SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Doctor Miguel Antonio Hernández Terán, con cédula de ciudadanía 0909991317, casado, domiciliado en la ciudad de Guayaquil, abogado en ejercicio de la profesión, fundamentado en mi derecho constitucional de petición establecido en el artículo 66 numeral 23 de la Ley suprema, presento ante ustedes este escrito como **AMICUS CURIAE** en el marco del auto de verificación 117-21-IS/23 del 29 de julio de 2023.

“Mi intervención a través de este escrito tiene por objeto analizar, desde un punto de vista técnico y académico, la actuación del juez Iván López Padilla al dictar el auto de ejecución de 15 de junio de 2023, mediante el cual dicho juez resolvió aprobar el informe pericial presentado por la perito Lourdes Preciado Almeida y ordenó que Holcim entregue en el plazo de 20 días el monto de US\$ 59'270.191,36, sin valorar el informe pericial ni analizar si el cálculo contenido en este cumplía con las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el presente caso. En particular, examinaré cómo esta actuación incide en los derechos a la tutela judicial efectiva, la obligación que tiene el juez de ejecutar las sentencias, la irrenunciabilidad de la potestad jurisdiccional y el rol que tienen un juez frente a los informes periciales en un proceso de ejecución de sentencias”.

Es mi propósito también representar ante ustedes la importancia del cumplimiento de las sentencias judiciales, de la etapa de seguimiento de las mismas, y la necesidad de que los peritajes para la ejecución de las sentencias sean fieles con los parámetros, estándares y fórmulas dispuestos en sentencia, so pena de arbitrariedad.

En este caso, la negativa del juez a valorar el informe pericial ajustado, y como consecuencia de ello disponer el pago del monto fijado por la perito, amerita una explicación detallada que paso a desarrollar a continuación.

I EL PODER DE ADMINISTRAR JUSTICIA, SU CARÁCTER DE SERVICIO PÚBLICO Y SU IRRENUNCIABILIDAD

La administración de justicia constituye un servicio público indisolublemente ligado con el concepto de jurisdicción. El concepto de jurisdicción es esencialmente estatal, y se encuentra ligado en forma directa con el de soberanía, cuya titularidad pertenece al pueblo.

El artículo 1 párrafo segundo de la Constitución vigente define que “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la

autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.”

Así, el concepto de jurisdicción se canaliza a través del Estado y de los órganos que este reconoce, *no necesariamente estatales (como los árbitros)*. Por lo mismo, ejercen jurisdicción solamente los órganos y las autoridades a los cuales la Constitución y las leyes le reconocen dicho poder. Así, nuestra Ley suprema reconoce la jurisdicción indígena, la jurisdicción arbitral, la jurisdicción de paz, y por supuesto no reconoce la “jurisdicción pericial”.

Importante es precisar que la jurisdicción regularmente se encausa o materializa a través de la **competencia** asignada por la Constitución y las leyes a esos órganos reconocidos por el Estado. Tal competencia se asigna típicamente en función de la materia, del grado, del territorio..¹

El artículo 39 del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1887 definió que ² “La justicia se administra por los juzgados y tribunales establecidos por la Constitución y las leyes.” (No había, pues, justicia pericial). Norma que concuerda con el artículo 1 que determina que “La jurisdicción ó el poder de administrar justicia corresponderá á los magistrados y jueces establecidos por las leyes.” (No a los peritos). Esta determinación es totalmente concordante con el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial vigente, que define que “La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.”

Dejamos sentado que ya en este antiguo Código de 1887 estaba establecido en el artículo 265 que “En ningún caso están obligados los jueces á seguir el juicio de los peritos, si su convicción se opone á él”

En el vigente Código Orgánico de la Función Judicial el artículo 7 se dedica a los principios de legalidad, jurisdicción y competencia en el artículo 7:

“Art. 7.- Principios de legalidad, jurisdicción y competencia.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

¹ La Constitución de 1835 estableció en el artículo 80 el concepto de jurisdicción¹ al afirmar que los tribunales y juzgados “no podrán ejercer otras funciones, que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.”¹ Circunscribió, pues, su papel al ejercicio de la jurisdicción. (Como todos sabemos el contenido de la jurisdicción consiste en “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, al tenor del artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial.)

² <file:///C:/Users/Dr.%20Miguel%20Hern%C3%A1ndez/Downloads/LBNCCE-msc03-Anon-6442.pdf>

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.”

Ahora bien, las leyes procesales han previsto desde hace muchos años la existencia de los peritos como **auxiliares** que pueden ser importantes para el ejercicio de la potestad de administrar justicia, cuando por tratarse de materias especializadas, el juez o jueza necesita de orientaciones técnicas o especializadas para resolver. El viejo Código de Enjuiciamientos, ya citado, estableció en el artículo 253 que “Se nombrarán peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte ú oficio.”

En el Código Orgánico General de Procesos el artículo 221 define al perito en los siguientes términos:

“Es la persona natural o jurídica que por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de **informar**³ a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia.”

Hechas estas precisiones sobre la jurisdicción, y mencionado que ha sido rápidamente el rol de los peritos, rol sobre el que volveremos después, corresponde enfocarnos en el carácter de servicio público de la administración de justicia.

Los servicios públicos constituyen una de las razones fundamentales que justifican la existencia del Estado como sociedad política y jurídicamente organizada. Tanta es su importancia que a partir de la Constitución Política publicada en el Registro Oficial No 133 del 25 de mayo de 1967 el Estado es responsable por los perjuicios irrogados a los particulares como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo. En la nombrada Constitución de 1967 esta responsabilidad está establecida en el artículo 27.⁴

³ Las negrillas son mías.

⁴ El texto completo de la disposición es el siguiente:

La relevancia de los servicios públicos es tan grande que una de las reformas constitucionales publicadas en el Registro Oficial del 863 del 16 de enero de 1996 instituyó como uno de los derechos de las personas en el artículo 4 de tal variante, “El derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, así como a ser informado sobre su contenido y características...”

La Constitución de 1998 consagró como uno de los derechos reconocidos y garantizados a las personas “El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad...” (Art. 23 numeral 7).

La vigente Constitución consagra en el artículo 66 numeral 25 como uno de los derechos de libertad reconocidos y garantizados “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.”

Coherente con lo anterior uno de los principios capitales de la responsabilidad extracontractual del Estado o responsabilidad reparadora consagrada en el artículo 11 numeral 9 de la Ley suprema es que “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.”⁵

Este mandato guarda coherencia con el artículo 172 párrafo tercero de la misma Constitución, que ordena que “Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o **quebrantamiento de la ley**”⁶.

La explicación jurídica de la responsabilidad estatal y de la responsabilidad personal de los jueces es que “**La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley**”⁷”, tal como lo determina el artículo 15 de Código Orgánico de la Función Judicial. De este dogma deriva, entre otros, dos consecuencias señaladas en esta misma disposición: 1.- “el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”; y, 2.- “Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, error judicial, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley.

“Art. 27.- El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.” (Párrafo primero)

⁵ Párrafo cuarto del numeral 9.

⁶ Las negrillas son más.

⁷ Las negrillas son más.

Además de ello tal categoría jurídica (los servicios públicos) hace entrar en juego ciertos estándares constitucionales de forzoso cumplimiento. En efecto, el artículo 314 de la Ley suprema ordena que “El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad...”

Sobre el acceso a los servicios públicos el artículo 66 de la Constitución expresa:

“**Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)

25. **El derecho**⁸ a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.”

La administración de justicia atiende una necesidad pública. De ahí su carácter de servicio público. Y por ser servicio público el artículo 172 de la Constitución impone en el segundo párrafo que “Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, **aplicarán el principio de la debida diligencia**⁹ en los procesos de administración de justicia.”

Por supuesto que ese servicio público está condicionado a la sujeción al ordenamiento jurídico de la República, primero porque así lo impone el artículo 172 párrafo primero de la Constitución: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”; segundo, porque el artículo 426 de la Ley suprema ordena en el primer párrafo que “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”; tercero, porque esa Constitución en el artículo 3 numeral 4 establece como deber primordial del Estado la *garantía del ordenamiento jurídico*¹⁰; cuarto, porque la misma Ley suprema determina en el artículo 82 que “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Así las cosas, es a todas luces obvio que si la administración de justicia es un servicio público, que además está sometido a la seguridad jurídica, así como “a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”, como dispone el artículo 172 de la Ley suprema; que si dicho servicio es un derecho, y como tal está comprendido dentro del dogma

⁸ Las negrillas son mías.

⁹ Las negrillas son mías.

¹⁰ “**Art. 3.-** Son deberes primordiales del Estado:

(...)

4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.”

de que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, al tenor del artículo 11 numeral 9 párrafo primero de la Ley suprema, siendo este dogma una obligación constitucional incondicional, directa y permanente a cargo del Estado; que por ser tal servicio un servicio público la Constitución establece tanto la responsabilidad estatal como la de las juezas y jueces, **su ejercicio es totalmente irrenunciable**; de poder renunciarse a la obligación de prestar el servicio público indicado por parte de los jueces al no ejercer, con cualquier pretexto, su papel de juzgar situaciones concretas, equivaldría a que los jueces puedan renunciar al ejercicio de la jurisdicción.

Posibilidad totalmente insólita a la luz de ordenamiento jurídico estatal. Además, significaría un absurdo, pues las obligaciones no se renuncian, se renuncian los derechos. Y más aún, la obligatoriedad es uno de los mandatos que debe cumplir todo servicio público y su provisión, según el artículo 314 ya citado de la Constitución. Recordemos que según el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial el servicio público de administración de justicia **debe ser prestado**, y debe serlo porque es un derecho constitucional de los administrados. El ejercicio de la jurisdicción, esto es, de “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (“potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”) según el artículo 150 del Código citado, **es irrenunciable**. Si fuera renunciabile equivaldría, en términos prácticos, a denegación de justicia. El ejercicio de la jurisdicción o de una parte de ella jamás puede ir a dar, en los hechos, a manos de los peritos, con o sin subterfugios.

II EL PROPÓSITO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La razón de ser del servicio público de administración de justicia es la realización del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, el cual comprende también los intereses legítimos de los justiciables. Y ese derecho a la tutela judicial efectiva se logra cuando hay efectivamente acceso a la justicia, respeto al debido proceso, que comprende la debida diligencia, resolución debidamente motivada y ejecución íntegra de la decisión correspondiente. Realizado el correspondiente derecho objeto de la tutela judicial el justiciable logrará la tutela judicial efectiva propiamente dicha, esto es, “el estado o situación cierta de amparo jurídico y realización material del derecho o interés legítimo que, teniendo como antecedente, por regla general, una o más providencias judiciales, permite al titular del derecho o interés legítimo o a quien se encuentre en el ejercicio legítimo de los mismos, el disfrute de sus beneficios patrimoniales y/o extrapatrimoniales, o prepara el camino para su realización permanente”¹¹

¹¹ HERNÁNDEZ, Miguel (2005). *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia*. Guayaquil: Offset Graba. Páginas 57 y 58.

Como características de esta tutela se ha señalado, entre otros:¹²

a) Es un derecho y a su vez un bien jurídico superior, y como tal prevalente sobre otros derechos de menor rango.

(...)

c) Es y debe ser el concepto rector, la misión y el desafío esenciales de la Función Judicial y de todo juez o magistrado individualmente considerado; y por consiguiente el patrón esencial de la gestión de todo órgano gubernativo de la Función Judicial, y por ello, del Consejo Nacional de la Judicatura ecuatoriano.

d) Es un derecho-garantía que, por ser el elemento esencial de la gestión institucional de la Función Judicial y de todos los jueces y magistrados individualmente considerados, cada día pone a prueba su eficiencia y eficacia. Constituye, pues, un indicador permanente del éxito o del fracaso de la Función Judicial desde el punto de vista del administrado.

e) Debe ser uno de los patrones de gestión institucional de la Función Legislativa y de los legisladores individualmente considerados. La Función Legislativa debe nutrir a la Ley de tal manera que facilite la realización de los derechos de las personas y de sus intereses legítimos.

f) Por su nivel de incidencia en el ejercicio de los derechos ciudadanos, y por ende en el ejercicio de la Democracia y del Estado de Derecho, es necesario el involucramiento y preocupación ciudadanas permanentes por su materialización.

La realización de la justicia depende de la materialización del indicado derecho. La intensidad y ámbito de los derechos que pueden ser protegidos por el derecho a la tutela judicial efectiva siempre puede ir evolucionando. Según el artículo 11 constitucional (que fija los principios que han de regir el ejercicio de los derechos), numeral 8, "El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio."

Es reconocido doctrinaria, legal y jurisprudencialmente que la tutela judicial efectiva se realiza **cuando se ejecuta íntegramente** la correspondiente decisión. En el caso de las garantías jurisdiccionales en el Ecuador existe norma expresa en la Constitución de la República. En efecto, dentro de las reglas comunes para tales garantías contenidas en el artículo 86 consta la siguiente:

¹² Páginas 58 y 59 de la misma obra.

“Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.”

La razón es obvia: si no hay ejecución integral la tutela judicial es incompleta¹³. Y ADEMÁS, DEJA DE SER **EFFECTIVA**. Es tanta la importancia de la ejecución de las decisiones judiciales que según el artículo 75 de la Constitución, que establece el derecho objeto de nuestros comentarios, “El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. Es decir, la Constitución considera a la sanción por el referido incumplimiento un factor determinante para la realización del derecho a la tutela judicial efectiva.

La doctrina ha definido a tal derecho como¹⁴:

el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la posibilidad jurídica que tiene un sujeto de Derecho de acceder, en condiciones de igualdad con otro sujeto de similares características, a la administración de justicia o a órganos relacionados en forma directa con ella, y a conseguir de dicha administración en tiempo razonable y en el marco de un debido proceso, una resolución motivada y justa que debe cumplirse en forma integral y real en forma inmediata, salvo que por la materia de la decisión o por otra circunstancia su ejecución exija un tiempo posterior.

Es, pues, la tutela judicial efectiva el constante, cualificado y constitucional desafío de todo el sistema de justicia, incluido el constitucional.

La gran filosofía detrás de este derecho es que el Estado debe resolver los conflictos que se someten a su decisión, y debe ejecutar o hacer ejecutar la misma. Tanto así, que hay en el Código Civil ecuatoriano (y en varios de otros países) una vieja norma que dice que “Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley¹⁵.”

En la misma línea de aguda tutela de los derechos el artículo 11 numeral 3, párrafo tercero, de la Constitución impone que:

“Los derechos serán **plenamente justiciables**¹⁶. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

¹³ Cabe destacar que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva también abarca a las decisiones de la administración pública.

¹⁴ Página 29 de la obra citada.

¹⁵ Artículo 18, párrafo primero.

¹⁶ Las negrillas son mías.

Y el artículo 3 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo que fija los principios de la justicia constitucional, define con elocuencia:

“No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.”

El gran mensaje es muy evidente: el Estado no puede ni debe **sacrificar** la realización de la tutela judicial efectiva.

La realización de la tutela judicial efectiva elimina la incertidumbre de las partes en litigio. La incertidumbre no termina con la resolución sino con la ejecución íntegra de la correspondiente decisión.

III LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA PERICIA

La administración de justicia como servicio público debe ser adecuada. Si no se cumple este estándar el Estado es responsable, según lo establecido en el artículo 11 numeral 9, párrafo tercero de la Constitución. A ello contribuyen directamente dos elementos: 1) la existencia institucional del Consejo de la Judicatura, el cual tiene, entre otras, la función de “Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial”, según lo ordenado en el artículo 181 numeral 5 de la Ley suprema; y, 2) el carácter debidamente motivado de sus decisiones, al tenor del artículo 76 numeral 7 letra l) de la misma Ley suprema:

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

(...)

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

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren **debidamente motivados**¹⁷ se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

La motivación jurídica, como es ampliamente conocido, es la antítesis de la arbitrariedad. La autoridad arbitraria clásicamente es aquella que resuelve sin motivación jurídica o con insuficiente motivación. Por eso la atención explícita de la Constitución vigente de octubre de 2008, así como de la Constitución de 1998. En el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia la arbitrariedad no tiene sustento institucional alguno.

¹⁷ Las negrillas son mías.

Ya la Constitución de 1830¹⁸ se ocupó de combatir la arbitrariedad judicial cuando impuso en el artículo 49 que “Los tribunales y juzgados fundarán siempre sus sentencias¹⁹”. Mandato que fuera ratificado en el artículo 80 de la Constitución de 1835, aprobada en Ambato el 30 de julio de 1835²⁰. Más de 130 años después la Constitución Política publicada en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967 ordenó en el artículo 200, entre otros, que “La sentencia expresará los fundamentos de hecho y de derecho en que se base.”

Pues bien, el juez como figura institucional del Estado es un profesional del Derecho, y como tal entendido en materia jurídica. Hay ocasiones en que por la particularidad del caso que debe *resolver o ejecutar* necesita contar con el auxilio o apoyo técnico de personas especializadas en otras ciencias, las cuales deben informar al juez de manera sustentada, lógica y clara sus criterios sobre la respectiva materia, debiendo exponer conclusiones claras y específicas, que deben ser la consecuencia de lo sustentado en el informe, debiendo esa persona especializada sujetarse a los parámetros o mandatos dispuestos por el juez u ordenados en la respectiva sentencia. Si el especialista se aparta de esos parámetros o mandatos entonces su informe y conclusiones serán necesariamente arbitrarios, debiendo responder por dicha arbitrariedad. Ese alejamiento, dependiendo de la gravedad, puede llegar a constituirse conceptualmente en **fraude** de la sentencia o providencia judicial.

Hay una variedad de irregularidades que pueden presentarse en el desarrollo del informe del indicado especialista, que técnicamente recibe el nombre de perito. Así: 1) El informe podría incumplir las instrucciones, parámetros o estándares dispuestos por el juez en la providencia **o sentencia**, *causando arbitrariedad*; 2) El informe podría aparentemente cumplir con tales instrucciones, parámetros o estándares, pero en el fondo incumplirlos a través de: a) la argumentación de falacias, b) la incorporación implícita de elementos técnicos que desvirtúan o afectan en forma sustancial tales instrucciones, parámetros o estándares, y que influyen en las conclusiones del perito, c) la incorporación de definiciones técnicas con un contenido distinto al correcto según la respectiva ciencia, d) la incorporación de factores o elementos de cálculo no ordenados por el juez, incorporación que puede ser explícita o implícita, y que puede tener una argumentación falaz como sustento para justificar dicha incorporación; 3) El informe podría ser contradictorio en sus sustentos; 4) El informe podría ser contradictorio o incoherente considerando los antecedentes, los sustentos y las conclusiones; en definitiva, las conclusiones expuestas por el perito no se derivan de su propio análisis o justificación técnica; 5) Las conclusiones podrían ser sobredimensionadas en relación con su sustento técnico, en cuyo caso las conclusiones en las partes sobredimensionadas no tendrían sustento; 6) Las conclusiones podrían ser

¹⁸ Aprobada por el Congreso Constituyente en la ciudad de Riobamba el 11 de septiembre de 1830. Fuente de este dato: la obra citada de Federico TRABUCCO, página 46.

¹⁹ Obra citada de TRABUCCO, página 42.

²⁰ TRABUCCO, página 64.

mínimas en relación con su sustento técnico; 7) El informe puede reflejar que el perito no comprendió el alcance de las instrucciones, parámetros o estándares dispuestos por el juez en la providencia o **sentencia**; 8) El perito incorpora elementos de cálculo no dispuestos por el juez en la liquidación para ejecutar una sentencia, lo cual convierte al informe en un informe arbitrario; 9) El perito incorpora elementos de cálculo no dispuestos por el juez en la liquidación para ejecutar una sentencia, con la justificación de que son elementos implícitos que no necesitan de un mandato expreso por parte del juez, y que por lo mismo son connaturales en este tipo de trabajos; 10) El perito incorpora en su informe elementos que en su parecer son justos y necesarios para una mejor decisión del juez en el caso concreto, lo cual convierte al informe en arbitrario; 11) El informe pericial podría estar parcializado a favor de una de las partes del conflicto con excusas de diverso tipo. 12) El informe pericial podría estar prejuiciado en contra de una de las partes y a favor de otra); 13) El informe pericial podría estar prejuiciado en contra de una de las partes, sin estar a favor de otra; 14) El informe pericial podría haber utilizado técnicas o métodos impertinentes para el caso concreto o superados según el estado de la ciencia, de la técnica o de la especialidad; 15) El informe pericial podría ser ilegal, inconveniente o inconstitucional por contravenir disposiciones de dichos rangos, pudiendo o no ser determinantes dichos vicios en función de su relevancia o impacto en el informe pericial; 16) El informe pericial puede contener conclusiones absurdas a la luz de los principios y reglas que gobiernan la respectiva ciencia, técnica o actividad especializada, aun cuando esas conclusiones sean coherentes con el análisis previo del mismo perito en el informe; 17) El informe pericial podría reflejar falta de neutralidad o de sustento científico o técnico verdadero; 18) El informe pericial podría convertirse en un instrumento de injusto perjuicio en contra de una de las partes; 19) Las conclusiones del informe pericial podrían ser desproporcionadas; 20) El informe pericial podría, implícitamente, agregar hechos nuevos o apreciaciones que no fueron objeto del pedido del juez, *causando arbitrariedad*; 21) El perito judicial incorpora un “detonante” o acepta un “detonante” que dispara la liquidación para la ejecución de una decisión judicial

Hemos mencionado tan sólo algunas de las posibles irregularidades que pueden darse en los informes periciales, varias de las cuales pueden ser determinantes de su falta de idoneidad.

Resulta de toda evidencia que un documento que puede adolecer de alguna o de varias de las irregularidades señaladas, o de otras, no puede llegar a convertirse en un documento determinante de la decisión judicial, sea esta declarativa, constitutiva, de ejecución o de cualquier tipo, por la ausencia de valoración. Una situación así implicaría que el perito se convierte, de hecho, en el juez de la causa. No importan las formas sino los efectos: el efecto de no valorar el informe pericial supone, en los hechos, una renuncia del juez al ejercicio de parte de la jurisdicción, esto es, **del poder de juzgar**, lo cual sería sencillamente absurdo, pues **el poder de juzgar es irrenunciable**. Una

barbaridad así jamás podría argumentarse con razones concluyentes. Más aún, sería inconstitucional por violatoria del principio de independencia judicial consagrado en el artículo 168 numeral 1 de la Constitución.²¹ (Es muy posible que un juez que sostenga que un informe pericial no necesita ser valorado cometa error inexcusable. El perito no puede, en los hechos, convertirse en el juez de la causa, y este en un simple ejecutor (y hasta cómplice) del informe pericial al no valorarlo.

(Y cuando el informe pericial se convierte en un documento voraz e ingenioso para desvirtuar el recto sentido de la ejecución de una decisión judicial, estamos ante una situación especialmente criticable que puede llegar incluso a convertir a tal informe en instrumento de **fraude a la decisión judicial** en ejecución, y por ello de fraude a la recta administración de justicia)

El Estado constitucional de derechos y justicia es incompatible con una “transformación” así: de informante a decisor implícito. La potestad de juzgar sólo corresponde a los jueces. Según el artículo 167 de la Constitución “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. **El perito jamás puede, a través de su informe, convertirse, de hecho, en juez de la causa o en juez de ejecución de la decisión judicial.** El perito no tiene esa capacidad de mutación.

El informe pericial no es, pues, un documento “sagrado” para el juez. Es un documento útil para la correspondiente decisión judicial, el cual debe ser analizado y valorado por el juez. En el Derecho Procesal es un dogma que los informes periciales deben ser valorados por el juez, sea para la decisión **o para la ejecución de la decisión judicial.** La valoración es parte gravitante del debido proceso. Si no hay valoración hay violación al debido proceso, pues la valoración sustenta la motivación. Recuérdese que según abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional *el debido proceso es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva*. Justamente a través de la valoración del informe pericial el juez puede comprobar si dicho informe adolece de alguna irregularidad, y si esta es o no determinante. La valoración que hacen los jueces de los documentos y pruebas incorporadas al proceso judicial no encuentra en los informes periciales una excepción.

La falta de valoración del informe pericial ha sido considerada por la jurisprudencia como un error de hecho. En este sentido puede leerse la sentencia C-124/11 de la Corte Constitucional de Colombia²².

²¹ “**Art. 168.-** La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.”

²² Esta misma sentencia cita jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

“...Así, considera la Corte Suprema que “... [t]iene precisado la jurisprudencia de la Corte, que en la actividad desplegada por el fallador en al apreciación de un dictamen pericial, se puede

Como refiere Camilo Cárdenas Herrera:²³

“...la actividad valorativa no puede ser pasiva e irreflexiva; por el contrario, el juez debe asumir una actitud crítica y diligente para el entendimiento de los conocimientos especializados ofrecidos por el experto, aun reconociendo la ignorancia del juez sobre las materias científicas, técnicas o artísticas, esto no puede conllevar a que “la actividad de juzgamiento quede sometida a la obligación de aceptar el concepto tal y como fue presentado, porque el auxilio que presta el concurso de los peritos no lo ata inexorablemente, solo coadyuva la función del operador judicial”.

El juez no puede omitir la valoración de este medio de prueba bajo la excusa de desconocer los saberes especializados introducidos por el perito, en efecto, el juzgador no tiene la capacidad para entrar a debatir directamente los conocimientos especializados en igualdad de condiciones con el experto, pero lo que sí puede ejercer, es un examen de diversos puntos que no requieren la experticia en la materia, en últimas, el juez “tiene encomendada la labor de vigilar el razonamiento del perito” (Este autor señala que el examen de las capacidades del experto puede desembocar en la falacia ad verecundiam)²⁴.

incurrir tanto en error de derecho como de hecho. También ha dicho la misma fuente, que se incurre en la primera clase de error cuando se aprecia una experticia que fue allegada al proceso con pretermisión de las formalidades legales, o cuando se desecha por considerarse, de manera equivocada, que la misma no fue incorporada al expediente en legal forma, y por supuesto cuando con ocasión de su evaluación se atenta contra el régimen jurídico que gobierna el mencionado medio. Se cae en la segunda clase de error, cuando se pretermite el estudio del legalmente aducido, o se supone el que no existe, o se reduce o adiciona el contenido objetivo de la experticia, o se desacierta al calificar la precisión, fundamentación o concordancia de dicho medio probatorio, pues pese a ser una norma de derecho probatorio la que fija las pautas para que el fallador cumpla esta última labor (artículo 241 del C.P.C.), lo que finalmente se estaría alterando con tal equivocación sería el contenido objetivo de la prueba.

²³

https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/22930/2/C%3a1rdenasCamilo_2021_PruebaPercialParadoja.pdf

Página 95.

²⁴ En los siguientes casos:

- (I) El juez acepta el contenido del dictamen basándose exclusivamente en que el perito está bien calificado para conceptuar sobre la materia.
- (II) El juez acepta el contenido del dictamen únicamente porque proviene de una entidad oficial o institución especializada en el objeto del peritaje.
- (III) El juez otorga una importancia desproporcionada a la idoneidad del perito, por tal motivo le asigna más mérito probatorio del que realmente tiene, por ejemplo, porque allegó una cantidad significativa de títulos académicos o por ser uno de los pocos profesionales dedicados al objeto de la experticia. (
- (IV) El juez utiliza exclusivamente la idoneidad del experto para dirimir las discrepancias surgidas entre peritajes.

Aunado a ello, existe una situación que aumenta el riesgo de proliferación de la falacia ad verecundiam, se trata de aquellos casos en donde el perito afirma en términos de certeza la acreditación de ciertos hechos objeto de debate probatorio, así, la prueba pericial se convierte en un medio probatorio determinante de la decisión judicial...”

Páginas 64 y 65.

El examen, la valoración del informe pericial, el análisis de su congruencia interna es un aspecto esencial del trabajo del juez, previo a la toma de la decisión correspondiente, sea que dicha decisión sea constitutiva o de ejecución.

De lo que se trata es de que la decisión judicial sea debidamente motivada en los hechos y en el Derecho, a efectos de cumplir el estándar constitucional establecido en el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución; bien entendido que la motivación debe ser suficiente en los hechos y en el Derecho, tal como lo exige la Corte Constitucional del Ecuador. Es, pues, condición necesaria de la motivación jurídica el análisis previo e integral del correspondiente informe pericial.

IV

LAS PROPIEDADES DE LA PERICIA Y DE LOS PERITOS²⁵

- La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso²⁶.
- El perito es un tercero en relación al juez.
- Es un tercero experto en determinada rama, ciencia o actividad.
- Está sujeto a las reglas y principios propios de la pertinencia ciencia, técnica o actividad.
- Su trabajo, expresado a través de un informe, se refiere a “algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia²⁷”
- El perito **debe trabajar con objetividad e imparcialidad²⁸**.
- El perito cumple un trabajo de **apoyo o auxilio al juez** en razón de que este carece de conocimientos especializados sobre otras ramas, ciencias o actividades relacionadas con el objeto del proceso o con una parte de este.
- El perito debe actuar con transparencia y compromiso en el cumplimiento de su encargo.
- El perito debe actuar con independencia en relación a las partes litigantes.
- **El informe pericial es y debe ser objeto de valoración por parte del juez, por su vinculación con el derecho constitucional a la motivación jurídica, y por ende con el debido proceso.** Recuérdese que el artículo 89 del COGEP dice, entre otros, que “Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, **que**

²⁵ Algunas de estas propiedades constan en el COGEP.

²⁶ Art. 227 del COGEP.

²⁷ Artículo 221 del COGEP.

²⁸ Artículo 223 de COGEP.

conducen a la apreciación y valoración de las pruebas²⁹ como a la interpretación y aplicación del derecho.”

- Puede adolecer de **irregularidades determinantes** que afectan su idoneidad, su aptitud para sustentar la decisión judicial, sea constitutiva o de ejecución. El juez no está obligado a aceptarlo. **Es decir, no es vinculante.**
- Si el informe pericial es equivocado y el juez no lo advierte puede producir el error del juez. Situación que puede llegar a sacrificar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Habrá en este caso una falla del servicio público de administración de justicia.
- El perito está obligado a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo, como parte de la garantía del derecho a la defensa, que es parte del debido proceso de acuerdo con el artículo 76 numeral 7 letra j) de la Constitución de la República.
- **Debe sustentar su informe** en la audiencia de juicio o única³⁰.
- En la audiencia **las partes podrán interrogarlo bajo juramento**, acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del informe, siguiendo las normas previstas para los testigos³¹.
- **Está sujeto a conainterrogatorio³².**
- Durante la audiencia de juicio o única, podrán dirigirse a la o al perito, preguntas y presentar pruebas no anunciadas oportunamente orientadas a determinar su parcialidad y no idoneidad, a desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones así como cualquier otra destinada a solventar o impugnar su credibilidad³³.
- El informe pericial debe contener, entre otros³⁴:

1.- La explicación de los hechos u objetos sometidos a análisis.

2.- El detalle de los exámenes, métodos, prácticas e investigaciones a las cuales ha sometido dichos hechos u objetos.

3.- Los razonamientos y deducciones efectuadas para llegar a las conclusiones que presenta ante la o el juzgador.

Las conclusiones deben ser claras, únicas y precisas.

(La doctrina dice que el perito no tiene convicciones procesales sino convicciones científicas)

Las pericias que cumplen los peritos tienen, como queda visto, una relación directa con la realización del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero cuando esas pericias se desdibujan y se apartan de los mandatos judiciales, entonces pierden su sol de apoyo al sistema de justicia. *El tema es más grave cuando las pericias que se apartan de esos mandatos se realizan en la etapa de*

²⁹ Las negrillas son mías.

³⁰ Artículo 222 del COGEP.

³¹ Artículo 222 del COGEP.

³² Artículo 222 del COGEP.

³³ Artículo 223 del COGEP.

³⁴ Artículo 224 del COGEP.

ejecución de las sentencias, pues entonces se convierten en factor de incumplimiento, y hasta, posiblemente, de fraude de las mismas.

V CONCLUSIONES

- La administración de justicia es un servicio público
- El propósito de tal servicio es la realización del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.
- Para dicho propósito las leyes procesales han previsto, entre otros, la posibilidad de que los jueces cuenten con peritos.
- El perito es un tercero.
- El perito es un especialista en ramas, materias o ciencias diferentes al Derecho que **informa** al juez o jueza sobre los específicos aspectos ordenados por el juez, siguiendo los parámetros o estándares dadas por él.
- Consiguientemente, el perito cumple una función **auxiliar**.
- El perito no puede válidamente apartarse de tales parámetros o estándares, so pena de arbitrariedad.
- Si el perito se aparta de tales elementos se afecta la idoneidad del informe para el cumplimiento de los propósitos previstos por el juez.
- El informe pericial debe ser valorado por el juez, pues de tal valoración dependerá su aceptación o no. La valoración es parte de la motivación jurídica.
- La aceptación o el rechazo del informe pericial debe realizarse en forma motivada. Tal aceptación o rechazo es un acto del poder público, y como tal debe ser motivado jurídicamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución. El efecto de tal omisión es la nulidad por arbitrariedad. (La arbitrariedad consiste esencialmente en resolver una situación sin motivación jurídica o con insuficiente motivación)
- El informe pericial puede adolecer de diversas irregularidades, incluso puede llegar a ser un **instrumento de fraude a la decisión judicial**, sea constitutiva o de ejecución.
- En línea con lo anterior, el informe pericial pudiera ser ilegal, inconvencional o inconstitucional, dependiendo del rango de las normas violadas en el informe; el informe pericial pudiera incorporar elementos o factores de cálculo improcedentes o incoherentes con la liquidación ordenada por el juez para la ejecución de una decisión judicial; pudiera el perito incorporar en su informe elementos que en su parecer son justos y necesarios para una mejor decisión del juez en el caso concreto, lo cual convierte al informe en arbitrario.

- El informe pericial no es vinculante para el juez. Ya el viejo Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1887 estableció en el artículo 265 que “En ningún caso están obligados los jueces á seguir el juicio de los peritos, si su convicción se opone á él.”
- El juez no puede válidamente aceptar el informe pericial sin valoración previa. Si lo hace convierte, de hecho, al informe pericial en un documento decisorio, y al hacerlo, el juez, de hecho, cede el poder de juzgar al perito, esto es, parte de la **jurisdicción**. Semejante actuación podría incurrir en error inexcusable.
- *El artículo 75 de la Constitución, que instituye el derecho a la tutela judicial efectiva, dice que “El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. En este contexto la etapa de seguimiento del cumplimiento de las sentencias ocupa un papel crucial en la realización de la tutela judicial. Ese seguimiento debe comprender la verificación de que los peritajes para la ejecución de las sentencias cumplan los parámetros, indicadores y fórmulas dispuestos en las sentencias. Esos peritajes no pueden depender del arbitrio ni de la arbitrariedad de los peritos. Estos cumplen una actividad **reglada** por los parámetros, fórmulas e indicadores ordenados. En este sentido corresponde a la Corte Constitucional, en salvaguarda de la tutela judicial efectiva, hacer cumplir efectivamente los mandatos, parámetros y fórmulas dispuestos en sentencia, de tal manera que no queden burlados; tiene para ello amplias facultades.*

VI EL AUTO DE EJECUCIÓN DEL 15 DE JUNIO DE 2023 Y SU NEGATIVA A REVOCARLO

HOLCIM había solicitado al juez executor la revocatoria del “Auto de Ejecución” y, en consecuencia se “emita uno de reemplazo en el que, en ejercicio de sus facultades y deberes jurisdiccionales irrenunciables, observe que el monto y los cálculos contenidos en el informe pericial de la perito Preciado y sus informes ampliatorios incumplen con la Sentencia No. 117-21S/22, y determine usted el valor del monto de reparación integral.”

Y luego añadió dos alternativas en condicional (“podría”): nombrar un nuevo perito o determinar directa y motivadamente el monto de la reparación, sobre la base de la Sentencia No. 117-21- IS/22 y las observaciones de las partes. Y **subsidiariamente**, solicite autorización a la Corte Constitucional para designar un nuevo perito a fin de que presente un informe que cumpla con los parámetros de la Sentencia No. 117-21-IS/22.

Es decir, el pedido fue totalmente atinado y procedente y se sustentó en una amplia explicación jurídica, pero el juez **tergiversó** tal pedido hasta el punto

de considerar que se lo pretendía hacer caer en “error inexcusable; afirmando también que la revocatoria planteada “se aparta de toda lógica jurídica”. Una actuación así es totalmente criticable. Pero además el juez al negar la revocatoria ratifica su insustancial actuación consistente en haber aceptado sin valoración el informe pericial ajustado, pues el anterior ya había sido observado por las partes. Pero aún más, tergiversa el mandato de la Corte Constitucional: esta no dispuso que el juez no valore el informe del perito que debía nombrarse “por última ocasión”; el sentido del mandato de la Corte fue que el juez de ejecución realice una **última valoración de la situación** en función del nuevo peritaje dispuesto, pues ya había suficientes antecedentes respecto de informes periciales.

La negativa de la revocatoria ratifica el grave error en que incurrió el juez en su providencia del 15 de junio de 2023 que aprobó el informe pericial ajustado y ordenó el pago correspondiente a HOLCIM. En efecto, en dicha providencia el juez hace un relato de los antecedentes del informe pericial, precisando cifras, para luego en forma inmediata resolver “Aprobar el informe pericial elaborado por la Perito CPA LOURDES PRECIADO ALMEIDA...”, para enseguida ordenar el pago del valor del informe. Pequeño gran detalle: la aprobación del informe pericial es un acto del poder público que, como tal, debía ser motivado por el juez en cumplimiento del artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República. Máxime si dicho informe pericial se realizaba en aplicación de una ley específica de la República. Esta gravísima omisión convierte a tal aprobación y la consiguiente orden de pago en inconstitucionales por el grave vicio señalado de falta de motivación jurídica. No existe excusa alguna desde el punto de vista jurídico para que el juez haya omitido la valoración del informe pericial ajustado de la perita Lourdes Preciado Almeida. Nada justifica la omisión de la motivación jurídica. Como ustedes saben, señores jueces, el efecto de la falta de motivación es la nulidad del acto del poder público (por arbitrario) al tenor del propio artículo 76 numeral 7 letra l). Desde el Derecho Romano, lo que es nulo no produce ningún efecto (Quod nullum est nullum producit efectum)

Cuando la Corte Constitucional dispuso que luego de recibido el informe corregido emita el juez una orden de pago nunca dijo que no lo valore; hubiera sido inaudito por inconstitucional. Las providencias judiciales deben entenderse en el marco del ordenamiento jurídico de la República, priorizando, por supuesto, la jerarquía constitucional y sus mandatos.

VII LO PROCEDENTE

Solicito respetuosamente que estos argumentos sean valorados por ustedes al momento de dictar el auto de verificación de cumplimiento dentro del Caso No. 117-21-IS acumulado. Estimo que lo procedente es que la Corte Constitucional disponga la revocatoria de la providencia del 15 de junio de 2023 ya analizada.

**VIII
NOTIFICACIONES**

Recibiré notificaciones en el correo electrónico mhtjuridico@gmail.com

Es justicia

**Dr. Miguel Hernández Terán
Reg. 5742
CAG**