado. Éste fue el caso de una demanda por el derecho de la mujer em-

barazada a alimentos (227-2006, 6.12.06) en el que el demandado solicitó que se efectuase la prueba de ADN a un menor que en la sentencia no se precisa quién es —si es otro hijo de la actora y el demandado, o se trata de quien en el momento de la demanda estaba por nacer y ya ha nacido—, la prueba se efectuó y arrojó resultado positivo. Sin haberse precisado si se trata del hijo de las partes en litigio, el juez declaró la paternidad en la sentencia.

De mayor trascendencia es el segundo aspecto —*quién debe probar*—, dado que la tendencia reconocida en las sentencias presenta a un juzgador convencido de que las partes —el Ministerio Público en materia penal y los particulares en la mayor parte de casos— son quienes tienen la obligación de probar. “Quien alega debe probar lo alegado”, es el principio que bajo diversas expresiones se recoge con frecuencia en las decisiones judiciales ecuatorianas. El juzgador, según esta postulación, debe escuchar o leer todo aquello que las partes traigan ante él para convencerlo de determinados hechos, convencimiento que debe acercarlo a la pretensión de quien alegó el hecho y aportó la prueba. En suma, el juez está a lo que las partes prueben.

En esa postulación se constata dos omisiones. La primera atañe a la función primigenia del juez, que no es fallar de acuerdo a lo alegado y probado por las partes, sino que corresponde a un rango más alto: administrar justicia. Ésta es su misión, la que le ha sido encargada por la República —según indica formalmente el texto de los propios fallos—, y en función de ella debe ordenar su actuación. La segunda corresponde a la diversidad de normas legales que, precisamente, facultan al juez o le ordenan que, en cuanto lo estime necesario para establecer la verdad de los hechos, disponga lo conveniente para contar con las pruebas que él determine.

La Constitución de 1998, que era el texto vigente en ocasión de producirse una buena parte de las sentencias muestreadas para este trabajo, contenía un principio de la administración de justicia que resulta de la mayor relevancia en este aspecto: “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia” (artícu-

lo 192), principio que, precisamente, al disponer una relación de medio a fin entre las exigencias del proceso y la administración de la justicia, orienta al juez en lo que es el norte de su tarea, jerarquizando los mecanismos procesales en un nivel instrumental respecto del eje de la tarea jurisdiccional.

La Carta Constitucional de 2008 recoge el mismo principio (artículo 169) pero lo amplía, de una parte, al establecer que: “No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar” la violación o el desconocimiento de derechos, ni “para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento” (artículo 11.3) y, de otra parte, al ordenar que: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia” (artículo 11.5). Resulta difícil hacer compatible estas normas constitucionales con la figura de un juzgador que espera que las partes prueben lo que han alegado, por lo menos habiendo derechos constitucionales de por medio.

Pero aún sin tratarse de derechos reconocidos por la Constitución, en diferentes materias, las leyes han establecido la obligación del juez de ordenar pruebas para llegar a la verdad de los hechos. Así, en materia civil, el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil establece que: “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio...”.

En materia penal, el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal —bajo cuyos dictados se procesaron todas las causas comprendidas en nuestra muestra— reconocía “la iniciativa probatoria de los jueces en la audiencia” y “las nuevas pruebas que ordene el tribunal penal”, con el objeto de obtener “la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado”, que debe provenir de “las pruebas de cargo y descargo”. El artículo 301 precisaba que el presidente del tribunal penal “tendrá la facultad

de llamar a cualquier persona para interrogarla y de ordenar que se exhiban ante el tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes”.²³

En asuntos laborales, el Código del Trabajo establece claramente la facultad del juez para “ordenar la realización de pruebas que estime procedentes para establecer la verdad de los hechos materia del juicio” (artículo 577).

Tratándose de asuntos relativos a alimentos, el artículo 293 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone, para los juicios de pensión alimenticia, que “el juez podrá ordenar de oficio la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentado”.

En la muestra de sentencias utilizada para este trabajo se encontró un número mínimo de casos —16 en el conjunto de la muestra, esto es apenas por encima de 1%— en los que el juez había ordenado pruebas para llegar a la verdad, como corresponde a su función y dispone la ley. Ni en los 146 casos examinados en materia penal, ni en los 93 asuntos laborales que fueron muestreados se halló un solo caso en el que el juzgador ordenara pruebas. Entre los pocos casos encontrados que fueron contra la corriente predominante, 13 correspondieron a niñez y adolescencia, y otros tres correspondieron a materia civil. Importa retener estos datos porque empiezan a configurar un perfil del juez ecuatoriano en el que predomina —no importa la materia a su cargo— la pasividad. En lo tocante a las pruebas, esto significa que son las partes quienes tienen que probar los hechos que alegan y el juez, aunque advierta la necesidad de echar mano de otros elementos probatorios para llegar a la verdad de los hechos, se rehúsa a hacerlo.

Un uso judicial, contrario a lo que establece la ley, puede explicar esta ausencia de iniciativa del juzgador en materia pro-

²³ En 2009, con posterioridad al dictado de las sentencias penales comprendidas en la muestra, el artículo 252 fue modificado y el artículo 301 fue derogado.

batoria. Si, como algunos informantes sugirieron, hay un cierto número de jueces que sólo toman conocimiento del caso cuando está listo para ser sentenciado —y no supervisan su desarrollo desde que ingresa sino que dejan las diversas fases en manos del personal del juzgado o el tribunal—, aun cuando el juez advirtiera la necesidad de otras pruebas, el momento procesal podría ser tardío para ordenarlas. La falta de intermediación del juez —ese viejo mal de la administración de justicia latinoamericana— estaría, pues, en la raíz de la omisión de su responsabilidad en materia probatoria.

El tercer aspecto a examinar corresponde a *cómo debe probarse*. En la lectura de sentencias destaca la importancia concedida a los testigos como prueba. Es lo que se hace claramente explícito en el texto de una resolución emitida por una corte provincial —que no fue parte de la muestra—, en la que se rechazó la apelación porque

ni en primera instancia ni en ésta el actor ha presentado prueba testimonial para justificar que está en posesión del inmueble... medio probatorio de trascendental importancia en esta clase de juicios y que no puede ni debe ser suplido con otro. Según nuestro ordenamiento procesal civil para probar hechos, como la posesión, se requiere de por lo menos la presentación de dos testigos idóneos (1a. sala de lo Civil, 369-04).

Los datos extraídos de la muestra corresponden, en cierta medida, a ese criterio que, pese a su falta de fundamento legal, parece predominante: en una de cada cinco sentencias examinadas (19.57%), los testigos fueron la prueba que cobró mayor peso y en el análisis efectuado se evaluó que en 16% de los casos se había circunscrito la prueba a las testimoniales siendo así que la naturaleza de los hechos a probar requería otro tipo de pruebas.

Un ejemplo en materia penal (146-06, 14.12.07) puede ilustrar el uso privilegiado de la prueba testimonial. Una madre denunció a su conviviente, luego de abandonarlo, por haber abusado sexualmente de los hijos de ella, de dos y cuatro años de edad.

La madre sostuvo que al volver a casa encontró a su pareja con los dos niños, asustados y uno de ellos con el pantalón bajo; los examinó y notó que ambos tenían el ano enrojecido. El examen médico comprobó que, en efecto, en ambos casos se notaba el efecto de manipulaciones y uno de los niños presentaba escoriaciones en los pliegues anales. El examen psicológico encontró manifestaciones de ansiedad y fijaciones de tipo sexual en ambos menores. Habiendo negado los hechos por los que se le procesó, el acusado presentó dos testigos que dijeron haber estado en la casa de la pareja, unas horas después de los hechos denunciados, y haber encontrado una situación de normalidad tanto entre marido y mujer como en los niños. Con estos testimonios, el tribunal decidió la absolución del acusado. En un caso en el que el responsable del área financiera de una empresa fue acusado de apropiarse indebidamente de medio millón de dólares (92-06, 14.8.06), la única prueba para condenarlo por tal delito fueron los testimonios de cuatro personas, que en la sentencia no aparecen claramente identificadas ni sus declaraciones son citadas textualmente, siendo así que la naturaleza del hecho requería de otros elementos probatorios.

Los ejemplos que pueden ofrecerse en materia civil adquieren carácter sistemático respecto a ciertos asuntos. Uno es la prescripción adquisitiva de dominio y otro es el abandono de hogar. Aunque ambos casos serán examinados más adelante con mayor profundidad, al abordarse las prácticas judiciales, puede adelantarse que dos testigos son suficientes —en ocasiones incluso frente a otros elementos de prueba— para probar tanto el haber poseído un bien inmueble durante el lapso que exige la ley para solicitar judicialmente el dominio, como para demostrar sin lugar a dudas que el cónyuge demandado abandonó el hogar y que, desde entonces, entre los casados jamás se produjo ningún tipo de relación marital. Igualmente, dos testigos son suficientes para probar que es necesario y conveniente vender bienes de menores o constituir hipoteca sobre ellos (por ejemplo, 606-2006, 6.12.06).

En niñez y adolescencia los testigos sirven en diferentes tipos de litigio. Así, en un caso de tenencia (153-2006, 21.12.06), tres testigos comparecen para dar fe de las condiciones en que se halla la niña cuya tenencia reclama el padre. No se puede deducir de la sentencia si estos testimonios fueron, para la decisión, más importantes que el informe de la Oficina Técnica de los Juzgados de Niñez y Adolescencia, que es una instancia especializada para analizar este tipo de situaciones y preparar el informe correspondiente al juez. Algo similar ocurre en un caso de privación de la patria potestad (1626-2006, 27.8.07), en el que la mala conducta del padre, que es alegada por la madre, encuentra base probatoria en tres testigos, a cuyas declaraciones testimoniales la sentencia dedica más espacio y atención que al informe respectivo de la oficina técnica.

Un testimonio privilegiado es el de los policías que aprehenden a una persona que, en su momento, es llevada a juicio. En cierto número de casos, especialmente vinculados a la tenencia de drogas, no existe otra prueba que el parte de aprehensión, ratificado por los autores ante el tribunal, que aseguran haber registrado al sujeto y haberle encontrado entre la ropa aquellas sustancias que posteriormente la prueba de laboratorio identifica entre aquellas sujetas a control.

Finalmente, el aspecto más importante es el *análisis a cargo del juez*, que tiene ante sí determinadas alegaciones sobre los hechos, provenientes de una y otra parte, y un conjunto de medios de prueba que han sido desplegados por los litigantes. El Código de Procedimiento Civil previene de que “El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueron decisivas para el fallo de la causa” (artículo 119). Acaso la regla pueda ser extendida por interpretación analógica a otras materias pero, en cualquier caso, debemos entender que el mandato implícito de la norma citada es que el juez debe expresar en su resolución la valoración de aquellas pruebas que fueron decisivas para resolver; esto es, que el juez debe no sólo apreciar las prue-

bas como un proceso intelectual de carácter interior sino que, en la sentencia, tiene que comunicar su razonamiento probatorio: qué elementos le produjeron convicción acerca de qué hechos alegados. En palabras de las resoluciones de la Corte Suprema (ahora Corte Nacional), que en materia penal se han reiterado en múltiples ocasiones, se trata de lo siguiente:

El Juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la valoración que haga de ellas, es decir, la apreciación sobre si lo conducen relativamente al supuesto del hecho investigado o a una conclusión afirmativa o negativa... para ser motivada la resolución en los hechos, debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es demostrarlas (Corte Suprema de Justicia, tercera sala de lo penal, Expediente 360, 9.8.06, registro oficial 102, 11.6.07).

Ése es el principal elemento ausente en las sentencias ecuatorianas, en cuanto a prueba se refiere, como revelan los hallazgos del análisis efectuado sobre las sentencias muestreadas, en torno a seis interrogantes que fueron usadas para guiar el examen objetivo del tema.

¿Se analiza las pruebas? En casi uno de cada cinco casos (18.58%) no se encontró análisis de pruebas en la sentencia; si a este dato se agrega el de los casos en que se halló sólo “algo” de análisis (17.59%), más de un tercio del total de sentencias examinadas (36.17%) no alcanzó un nivel satisfactorio de análisis de pruebas, como el correspondiente a las categorías de “bastante” análisis o análisis “en detalle”.

Un caso tal vez extremo, pero demostrativo, es el de un cobro por título ejecutivo (0017-2006, 29.11.07) en el que la sentencia ni siquiera establece cuál era el título ejecutivo por el que se demandó ejecutivamente el pago del capital adeudado, ni tampoco la cantidad por la que se planteó la demanda. Así, sin mención de asuntos fundamentales de la demanda, la sentencia ordenó el

pago. En el caso del asalto a un autobús (76-06, 24.1.07), los testigos del hecho discreparon en torno a la identidad de los asaltantes; desde el parte de aprehensión aparece que un sector de testimonios no los reconoce, mientras que otro sí los señala. Se condenó a los acusados sin establecerse por qué algunos de los testimonios constituyeron prueba que prevaleció sobre los testimonios en contrario.

Aquello que resultó frecuente encontrar en las sentencias integrantes de la muestra fue la enunciación de las pruebas sin que fuera seguida del correspondiente análisis. En materia civil, ese patrón se siguió en decisiones como las correspondientes a 462-2006, 15.12.06, y 0035-2006, 7.9.07. En niñez y adolescencia se constató el mismo modelo en 995-2006, 11.5.07, y 1534-2006, 7.9.06. En materia penal, fue el caso de las decisiones pertenecientes a 391-06, 8.3.07; 72-06, 31.1.07, y 67-06, 12.2.07. Un ejemplo como el que sigue (391-06, 8.3.07) puede ser suficientemente ilustrativo:

SEGUNDO TRIBUNAL PENAL DE... TERCERO.- En la audiencia de juzgamiento el Fiscal produjo como prueba: a) Copia de la matrícula que acredita la propiedad de... de una motocicleta marca OROMOTO, placas GYZ981; b) El testimonio del SGTO... agente aprehensor, quien manifiesta que el perjudicado se había acercado y le había narrado que había sido objeto de un asalto, donde habría sido sustraída su motocicleta, por lo que emprendió la búsqueda consiguiendo aprehenderlo dentro de un domicilio al que había ingresado; c) El testimonio del CBO... perito del arma, quien se ratifica en el informe, exponiendo que es un revólver de fabricación artesanal, número LG03261, calibre 38; d) El testimonio del SGTO... agente que realizó el informe investigativo, quien se ratifica en su informe; e) Copias certificadas de la sentencia emitida por este Tribunal con fecha 7 de mayo del 2001, en la que se sentenció al acusado a una pena de prisión correccional de un año. Por su parte el acusado negó su participación en el delito imputado, agregando que lo detuvieron en la casa de un amigo llamado... situada en Oriente y Sedalana. En los debates el Fiscal solicitó que se apliquen las disposiciones contenidas en los

artículos 550 y 552 circunstancia segunda del Código Penal y la defensa solicitó la absolución del acusado. CUARTO.- El Tribunal haciendo un estudio del acervo probatorio antes enunciado a la luz de la regla de la sana crítica encuentra que se encuentra debidamente probada tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del acusado en el grado de autor del tipo penal al que hace referencia los artículos 550 y 552 circunstancia segunda del Código Penal, así como el hecho de estar incurso el acusado en la regla 8va. Ibidem, de manera que deberá aplicarse sin modificación la pena máxima a la que hace referencia dicho artículo. Con estas consideraciones y... ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY sentencia... a la pena de SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR ORDINARIA...”.

La falta de análisis es usualmente disimulada, como ocurre en el caso citado, por la apelación a la sana crítica, en torno a la cual se introduce fórmulas estándar como: “Analizada la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica”; “las pruebas actuadas por las partes en contienda, su valoración en conjunto y al amparo de las reglas de la sana crítica, conducen a establecer con claridad lo siguiente”; o las más elementales: “De lo que se deja analizado se colige”, y “es evidente que”. Después de una de estas frases rituales viene la decisión.

¿Se sopesó adecuadamente los medios de prueba relevantes en relación con los hechos materia del conflicto? Los resultados fueron similares a los de la pregunta anterior: las categorías “algo” y “nada” afectaron a 29.39% de la muestra. En materia penal, el porcentaje descendió a 20.54%, correspondiente generalmente a casos donde los medios de prueba acerca de la responsabilidad de los acusados se limitaban a los partes de aprehensión o algún testigo.

Un caso penal particularmente ilustrativo (56-06, 8.12.06) fue el del asalto y robo a un camión que transportaba pollos y en el que el acusado no fue reconocido por los agraviados, quienes se limitaron a indicar que los asaltantes fueron jóvenes trigüeños.

La única prueba contra el acusado —un joven trigueño— fue el parte de aprehensión, en el que se sostuvo que se le encontró transportando gavetas con pollos “presumiblemente robados” y que, cuando se le dio el alto, emprendió la fuga. Contra este testimonio policial no sólo estuvo la declaración del acusado sino la de varios testigos que sostuvieron que los tripulantes del camión solicitaron al acusado ayuda para cargar las gavetas de pollos y éste se negó, testimonios que fueron descartados por el tribunal sin explicación. El acusado fue condenado a un año de prisión.

¿La sentencia es clara acerca de qué se establece probado? Las categorías “poco” y “nada” correspondieron en más de una quinta parte de la muestra (21.7%). Este aspecto se conecta usualmente con la simple enunciación o el listado de pruebas disponibles en el caso, sin que se precise en seguida qué es lo que tales evidencias prueban, según el criterio usado por el juzgador.

¿Se razona qué se establece como probado? ¿Se sabe qué pruebas crearon convicción en el juzgador respecto a qué? A una de cada seis sentencias (16.52%) le fue adjudicada en el análisis la categoría más negativa (“nada”) y si a ese resultado se agrega la de “algo”, se totaliza 31.44% de la muestra.

¿Se establece qué hechos controvertidos se considera probados? En casi uno de cada cinco casos (18.52%) de aquellos 1112 casos en los que hubo controversia, la respuesta fue negativa.

Si las cinco interrogantes anteriores indagaron por la manera en la que la sentencia recogía la tarea hecha por el juez en cuanto a prueba, la última cuestión planteada fue mucho más sustantiva:

¿Se constata prueba suficiente acerca de los hechos materia de la sentencia? La respuesta fue “no” en uno de cada diez casos (10.51%) y “escasa” en una de cada cinco (20.48%), datos que sumados abarcaron el 31% de la muestra. En materia penal, ambas categorías sumaron algo menos: 27.39%.

En niñez y adolescencia, la falta de prueba suficiente afectó especialmente los casos de pensión alimenticia. El criterio seguido por una parte significativa de los jueces consiste en que, demostrada la paternidad, no es preciso probar más. Así, los casos 447-

2006, 20.4.06; 618-2006, 17.5.07, y 870-B-2006, 13.5.08, entre muchos otros, muestran cómo la resolución del juez no atiende ni a la falta de prueba respecto a las necesidades del menor ni a la prueba ofrecida por el demandado respecto de sus cargas. Como se examinará mejor en las observaciones específicas sobre esta materia, los jueces prescinden de la consideración de las pruebas acerca de aquello que la ley dispone e imponen el pago de una pensión calculada sobre bases no conocidas pero que desembocan usualmente en sumas similares para los casos de pensión que resuelven.

Tratándose de asuntos civiles, en un caso de divorcio por abandono del hogar conyugal (870-B-2006, 13.5.08), en el que el demandado no compareció, los testigos ofrecidos por la demandante acreditaron su calidad de buena madre pero no se refirieron al hecho del abandono; no obstante la carencia de prueba sobre el hecho invocado, la sentencia declaró el divorcio.

En materia penal, un caso especialmente llamativo es aquél en el que se condenó a dos sujetos a 20 y 10 años de prisión como autor y cómplice, respectivamente, del asesinato de dos personas a quienes habrían sustraído bienes que la sentencia no precisa (395-06, 16.3.07). En la resolución no aparece otro elemento probatorio que el parte de aprehensión, según el cual la policía detuvo a uno de los acusados con base en “información reservada” que condujo a determinar su responsabilidad en los hechos. Pese a que se alude a un arma de fuego, que no adquiere carácter de evidencia probatoria en la sentencia, no se sabe cómo ocurrieron las muertes puesto que la sentencia no menciona las autopsias. Uno de los acusados presentó como prueba de descargo una certificación de un fiscal de la misma provincia donde se efectuó el juicio, según la cual esta persona se hallaba detenida cuando ocurrieron los hechos. Pese a eso fue condenado.

En materia de amparos constitucionales, la falta de pruebas fue relativamente frecuente y giró en torno a los tres requisitos legales para impugnar el acto de autoridad pública: que el mismo constituya acción u omisión ilegítima de tal autoridad, que

constituya o pueda constituir una violación de los derechos de un particular o de la comunidad, y que, como consecuencia, se haya causado o se pueda causar un daño inminente y grave. Una buena parte de los amparos constitucionales que integraron la muestra fueron resueltos sin que hubiera prueba suficiente respecto de estos tres puntos (entre otros: 204-2006, 27.2.07; 553-2006, 22.12.06; 660-2006, 24.11.06; 687-2006, 24.10.06; 708-2006, 22.12.06; 727-2006, 8.11.06; 751-2006, 19.12.06).

Si se coteja los resultados de las varias entradas usadas para abordar el asunto de la prueba, puede concluirse en que alrededor de tres de cada 10 casos muestreados ofrecían dificultades en esta materia. La falta de análisis y evaluación de las pruebas, y la insuficiencia tanto de aquello que se da como probado como del razonamiento que lo respalda desembocan en sentencias que no establecen claramente cuáles de los hechos en controversia se consideraron probados, y que, en definitiva, exhiben falta de prueba suficiente para llegar a la decisión adoptada.

Si se examina esta cuestión por materias, se encuentra que la prueba insuficiente parece afectar bastante menos a las jurisdicciones contencioso administrativa, fiscal y de inquilinato. En contraste, en materia constitucional la incidencia de la insuficiencia abarcó a cuatro de cada cinco sentencias muestreadas (80.43%); en niñez y adolescencia el problema estuvo presente en algo más de la mitad de la muestra (55.88%); en materia laboral se acercó a ese nivel (44%) y en asuntos penales, la insuficiencia superó la cuarta parte de los casos (27.39%). Sólo en materia civil, este indicador negativo tuvo un nivel más discreto y comprometió a 16% de los casos muestreados.

3. *Manejo jurídico*

El texto constitucional de 2008 establece que: “No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda...”. La razón de tal disposición reside en que el acto de administrar justicia se basa en el derecho; a un

orden jurídico determinado pertenecen tanto las normas legales que forman parte de él como los conceptos y principios que lo sustentan. Desde tales supuestos, que no son sólo legales sino que hacen a lo que constituye el derecho, el dato más llamativo en torno al manejo profesional que apareció en el examen de sentencias fue que en una de cada 11 de las sentencias muestreadas (8.85%), el juzgador no mencionó cuáles eran las normas que debían ser aplicadas en el caso bajo juzgamiento.

Para mencionar algunos ejemplos, en juzgados de niñez y adolescencia tales fueron los casos de dos correspondientes a derecho de la mujer embarazada a alimentos (1080-06, 11.10.06 y 1396-06, 30.11.07) y de uno sobre reconocimiento de paternidad y pensión alimenticia (1133-06, 6.3.07). Tratándose de juzgados civiles, en esta misma situación se encontró casos de cobro por título ejecutivo (128-2006, 18.10.06), reconocimiento de paternidad y alimentos (153-2006, 16.11.06), alimentos (160.2006, 29.3.07) y de consignación de dinero (168.2006, 13.7.07).

En un análisis algo más refinado, se comprobó que, incluyendo aquellos casos en los que sí aparecía en la sentencia una base legal citada, el conjunto de *sentencias en las que los hechos del caso no aparecían correctamente ubicados en los supuestos legales pertinentes* constituía casi una quinta parte del total (18.64%). Si el primer factor componente de este sector de sentencias está dado por la simple omisión de la base legal de la decisión, el segundo proviene de un manejo jurídico defectuoso que da lugar a la invocación de un marco legal insuficiente para tomar la decisión o, en el peor de los casos, la inclusión de normas no pertinentes a los hechos examinados. Por las diferentes vías, y dada la importancia cuantitativa de este tipo de resoluciones, se está ante un manejo jurídico insatisfactorio de parte del juzgador cuya explicación debería ser buscada, de cara a la transformación del sistema de justicia.²⁴

²⁴ Aunque una explicación de estos resultados queda más allá de la esfera del trabajo realizado, puede arriesgarse algunas hipótesis que otros estudios podrían explorar. Una es la falta de intermediación del juez; esto es, la posibilidad

Un caso ilustrativo de un encuadramiento legal equivocado, en materia penal, fue el referido a un sujeto a quien se encontró en posesión de dólares falsos (60-06, 22.1.07) y se le sentenció en aplicación del artículo 318 del Código Penal, que sanciona la falsificación de monedas de oro o plata, en lugar de usarse los artículos 326 y 329 del mismo Código. Una secretaria, a cargo de las cuentas empresariales y personales de su empleador (178-2006, 11.6.06), sustrajo periódicamente de ellas, valiéndose de una tarjeta bancaria, una suma que llegó a ser considerable. Fue condenada a cinco meses de prisión por el delito de estafa, siendo así que los hechos correspondían al delito de abuso de confianza (artículo 560 del Código Penal). Finalmente, otro caso, más llamativo que los dos anteriores, es el correspondiente al robo de un teléfono celular (93-06, 11.9.06) que se encontró en poder del acusado sin haberse probado que él lo hubiese robado. El tribunal constata que lo efectivamente probado es que se le encontró en posesión de mercadería robada y descarta la existencia de la segunda circunstancia del artículo 552 del Código Penal: “No se encuentra probada ni la pandilla ni que se haya usado arma alguna”; sin embargo, en la parte resolutive, el acusado es sentenciado a seis años de reclusión como autor del delito tipificado en los artículos 550 y 552 circunstancia segunda del Código Penal.

En niñez y adolescencia, un caso que ejemplifica el problema que examinamos apareció en un litigio por la tenencia de un menor de cinco años de edad (1216-2006, 17.11.06), que se hallaba de hecho al cuidado de la abuela paterna y fue llevado por la madre para pasar con ella un mes, luego del cual el padre lo recogió por haberlo encontrado descuidado. La madre obtuvo la recuperación inmediata y entonces el padre solicitó al juez la tenencia. El juzgador se la concedió sin encuadrar el caso en el artículo 106, inciso 2, del Código de la Niñez y Adolescencia:

de que quien redacte la sentencia no sea el juez sino una persona encargada por él, dotada de conocimientos jurídicos insuficientes. Otra hipótesis podría atender a un bajo nivel de calidad profesional entre los juzgadores, que produciría resultados como éstos, entre otros que fueron hallados en el presente estudio.

“A falta de acuerdo de los progenitores... la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija”, regla que también se aplica para la tenencia, conforme al artículo 118 del mismo cuerpo legal, que el juez tampoco citó. Pero lo que es más importante, a los efectos probatorios, al no considerar la preceptiva legal el juez aceptó que no se demostrara que fuera más conveniente confiar el cuidado y crianza del niño al padre porque dejarlo confiado a la madre perjudicaba los derechos del niño. Otro caso de error en este ámbito fue el que afectó un consentimiento de adopción (2051-06, 22.8.08), en el que el juez declaró la aptitud legal de quien iba a ser adoptada y citó el numeral correspondiente pero lo adjudicó al Código Civil, en vez de referirse al Código de la Niñez y Adolescencia. En esta misma materia, un caso singular (902-06, 13.11.06) fue el que empezó con una demanda de alimentos para un hijo reconocido y terminó con una sentencia que, además de imponer el pago de una pensión, declaró la paternidad que no había sido demandada ni podía ser materia de litigio en un juicio por alimentos, ya que la demanda se respaldó en la partida de nacimiento en la que ya constaba el reconocimiento del padre. Éste solicitó una prueba de ADN, que la jueza admitió, y como la prueba dio resultado positivo, al parecer la juzgadora se sintió obligada a declarar la paternidad.

En materia civil, en un caso de divorcio por mutuo consentimiento (688-A-06, 18.6.07), la sentencia dio como base legal para disolver el vínculo el artículo 350 del Código Civil, que se refiere al reconocimiento voluntario de los hijos, en vez de citar los artículos 107 y 108 del mismo cuerpo legal, que son los que norman la materia sometida a conocimiento del juzgador. En un cobro por título ejecutivo (128-2006, 18.10.06), el juez omitió mencionar en la sentencia cuál era el título ejecutivo presentado y no precisó si éste cumplía con los requisitos legales para su ejecución. Tratándose de una consignación de dinero (168-2006, 13.7.07) que fue aceptada por el juez, éste no citó la norma le-

gal correspondiente (artículo 1643 del Código Civil), que exige varios requisitos: que sea hecha por una persona capaz de pagar; que sea hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante; que, si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición; que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido; y, que el deudor ponga en manos del juez una minuta de lo que se debe, con los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella una descripción individual de la cosa ofrecida. Al resolver favorablemente la demanda, el juez no examinó el cumplimiento, en el caso bajo juzgamiento, de ni uno solo de los requisitos previstos por la ley.

Tratándose de amparos constitucionales, un caso cuyas características correspondían típicamente a las previsiones normativas del amparo (448-2006, 8.8.06) fue objeto de rechazo por el juez al que se sometió su conocimiento. Una empresa comercializadora de gas licuado de petróleo, que era abastecida por la empresa estatal proveedora —que tiene la obligación constitucional de proveer ininterrumpidamente el recurso—, vio reducida la cuota necesaria para cubrir el mercado de la ciudad en la que operaba. La empresa interpuso recurso de amparo contra la omisión de la proveedora, que ocasionaba daño grave a sus derechos y a los de la comunidad. El juez negó el recurso sosteniendo que no procede contra los actos de gobierno, en este caso, un decreto ejecutivo; además afirmó que el amparo también era improcedente por tratarse de una relación contractual. Adjudicar ambas calidades al negocio resulta contradictorio pero, lo que importa más, el amparo fue planteado contra una omisión, y no contra un acto, y cumplía con todos los requisitos en cuanto omisión ilegítima de autoridad pública que conculca derechos y ocasiona daños graves inminentes tanto a la demandante como a la población.

Otro elemento característico del manejo jurídico que aparece en las resoluciones examinadas es la *falta de análisis e interpretación de las normas*, rasgo que se halló en algo más de cuatro de cada cinco resoluciones (84.75%). A la mayor parte de aquellos

jueces que sí citan normas legales, les basta con designarlas luego de examinar los hechos. Este rasgo corresponde a una manera de conceptualizar el derecho en la cual las normas “no se interpretan, se aplican”, enfoque que ha sido sometido a crítica desde diversas concepciones o escuelas teóricas en derecho. Actualmente es generalmente aceptado que las normas legales —unas más que otras— contienen una gama de posibilidades entre las que el intérprete debe optar razonadamente cuando se encuentra ante el desafío planteado por los términos de un caso concreto.

Finalmente, en el pequeño sector de sentencias en las que sí había elementos de interpretación presentes, más de la mitad (62.63%) optaron por una interpretación literal del texto normativo.

En cuanto al *uso de fuentes del derecho*, la ley quedó perfilada como la única fuente en la abrumadora mayoría de sentencias analizadas, aunque esta tendencia fue más marcada en primera que en segunda instancia. En 13.69% de los casos apareció citada alguna norma constitucional. Las normas de origen internacional —aquéllas que por haber sido suscritas y ratificadas nacionalmente forman parte del orden jurídico interno— aparecieron en apenas 5.23% de los casos de la muestra. Otros componentes no legales del razonamiento jurídico exhibieron también una baja presencia en las sentencias: los principios generales del derecho (3.64%), la doctrina (4.6%) e incluso la propia jurisprudencia nacional (4.38%). Adicionalmente, debe notarse que en los casos en los que sí se recurrió a fuentes del derecho distintas a la ley, su uso no siempre resultó justificado en las circunstancias bajo análisis o contribuyó muy poco, en términos efectivos, al razonamiento del juzgador.²⁵ La excepción a esta caracterización está dada por las sentencias en materia tributaria, en las que resultó frecuente y útil el recurso a la jurisprudencia y la doctrina.

²⁵ En un caso de asesinato (395-06, 16.3.07), la sentencia citó doctrina sobre flagrancia siendo así que este elemento no se daba en el caso bajo juzgamiento.

Se puede intentar la agrupación de los rasgos, generalmente presentes en las sentencias examinadas, para trazar un perfil profesional del juez promedio a quien puede imaginarse como responsable de su formulación. Es un juez que aplica literalmente la norma sin analizarla y, menos aún, interpretarla; que se sirve sólo ocasionalmente de una base constitucional y se apoya muy esporádicamente en la jurisprudencia; que no hace uso de las elaboraciones disponibles en la teoría jurídica acerca de los asuntos que aborda, y que cita, alguna vez, una norma de origen internacional en busca de la legitimidad que pueda brindarle el invocarla. Este perfil del juez tipo que las sentencias analizadas sugieren, se corresponde con la formación jurídica que ha prevalecido, y aún prevalece, en facultades de derecho tradicionales de América Latina, en las cuales la enseñanza está restringida al aprendizaje memorístico de los códigos, especialmente los procesales. Desde esa comprensión, estos resultados no son sorprendentes. Las sentencias —como producto esencial del juzgador— son fruto de la constitución profesional de un abogado con determinados rasgos que provienen de una formación académica débil, lindante con la pobreza jurídica.

Otros de los hallazgos encontrados en las sentencias se mueven en la misma dirección. Así, casi dos de cada cinco sentencias (39%) eran portadoras de deficiencias técnicas importantes; una tercera parte del total (32.72%) hubiesen requerido de una mejor fundamentación y otro tanto (32.91%) dejaron sin resolver algún aspecto del caso o algún planteamiento formulado por las partes. Además de algunos casos de deficiencia técnica ya mencionados, un caso llamativo fue el de divorcio (394-2006, 14.9.07) en el que la demanda se planteó basada en las causales de injurias graves y amenazas (artículo 110, 3 y 4 del Código Civil) pero, con base en los testigos, la sentencia disolvió el vínculo conyugal en razón de abandono del hogar.

En cuanto a la necesidad de mejor fundamentación, un ejemplo ilustrativo es el caso de drogas (44-06, 2.2.08) en el que, entre un grupo de comercializadores, fueron sentenciadas dos

personas respecto de las cuales se contó con peritajes psicológicos. Uno era un fármaco-dependiente y la otra también era adicta pero se hallaba al borde de la deficiencia mental. La sentencia da cuenta de los peritajes pero no se apoya en ellos para valorar que ambos acusados tenían sus facultades disminuidas, condición en la que en aplicación del artículo 35 del Código Penal hubiese sido posible llegar a la inimputabilidad, por lo menos en el caso de la acusada.

Las sentencias deben ser convincentes. Su autoridad emana no sólo de aquel poder con el que el juez está investido. Claridad, base legal, y razonamiento sobre pruebas y normas, concurren para que la decisión, aun para el perdedor, resulte persuasiva. La razón que exhiba la sentencia debe ser dominante. En el análisis se indagó por la capacidad persuasiva de la sentencia, que resulta negada cuando no hay fundamentos legales explícitos para adoptarla y cuando “no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho” (Constitución, artículo 76, 1), cuando no se sabe qué elementos de prueba constituyeron aquello que el juez consideró la “verdad legal”, o cuando la pensión alimenticia o la pena no se razonan. Aplicados esos criterios a las sentencias muestreadas, tres de cada diez (30.63%) no pasaron el test, y quedaron agrupadas en dos categorías: 7.04% del total carecían de fuerza persuasiva, esto es, resultaban inaceptables, y 23.54% estaban dotadas de muy escasa capacidad de persuasión. Estos porcentajes resultan bastante congruentes con los otros factores que se ha venido analizando.

Uno de los casos penales en cuya resolución se halla escasa fuerza persuasiva fue el homicidio (80-06, 27.3.07) de una mujer cometido por su hijo, quien valiéndose de un instrumento punzante le ocasionó 17 heridas. El acusado fue sometido a una evaluación psicológica en la que se concluyó que padecía pseudo alucinaciones auditivas, y sus ideas eran obsesivas y pseudo delirantes. Había intentado suicidarse en dos ocasiones, por lo que estuvo ingresado en un hospital psiquiátrico con un diagnóstico de psicosis esquizo-afectiva. Sin embargo de todos estos elemen-

tos, no se le sometió a un peritaje psiquiátrico para precisar si padecía una enfermedad mental que condujese a la declaración de inimputabilidad. Fue condenado a 12 años de reclusión. Un caso de menor gravedad fue el de amenazas (172-06, 18.9.06), denunciadas por una mujer respecto de otra. Varios testigos sostuvieron que el conflicto existente entre ambas había conducido a que las dos se insultaran y amenazaran. Sin embargo, la denunciada fue la condenada a ocho días de prisión.

Entre los casos civiles, uno con poca fuerza persuasiva fue el de divorcio por abandono (650-2006, 8.2.06), seguido en rebeldía sin que se sepa cómo fue citada la demandada, y en cuya sentencia no se cita la normativa legal pertinente, se da por probado el abandono mediante testigos —que la sentencia no precisa quiénes fueron ni cuál fue el contenido de sus testimonios— y finalmente, se declara disuelto el vínculo conyugal.

4. *Prácticas judiciales*

A menudo, cuando se interroga a los jueces latinoamericanos acerca de determinados resultados de su actividad jurisdiccional, que socialmente se consideran indeseados o son objeto de rechazo, la respuesta que se escucha gira en torno a: “Nosotros sólo aplicamos la ley. Si se quiere otro tipo de decisiones, que se cambie la ley y nosotros cambiaremos nuestras resoluciones”; es decir, el juez tiende a presentarse a sí mismo como si estuviera atado, por un lazo estrechísimo, a los textos legales y su producción fuera, directa y exclusivamente, un resultado inevitable de lo que esos textos disponen.

Sin embargo, al examinar las resoluciones judiciales en cualquier país es frecuente hallar determinados criterios que se usan, o de exigencias que se imponen, que no corresponden a criterios legales o que en los hechos son manejados por los actores del sistema de un modo que la ley no previó. Sin duda, es inevitable que la práctica judicial desarrolle ciertos criterios de actuación que no fueron previstos por el legislador; lo que no es sano es que se nie-

que ese margen de creatividad judicial que, al dejar de ser reconocido, no puede ser ni justificado por el juez ni discutido socialmente en el caso de que sus efectos sean cuestionables o negativos.

A lo largo del trabajo se identificó un número de estas prácticas, algunas de las cuales han sido aludidas antes en este texto, que convendría examinar con cuidado y someter a análisis y crítica para evaluar sus efectos.

Citación al demandado mediante la prensa. Ésta es una práctica con base legal en el Código de Procedimiento Civil²⁶ que, sin embargo, llama la atención por la frecuencia con la que se aplica, especialmente en casos de divorcio y en casos de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. En estos casos, el demandante presenta al juez una declaración jurada en la que afirma que le es imposible determinar la residencia del demandado y este requisito es suficiente para que se proceda a citarlo mediante tres publicaciones sucesivas en un diario que, como es de prever, dan por resultado que el demandado no se presente, lo que desemboca en la declaración de su rebeldía.

Si bien la base de la citación mediante la prensa es legal, el uso de la figura sin que el juez se pregunte por la verosimilitud de la declaración jurada del demandante en la que dice desconocer cómo citar al demandado abre el camino a la forma más fácil y sencilla —pero también más tramposa— de litigar: en ausencia del demandado. En la muestra aparecieron cierto número de casos de divorcio en el que el demandante afirmaba descono-

²⁶ Artículo 86.- A personas cuya individualidad o residencia sea imposible determinar se citará por tres publicaciones que se harán, cada una de ellas en fecha distinta, en un periódico de amplia circulación del lugar; de no haberlo, se harán en un periódico de la capital de la provincia, asimismo de amplia circulación; y si tampoco allí lo hubiere, en uno de amplia circulación nacional, que el juez señale. La publicación contendrá un extracto de la demanda o solicitud pertinente, y de la providencia respectiva. La afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado, la hará el solicitante bajo juramento sin el cumplimiento de cuyo requisito, el juez no admitirá la solicitud... Los citados que no comparecieron veinte días después de la última publicación, podrán ser considerados o declarados rebeldes.

cer la residencia de la demandada. En uno de ellos (11-52-06, 30.11.07), en el que el divorcio fue otorgado por el juez, el actor solicitó que se confiara la tenencia de los menores a la madre, siendo así que había sostenido en la demanda haber sido abandonado por ella y desconocer su dirección, por lo que fue citada por la prensa y no compareció a juicio. Con acierto, el juez determinó que la tenencia de los menores quedara a cargo del padre. En otro caso (715-2006, 17.6.06), el demandante afirmó igualmente desconocer el domicilio de la madre, que era quien tenía a su cargo a los hijos menores de la pareja y recibía del demandante, según él, una pensión de alimentos. Este caso puede constituir un extremo en el que la figura ha degenerado en corruptela, pero la facilidad con la que el juez admite la citación mediante la prensa es el primer paso en esa dirección.

Debe notarse la importancia del tema a partir de su impacto en el estado civil de las personas, tratándose del divorcio, y en el régimen de propiedad, dado que la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio —para probar la cual existen también ciertas facilidades en la práctica judicial, según se verá más adelante— es una forma de adquirir bienes inmuebles que, a partir del número de casos de este tipo que fueron capturados por la muestra, parece dotada de cierta importancia.²⁷

Prueba del abandono de hogar mediante dos testigos. En relación con el divorcio demandado en razón del abandono del hogar, otra práctica judicial reiterada consiste en aceptar como prueba suficiente lo dicho al respecto por dos testigos. En la mayor parte de los casos de este tipo que quedaron comprendidos

²⁷ La alta incidencia de la citación mediante la prensa en asuntos como divorcio por abandono y prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en conjunción con la complacencia judicial ante el uso de testigos para probar los hechos alegados, evoca el difícil tema de la corrupción en la administración de justicia. Las sentencias no son la vía más apropiada para abordarla porque es obvio que no es en ellas donde podrá hallarse sus huellas más importantes. Pero, sin duda, las comprobaciones efectuadas a lo largo de este trabajo empírico, indican áreas prioritarias de atención a cualquier acción específica sobre la corrupción judicial.

en la muestra, los testigos no eran una de las pruebas presentadas por el cónyuge demandante del divorcio; constituían “la” prueba sobre la cual la sentencia consideraba probado el abandono. Como señalan los procesalistas, la prueba de testigos es la menos confiable de las pruebas; pero, cuando se usa testigos para demostrar no sólo el hecho del abandono sino, como se suele indicar en las sentencias, que desde el día del abandono “voluntario e injustificado” del hogar conyugal no se han reanudado las relaciones conyugales entre los demandantes, el juez tendría que apreciar que los testigos han afirmado algo que está más allá de su conocimiento posible.

La combinación entre citación a través de la prensa y prueba del abandono mediante dos testigos está usualmente presente en la corruptela a la que se refirieron algunos abogados entrevistados, que aseguraron haber conocido en su práctica profesional casos de cónyuges que, viviendo con su pareja legal, un día se enteran de que han sido judicialmente divorciados por abandono del hogar conyugal, sin que se hubiera producido el abandono y sin haber recibido nunca una citación judicial.

Prueba de la posesión mediante dos testigos. El punto resulta de gran importancia tratándose de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en la que, de acuerdo al Código Civil (artículos 2410 y 2411), “basta la posesión material” durante el lapso de 15 años. Se trata, pues, de demostrar que se ha poseído, con ánimo de señor y dueño, durante ese lapso, por cuanto, pese a que otra persona exhiba un título de propiedad registralmente inscrito, el demandante tiene derecho a que judicialmente le sea reconocido el derecho de dominio. Bajo esos términos, el asunto clave es cómo probar que durante 15 años se ha poseído el inmueble como señor y dueño. Según numerosas sentencias comprendidas en la muestra, dos testigos son suficientes. Éste es uno de los casos más sorprendentes del uso de testigos en la práctica judicial ecuatoriana porque no estamos ante un hecho negativo —como lo es la ausencia de relaciones conyugales, por ejemplo— y porque la posesión de un inmueble durante lapso tan

prolongado debe haber dejado múltiples “huellas”, provenientes de haber ejercido la posesión como señor y dueño: cultivos realizados y vendidos, construcciones contratadas o para las que se solicitó alguna autorización, mejoras en cuya ejecución intervinieron determinadas personas, impuestos pagados a alguna entidad pública, etcétera. Nada de eso es exigido; basta con dos testigos que sostengan que la posesión —un hecho material que deja efectos— tuvo lugar a todo lo largo del periodo exigido por la ley (entre otros, 198-2006, 11.10.07).

Igual que en el caso del divorcio por abandono de hogar, si la facilidad para probar la posesión durante el lapso legalmente requerido se combina con la citación del demandado (usualmente el propietario) mediante la prensa, se está ante una figura con una significativa potencialidad de impacto sobre el acceso y la distribución de la propiedad.

Cuando hay acuerdo de las partes, el juez lo aprueba sin ejercer control sobre el contenido. Trátese de la liquidación de una sociedad conyugal, de un acuerdo entre los cónyuges en materia de pensiones para sus hijos, o de cualquier otro asunto, lo que sugieren las sentencias examinadas es que el juez se limita a aprobar el acuerdo, como lo haría un notario cuya función se restringe a dar fe de la identidad de los intervinientes y la autenticidad de sus firmas. Esto es, el juez usualmente no supervisa la legalidad del contenido de los acuerdos o, siendo así que se trata de un proceso judicial, que en éstos se haya respetado los derechos de las partes o de terceros afectados por aquéllos. Esto último es lo que resalta en los casos de pensiones de alimentos, donde el interés del menor puede no hallarse debidamente salvaguardado mediante el acuerdo al que llegaron los padres. No obstante, la intervención del juez consiste en incorporar como decisión propia aquello que fue acordado por las partes, sin ejercer control de legalidad sobre los términos del acuerdo. Entre los casos integrantes de la muestra que pusieron en evidencia esta práctica judicial, en asuntos de niñez y adolescencia, se pueden señalar: 41-2006, 12.9.06; 171-2006, 9.6.06; 557-2006, 18.9.06; 946-2006, 19.7.07

y 515-206. 17.11.06. En este último caso, como un elemento del acuerdo entre las partes, el padre aceptó la paternidad, además de la pensión de alimentos. Al aprobar el acuerdo, el juez incluyó la declaración de paternidad sin señalar los fundamentos legales por los que procedía declararla.

Subrogación en el patrimonio familiar sin que el bien subrogante haya sido adquirido. El Código Civil autoriza a que se declare judicialmente extinguido el patrimonio familiar, constituido sobre determinados bienes, cuando sea sustituido por otro patrimonio familiar (artículo 851, 4o.). Los casos de extinción del patrimonio familiar que integraron la muestra frecuentemente apelaron a la subrogación, que respaldaron con una promesa de compraventa de otro bien, que en algunos casos sería adquirido precisamente con el producto de la venta del patrimonio familiar original. Al sentenciar (por ejemplo 53-2006, 17.5.06; 54-2006, 27.4.06, y 127-2006, 19.4.06), el juez no sólo declaraba extinguido el primer patrimonio familiar sino que constituía el segundo respecto de un bien que aún no había sido adquirido. Esta práctica judicial podría dar lugar a serios conflictos, atingentes a casos en los que en definitiva no se adquirió aquel bien subrogante que, sin embargo, quedó bajo el régimen de patrimonio familiar en razón de una resolución judicial.

Valor probatorio decisivo del testimonio policial; condena sin otra prueba. El peso que el juzgador otorga al testimonio policial se hace evidente en dos tipos de situación. Una es cuando aquello que dice el parte de aprehensión y sus autores ratifican ante el tribunal resulte contradictorio con otros elementos de prueba. El juez tenderá a dar mayor importancia al testimonio policial. La otra situación se da cuando el parte de aprehensión es el único elemento de prueba. El juez, en este caso, considerará suficiente lo que la policía dice para considerar probado el hecho. Con gran frecuencia, esta prueba única de origen policial que da lugar a la condena aparece en materia de drogas, donde a menudo un individuo “en actitud sospechosa” —o a partir de una “llamada telefónica anónima” o de “información reservada”— es interve-

nido por dos agentes, quienes al registrarlo encuentran en algún lugar de su vestimenta unas bolsitas cuyo contenido, luego de ser enviado al laboratorio, se comprueba que es una sustancia prohibida. Que el individuo tenía en su poder la droga es algo que sólo se prueba a través del dicho de los policías. Para los jueces, usualmente, es suficiente.

En contrario a la tendencia señalada, el Segundo Tribunal Penal del Guayas utilizaba, en las sentencias muestreadas, el criterio de que el informe investigativo es únicamente referencial y por tanto insuficiente al momento de constituirse como única prueba de cargo; consideraba con fundamento doctrinario que se lo debe valorar como un testimonio propio más, sin brindarle peso decisivo. De tal postura, que se basaba en la presunción de inocencia y fue desarrollada con fundamentos doctrinarios, son ejemplo las sentencias 296-06, 29.8.07; 73-06, 15.8.06; 309-06, 26.7.07; y 210-06, 31.7.07.

En materia penal, la pena no se razona. Los códigos penales establecen rangos dentro de los cuales debe situarse la pena a ser impuesta en el caso de un delito determinado; esto permite individualizar la sanción de acuerdo a las características del hecho y a las condiciones personales del responsable; así como no todos los homicidios son iguales, tampoco lo son quienes los cometen; de allí que la ley no establezca una pena fija o tasada para cada delito sino límites inferiores y superiores de pena, entre los cuales el juez debe establecer cuál es la sanción aplicable. Esa decisión no puede ser arbitraria; tiene que haber razones para determinar la sanción a esa persona en ese caso concreto. Esas razones tienen que ser establecidas en la sentencia como forma de justificar la pena impuesta. Como se ha visto antes, en más de una cuarta parte de las sentencias examinadas en materia penal, no se encontraba ningún razonamiento sobre la pena impuesta y en la mayor parte del resto de sentencias, el razonamiento fue manifiestamente insuficiente. Esta práctica judicial desautoriza las sentencias. Si la sentencia no explica por qué en este caso una violación sexual fue sancionada con tantos años de prisión y

en otro caso, con más o con menos, la legitimidad de la condena queda erosionada. Eso es precisamente lo que ocurre en Ecuador en razón de esta práctica judicial que, por lo demás, contradice claramente no sólo la teoría penal sino las disposiciones legales vigentes.

5. Posicionamiento del juez

Algunos de los elementos que han ido señalándose en este texto suman, al perfil profesional que antes se ha trazado acerca del juez que las sentencias expresan, un componente actitudinal que gira en torno a su pasividad. Entre tales elementos podemos listar la falta de iniciativa para ordenar pruebas cuando así se requiere para alcanzar la verdad de los hechos, la inhibición para ejercer el control de legalidad sobre los acuerdos alcanzados por las partes en el proceso y el dejar, con cierta frecuencia, asuntos sin resolver o dudosamente resueltos en el pleito del que conoce.

Un caso que ilustra esa caracterización es el de impugnación de paternidad (181-2006, 5.2.07) en el que el actor demandó tanto a la madre como a quien había registrado al hijo como suyo, pero no al hijo. La jueza no ordenó aclarar o completar la demanda, en uso de las facultades que le otorga el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil; no dispuso escuchar al menor (de 16 años) y tampoco ordenó que se practicara la prueba de ADN, para lo cual tenía facultad legal; más bien, dejó continuar el proceso, en el que los demandados se allanaron, hasta que, en la sentencia, declaró sin lugar la demanda. El caso es importante porque se trata de un cambio de paternidad en el que todas las partes intervinientes estaban de acuerdo. La actitud pasiva de la jueza impidió que el asunto encontrara resolución.

Como se anotó antes, el juez que revelan las sentencias examinadas no parece situarse a cargo del proceso sino que está a lo que las partes propongan y hagan. Él resolverá, en su oportunidad, sin siquiera haber hecho uso de las facultades que la ley pone en su competencia para mejor resolver. En una sentencia incluida en la

muestra (98, 27.3.07), la pasividad del juez se amparó en el reconocimiento constitucional del principio dispositivo (artículo 194 de la Constitución de 1998 y artículo 168.6 de la Constitución de 2008) que, en su interpretación, lo obligaba a no ir más allá de lo dicho por las partes. La actora había solicitado que se declarase disuelto su vínculo matrimonial, en el que tres hijas habían sido procreadas, en razón de que su cónyuge mantenía una actitud hostil para con ella, manifestada en injurias graves continuas y reiteradas, dentro y fuera del hogar, en lugares públicos, al punto de deteriorar su dignidad. En su demanda, la actora dio como fundamento de derecho al artículo 109 del Código Civil —que se refiere al divorcio de un menor de 18 años—, en lugar de señalar el artículo 110, causal 3, correspondiente al divorcio por injurias graves y actitud hostil. El juez negó la demanda por improcedente y sostuvo que el principio dispositivo no permite al juzgador aplicar sino únicamente las disposiciones legales invocadas por la actora en la demanda. Es difícil comprender que debido a un error del abogado en la cita legal, el juez, que sabe que la norma invocada no es la correcta y que conoce cuál es la norma que corresponde a la pretensión del actor, deseche la demanda diciendo que “la autoridad no puede interpretar lo que presumiblemente se pretendió”. Le hubiese bastado, para no dejar de administrar justicia, utilizar el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil para solicitar a la actora que aclarase o completase la demanda en lo que se refiere a la norma invocada.

Como el caso demuestra, la pasividad afecta principal aunque no únicamente la cuestión probatoria. Pero es en esta materia donde más se muestra la pasividad del juzgador. Así, en materia laboral, resalta la falta de uso del artículo 577 del Código del Trabajo, que faculta al juez para “ordenar la realización de pruebas que estime procedentes para establecer la verdad de los hechos materia del juicio”. Del mismo modo, como se ha señalado, en materia penal entre los casos examinados no se encontró uno solo en el que el presidente de un tribunal penal se valiera del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, que establecía “la facultad de

llamar a cualquier persona para interrogarla y de ordenar que se exhiban ante el tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes”.

A la pasividad hay que sumar algo más sutil. Se trata de un encastillamiento en un mundo de legalidad que lo distancia de la posibilidad de responder adecuadamente a los rasgos del mundo real en el cual se desenvuelven los actores de los conflictos concretos que el juzgador debe resolver. Una ilustración puede ser proporcionada por el caso de divorcio por abandono de hogar durante más de tres años (448-2006, 6.3.07), en el que la demandada es citada por la prensa y no comparece a lo largo de todo el proceso; sin embargo, la sentencia entrega a ella la custodia del hijo menor de edad de la pareja.

En materia de menores, aparecieron con cierta frecuencia casos en los que, de los elementos de prueba disponibles, parecía dudoso que el padre pudiera cumplir con la obligación de pagar la pensión alimenticia impuesta en la sentencia. Sin embargo, el juez —que tenía ante sí los elementos de juicio para formarse un cuadro de situación— usualmente no recurrió a los obligados sustitutos que el Código de la Niñez y Adolescencia estableció (artículo 129) y cuyo orden de prelación fue modificado por ley posterior para incluir, en esa colocación, a abuelos, hermanos mayores de edad y tíos.

El posicionamiento adoptado por el juez ecuatoriano, que surge de una porción importante de las sentencias muestreadas, manifiesta cierta indiferencia por el resultado de su tarea en la provisión de justicia. Si las partes —o, para ser precisos, sus abogados— no formulan bien la demanda o no ofrecen las pruebas pertinentes, la responsabilidad no es del juez; allá queda el justiciable, abandonado a su suerte. Sin duda, además de las insuficiencias técnicas, esta actitud del juez repercute de manera significativa en la generación de decisiones judiciales que no resuelven los conflictos planteados de manera eficaz y producen en

los justiciables un malestar, difícil de disipar, respecto al aparato de justicia.

6. *La forma de la sentencia*

Las sentencias en Ecuador son breves, rara vez incurrir en repeticiones y, en general, son claras. A diferencia de lo que ocurre en otros países, no es preciso leerlas varias veces para descifrar aquello que se dice detrás de un lenguaje innecesariamente recargado o rebuscadamente técnico. Son virtudes que deben ser apreciadas. Sin embargo, esos rasgos positivos no son suficientes para contar con buenas sentencias desde el punto de vista de la forma.

El principal problema de forma tal vez resida en la *ausencia de una estructura común en las resoluciones*. Aún tratándose de los mismos asuntos, la organización de la resolución varía no sólo entre una corte y otra, sino incluso en el mismo tribunal, dependiendo al parecer de quién la formula.

La carencia de una estructura común hace que, en particular:

- Los datos consignados en los encabezamientos varíen y, sobre todo en primera instancia, resulten insuficientes para identificar el tribunal que conoce y resuelve, la fecha de la resolución, las partes del caso y el asunto que es objeto de litigio. En 14% de la muestra, luego de leer media página de la sentencia no era posible saber quiénes eran las partes y cuál el asunto en litigio. En ocasiones fue preciso leer dos páginas de la resolución para enterarse de cuál era el delito perseguido o la materia del conflicto. Todas las sentencias muestreadas en un juzgado civil, de una de las diez ciudades escogidas, carecían de fecha.
- El resumen de los antecedentes del caso varíe marcadamente de un caso a otro, aunque en general prevalece la tendencia a que se carezca de una síntesis hecha por el juzgador y, más bien, se relate los términos de la demanda, primero, y la

contestación, después, o bien se repita los términos del parte policial o la denuncia y, luego, el testimonio del acusado. En segunda instancia es más frecuente encontrar al comienzo de la resolución un resumen claro del asunto que se trata pero, si se mira al conjunto de las sentencias, se constata una preferencia por resumir textualmente los argumentos de las partes; en ocasiones, estas síntesis son excesivamente extensas y en otras son demasiado sucintas.

En ocasiones, la Corte Suprema (hoy Corte Nacional) ha criticado duramente este estilo desestructurado de las resoluciones:

Revisada la extensa y mal estructurada sentencia que no contiene más detalles que el acta de la audiencia pública de juzgamiento, cabe censurar que los juzgadores tanto en el voto de mayoría como en el voto salvado se han dedicado a transcribir in extenso la referida acta, por lo que resulta una sacrificada tarea encontrar los requisitos de la sentencia prevista en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, de manera especial la exigencia del numeral 2 esto es: “La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible de los actos del acusado que el Tribunal estime probados”; en verdad la extensa sentencia, si los contiene entre mezclados con muchas transcripciones del acontecer de la audiencia de juzgamiento que inexplicablemente forman parte de la sentencia sin ser necesaria su narración; razón por las que la Sala llama la atención al Tribunal para que tengan más cuidado en la redacción organizada de la sentencia. (Corte Suprema de Justicia, Tercera sala de lo penal, Expediente 401, 28.8.06, Registro Oficial 103, 12.6.07).

Desde el punto de vista de la forma, *las resoluciones dejan que desear*, pues, *especialmente en el encabezamiento y el resumen del caso*. Enterarse de los datos esenciales del caso toma más tiempo y esfuerzo del que sería necesario si hubiese una suerte de formato o plantilla común que, en un párrafo breve, sintetizara los datos esenciales del caso. Debe notarse que las sentencias de los tribunales fiscales constituyen una excepción a esta carac-

terización. En ellas es sencillo identificar los elementos que las componen, a partir de una clara identificación numérica, y una referencia inicial al asunto que se litiga así como los nombres de actor y demandado, datos que son seguidos por un recuento breve y claro de los términos de la controversia.

Un caso donde las carencias de forma afectaron garantías de fondo fue el seguido en procedimiento abreviado (50-06, 14.3.06), en el que se condenó al acusado en aplicación del artículo 239 del Código Penal, por un hecho que la sentencia no menciona. Sólo consta que, valiéndose del procedimiento abreviado, el fiscal se limitó a solicitar una pena de multa. Tampoco se establece si el defensor del acusado acreditó el consentimiento de su defendido para que el caso fuera sometido al procedimiento abreviado, ni se señala la oportunidad en la que el imputado fue escuchado por el tribunal penal. En suma, la sentencia no establece los requisitos ni sigue los procedimientos previstos en los artículos 369 y 370 del Código de Procedimiento Penal.

El estilo de redacción de las resoluciones también está sujeto a marcadas variaciones, como consecuencia de lo cual en 10.18% de la muestra se constató que la sentencia establecía con cierta claridad sólo algunos de los hechos bajo juzgamiento. Mientras los argumentos de las partes —tanto los presentados por escrito como oralmente en las audiencias— reciben una atención considerable en la resolución, los elementos de prueba son presentados apretadamente y, en ocasiones, resultan materia de una simple enumeración, sin precisiones sobre su contenido.

Destaca el uso indistinto de términos que conceptualmente difieren, como “se rechaza”, “se desestima”, “se niega” o incluso se declara “improcedente” la demanda, términos que son usados como sinónimos mientras que la doctrina procesal los diferencia.

Algunos detalles de importancia son descuidados. Uno, particularmente notorio, corresponde a las referencias acerca de edades. La de los menores, para comenzar, en aquellos casos que los involucran. Del total de este tipo de casos que formaron parte de la muestra, en casi la mitad (46.21%) no se consignó la edad del

menor, dato relevante cuando se trata de la fijación de una pensión alimenticia así como en un delito en el cual el menor hubiese sido la víctima. Algo similar ocurre con los adultos en general —no se consigna la edad de la mujer violada, por ejemplo— y ocurre también con las personas mayores en quienes, más que en otros casos, la edad determina limitaciones y capacidades que pueden cobrar relieve en el momento de caracterizar los hechos o establecer responsabilidades.

Otro detalle de importancia está dado por las fechas que se consignan en la sentencia para situar determinados actos de trascendencia en el caso. Así en la sentencia del caso de divorcio 448-2006, 6.3.07, se dio por probado el abandono del hogar conyugal por más de tres años, pero se fijó como fecha del hecho el 20 de enero de 2005, día desde el cual, al momento de sentenciar habían transcurrido poco más de dos años.

Finalmente, en materia penal ocurre en muchos casos que no se deja constancia expresa acerca de si el acusado tenía o no antecedentes penales.

Un caso muestreado que exhibió descuido en una medida sorprendente fue uno de divorcio por mutuo acuerdo (605-2006) respecto del que se encontraron dos sentencias, de fechas distintas (18.12.06 y 22.12.06), con un contenido similar. Detrás de este error puede imaginarse dos autores distintos que escribieron las sentencias y ambas fueron firmadas por el juez.

7. *Observaciones por materia*

Tratándose de *asuntos penales*, uno de los rasgos importantes, ya señalado, es la condena con base en el parte de aprehensión y su ratificación por los autores ante el tribunal penal. El parte formaliza los testimonios de los agentes participantes en los hechos posteriores al delito y contiene algo así como la teoría del caso que formula la policía. Resultó frecuente en las sentencias integrantes de la muestra que la versión policial de los hechos fuera recogida, para resumir las declaraciones del denunciante y

del acusado, y hecha suya por el juzgador para ser convertida en la versión que de tales hechos ofrecía como propia la sentencia.

En algunas de las sentencias examinadas en la muestra, no hay otra evidencia para respaldar la acusación —y, en su momento, la condena— que la teoría del caso formulada por la policía y respaldada por el testimonio de los agentes participantes. Tal es el caso de un asalto (230-06, 15.11.06) en el que dos personas son víctimas del despojo de sus pertenencias personales por cuatro asaltantes que usaron un arma de fuego. Los agraviados solicitaron el auxilio de un patrullero que localizó minutos más tarde a tres de los supuestos asaltantes que sólo tenían en su poder una billetera vacía que no fue identificada por los agraviados. En la sentencia tampoco consta que los agraviados reconocieran a los acusados, a quienes no se les encontró ninguna arma y ningún objeto de los robados. Ellos sostuvieron que acababan de salir de una fiesta cuando fueron detenidos. Ninguno registraba antecedentes. A dos de ellos se les impuso la pena de cinco años y al tercero, nueve meses de prisión. En otro caso de asalto (70-06, 11.10.07) la única prueba para dictar condena consistió en el parte de aprehensión, en el que los policías dieron fe de que el agraviado reconoció al acusado.

Otro rasgo de las sentencias penales, que ya ha sido adelantado como práctica judicial, es la falta de razonamiento de la pena. En más de un tercio de los casos en los que se impuso una condena (37.28%) no hubo razonamiento alguno sobre la pena impuesta y en otro 56% la pena tuvo como respaldo un razonamiento superficial, generalmente restringido al señalamiento de la existencia del atenuante de la falta de peligrosidad del sujeto.

La ausencia de razonamiento de la pena y los marcados contrastes entre condenas impuestas en las sentencias de la muestra sugirieron examinar el asunto con mayor atención en 81 sentencias condenatorias. La mayor parte de ellas correspondían a robos y hurtos (37), drogas (11), delitos sexuales (10), y homicidios (9). Sometidos estos casos a examen y cotejo, aparecieron dos aspectos llamativos. De una parte, las altas penas aplicadas

en casos de drogas²⁸ y delitos de naturaleza sexual. De otra, la desproporcionalidad entre penas impuestas por el mismo tipo de delito y, además, entre diversos tipos delictivos.²⁹

En el conjunto de casos, los de drogas —generalmente correspondientes a transporte o tenencia de drogas para comercialización— comprometían claramente a minoristas del tráfico o simples “mulas”, encargados de trasladar la droga. Sin embargo, las penas aplicadas correspondieron a un rango que iba entre 4 y 8 años. El sujeto que pretendió enviar una encomienda a Madrid con 152 gr. de cocaína camuflados recibió 8 años de reclusión mayor ordinaria (100-06, 7.12.07). Dos acusados en cuya casa se encontró algo menos de medio kilo de marihuana (465 gr.) recibieron la misma pena: ocho años (218-06, 23.11.06). La mujer que pretendió introducir 551 gr. de marihuana en un penal recibió asimismo una pena de ocho años (30-06, 4.9.06). Dos procesados fueron condenados también a ocho años de reclusión (40-06, 25.9.06), el primero por haberse hallado en su casa 232 gr. de marihuana y el segundo por habersele hallado en la ropa 601 gr. de base de cocaína. Del texto de las sentencias no se llega a precisar por qué razones otros procesados por el mismo delito recibieron penas menores. Quienes pretendían salir del país portando droga fueron condenados a 4 o 5 años de prisión (122-06, 23.8.06; y 213-06, 20.10.06). Pero un caso sorprendente fue el de dos acusados de haber alquilado una bodega en la que se halló

²⁸ Las altas penas aplicadas en casos de drogas forman parte de una política del sistema penal que persigue estos delitos de manera desproporcionada. En el trabajo de Farith Simon, antes citado, se observa cómo, en materia de drogas, en 2007 se produjeron 937 denuncias, que representaban apenas 0.47% del total de denuncias, pero se emitieron 507 sentencias, que constituyeron 18.55% del total de sentencias penales producidas en ese año.

²⁹ El examen que puede hacerse de este asunto sólo a partir de la sentencia dista de ser completo. Sin embargo, pese a sus limitaciones, este examen llama la atención acerca de disparidades que pueden ser estimadas como poco razonables y, en consecuencia, desde el lado de la sospecha social alimentan el problema de credibilidad de la justicia y, tratándose de los casos que reciben penas relativamente menores, robustecen la percepción de un sistema corrupto.

5 kilogramos de cocaína, datos que apuntaban a comercializadores de cierta importancia; uno fue sentenciado a la pena modificada de cuatro años de reclusión y el otro, en calidad de cómplice, a dos años de prisión. El contraste más llamativo, sin embargo, fue encontrado en dos decisiones de tribunales penales de una misma provincia. El primero de ellos condenó al capitán y al maquinista de un barco donde se halló dos toneladas de cocaína a ocho años de reclusión, mientras otros cuatro tripulantes fueron sentenciados a cuatro años, en calidad de cómplices (128-06, 7.11.07). Algo menos de seis meses después, otro tribunal de la misma provincia sentenció a 12 años de reclusión a quien se le halló 12 gramos de cocaína en su casa, que él sostuvo que estaban destinadas a su consumo personal (146-06, 28.4.08).

De los diez casos de delitos sexuales, nueve fueron cometidos en perjuicio de niñas y una tercera parte de ellos correspondieron a violación de la propia hija. De estos últimos tres casos, quien violó a su hija mayor de 14 años fue condenado a 12 años de reclusión (20-06, 14.8.06); el mismo tribunal había sentenciado a otro padre, que había venido violando a su hija de 12 años desde que tenía cinco años de edad, a 16 años de reclusión (08-06, 29.5.06). Pero un tribunal distinto condenó a 20 años de reclusión a quien violó a su hija de 13 años en repetidas ocasiones (87-06, 20.10.06). Al lado de estos casos, hubo uno de pornografía infantil en el que el acusado de tomar fotos de niñas desnudas aparecía acariciando sexualmente a la menor de ocho años en una de las fotos (64-06; 19.12.06). Fue condenado a 12 años de reclusión, la misma pena que se le impuso a uno de los padres violador de su hija. En tres casos, en los que el violador no fue un pariente se impuso penas de entre 10 y 16 años de reclusión (62-06, 27.5.06; 204-06, 7.1.08; 253-06, 24.8.07). Finalmente, resaltó el contraste entre dos casos correspondientes al mismo delito, que fueron sentenciados por el mismo tribunal penal. En uno de ellos (39-06, 11.7.07), el acusado fue aprehendido luego de ser sorprendido por su conviviente cuando manoseaba a la hija de ella, de ocho años, se le impuso la pena de ocho años de prisión;

en el otro (169-06; 21.9.07), el condenado, también conviviente de la madre, manoseó y sometió a juegos sexuales a la menor entre los siete y los nueve años de edad; recibió una pena de tres años de prisión atenuada.

Frente a la dureza de la sanción aplicada a los casos de drogas y a los delitos sexuales, otros hechos delictivos de cierta importancia recibieron penas benignas. Una mujer que mató al marido con un cuchillo, luego de una discusión, fue condenada a un año de prisión (133-06, 16.9.06). En particular, la tipificación del delito como “abuso de confianza” pareció conducir a cierta condescendencia de parte del juzgador. Así, una empleada de confianza que sustrajo más de 10 000 dólares estadounidenses de las cuentas del propietario de la empresa recibió como sanción cinco meses de prisión correccional (178-06, 11.6.06); el encargado del área financiera de una empresa que se apropió de algo más de medio millón de dólares estadounidenses recibió como pena 18 meses de reclusión (92-06, 14.8.06), y la empleada que desvió, en beneficio suyo, fondos de cuentas de la empresa en la que trabajaba que se acercaron al millón de dólares fue condenada a dos años de reclusión.

Recibieron penas similares a estas últimas quienes incurrieron en hurtos simples o, tratándose de robos agravados por el uso de un arma, se apropiaron de bienes de muy poco valor. En un mismo tribunal penal se impuso 22 meses de reclusión a quien robó un reloj y 20 dólares (79-06, 19.7.07), dos años a quien se apoderó de una cartera en la que sólo había un celular y 10 dólares (36-06; 16.7.07), 25 meses a quien asaltó a un transeúnte y lo despojó de sus zapatos (70-06; 11.10.07), dos años a quien incurrió el robo simple de dos bicicletas (110-06; 9.10.07), pero 14 meses a quienes robaron un vehículo (165-06; 14.9.06), 26 meses a quien asaltó a un taxista y lo despojó de 25 dólares (128-06; 7.11.07), y poco más, 3 años y 33 meses de prisión, respectivamente a los dos asaltantes a mano armada de un autobús urbano (76-06; 24.1.07).

Al comparar las penas impuestas sobre hechos de la misma familia delictiva, aparecen diferencias notorias. Una acusada de haber pretendido identificarse con una cédula adulterada (17-06, 4.7.07) fue condenada a tres años de prisión; el mismo tribunal penal condenó al pago de una multa a quien admitió ser autor del delito de falsedad en la identificación (50-06, 14.3.06). Al efectuar las comparaciones entre delitos distintos, las diferencias también resaltan. Quien fue capturado inmediatamente después de herir con un disparo a un policía que lo perseguía por haber asaltado un camión fue condenado a la pena atenuada de 20 meses de prisión (09-06, 22.9.06) y quien disparó a su víctima en el rostro fue sancionado a cuatro meses de prisión (44-06, 1.6.06). En cambio, el acusado que fue aprehendido portando un arma de fuego sin tener autorización para ello fue sentenciado a tres años de prisión (406-06, 8.6.07); quien fue detenido en flagrancia luego de haber robado el radio de un vehículo recibió como pena dos años de prisión (370-06, 2.1.07), bastante más que los 14 meses que correspondieron a aquéllos que robaron el vehículo completo (165-06, 14.9.06), y el padre que intentó realizar una segunda inscripción de sus hijas en las que no apareciese el nombre de la madre, valiéndose para ello de documentos de origen no oficial y declaraciones falsas, fue sentenciado a 6 años de reclusión (141-06, 6.9.06).³⁰

Una especie de patrón que se repitió varias veces en las sentencias muestradas que habían surgido del procedimiento abreviado fue que la pena solicitada por el fiscal coincidía con el tiempo de detención que llevaba el detenido. Pero un caso especialmente llamativo fue el de una banda dedicada a robar bienes que luego eran revendidos (122-06, 31.3.08). En la banda partici-

³⁰ La flagrante desproporción entre penas, trátase o no del mismo tipo delictivo, en parte es consecuencia de la desatención existente respecto de las decisiones judiciales. Así como los jueces imponen penas sin razonarlas, determinan la magnitud de la sanción de modo discrecional, sabiéndose en la impunidad de aquél cuyas decisiones no están sometidas al escrutinio y control sociales. En esto, en particular, el desinterés académico por los contenidos de las sentencias judiciales juega un papel cercano a la complicidad.

paba un policía en actividad que se encargó de alquilar la bodega donde se depositaban los artículos robados, en cuyo ocultamiento el tribunal le encontró participación. Pese a la evidencia disponible, el fiscal prefirió el procedimiento abreviado y el policía fue condenado —por un delito sancionado en el artículo 369 del Código Penal con pena de entre seis meses y cinco años— a ocho días de prisión.

En dos de los casos incluidos en la muestra (76-06, 1.6.07 y 139-06, 31.10.07) los acusados sostuvieron haber sido golpeados o torturados por la policía, luego de su detención. En un tercer caso (395-06, 16.3.07), el abogado de uno de los acusados hizo notar que el domicilio de su defendido había sido allanado sin orden de autoridad competente. En los tres casos el tribunal penal no tomó ninguna determinación al efecto, en contra de su obligación de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Público. De igual modo, en un caso de violación de una menor de 11 años de edad (62-06, 29.5.06), se dejó sin resolver la denuncia proveniente del testimonio de la hermana de la víctima, de nueve años de edad, quien aseguró que ella también fue objeto de abuso sexual por el acusado. El tribunal no remitió el expediente al Ministerio Público para que se abriera la investigación pertinente.

En *asuntos de menores*, el examen de 461 sentencias correspondientes a casos donde estaba involucrado el interés de niños y adolescentes sugiere que no se escucha a los mismos. El principio general, que es incumplido, está contenido en el artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez” (artículo 60). La opinión fue recibida en sólo 31 (6.72%) de los casos examinados.

Tratándose de la patria potestad, el código especifica que el juez deberá “oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión” y distingue al respecto dos situaciones: “La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el juez, considerando el grado de desarrollo

de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral” (artículo 106). Cuando el mismo cuerpo legal aborda el juicio de tenencia incluye en la motivación del auto resolutorio que “debe considerar obligatoriamente la posición del niño, niña o adolescente durante la audiencia, cuidando de no revelar lo que declaró en ejercicio de su derecho a ser oído” (artículo 291). Y, tratándose de la adopción, el Código dispone que en la audiencia el juez “oírán en privado al niño o niña a quien se pretende adoptar que esté en condiciones de edad y desarrollo para expresar su opinión. Si se trata de un adolescente, se requerirá su consentimiento” (artículo 285). Más que en otros aspectos del análisis de sentencias efectuado, estas disposiciones mostraron ser letra muerta en la práctica judicial.

Cuando el mismo Código establece que “El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley” (artículo 11), agrega: “Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”. Sin embargo, en la muestra hubo muchas sentencias en las que el juez invocó el interés superior del niño sin escuchar la opinión del menor involucrado en el caso.

En lo que se refiere al asunto de pensiones alimenticias, como se ha adelantado, la falta de prueba sobre necesidades del alimentado y de las capacidades de los obligados fue una constante casi generalizada en las sentencias integrantes de la muestra. La invocación del “interés superior del menor” y, en ocasiones, incluso alguna norma de la Convención sobre los Derechos del Niño, parecía suplir en la actuación judicial a la prueba necesaria. Una especie de caso típico en materia de pensión de alimentos es la sentencia en la que, habiéndose probado la paternidad, usualmente mediante la presentación de la partida de nacimiento del menor o los menores, el juez impone al obligado el pago de una pensión alimenticia sin otra consideración que respalde el monto de la misma. Un caso extremo de este tipo es 2171-06,

27.6.07, en el que la actora demandó a su cónyuge una pensión alimenticia de US\$ 300 mensuales para sus dos hijos. El juez dio por probada “la existencia legal” de los menores y resolvió que la pensión fuera de US\$ 90, sin siquiera enunciar qué pruebas fueron analizadas ni qué razones llevaron a fijar el monto impuesto en la resolución. De este modo, el examen de los parámetros que la ley dispone —necesidades del alimentado y capacidad económica de los obligados— no estuvo presente en la mayor parte de sentencias sobre pensión alimenticia que integraron la muestra.

El monto de las pensiones alimenticias impuestas en las sentencias pareció corresponder a ciertos estándares de vigencia local, lo que se tradujo en variaciones más notorias entre una ciudad y otra que entre un caso y otro del mismo lugar. Asimismo, las pensiones dictadas por jueces civiles parecían ser algo más altas que las impuestas por jueces de niñez y adolescencia.

Un caso de tutela y custodia legal (1118-2006, 31.8.06) mostró la falta de mejor fundamentación en esta área. La actora era abuela de tres menores, de quienes se hizo cargo cuando la madre se fue del país, y demandó a ambos padres la tutela y custodia legal de los niños. La jueza citó el artículo 106, 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, pero no siguió las correspondientes exigencias probatorias para establecer, conforme prevé la norma, si existió falta o inhabilidad de ambos progenitores y concluir que, en virtud de esta situación, procedía otorgar la tutela y custodia legal a la abuela, como efectivamente decidió en su resolución.

Un caso que deja la impresión de conflicto sin resolver es el de pensión alimenticia (146-2006, 21.7.06) en el que una madre demanda alimentos para la hija que, dice, ha sido descuidada por su padre. En la sentencia no se establece claramente los hechos ni se cita base normativa. Como pruebas se ofrece un testimonio y algunos documentos probatorios de gastos en los que ha incurrido la madre. El juez concluye en que la demandante no ha probado el hecho principal y rechaza la demanda. Si bien es verdad que, en aparente ausencia de reconocimiento de la hija, sólo la madre podía solicitar la prueba de ADN para probar la paterni-

dad, el juez no hizo nada para probar la relación entre la menor y el demandado.

Otro caso, particularmente singular, en el que se dejó un asunto central sin resolver fue uno de divorcio por mutuo acuerdo en el que debía fijarse también la pensión alimenticia (605-2006, 18.12.06). Atendiendo a que las partes residían en Estados Unidos, y pese a que los menores residían en Ecuador, el juez delegó en los jueces de aquel país la fijación del monto de la pensión debida.

Respecto de los *amparos constitucionales*, como se ha indicado antes, el problema principal parece residir en la comprensión de la institución de parte de algunos jueces, cuyo foco de atención no parece situarse en el cumplimiento de los requisitos fundamentales para que el amparo sea planteado: acción u omisión ilegítima de autoridad pública, que conculca derechos y ocasiona daños graves inminentes.

En la muestra aparecieron 33 resoluciones en esta materia, correspondientes a seis juzgados del país. La diversidad de problemas que el juez constitucional debe resolver es muy grande e incluía, en los casos de la muestra, asuntos como la procedencia o no del silencio administrativo, el pago de una indemnización por expropiación, si ha habido o no maltrato físico y psicológico a un menor, si la indemnización que ha recibido un empleado público corresponde a ley, si un comisario actuó correctamente al clausurar un bar, si los nombramientos de dos profesores debían realizarse o no, si se debió sancionar o no a un militar o policía, si un menor era lo bastante incapaz como para ser considerado apto para recibir pensión de montepío de su padre fallecido, la imposibilidad de nombrar al ganador de un concurso público de merecimientos para el puesto concursado, la competencia de una autoridad para emitir una resolución, si se podía ordenar la rotación de un funcionario de carrera diplomática, la existencia o falta de motivación de un acto administrativo, si una organización gremial podía sancionar a un particular, la indemnización correspondiente a un incumplimiento contractual, etcétera.

A los efectos de conocer y resolver estos y otros asuntos, el juez constitucional parece enfrentar una gran dificultad para comprender a cabalidad que la norma aplicable es la Constitución. Postergar leyes y reglamentos, alejarse de la interpretación literal, para servirse de métodos interpretativos que garanticen los derechos fundamentales y hacerlo creativamente, parecen vías difíciles de recorrer por el juez ecuatoriano. En las resoluciones examinadas se verifica que el juzgador vela por el cumplimiento estricto de la ley, aunque de ello se deriven violaciones de derechos fundamentales.

Como en cualquier otro caso, lo primero que el juez debe precisar son los hechos, en los que, tratándose del amparo, debe constatar —según lo dispuesto por el artículo 95 de la Constitución de 1998— si se está ante “un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave”. En las sentencias analizadas el juez tenía dificultades para reconstruir los hechos en una versión propia. En varias ocasiones se limitó a exponer las versiones de la parte actora y de la parte demandada, sin sacar una conclusión, pero en la mayoría de los casos únicamente se expuso la versión de una de las partes. Como consecuencia, el juez resolvió los casos sin citar las pruebas respecto de los hechos alegados o citando medios de prueba escasos, que no analizaba. En sólo seis de las 33 sentencias se da por probado o no el acto o la omisión y apenas un tercio del total de resoluciones hace referencia a algún medio probatorio.

El caso 708-2006 puede resultar ilustrativo. El accionante solicitó que se dejase sin efecto la suspensión del cargo de rector de un colegio en razón de que tal acto fue adoptado sin haberse verificado la veracidad de las denuncias y comprobado las circunstancias. El juez consideró que:

En el presente caso la concurrencia simultánea de los elementos señalados en el considerando anterior, deben estar presentes en

el acto impugnado, esto es el acuerdo Nro. 006-AJ de 16 de noviembre de 2006, emitido por el Subsecretario Regional de Educación, el emplazado... El actor ni en su escrito de demanda, ni en la audiencia pública llevada a cabo supo establecer la violación de ninguno de sus derechos individuales garantizados en la Constitución Política del Ecuador, pues el acto impugnado... emitido por el Subsecretario Regional de Educación, cumple con todos los requisitos legales que esta clase de actos requieren para su validez...

Más allá de si efectivamente se probó la existencia del acto (que no consta en la sentencia), el juez omitió reconstruir los hechos y dejó de analizar el contenido del acto impugnado con el objeto de establecer las razones por las que se había emitido, cumpliendo los requisitos legales y sin producir una violación de derechos.

Una razón que podría considerarse para explicar por qué los jueces no establecen los hechos que son alegados en los recursos de amparo puede estar referida a los tiempos establecidos en la Constitución de 1998. Parecería que la práctica de pruebas es imposible en el término de 72 horas. No obstante, el artículo 59 de la Ley Orgánica de Control Constitucional dispone: “No se admitirán incidentes de ninguna clase durante los [...] recursos para las garantías constitucionales, los mismos que deben atenderse a los principios de celeridad procesal e inmediatez [...] Sin embargo, de existir hechos que deban justificarse, de oficio o a petición de parte podrá disponerse o solicitarse así como actuarse la práctica”. En ninguno de los casos de la muestra se ordenó pruebas de oficio.

Un ejemplo de incompreensión de la figura del amparo por los jueces es el de 623-2006, 24.7.06, en el que un policía impugna la destitución de la que fue objeto por el Tribunal de Disciplina de la Policía Nacional en razón de haber sellado el pasaporte, con visa presuntamente falsa, de dos ciudadanas guatemaltecas. El accionante observa que el Tribunal nunca verificó, ni le otorgó la posibilidad de probar, si las visas eran efectivamente falsas,

hecho que, según sostiene, debió declararse en sentencia judicial. Interpuesto el amparo y solicitada la suspensión de los efectos del acto impugnado, el juez negó el amparo al sostener que la resolución del Tribunal de Disciplina no era susceptible de amparo debido a que no se trataba de un acto administrativo. Añadió que se estaba pretendiendo desviar la finalidad del amparo al solicitar que se reviera la prueba. Si la decisión del tribunal policial fue arbitraria, como parece colegirse de los hechos resumidos en la sentencia, el recurso de amparo tenía base suficiente, dado que tal decisión ocasionó al accionante un daño consistente en perder su trabajo sin causa justificada.

En el caso 413-2006, 18.7.06, se dejó sin resolver un asunto de gran importancia planteado por el recurso de amparo. La Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) incautó los activos de una empresa, aduciendo que estaba vinculada con los ex administradores de un banco deudor de la AGD. La empresa presentó el recurso, negó la vinculación y solicitó dejar sin efecto la resolución de la AGD. Lo que debió analizarse fue si AGD tenía motivos suficientes para decretar la incautación o más bien fue un acto arbitrario, como alegaba la recurrente, pero el juez centró su resolución en las facultades legales que la entidad tenía para decretar la incautación.

Como se ha recordado, la acción de amparo se entabla contra un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y de modo inminente amenace con causar un daño grave; o contra la conducta de un particular que afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Con esta acción se busca que el juez adopte medidas urgentes destinadas a evitar o cesar la comisión del daño grave o remediarlo inmediatamente. En las sentencias de la muestra, el análisis gira usualmente en torno a establecer qué implica que un acto u omisión sean ilegítimos y, en particular, a precisar si se han incumplido las garantías del debido proceso, si existe falta de motivación del

acto o si la administración pública ha incumplido el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución. No se encontró ninguna sentencia que sostuviese que la mera violación de derechos hace que el acto sea ilegítimo, ni se halló sentencias que analicen en profundidad cuándo un acto u una omisión son ilegítimos.

En lo que se relaciona con el daño, pese a que la norma constitucional no exige que el daño haya ocurrido, la tendencia encontrada en la muestra fue que los jueces determinasen que el daño debe ser material y palpable, calificándose la gravedad del mismo sin fundarla en un análisis, como puede verse en el caso siguiente, representativo de tal tendencia:

... sin embargo, únicamente para abundar el infrascrito tiene a bien destacar que la incautación de los activos y la prohibición de enajenar los bienes inmuebles de la reclamante, si bien vulnera su derecho de propiedad, derecho que el Estado está obligado a reconocer y garantizar, el supuesto daño no es grande ni cuantioso en cuanto a los avalúos de los bienes prohibidos de enajenar, conforme se infiere de la escritura de compraventa acompañada, por lo que el daño alegado no puede ser calificado de grave, como lo requiere el Art. 95 de nuestra carta política para la admisión del recurso (413-2006).

El daño moral, y en general, los daños inmateriales, así como los daños futuros, parecieron quedar excluidos por el criterio del juzgador.

En una tercera parte de casos de la muestra (12/33), los jueces de primera instancia resolvieron que el amparo era procedente. En estos casos, la medida más usual fue la de suspender los efectos del acto ilegítimo, pero en muy pocos casos se estableció remedios para la violación de derechos o para los daños ocasionados.

Importa notar que las deficiencias constatadas en materia de amparos constitucionales no corresponden sólo a los jueces. A menudo, según se puede deducir de las resoluciones, los abogados

no señalaron claramente los derechos violados, ni argumentaron al respecto, ni ofrecieron las pruebas conducentes a demostrar la violación.

8. *Patrocinio profesional y administración de justicia*

La calidad del patrocinio con el que contaban las partes no fue objetivo central del estudio pero respecto a él se recogió cierta información, al efectuar el análisis de las sentencias muestreadas. Aunque el texto de la sentencia no es la entrada más completa para evaluar la actuación de los abogados de las partes, en ocasiones en la resolución judicial hay claros indicios de la calidad de su participación. Por lo pronto, se encuentran indicios desfavorables al patrocinio prestado en cada uno de los casos en los que la parte demandante equivocó la base legal de su pretensión, algunos de los cuales han sido ya referidos.

Entre los asuntos civiles destacó, respecto a esta temática, uno de divorcio por abandono (116-08, 24.6.08) en el que tanto en primera como en segunda instancia, la defensa de la demandada no organizó la prueba necesaria para que el juez tuviera por disuelto el vínculo. En primera instancia, el juez concluyó en que no se había probado la fecha del abandono; apelada esta decisión, la sala concluyó en que no se había probado, por los testigos, que el abandono ocurriera de forma voluntaria y sin causa alguna. Que la defensa dejara la prueba librada a lo que ocurriera en el proceso perjudicó severamente a la clienta. Asimismo, en la muestra aparecieron varios casos (entre otros, 398-06, 5.4.06) en los que la defensa presentó extemporáneamente las excepciones.

En materia penal, cuando el acusado no se acoge a su derecho constitucional a guardar silencio, el abogado defensor parece desempeñar usualmente un rol pasivo al que no corresponde, por ejemplo, el ofrecimiento de pruebas. Desde esa actitud, la defensa se circunscribe con frecuencia a ofrecer testimonios de buena conducta que brindan quienes conocen al acusado y, en el mismo sentido, el certificado emitido por el centro de rehabilitación so-

cial donde hubiere estado detenido. Otra práctica de la defensa penal, en aquellos casos donde el hecho no llegó a culminar el propósito delictivo del agente debido a la acción policial persecutoria, consistió en sostener que se trataba de tentativa, para luego solicitar la aplicación de una menor pena.

En un amparo constitucional (15915, 31.1.08), el recurrente, funcionario de carrera del Ministerio de Relaciones Exteriores, sostuvo que un traslado a Quito —dispuesto luego de abrírsele un sumario administrativo inconcluso en razón de un conflicto con un embajador— transgredió sus derechos y no le dio derecho de defensa. El abogado reveló su desconocimiento de una acción en la que debía sustentar y probar la ilegitimidad del acto, lo que no hizo. Centró su argumentación en que no se podía disponer el traslado por no haber cumplido el accionante con el mínimo legal de permanencia, de tres años, en sus funciones en el cargo. Al parecer el abogado contó mal el tiempo. El amparo fue denegado.

Tanto en materia civil como en asuntos de niñez y adolescencia, resalta un estilo de ejercer la defensa en el que presentar una diversidad de excepciones en la contestación a la demanda³¹ —que usualmente son rechazadas al sentenciar— recarga inútilmente los términos del litigio sin beneficio alguno para la parte defendida. En ese mismo estilo, es usual que se tache a los testigos que la otra parte “llegare a presentar”, impugnándolos sin saber quiénes son, y que esto se haga incluso en el caso de un demandado que se halla en rebeldía. El abogado parece golpear en el vacío cuando “impugna y redarguye de falsas, improcedentes, ilegales y mal actuadas las pruebas presentadas y que presentare el demandado” o contradice “desde ya todo lo que vaya a manifestar la parte demandada”. Desde el punto de vista de los intereses de la administración de justicia, estos recursos muy probablemente

³¹ La excepción de “negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho”, usada rutinariamente, en ocasiones se contradice con determinadas afirmaciones formuladas en la contestación de la demanda o en la etapa probatoria.

restan sustancia y seriedad a la defensa ante los ojos del juzgador, puesto que constituyen maniobras retóricas sin mayor eficacia.

9. Conclusiones

- 1) Alrededor de tres de cada diez casos muestreados ofrecían dificultades en materia de prueba. La falta de análisis y evaluación de las pruebas, y la insuficiencia tanto de aquello que se da por probado como del razonamiento que lo respalda desemboca en sentencias que no establecen claramente cuáles de los hechos en controversia se consideraron probados. Las diversas falencias concurren, en definitiva, a mostrar falta de prueba suficiente para llegar a la decisión adoptada.
- 2) Una quinta parte de los casos muestreados exhibían insuficiencias en la base normativa utilizada para sentenciar. La mitad de ellos no contenían mención alguna de la base legal. La otra mitad citaban normas de manera insuficiente, errónea o impertinente en el caso bajo juzgamiento.
- 3) 20% de casos con problemas en la base normativa y 30% de casos con dificultades en materia de prueba³² apuntan a un problema relativamente serio en la justicia ecuatoriana. Las razones de estas proporciones deben guardar relación con varios factores. Entre ellos, probablemente esté el hecho de que algunas sentencias no son hechas por quienes han sido designados para desempeñar la tarea. Otra causal posible es el no haberse utilizado procedimientos de reclutamiento que establecieran la competencia efectiva para ejercer la función de juez. Sin duda, una tercera razón explicativa

³² Un cruce entre los datos hallados sobre ambos temas mostró que 11.42% del total de sentencias muestreadas padecía tanto de problemas en la base normativa como de insuficiencia probatoria. Estos casos constituirían el núcleo profesionalmente más endeble de la muestra. El siguiente círculo estaría conformado aproximadamente por otro 30% con dificultades técnicas importantes, entre las que aparecen asuntos normativos y debilidades probatorias.

reside en la inexistencia de mecanismos de monitoreo de las decisiones judiciales.

- 4) El manejo profesional que surge del análisis de las sentencias muestradas sugiere un juez promedio, responsable de su formulación, que aplica literalmente la norma sin analizarla y, menos aún, interpretarla; que se sirve sólo ocasionalmente de una base constitucional y se apoya muy esporádicamente en la jurisprudencia; que no hace uso de las elaboraciones disponibles en la teoría jurídica acerca de los asuntos que aborda, y que cita, de vez en cuando, una norma de origen internacional, más que por la utilidad que pueda tener en el razonamiento adoptado, en busca de la legitimidad que pueda brindarle invocarla.

El perfil del juez tipo que las sentencias analizadas sugieren, se corresponde con la formación jurídica que ha prevalecido, y aún prevalece, en facultades de derecho tradicionales de América Latina, en las cuales la enseñanza está restringida al aprendizaje memorístico de los códigos, especialmente los procesales, vía que es propia de una formación académica débil, de la que emerge un profesional que padece una pobreza jurídica marcada.

- 5) A los rasgos formativos en el desempeño de la función jurisdiccional hay que agregar, como rasgo resaltante en el juez promedio, la pasividad, que se manifiesta en: la falta de iniciativa para ordenar pruebas cuando así se requiere para alcanzar la verdad de los hechos, la inhibición para ejercer el control de legalidad sobre los acuerdos alcanzados por las partes en el proceso y el dejar, con cierta frecuencia, asuntos sin resolver o dudosamente resueltos en el pleito del que conoce. Las sentencias examinadas no revelan, pues, un juez a cargo del proceso sino a uno que está a lo que las partes propongan y hagan. Él resolverá, en su oportunidad, sin haber hecho uso de las facultades que la ley pone en su competencia para mejor resolver.

- 6) Los dos puntos precedentes constituyen falencias demasiado severas como para pensar que pueden ser subsanadas mediante simples acciones de capacitación. Aquéllos que las padecen con gravedad no deberían seguir ejerciendo el cargo de jueces. Esta conclusión aconseja la urgencia de efectuar la evaluación de jueces prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial (Disposición Transitoria Quinta).
- 7) Un tercio de sentencias con falta de capacidad persuasiva es un hecho de una magnitud suficiente como para restar legitimidad a la justicia. Si las sentencias que finalmente se pronuncian carecen de fuerza para convencer a quienes conocen su contenido —abogados y partes, en primer lugar—, este hecho erosiona la confianza en el sistema de justicia. Que un juez produzca una decisión no es razón suficiente para que los ciudadanos se consideren satisfechos en la sociedad democrática contemporánea. Tiene que ser una decisión con base jurídica, que aprecie adecuadamente los hechos y que sea razonable. El número de sentencias de la muestra que no correspondió a este patrón no fue mayoritario pero sí fue notoriamente alto.
- 8) La frecuencia en el uso de la citación mediante la prensa, y su conjunción con la complacencia judicial para probar determinados hechos sólo mediante testigos, puede facilitar juicios en los que la otra parte queda en indefensión o, incluso, en los que mecanismos de corrupción son los que explican el curso del proceso y el resultado.
- 9) En materia penal, la disparidad en las penas aplicadas —incluso por el mismo tribunal— a delitos del mismo tipo y la falta de proporcionalidad en las condenas que reciben hechos pertenecientes a distintos tipos delictivos merece ser resaltada a partir del somero examen de sentencias condenatorias hecho en este estudio. Sobre la base de la ausencia de razonamiento de la pena, estas disparidades y desproporciones alimentan una imagen social de la justicia en la que aparece la arbitrariedad y, tras ella, puede intuirse la corrupción.

- 10) En cuanto a aspectos de forma, el examen de sentencias efectuado pone de manifiesto:
 - La ausencia de una estructura común de las sentencias en Ecuador.
 - Insuficiencias y falta de claridad en el encabezamiento de las resoluciones.
 - Resúmenes de los hechos que no son propios del juzgador sino que siguen la versión ofrecida por las partes.
 - Mayor atención a la descripción de los hechos que al análisis de las pruebas.
 - Descuido de detalles relevantes como la edad, que en ciertos casos es clave para caracterizar los hechos o el conflicto.
- 11) El monitoreo y la evaluación de la calidad de las sentencias de la Función Judicial debe ser una tarea permanente, cuyo sentido y alcances van mucho más allá de la valoración del trabajo individual del juez. Importa evaluar los criterios que se utilizan, la aplicación efectiva de las instituciones jurídicas, el uso de la jurisprudencia, las prácticas judiciales que se desarrollan —y su grado de conveniencia—, etcétera. Sin esta información —acerca de lo que efectivamente hacen los jueces— no se tiene una base cierta tanto para orientar políticas judiciales, en general, como para perfilar sistemas de reclutamiento y diseñar la formación judicial, en particular.
- 12) El desempeño profesional afecta tanto los intereses del cliente como la calidad del sistema de justicia. Aunque este estudio de sentencias no efectuó un seguimiento sistemático de la calidad del patrocinio profesional, a lo largo del análisis de las decisiones judiciales se encontró diversos casos en los que el abogado había equivocado la base legal invocada para fundar su pretensión, presentó excepciones extemporáneamente, no supo organizar la prueba o, simplemente, se mantuvo en una pasividad que, en el caso penal,

apenas se limitó a presentar certificados de buena conducta. Ciertamente, el clásico rol de “auxiliar de la justicia” no parece estar reflejado en estos comportamientos. Pero, además, un estilo de ejercicio en el que se plantea todas las excepciones posibles, aunque luego no se las fundamente, y en que se impugna todo lo que legalmente se puede impugnar, no sólo es infructuoso para el cliente sino que entorpece y traba el funcionamiento del sistema de justicia. Con esta observación, apenas se intenta llamar la atención sobre un factor, poco percibido, de cuyo desempeño también depende el servicio de administrar justicia.