

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**ESCUELA DE DERECHO**

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE LICENCIADO DE  
LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL ECUADOR

“Resarcimiento por daños y perjuicios establecidos en sentencias penales y los causadas por error judicial del estado.”

ANGEL DANIEL ORELLANA TORO

QUITO, 2011

*“La ciencia de los pueblos consiste en conocer sus derechos y cumplir sus obligaciones. El pueblo que no cumple con sus obligaciones es un pueblo corrompido; el pueblo que no conoce sus derechos es un pueblo esclavo; y el pueblo que no cumple sus obligaciones ni conoce sus derechos es un pueblo bárbaro”.*

**JUAN MONTALVO**

## **DEDICATORIA:**

El esfuerzo y la perseverancia son valores adquiridos en el seno del hogar, el trabajo duro, la honradez y la humildad son complementos que refuerzan nuestra personalidad y que se los saca a relucir con el día a día de nuestra labor profesional, los mencionados no son solo valores que complementan la moral de una persona, sino que es un estilo de vida del cual yo tuve la bendición de formar parte en mi hogar, por lo tanto mi más fehaciente agradecimiento a mi madre Rocío que me ha cultivado el amor, cariño y sabiduría, a mi padre Angel que ha sido el guía del rumbo más importante de mi vida emocional y profesional, a mis hermanas Tatiana y Camila que con su cariño, comprensión y ejemplo me dan fuerzas cada segundo, a mi sobrina Sarahy que es la muestra más pura y simple del cariño transparente de una niña es ella la que mantiene viva la esperanza de creer en la gente y finalmente a la mujer que amo Joselyn por ser mi compañera de batalla, por iluminar mi camino con amor sincero, amistad y comprensión, por ser la llama que mantiene encendida mi alegría, mis ganas por vivir, mis deseos de superación de conseguir un futuro mejor, para todos ellos mi amor y mi admiración, pragmados en el presente estudio de disertación.

## **AGRADECIMIENTO:**

Mi agradecimiento a Dios, por entregarme el regalo de la vida, por regalarme la bendición de mi familia, mi novia y mis amigos, por bendecirme con el cariño, la salud y el amor.

Un agradecimiento a mi padre el Doctor Angel Orellana Guzmán, por ser mi guía en el camino de la vida profesional del derecho, por inculcarme la honradez y la capacidad para esforzarme más allá de lo establecido.

Un agradecimiento a mis familiares y amigos por su apoyo incondicional, a mi novia por su apoyo moral y emocional para culminar la presente investigación.

Agradezco al Doctor Ricardo Vaca Andrade por guiarme en la elaboración de la presente disertación, por los conocimientos que me supo entregar durante mi preparación en la facultad y fuera de ella en el campo profesional, mi gratitud y admiración para él.

## **ABSTRACT**

En la actualidad la función judicial se encuentra atravesando momentos de incertidumbre y desconfianza por parte de los sujetos procesales y en general de toda la ciudadanía; el retardo injustificado, en la aplicación de justicia, es hoy en día un arraigo cultural en la mentalidad de los ecuatorianos, es por esto que el presente trabajo de investigación busca recalcar las falencias procesales, la falta de aplicación y sobre todo la inexistencia de procedimientos concretos y precisos, para los casos de indemnizaciones originadas por los daños y perjuicios derivados de un delito o infracción penal, así como aquellos daños producidos por error judicial del Estado ecuatoriano.

Para el desarrollo de la presente investigación, se empleó el método de investigación de Tesis y las técnicas aplicables a la recolección de información para la investigación son la técnica bibliográfica de recopilación de investigaciones y doctrina establecida en libros, revistas y la información informática de internet, al igual que la información recogida en la jurisprudencia y aquella que se pueda encontrar en entidades especializadas como la Procuraduría General del Estado.

El capítulo primero, busca despejar todas las dudas referentes al derecho de todos los ciudadanos a la reparación jurídicamente sustentada, en los casos de violación de sus derechos, así como también aquella reparación generada por el injusto, esto es el daño no provocado por una persona, los familiares de una víctima de asesinato por ejemplo; el presente analiza de igual forma la responsabilidad del Estado para asumir los daños causados por sus delegatarios.

El análisis de legislación comparada, respecto a los sistemas procesales colombianos, chilenos y españoles, con el sistema jurídico ecuatoriano, es la base fundamental del segundo capítulo, el cual contrapone los fundamentos legales y Constitucionales de los mencionados países con las normas del Ecuador, tanto para los casos de resarcimiento por los daños y perjuicios establecidos en sentencia penal, como para aquellos derivados del error judicial del Estado, que son los dos grandes grupos en que se divide la presente investigación.

Las diversas reformas legales que ha sufrido recientemente la normativa ecuatoriana, principalmente aquellas del Código de Procedimiento Penal de marzo del 2009, es el tema central del capítulo tercero, su falta de aplicación y sobre todo sus vacíos procesales que determinan una completa deficiencia, lo cual se encuentra corroborado por las autoridades de la Procuraduría General del Estado.

El capítulo final concluye recalcando las deficiencias procesales de nuestra normativa, razón por la cual dentro del contenido de la tesis, fundamentado en la norma existente en los sistemas jurídicos estudiados, establecí un proyecto de reformas legales para el procedimiento de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por error judicial del Estado, señalando el juez competente, el trámite y la ejecución de pago, en plazos mínimos y factibles.

## TABLA DE CONTENIDO

<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	1
----------------------------------	---

### **CAPÍTULO I**

1.- El Derecho a la reparación.....	3
1.1 Concepto de resarcimiento por daños y perjuicios.....	4
1.1.2 Los daños extracontractuales y el daño moral.....	5
1.2 El derecho a la reparación en el ámbito penal.....	6
1.2.1 Competencia del juez penal para establecer la indemnización del perjuicio por un delito o infracción.....	6
1.2.2 Procedimiento establecido en la legislación ecuatoriana para determinar el resarcimiento por los daños causados por la infracción penal.....	8
1.2.3 Procedimiento en la vía civil y por cuerda separada del resarcimiento por daños y perjuicios por una infracción penal, establecidos en sentencia penal ejecutoriada.....	8
1.2.4 Desventajas de la acción civil por cuerda separada del resarcimiento por daños y perjuicios establecidos en sentencia penal.....	10
1.3 El derecho a la reparación por error judicial del Estado.....	11
1.3.1 La cultura de la no demanda.....	13
1.3.2 La responsabilidad extracontractual del Estado, reseña histórica.....	15
1.3.3 La responsabilidad indirecta del Estado.....	17
1.3.3.1 Culpa in eligendo y culpa in vigilando.....	18
1.3.4 La responsabilidad del funcionario o autoridad.....	20
1.3.5 Procedimiento en la normativa ecuatoriana para el resarcimiento por daños y perjuicios causados por error judicial del Estado.....	20

1.3.6 Establecimiento de monto del resarcimiento, daño moral por los perjuicios de un proceso penal y por error judicial.....	20
---	----

## **CAPÍTULO II**

2.- Estudio comparado de la noción de responsabilidad y proceso de resarcimiento de los daños y perjuicios establecidos en sentencias penales y de los procesos de indemnización por error judicial.....	25
--	----

2.1 Fundamentos de la responsabilidad del Estado y de los procesos indemnizatorios establecidos en la Constitución y legislación ecuatoriana.....	25
---	----

2.1.1 Derecho a la reparación establecido en la Constitución del Ecuador.....	29
---	----

2.1.2 Medios de reparación a quien obtuviere sentencia absolutoria en un proceso penal.....	30
---	----

2.1.3 Proceso de resarcimiento por daños y perjuicios causados a la víctima del delito o de la infracción, establecido en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano y leyes conexas.....	32
---	----

2.2 Presupuestos normativos y procesales para demandar el resarcimiento por daños y perjuicios establecidos en sentencia penal y por error judicial del Estado.....	35
---	----

2.2.1 En la legislación colombiana.....	35
---	----

2.2.2 En la legislación chilena.....	39
--------------------------------------	----

2.2.3 En la legislación española.....	41
---------------------------------------	----

2.3 Formas y procesos de reparación en los sistemas jurídicos en:	
---	--

2.3.1 El sistema procesal penal colombiano.....	44
---	----

2.3.2 El sistema procesal penal chileno.....	54
--	----

2.3.3 El sistema procesal penal español.....	57
--	----

2.4 Análisis comparativo de las normas legales ecuatorianas frente a las colombianas, chilenas y españolas respecto del los procesos de reparación de daños y perjuicios tanto los establecidos en sentencia penal como los causados por error judicial.....	58
--	----

### **CAPÍTULO III**

3.- Procedimiento aplicable a la legislación ecuatoriana para sustanciar las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por la infracción establecidos en sentencias penales y los causados por error judicial.....	62
---	----

3.1 Reformas al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano (marzo 2009), respecto del la competencia del juez penal para conocer de las indemnizaciones por los daños causados por la infracción, a la víctima del delito.....	67
---	----

3.1.1 Aplicabilidad de las reformas.

3.1.2 Eficacia y eficiencia en la impartición de justicia al aplicar las reformas.....	68
--	----

3.1.3 Reducción de causas civiles por una correcta aplicación del proceso de resarcimiento a implementarse. ....	70
--	----

3.2 Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado respecto del proceso de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por error judicial, procesos de reparación por parte del Estado en los casos de error judicial.....	73
---	----

3.3 Proyecto de reformas legales para el procedimiento de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por error judicial.....	76
---	----

### **CAPÍTULO IV**

4.1 Conclusiones.....	80
-----------------------	----

4.2 Recomendaciones.....	86
--------------------------	----

4.3 Anexos.....	88
4.4 Bibliografía.....	88

## INTRODUCCIÓN

El incremento en la desconfianza a la Función Judicial, por la tardanza en la sustanciación de los procesos legales y la corrupción por parte de los funcionarios públicos en particular los judiciales, ha generado una gran incertidumbre respecto de la seguridad jurídica, siendo ésta muy evidente en los casos de errores judiciales por parte del Estado ecuatoriano al igual que por los vacíos legales o falta de procedimientos jurídicos de normas expresas como los casos de indemnizaciones por daños y perjuicios establecidos en sentencias penales, la legislación ecuatoriana señala en varios cuerpos jurídicos que contienen infracciones o sanciones, que dentro de estas sanciones se encuentra el resarcimiento pecuniario por los daños que causó la infracción o acto delictivo y que la autoridad o juez competente para determinar el monto de dichas indemnizaciones es la autoridad o juez que conoció, sustanció y sentenció o resolvió sobre aquel punto de derecho; como no existe un procedimiento tácito para que dichos jueces penales conozcan sobre éstos trámites de naturaleza civil, los jueces simplemente se abstienen de conocer el proceso indemnizatorio y alegan que el juez civil debe conocerlo por cuerda separada y como un nuevo y distinto proceso, retardando de manera alarmante la ejecutoriedad de las sentencias, que determinaron en su momento el derecho a una indemnización o resarcimiento.

El presente trabajo de investigación busca determinar un procedimiento jurídico para que los jueces de lo penal conozcan y determinen el monto de los daños y perjuicios causados por una infracción o delito, por cuerda separada, pero de manera inmediata a la sentencia penal que determine la infracción; por lo tanto los procesos serán ágiles y se cumplirá con el principio de inmediación, pues quien mejor que el mismo juez penal que sancionó un acto, que determine el monto de los daños que produjo dicho acto delictivo.

Es evidente que la solución a éste problema jurídico, interesa a toda la sociedad, puesto que los ciudadanos son susceptibles de padecer injusticias por el descuido o desconocimiento en esta materia.

Con la práctica y desempeño laboral que desarrollo por más de cinco años, he podido comprender que una de las más grandes falencias del sistema judicial ecuatoriano es la falta de aplicación de las normas establecidas en la Constitución, leyes y reglamentos; las autoridades encargadas de impartir justicia hacen caso omiso a ciertos parámetros legales, dentro de éstos las normas que establecen al juez de garantías penales como el competente para conocer de las indemnizaciones civiles generadas por sentencias penales ocasionadas por la infracción, al igual que los procedimientos de indemnización por error judicial del Estado, como en los casos de la privación ilegal de la libertad; personalmente he contribuido al impulso de casos en que los jueces penales no avocan conocimiento alegando incompetencia en razón de la materia, pese a que la misma norma penal establece su competencia, pisoteando dichas normas sin otorgarles el carácter jurídico que amerita. Por lo tanto con la presente investigación busco aclarar la obscuridad o falta de aplicación de las normas antes enunciadas, lo que con toda seguridad contribuirá a desarrollar criterios jurídicos claros, útiles para el desempeño profesional al que aspiro.

## CAPÍTULO I

### 1.- EL DERECHO A LA REPARACIÓN

En la renovada Constitución de la República del Ecuador, en su artículo primero parte inicial se enuncia que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático, son palabras que nos llevan a pensar que la nueva constitución y las reformas legales derivadas de ella, contienen un cúmulo de derechos encaminados a proteger las desigualdades que por tantos años ha empañado a la sociedad ecuatoriana, queda por demás claro que los ciudadanos son el bien primordial para la protección por parte del Estado, la seguridad jurídica es parte del gran contenido de derechos a los que tenemos acceso los ecuatorianos, el Estado de derecho tal y como se enunciaba en la carta magna precedente ya contemplaba dicho derecho, ahora el cuestionamiento es si el actual “Estado de derechos” contempla a la seguridad jurídica como el principio universal del derecho entendido como certeza práctica del Derecho, lo cual representa lo prohibido, mandado y permitido por el poder público, pues el Estado no solamente establece los lineamientos y normas a seguir sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de ejerciendo su potestad pública salvaguardar y garantizar la seguridad jurídica, la correcta aplicación y ejercicio del sistema jurídico normativo de dicho Estado.

El Estado como ente organizativo de una sociedad tiene un amplio alcance, pero muy pocas veces podrá satisfacer en su totalidad las necesidades de su pueblo soberano; entre las potestades del Estado tenemos el llamado por la doctrina jurídica como “ius puniendi” o potestad punitiva, que a mi parecer, hace alusión a la posibilidad de que el Estado en sus entes reguladores impongan penas y sanciones previstas en la normativa de dicha sociedad.

En este contexto se hace necesaria la creación de mecanismos que prevengan, protejan y reparen a los afectados de las violaciones a sus derechos fundamentales y de la deficiente prestación de servicios públicos que el Estado se ha comprometido a entregar, entre ellos el proveído por los funcionarios judiciales y quienes de alguna manera ejercen jurisdicción.

#### 1.1.- Concepto de resarcimiento por daños y perjuicios

Para poder alcanzar una acertada definición de lo que es el resarcimiento por daños y perjuicios y más aún determinar su objeto y alcance es pertinente remitirse a lo señalado por el Doctor José García Falconí en su obra “Manual teórico práctico en materia civil, Análisis jurídico de la Ley No.171 que regula la reparación por daño moral en el código civil ecuatoriano”, mismo que al referirse a las reparaciones, no puede dejar de enunciar lo señalado por Fernando Fueyo quien determina como responsabilidad extracontractual: “El daño extrapatrimonial o moral es aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual en que se afecte a la persona o se vulnere un derecho de la personalidad o de un derecho de familia propiamente tal.” De igual manera no podemos dejar de lado lo tipificado en nuestro Código Civil ecuatoriano Título XXXIII DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS, Art.2214 que señala como responsabilidad o resarcimiento y que textualmente establece: “Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (La cursiva y subrayado son mías). Se puede concluir que el resarcimiento por daños y perjuicios surge del los daños causados por una persona o conjunto de personas, sea con dolo o sin la intención de causar dicho daño pero existiendo a su vez descuido, imprudencia, negligencia o impericia de la persona que lo ejecuta, dando origen a la responsabilidad civil. Finalmente no podemos dejar de señalar lo establecido por la normativa ecuatoriana respecto de la responsabilidad, es así que el Código Civil ecuatoriano en su Art.1453, textualmente determina:

“Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” (La cursiva y el subrayado son mías), es claro que la norma establece la responsabilidad extracontractual como aquella que nace no de una concurrencia de voluntades generada por actos contractuales, sino por la injerencia de un hecho dañoso sobre otra persona, a lo cual consecuentemente se da nacimiento a la obligación civil, esto es el resarcimiento por los daños y perjuicios causados por parte de la persona que originó dicho daño o acto injurioso a favor de la víctima o dañado.

#### 1.1.2 Los daños extracontractuales y el daño moral.

Cabanellas establece al daño tal y como lo señala el Doctor José García Falconí en su obra “Análisis Jurídico de la Ley No.171 que Regula la Reparación por daño moral en el Código Civil Ecuatoriano”, mismo que enuncia que el daño es toda suerte de mal, sea material o moral, más particularmente el deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes; como señalamos anteriormente las obligaciones extracontractuales son aquellas que se derivan de hechos o casos que no se encajan dentro de los actos contractuales, por lo tanto, se entenderá que los daños extracontractuales son los derivados por el cometimiento de un delito o cuasi delito, es la obligación que asume quien infirió un daño sobre una persona o sobre sus bienes.

El daño moral es un concepto jurídico que ha entrado a formar parte del sistema normativo en las últimas décadas, para definirla podemos tomar lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, de aquel entonces, en el Juicio No.025-1991, en sentencia de fecha 5 de septiembre de 1991, que en su parte expositiva establece: “El daño moral o agravio moral son conceptos sinónimos

y consiste en los perjuicios o detrimentos ocasionados a su persona en su honor, en su reputación y demás bienes semejantes que se encuentran tutelados por la ley”

## 1.2 El derecho a la reparación en el ámbito penal

En primer lugar es primordial buscar una definición acertada de lo que es la reparación, a lo cual podemos establecer que existen varias alusiones, pues en primer lugar la reparación como un fin primordial de la ejecución de justicia, posteriormente en el ámbito civil podemos señalar a la reparación como el resarcimiento o compensación de un daño sufrido de lo cual se deriva conjuntamente la reparación que se puede dar en el campo penal en la cual se busca reponer en cierto modo el daño generado por el cometimiento de una infracción o delito penal, a lo cual como se verá más adelante se puede agregar a la esfera de la reparación los actos de recompensa por parte del Estado en los casos de errores o mala administración de justicia.

Al referirse concretamente a la reparación en el ámbito penal, cabe resaltar cuatro puntos esenciales de los cuales se puede derivar una reparación o indemnización: 1) Aquella resultante por el cometimiento de una infracción penal o delito, esto es a la reparación que tiene derecho la víctima del delito; 2) La reparación a la cual tiene derecho el procesado en los casos de violaciones de derechos del debido proceso establecidos en las normas constitucionales, internacionales adscritas y en las leyes propias de cada país, respecto de la administración de justicia, por ejemplo entre otras la detención arbitraria, el estado de indefensión del procesado; y finalmente 3) La reparación a la cual tiene derecho el imputado que luego del proceso se lo ha declarado inocente con dictamen de sobreseimiento definitivo o provisional que posteriormente se convierte en definitivo por sentencia absolutoria, a lo cual tendrá derecho a indemnizarse al injustamente procesado por atentar a sus derechos de buen nombre, honra, daño moral y más aun si se demuestra que hubo una privación injusta de su libertad.

### 1.2.1 Competencia del juez penal para establecer la indemnización del perjuicio por un delito o infracción.

En primer lugar tenemos que señalar la lógica procesal que faculta al juez de garantías penales para que sea el competente para conocer de los daños y perjuicios generados por la infracción o delito y lo cual no sería aplicable en los casos de error judicial o mala administración de justicia, que lo veremos más adelante, pero volviendo al caso del juez que estableció y conoció el proceso donde se determinó el cometimiento de una infracción, la técnica jurídica enuncia que en base al principio de inmediación procesal el juez que sustanció la causa se encuentra en total conocimiento de todo lo que abarcó dichos actos establecidos como delitos o infracciones por lo tanto dicha autoridad judicial es el único que puede conocer a ciencia cierta que tan perjudicial fue dicho acto para con la víctima, evidenciando el sufrimiento y daño físico, psíquico y material que sufrió el perjudicado de dicha infracción por lo tanto sólo él puede establecer de manera real o al menos aproximadamente una cuantía o valor fijo respecto del daño causado o la manera concreta de resarcir o remediar los daños causados; respecto de los casos de error judicial o mala administración de justicia sería totalmente improcedente que sea el mismo juez o funcionario que generó o permitió una errónea aplicación de las normas adjetivas o de todas aquellas que contengan infracciones o sanciones, pues si el o la funcionaria cometió un error no sería pertinente que dicha persona sea quien determine el daño que causó dicho error, pero lo que si podemos aludir es que es el juez(a) de garantías penales quién debe

conocer de dichos daños y su resarcimiento, pues el conocimiento y especialización en razón de la materia le va a permitir y facilitar el conocimiento de la causa y a su vez establecer los daños y perjuicios lo cual no amerita mayor dificultad pues lo complejo en estos casos es tener un conocimiento claro de los daños que causa una infracción o un cuasidelito y más aun un error en la aplicación de las garantías penales y constitucionales pues en estos casos se está atentando a los bienes jurídicos de mayor trascendencia en toda sociedad, esto es la vida y la libertad.

Finalmente no podemos dejar de señalar lo establecido en el Art.19 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, que señala la legalidad de la competencia en materia penal, esto es que la misma solo nace de la ley y que como señalaré posteriormente no se cumple en nuestro sistema judicial.

### 1.2.2 Procedimiento establecido en la legislación ecuatoriana para determinar el resarcimiento por los daños causados por la infracción penal.

Es imprescindible mencionar que la normativa procesal penal ecuatoriana vigente hasta marzo del 2009, no contemplaba de la misma manera el articulado respecto de la determinación de la competencia para conocer las indemnizaciones de daños y perjuicios, tal y como hoy día lo señala los literales a), b), c), d), del numeral 1 del Art.31 del Código de Procedimiento Penal vigente en la actualidad, mismos que al tenor literal señalan: “Art. 31.- Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes: 1.- De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción: a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, siempre que no hubiera sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la determinación hubiese sido parcial, será competente el Presidente del Tribunal de Garantías Penales que dictó la sentencia condenatoria; b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, la Jueza o Juez de lo Civil al que le corresponda según las reglas generales; c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde a la Jueza o Juez de Garantías Penales que dictó la sentencia, si en esta igualmente no fue posible determinar los perjuicios, o si la determinación fue solo parcial; y, d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva.”

Como se puede observar, se señala la competencia y no muy clara de los procesos de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, pero no se determina el trámite que debe seguirse, ni los plazos ni la forma de sustanciación, desde ya podemos observar la falta de normativa en el tema planteado.

### 1.2.3 Procedimiento en la vía civil y por cuerda separada del resarcimiento por daños y perjuicios por una infracción penal, establecidos en sentencia penal ejecutoriada.

Hay que destacar que tanto el actual Código de Procedimiento Penal así como su predecesor, contemplan en su Art.31, numeral 1, literal b), que si quien reclama la indemnización de los daños y perjuicios derivados del delito, no propuso la acusación particular en los casos de acción pública, será competente el Juez de lo Civil correspondiente según las reglas generales; lo cual a su vez nos remite a lo señalado en el TÍTULO I (De la Jurisdicción y Del Fuero) mismo que se encuentra contenido en el

LIBRO I (De la Jurisdicción y de su Ejercicio, De las personas que intervienen en los juicios) del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, particularmente lo referido en el numeral 5) del Art.29, respecto del lugar donde fueron causados los daños, para determinar la competencia según el territorio del Juez Civil, a lo que se tiene que sumar las demás reglas de jurisdicción y competencia establecidas en la normativa civil ecuatoriana y demás normas que contengan los procedimientos de indemnización.

Pues es imperativo señalar que el extenso contenido normativo ecuatoriano establece en muchísimos de sus códigos, leyes y reglamentos, sanciones o penas por incurrir en ciertos delitos o infracciones referente a cada materia, para muestra tenemos lo señalado por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que a lo largo y ancho de su articulado determina infracciones por violaciones a los derechos de los consumidores y que a la vez de que impone sanciones o multas, también concibe la posibilidad y el derecho del pago de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, tal y como señala el Art.20 de la renombrada Ley al determinar la existencia de defectos y vicios ocultos en las cosas; de igual forma y de manera más explícita en el Capítulo XIII De las Infracciones y Sanciones particularmente Art.71 se determina tácitamente la obligación y responsabilidad indemnizatoria y de reposición de quien cometiere alguna de las infracciones contenidas en dicha Ley Orgánica, a lo cual cabe acotar que posteriormente en el Art.84 señala la jurisdicción y competencia, para sancionar las infracciones, en los Jueces de Contravenciones y que en la práctica jurídica se radica en los Intendentes de Policía de cada provincia. Posteriormente conocen las apelaciones de dichas resoluciones el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción, dándole a dichas sentencias, que lleguen a establecer la existencia de infracciones de consumidor, el carácter de penales en razón de la materia, y consecuentemente el Art.87 *Ibidem* establece que se encuentra implícita la obligación del pago de daños y perjuicios en las infracciones de defensa del consumidor; dicha norma se remite al Art.391 del Código de Procedimiento Penal, el mismo que establece al Juez que sentenció la contravención como el competente para conocer y sustanciar los daños y perjuicios derivados de la misma.

En el caso ejemplificativo sería el Juez de última instancia, quien conoció del recurso de apelación, esto es EL JUEZ DE LO PENAL, la autoridad jurisdiccional competente para determinar los daños y perjuicios, hecho que no se presenta en la realidad del sistema jurídico ecuatoriano, pues siguiendo el mismo ejemplo de defensa al consumidor, los jueces de lo penal alegan falta de competencia en razón de la materia para sustanciar los daños y perjuicios y se remiten a la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que señalan a los jueces de lo civil como los competentes para sustanciar por cuerda separada dicho proceso, violentándose los principios de economía procesal y celeridad como lo veremos más adelante.

Finalmente se puede aseverar que el código de procedimiento penal no establece un procedimiento ágil y concreto para la sustanciación del proceso de daños y perjuicios derivados del delito y al igual que en otras normas donde se determinan sanciones o infracciones, se remiten simplemente al proceso por vía civil y por cuerda separada, sustanciado con trámite Verbal Sumario de conformidad con lo establecido en el Art.391 del Código de Procedimiento Penal para el caso de los daños derivados de contravenciones y de acuerdo a lo señalado en el Art. 843 del Código de Procedimiento Civil para todos los casos de daños y perjuicios, debiendo ceñirse a los plazos y procedimientos contenidos en la Sección 23. Del TÍTULO II de la Sustanciación de los Juicios de la Ley Adjetiva Civil ecuatoriana.

#### 1.2.4 Desventajas de la acción civil por cuerda separada del resarcimiento por daños y perjuicios establecidos en sentencia penal.

Como enuncia el doctrinario procesalista de la escuela italiana Giuseppe Chiovenda, en su obra "Principios de derecho procesal civil", la economía procesal es la obtención del máximo resultado posible con el mínimo de esfuerzo, este principio se refiere no sólo a los actos procesales sino a las expensas o gastos que ellos impliquen, siendo claro y evidente que el ejercicio del derecho del perjudicado o víctima, de una infracción o delito, para que sea reparado pecuniariamente su desmedro, queda supeditado a una nueva acción procesal, donde un nuevo magistrado debe conocer su caso, analizar la existencia no del daño, solicitar pruebas y someterse a los plazos y burocracias de un nuevo proceso en otra instancia y ante otra autoridad, lo cual causa un grave perjuicio no solo al agraviado sino también al sistema jurídico ecuatoriano, pues el inicio de una nueva acción significa un desgaste del sistema jurídico y el aumento indiscriminado de causas civiles, las cuales, si existiera una norma clara y concisa podrían ser sustanciadas de manera rápida y eficaz ante el juez penal que conoció del acto delictivo y que siguió el proceso continuamente, lo cual nos lleva a enunciar que el actual procedimiento de indemnizaciones y reparaciones viola otros principios procesales entre ellos el de inmediación, mismo que permite al Juzgador situarse en una posición ventajosa para apreciar y valorar los hechos objeto del proceso con el efecto y valor de prueba directa, pues no tendría que probarse nuevamente la existencia del daño toda vez que ya fue demostrada y establecida en la sentencia penal condenatoria, lo que generaría determinadas circunstancias tales como respuestas rápidas, disminución de actos procesales y reducción de plazos, obteniéndose paralelamente economía procesal y acumulación de actos judiciales, y como consecuencia un ejercicio eficaz de la justicia, lo que nos lleva finalmente a la consideración de un tercer principio procesal que se transgrede con el actual procedimiento de establecimiento de daños y perjuicios, este es el principio de celeridad, mismo que va concatenado con el fin principal del derecho que es hacer justicia, pues no se puede considerar válido el viejo y conocido adagio "la justicia tarda pero llega", pues la verdadera justicia tiene que demostrar eficacia y eficiencia y parte de aquello es poder ejercerla de manera rápida y obtener resultados inmediatos, no se puede retardar la justicia y mucho menos dilatarla por acción de las mismas normas legales y procesales, es evidencia de desarrollo jurídico el reducir los trámites y procesos innecesarios.

#### 1.3 El derecho a la reparación por error judicial del Estado

Tal y como señala el Doctor José García Falconí en su obra "Las garantías Constitucionales en el nuevo código de procedimiento penal y la responsabilidad extracontractual del Estado", el error judicial según la doctrina debe ser considerada como el falso concepto que tiene el juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso, recalcando que abarca no solamente los perjuicios producidos en el inocente o víctima sino también los errores y faltas que afectan al culpable y pueden generarse tanto por error de hecho como por error de derecho. De igual manera el referido autor señala que en la legislación ecuatoriana el error judicial "es el reconocimiento por parte del Estado a través del Recurso extraordinario de Revisión, que una sentencia penal condenatoria contiene una flagrante equivocación respecto de la culpabilidad del condenado, con todas las consecuencias que surgen del fallo adverso".

Tenemos claro el concepto mismo de error judicial y los casos en los que en nuestra legislación se lo considera como tal, pero no podemos dejar de cuestionarnos si la inadecuada administración de justicia debe ser considerada como error judicial, pues la administración de justicia es un servicio

público a cargo del Estado, tal y como lo señala el numeral 1) del Art.225 de la Constitución de la República del Ecuador , y que posteriormente en su Art.227 Ibídem, textualmente determina:

“Art.227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”(La cursiva y subrayado son míos), concordantemente podemos destacar lo enunciado en el Art.32 del CAPÍTULO III (REGLAS ESPECIFICAS PARA LA SUSTANCIACION DE LOS PROCESOS POR EL MAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA) del Código Orgánico de la Función Judicial que señala: “Art. 32.- JUICIO CONTRA EL ESTADO POR INADECUADA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y POR REVOCATORIA O REFORMA DE SENTENCIA CONDENATORIA.- El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso...” (La cursiva y el subrayado son míos), al parecer en la última norma enunciada se hace una distinción o al menos se los cataloga como dos situaciones o actos distintos al error judicial y a la inadecuada administración de justicia, pero lo realmente importe es que se establece que en ambos casos existirá responsabilidad por parte del Estado, donde por mandato expreso de la ley nace el derecho de los perjudicados sea por error judicial o sea por mala administración de justicia, para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados, no se puede dejar de enunciar lo establecido por el Doctor José García Falconí en la obra anteriormente enunciada, al enunciar que existe error judicial en tres casos principalmente:

- Cuando hay errónea apreciación de los hechos.
- Mal encuadramiento de las circunstancias fácticas en el ordenamiento jurídico.
- Utilización errónea de las normas legales.

### 1.3.1 La cultura de la no demanda

La sociedad ecuatoriana se ha caracterizado por mucho tiempo por ser una sociedad poco participativa, no muy preocupada por hechos que afecten a ciertos grupos o de manera individual, peor aún en el caso de combatir la delincuencia, muchas veces por temor a las represalias de los mismo agentes o delincuentes que les causaron algún daño, pues no se tiene ni la más mínima confianza en el sistema judicial, que verdaderamente en muchos de los casos no se efectiviza y deja en libertad a muchos delincuentes en menos de veinticuatro horas y se presenta un fenómeno contrapuesto que es el temor, por parte del ofendido, de presentar la denuncia del acto delictivo del que fue víctima y a su vez la liberación inmediata de su agresor por la falta de denuncia o de prueba suficiente que demuestre la responsabilidad de éste en dicho acto delictivo o infracción, es un fenómeno peculiar pues pese a que en los últimos tiempos los agentes del orden y las entidades judiciales se han empeñado en incrementar la cultura de denuncia de los delitos o infracciones para así poder perseguirlos y sancionarlos, el temor se ha mantenido y no ha permitido que se lleve a cabo los procesos judiciales conforme a lo establecido en el sistema jurídico.

La falta de confianza en el sistema jurídico ecuatoriano ha generado el desinterés de los ciudadanos y de los potenciales usuarios de la función judicial, los ecuatorianos no han querido hacer efectivos sus derechos a la justicia tal y como lo señala la Constitución de la República del Ecuador y a su vez normas como el Código Orgánico de la Función Judicial, los mismo que como lo señalamos en líneas anteriores debe ser una tutela efectiva, eficaz, con celeridad y en respuesta a los principios jurídicos

sobre todo el de establecer la verdad y hacer justicia (dar a cada uno lo que se merece), pero como es de conocimiento general la realidad en los tribunales y cortes ecuatorianos son muy distintos a lo que señala de manera utópica las normas legales y constitucionales, la tardanza irrisoria de los procesos judiciales, la ineficiencia y falta de capacidad evidente de los funcionarios judiciales, sumado a la ausencia de recursos infraestructurales, han generado un completo rechazo dirigido a dicha función estatal, lo cual tiene como único sacrificado, al sistema legal ecuatoriano.

Como se establece en la obra “El derecho a la reparación en el procedimiento penal”, la cultura de la no denuncia se expresa en tres momentos esencialmente:

1. Cuando se ha producido un daño o vulneración de derecho, el afectado opta por no demandar basado en ciertas percepciones del poder institucional de la contraparte, de la administración de justicia y de las condiciones para mantener un litigio. Refiriéndose principalmente a la desigualdad de poder de un individuo frente a una institución estatal, en los casos que se busque determinar un error judicial o una mala administración de justicia, la idea anticipada de corrupción en la administración de justicia y que a su vez solo ha mostrado deficiencias en su actuar, generándose una incertidumbre sobre una administración de justicia imparcial produciendo malestar en los individuos y que, finalmente, se sumaría los altos costos de un litigio, considerando que hoy en día ya no se paga tasa judicial, aún no se cumple en su totalidad el principio constitucional de la gratuidad de la justicia (numeral 4. Art.168 de la Constitución de la República del Ecuador) pues el costo por concepto de abogados, peritos, inspecciones y demás diligencias, siguen haciendo que el acceso a la justicia sea aún restringido para ciertos grupos sociales.

2. Un segundo momento se presenta cuando las personas que han acudido a la administración de justicia, se han encontrado con prácticas jurisdiccionales autoritarias e incluso indebidas, lo cual genera un grave debilitamiento y credibilidad en el sistema judicial, decepcionando y desmotivando a quienes buscaban en algún momento ejercer su derecho a la reparación por una mala administración de justicia o por un error judicial cometido por el Estado ecuatoriano, a través de aquella.

3. Finalmente tenemos que considerar un aspecto de orden psicológico, esto es que un individuo luego de haberse encontrado sometido a un proceso judicial, que en la mayoría de los casos son largos y extenuantes y en los cuales se atraviesa toda clase de situaciones, como encontrarse privado de su libertad o sufrir maltratos físicos y psíquicos en los centros de detención, por lo cual en la generalidad de los casos las personas sometidas a éstas circunstancias lo último que buscan es relacionarse con la administración de justicia y mucho menos enfrentarse con ella, además de que sus recursos y su estado anímico se encuentran totalmente afectados y disminuidos; además se mantiene la incertidumbre y el temor de obtener un fallo imparcial, pues al demandar a la administración de justicia por un error judicial o mala administración, la función estatal actuaría como juez y parte y se creería que difícilmente se dicte un fallo que perjudique al Estado, pese a que el individuo recurrente actuara con legítimo derecho y con la verdad de su parte, lo cual de cierto modo más que incertidumbre genera cierta inseguridad jurídica.

### 1.3.2 La responsabilidad extracontractual del Estado, reseña histórica.

Cabe señalar que desde la organización de las sociedades como Estados, ha existido varias etapas o momentos que van desde una completa irresponsabilidad del Estado y que con el paso del tiempo paso a una responsabilidad parcial pues la responsabilidad era de carácter subjetivo, en la cual como

lo señalaremos más adelante, se tenía que demostrar el dolo por parte del funcionario que produjo el daño, finalmente encontramos en la evolución histórica la responsabilidad objetiva por parte del Estado, en la cual lo necesario es demostrar la existencia del daño y el nexo de causalidad del daño vinculado a un hecho generado por el Estado en cualquiera de sus funciones o instituciones.

Al trasladarnos a la Antigüedad y hasta la Edad Media, queda totalmente descartada la posibilidad de que exista alguna responsabilidad por parte del Estado de los actos injustos o violatorios de las normas o costumbres, pues en aquel entonces se tenía en concepto de que el mandato y la soberanía del Estado provenía de una designación celestial, pues el Rey, Emperador, Cesar o Corte se encontraban investidos de poder por designio divino y por el linaje real del que provenía, por lo cual resulta totalmente ilusorio tan solo contemplar la idea de una equivocación por parte del Estado y menos aún resarcir dichos daños, por lo que en esta etapa histórica la irresponsabilidad del Estado es absoluta en vista de que se dejaba en total estado de indefensión a los ciudadanos o gobernados.

Posteriormente tal y como lo señala Miguel Hernández en su obra “La Responsabilidad Extracontractual del Estado” , se dio apertura a la idea de una responsabilidad personal del funcionario, la cual era consecuencia de la extralimitación de las facultades concedidas por el Estado, pues era imposible que la persona jurídica Estado pueda dar instrucciones que causen daños o que generen actos ilícitos, por lo que la responsabilidad recaía directamente en los funcionarios del estado de manera personal y directa.

Mientras que ya en la Edad Moderna, donde la idea de que la soberanía radica en el pueblo y donde toma fuerza el principio de legalidad, aludiéndose en el mismo que el Estado no puede hacer más allá que lo permitido por la ley, se presenta a la responsabilidad del Estado como un hecho concreto, pues como en el caso de Francia donde se planteó una división de los actos del Estado, por un lado los llamados actos de gestión, en donde el Estado actuaría sin imperio Estatal sino más bien como persona de derecho privado y los actos de autoridad como manifestación del poder público, es en el primer caso en los actos de gestión donde cabría la responsabilidad del Estado.

### 1.3.3 La responsabilidad indirecta del Estado.

Es preciso señalar un breve antecedente histórico, el cual puede encaminarnos a determinar el origen y fundamento de la responsabilidad indirecta del Estado, tal como lo señala el Doctor Gil Barragán Romero en su obra “Elementos del daño moral” , mismo que señala que en el antiguo derecho francés se desarrolló el principio de la culpa aquiliana y se perfeccionó la culpa subjetiva, mismo que establecía que todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido, siendo responsable del daño no solo por su hecho sino también por su negligencia o por su imprudencia.

Esta breve introducción nos conduce al fundamento señalado por la doctrina y la historia misma para determinar la existencia de una responsabilidad indirecta por parte del Estado, pues la negligente actuación de sus funcionarios en sus actuaciones a nombre y representación del Estado sea en la prestación de servicios o en la administración pública, debía ser asumida por el ente Estatal central pues era el Estado quien en un principio cometió el error de sumir en su resguardo a una persona con un déficit para la prestación de dicho servicio, pues el Estado debió elegir a la persona con mayor

capacidad para que lo representara en la prestación de los servicios o como funcionario de la administración, la doctrina hace referencia de igual manera a que el Estado debe actuar como un empleador pues el jefe debe estar al tanto de todo lo que ocurre en su despacho y debe estar en capacidad de evitar las desavenencias y demás actos perjudiciales para la administración y para los administrados.

A lo cual el tratadista colombiano Fernando Vélez cita una sentencia de ese país la misma que señala que “en virtud del principio de que todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes, y cuando la ejecución del hecho punible emana de órdenes de autoridades superiores que representan a la nación misma ”

#### 1.3.3.1 Culpa in eligendo y culpa in vigilando.

La culpa in eligendo y la culpa in vigilando nacen con la doctrina para poder establecer la responsabilidad por parte del empleador o empresario respecto de los actos realizados por sus trabajadores o subordinados, esto es una responsabilidad indirecta que la asume quien contrata o actúa como patrono de quien comete el acto generador de esa responsabilidad. El fundamento de la responsabilidad del empresario es la culpa in eligendo e in vigilando, es decir la responsabilidad recaída en la omisión de la diligencia exigible en la selección, vigilancia, control y dirección de sus empleados.

La culpa in eligendo e in vigilando es asimilable a la responsabilidad indirecta del Estado, donde la responsabilidad del patrón sobre sus empleados recae en por su selección, y las actividades que desarrollen, de igual manera sobre el estado recae la responsabilidad de elegir bien y vigilar las actividades de sus funcionarios, al ser el Estado una persona jurídica aparentemente no podría ser directamente responsable de los actos que a su nombre se realicen, por lo tanto la responsabilidad es indirecta sobre los actos de sus dependientes y que causen perjuicio, pero el Estado no pierde la responsabilidad pues no mantuvo el cuidado al escoger sus funcionarios y más aún al no mantener la vigilancia de sus actos, que finalmente causaron consecuencias perjudiciales.

#### 1.3.4 La responsabilidad del funcionario o autoridad.

Sea como responsabilidad indirecta del Estado o como responsabilidad directa el funcionario o autoridad que emite un acto, resolución, sentencia, etc, es quien finalmente debe responder por el daño causado por la mala administración de justicia, pues la misma carta magna de la República del Ecuador en su Art.11 incisos finales establece que los daños causados por una mala administración de justicia, por un error judicial o por la sola deficiencia en la prestación de un servicio público y dentro del mismo el retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, la violación del debido proceso o de la tutela efectiva y de igual forma al revocar o reformar una sentencia, todos estos errores o deficiencias sean cometidos por el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a la reparación del daño causado, en un principio, como obligado principal a dicho reparo se encuentra el Estado ecuatoriano, el mismo que a su vez podrá ejercer el derecho de repetición en contra del funcionario, delegatario o quien a nombre del Estado y en ejercicio de su investidura haya cometido dicho daño.

Es importante señalar que en la Constitución vigente se establece que la repetición en contra de los funcionarios o de quien a nombre y representación del Estado haya causado el daño, será sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas, esto es que se podría iniciar cualquiera de estas acciones además de la repetición que genere el Estado, en este punto existe una clara diferencia con lo que señalaba la Constitución Política del Ecuador del año 1998, en la que en su Art.20 inciso segundo se establecía que para que se ejerza la repetición del Estado en contra de un funcionario o empleado, debía existir una declaración judicial que señale que por dolo o culpa grave se produjo dicho perjuicio, además señala que los jueces competentes determinarán la responsabilidad penal en dicho daño o perjuicio, por lo tanto no existía la posibilidad de establecer un responsabilidad civil, penal y administrativa además del ya obligatorio y vinculante derecho de repetición tal como contempla la vigente Constitución. La actual Constitución concordantemente con lo señalado en el Art.11 incisos finales, en su Art.233 determina que "...ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones,...", por lo tanto ya no es necesario establecer judicialmente que existió la intención dolosa o una culpa grave por parte del funcionario o servidor al generar el daño, pues por su sola acción u omisión sea dolosa, culposa, intencional, inintencional, preterintencional o cualquiera que sea solo basta determinar la existencia del daño para ejercer el derecho de reparación en contra del Estado y que éste a su vez lo repita en contra del funcionario.

#### 1.3.5 Procedimiento en la normativa ecuatoriana para el resarcimiento por daños y perjuicios causados por error judicial del Estado.

Al realizar el estudio o análisis de un procedimiento jurídico, es imprescindible remitirnos a lo señalado por el Doctrinario Alemán Hans Kelsen respecto del ordenamiento jurídico, el mismo en su famosa pirámide de jerarquía de la ley señalaba como la cúspide o punto más alto a la Constitución seguida por la ley orgánica y leyes ordinarias, por lo tanto para el estudio del procedimiento para establecer el resarcimiento de daños y perjuicios causados por error judicial del estado, obligatoriamente debo empezar a realizar dicho análisis por lo señalado en la Constitución de la República del Ecuador, en la cual en los incisos finales del Art.11 hace mención a la Responsabilidad del Estado en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o violaciones del debido proceso, pero no se señala proceso alguno para establecer, probar y ejecutar los resarcimientos por daños y perjuicios causados por estos daños infringidos por el sistema judicial, sea por error judicial o violación del debido proceso, tenemos que remitirnos al trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano establecido en la sección 23ª. Del Juicio Verbal Sumario, pues sorprendentemente nuestro sistema jurídico no contempla un procedimiento especial para los casos de error judicial en los cuales el Estado deba asumir los daños generados conforme a las disposiciones Constitucionales anteriormente señaladas.

Es preciso enfatizar que el cuerpo legal civil adjetivo en su sección 31ª. establece un "procedimiento" de indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados, jueces y funcionarios y empleados de la Función Judicial, el mismo que no debe ser confundido con el proceso de indemnizaciones por daños y perjuicios causados por error judicial del Estado conforme a la responsabilidad del mismo, señalada en el Art.11 incisos finales de la Constitución de la República del Ecuador y que es objeto principal del presente estudio.

### 1.3.6 Establecimiento de monto del resarcimiento, daño moral por los perjuicios de un proceso penal y por error judicial.

En la primera parte del presente estudio, se pudo esclarecer los tipos de responsabilidades y conforme nos atañe la responsabilidad extracontractual, la cual ha sido analizada como consecuencia de una infracción o delito penal o como resultado de error judicial del Estado, pues el delito o infracción además de la ofensa o conmoción social conlleva una onda de damnificación, no solo para el directamente ofendido, sino en ciertos casos, en contra de sus familiares o terceras personas; la responsabilidad extracontractual tanto en el caso de error judicial del Estado como en los derivados de la infracción o delito penal, busca reparar un daño, perjuicio, dolor, ausencia o desmedro en la persona afectada y como se pudo apreciar en líneas anteriores éste daño puede ser de índole material o moral, en éste último del tipo psicológico, sociológico o de la honra misma del perjudicado o víctima, para lo cual hoy en día la doctrina al referirse al pecunia doloris busca abarcar la mayor parte de los desmedros que se le ha generado de manera injusta al afectado, no solo por el sufrimiento moral o los daños aflictivos que se produjeran por el delito o por el error judicial, sino busca de cierta forma a través de una compensación económica, disminuir el impacto o sufrimiento no merecido ni buscado, del cual fue víctima y reducir cualquier consecuencia derivada del ya mencionado injusto. Como lo señala el profesor Lois Josserand en su obra “Curso de Derecho Civil” , la responsabilidad extracontractual contempla tres directrices principales el dolo, la culpa, el riesgo o riesgo creado o riesgo profesional, es loable destacar lo señalado por el doctrinario Emilio Velasco Célteri en su obra Sistema de Práctica Procesal Civil , en la cual señala que el proceso de responsabilidad tiene tres elementos: el daño, la imputación del mismo y el deber de reparar, de lo mencionado el mismo autor desglosa que para establecer una responsabilidad extracontractual es indefectible analizar los elementos necesarios para que se pueda afirmar que el daño existe, es cierto y personal; la tipología del daño; y la forma de liquidar el daño.

Hay que señalar que el daño puede ser de tipo material y moral, en la responsabilidad extracontractual se la expresa en el caso de daño material: el daño emergente y el lucro cesante y por el otro lado el daño moral, en el primer caso el lucro cesante, conforme lo define Guillermo Cabanellas de Torres , es “la ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para propios intereses” el mismo autor define al daño emergente como “el detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes”, es fácilmente dilucidar que tanto el daño emergente como el lucro cesante no conllevan mayor dificultad al establecer un monto concreto o cantidad determinable del daño producido sea por la destrucción o pérdida del bien material o por los peculios que se dejaron de percibir por la generación de las acciones dañosas o perjudiciales, solo se requiere de un cálculo matemático y que se puede justificar y sustentar con pruebas o indicios tangibles, pero la contrariedad se presenta cuando se busca establecer un monto o cuantificación del daño moral.

El doctor José García Falconí en su obra “Análisis Jurídico de la Ley No.171 que Regula la Reparación por daño moral en el Código Civil Ecuatoriano” , que el análisis del monto a fijarse para la reparación del daño moral, es absolutamente subjetivo, pues nadie puede valorar el dolor sufrido, el daño psicológico o el impacto social que conllevó dicho daño, no es más que el mismo afectado quien podría señalar de manera un poco más acertada el daño que ha sufrido y tratar de cuantificarlo pecuniariamente, razón por la cual se debe dar una importancia primordial a la cuantía señalada por

el ofendido al momento de presentar la acción indemnizatoria, pero esta libertad del ofendido para fijar arbitrariamente el monto por razón de resarcimiento, podría degenerar un exceso o abuso del derecho por parte del ofendido o accionante, en este punto el recién mencionado autor se remite a lo señalado por el doctor Luis Humberto Galeas que textualmente enuncia: “que hay que introducir una reforma en el sentido de que el valor de la indemnización por el daño moral de efectos meramente subjetivos no puede ser inferior a cierto número de salarios mínimos vitales generales, ni mayor a cierto número de estos tomando en consideración la situación económica del responsable que para el efecto se acreditará”. Por lo tanto se señala que en la legislación ecuatoriana existen ciertos vacíos legales o procesales, pero la pregunta que nace es en donde queda la sana crítica de los jueces o autoridades para resolver esta clase de acciones, a lo que el doctrinario Eduardo J. Couture responde esta inquietud en su obra “Las reglas de la sana crítica”, que aluce que en el sistema de la sana crítica, el legislador dice al juez: tu juzgas como tu inteligencia te lo indique, utilizando un sistema racional de deducciones, se establece por lo tanto, que el juez es el encargado de contralorear la proposiciones y pretensiones de las partes, realizando un diagnóstico de los hechos y llegando a establecer que el demandado ocasionó un daño injusto al actor y a su vez realizando una contabilización pecuniaria de dicho daño.

Finalmente cabe resaltar los cuatro parámetros enunciados por el doctor José García Falconí en su obra ya mencionada, los mismos que servirían para establecer un monto o cuantía para el resarcimiento por daño moral, y estos son:

- a) La naturaleza del acto y hecho ilícitos;
- b) La ocupación habitual del ofendido;
- c) El dolor producido a la parte actora; y
- d) El nivel cultural y situación económica, tanto del sujeto activo como del pasivo.

Definitivamente para determinar con certeza un monto para resarcir el daño moral, es ineludible considerar factores como la gravedad de la ofensa, el grado de sensibilidad del ofendido, las relaciones de parentesco, la edad y el sexo del ofendido, pues no es lo mismo ofender a un joven de mediana edad al cual puede no importarle ciertas palabras a infringir una ofensa a una mujer, viuda y de la tercera edad; es impreciso establecer un monto fijo para resarcir el daño moral pues el demandado siempre estará en oposición y le parecerá un monto exagerado, mientras que para el actor muchas veces le parece un valor insuficiente para calmar o reponer el daño causado, por lo que varios autores consideran a la reparación por daño moral como inestimable pecuniariamente, lo cual conforme a los parámetros y lineamientos antes mencionados no debería presentarse como un imposible, pues al tomar en cuenta los factores redactados debe ser más fácil y práctico establecer un monto fijo por el daño causado y dicho proceso debe actuarse con celeridad y economía procesal para no seguir causando daños colaterales al ofendido.



2.- Estudio comparado de la noción de responsabilidad y proceso de resarcimiento de los daños y perjuicios establecidos en sentencias penales y de los procesos de indemnización por error judicial.

Lo que se busca es realizar un análisis de legislación comparada respecto de los procedimientos jurídicos empleados por países como Chile, España y Colombia, los cuales ostentan una legislación evolucionada y más moderna a comparación de la legislación ecuatoriana, dichos ordenamientos jurídicos establecen procedimientos concisos, céleres, ágiles, eficaces y eficientes para determinar las indemnizaciones por daños y perjuicios producidos por los delitos o infracciones al igual que los desembocados por el error judicial asumido por el Estado central, cabe señalar que la legislación ecuatoriana no contempla un procedimiento directo o paralelo a los procesos penales o de error judicial, para que sea el mismo juez quien establezca la indemnización por los daños producidos, pues la única opción es realizarlo por cuerda separada mediante acción civil, la misma que gracias al desactualizado sistema procesal civil ecuatoriano, tarda mucho tiempo y le causa un daño mucho más grave al ofendido, además de violar principios del debido proceso como la celeridad, la inmediación y la economía procesal, generándose una latente inseguridad jurídica.

2.1 Fundamentos de la responsabilidad del Estado y de los procesos indemnizatorios establecidos en la Constitución y legislación ecuatoriana.

La responsabilidad del Estado para resarcir los daños causados a los administrados y en general a los ciudadanos se encuentra determinado en el Art.11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que en su numeral 9 inciso 2º señalan la obligación del Estado, sus delegatarios o funcionarios, a reparar las violaciones que estos hubieran causado a los derechos de los particulares, sea por una deficiente o nula prestación de servicios públicos, entre ellos la administración de justicia; la Constitución en el Artículo y numeral ya señalados en su parágrafo 4º textualmente determina: “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” . Queda clara la responsabilidad del Estado por los daños causados, a lo que cabe sumarle la responsabilidad del mismo en los casos de reforma o revocación de sentencias condenatorias, en todos los casos la carta magna señala que el Estado ejercerá el derecho de repetición en contra del funcionario causante del daño, en este punto se hace un breve paréntesis para remitirnos a lo establecido por el Código Penal Ecuatoriano en su Art.12 respecto de la comisión por omisión y que textualmente expresa: “Art.12.- No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.”, de lo anotado se deduce que el funcionario es responsable no solo por sus acciones sino también por lo que no hace teniendo la obligación jurídica de hacerlo. Por lo antes expuesto se concluye que la responsabilidad que asume el Estado ecuatoriano es una responsabilidad meramente objetiva, razón por la cual no se requiere probar que hubo dolo o mala fe por parte del funcionario o dependiente que causare el daño.

El Art.172 de la Constitución de la República del Ecuador en su inciso tercero textualmente establece: “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”; el mismo que se debe sustanciar conforme al procedimiento establecido en el Art.979 y siguientes del Código de Procedimiento civil.

Concordantemente con lo antes enunciado, al existir una deficiente administración de justicia, no solamente son responsables los Jueces sustanciadores o generadores de la violación procesal, sino

también el Estado ecuatoriano, conforme lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 32 se establece:

“Art.32.- El estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o su representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la Jueza o Juez de lo Contencioso Administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello. ...

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral.”

Se observa claramente que existen varios procesos para buscar resarcir los daños causados por una mala o deficiente administración de justicia, sea por violaciones en el debido proceso o por una detención injusta o arbitraria, o en su defecto por error judicial, se puede decir que en su contenido todas estas expresiones confluyen en la deficiente administración de justicia, de la cual el Estado es responsable además de las responsabilidades civiles, administrativas o penales de sus funcionarios entre ellos los jueces, pero en general el Estado se responsabiliza de las actuaciones de todos sus funcionarios y servidores públicos, tal y como determina el Art.233 de la Carta Magna, que señala: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.”, se evidencia que el Estado responderá por los daños causados pues así se lo interpreta de acuerdo al derecho de repetición del Estado en contra de sus funcionarios, establecido en el Art.33 del Código Orgánico de la Función Judicial, de lo pagado por el Estado por el tema de resarcimientos de los daños causados por sus funcionarios o servidores.

Es de peculiar importancia el destacar que en el mencionado párrafo segundo del numeral 9 del Art.11 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece que además de los funcionarios y empleados públicos, el Estado también asume la responsabilidad de los daños causados por su delegatarios y concesionarios, hecho que ya estaba señalado en la Constitución de 1998 y que otorga una amplia potestad para aquellos que alguna vez se sintieron lesionados en la prestación de un servicio que al parecer sea prestado por una entidad privada, pero que finalmente ésta solo es una concesionaria del Estado; congruentemente es imprescindible recalcar lo establecido en el inciso segundo del Art.53 de la Constitución de la República del Ecuador que textualmente determina:

“El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”, del cual se desprende la responsabilidad del Estado de las Empresas que

presten servicios públicos, sean empresas estatales, delegatarios o concesionarios, esto respecto de los derechos de los usuarios o consumidores.

No está demás señalar algunas normas Constitucionales que establecen la responsabilidad del Estado para prestar ciertos servicios y cumplir con obligaciones propias de la administración central, se los ha resaltado en vista de que del incumplimiento en la tutela efectiva de dichas obligaciones y servicios, eventualmente podrían presentarse acciones de daños y perjuicios en contra de la Administración, esto es del Estado, los mencionados artículos son:

Lo señalado por el Art.172 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que en su inciso tercero establece: "...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."; en el caso particular de los jueces hay que mencionar que se puede aplicar el procedimiento establecido en la Sección 31ª. Del Título II del Código de Procedimiento Civil, para perseguir el resarcimiento de los daños y perjuicios contra Funcionarios Judiciales; además del transcrito artículo 172 de la Constitución se desprende claramente la responsabilidad de los Jueces, que como no podemos olvidar, son funcionarios públicos, por lo tanto el Estado es responsable de sus actuaciones y a los cuales se podrá aplicar el derecho de repetición tantas veces nombrado, tanto para el proceso en contra del Estado por inadecuada administración de justicia, como el proceso de repetición del Estado en contra de los funcionarios o causantes del daño, se debe aplicar lo establecido en los Art.32 y Art.33 respectivamente del Código Orgánico de la Función Judicial, innovación que se agregó a partir de la expedición de dicho Código Orgánico en el 2009, pues cuando existía la Ley Orgánica de la Función Judicial (vigente hasta el 8 de marzo del 2009), no estaba dado este procedimiento de reparación, al cual cabe señalar que se le ha dado un proceso Contencioso Administrativo, que como trataré posteriormente no sería lo más óptimo, al menos de acuerdo al proceso que señala la enunciada norma, pues se corre el riesgo de no obtener una tutela efectiva en precaución de principios de celeridad, inmediación y economía procesal.

#### 2.1.1 Derecho a la reparación establecido en la Constitución del Ecuador.

Como se desprende de las normas jurídicas antes señaladas, sobre todo de las constitucionales, en más de un artículo se establece el derecho a la reparación por los daños causados, es estrictamente necesario remitirnos a lo señalado en el numeral 9 del Art.11 de la Constitución, principalmente en los incisos segundo y quinto de dicho numeral, de los cuales textualmente se determina:

"...El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. ..." (El subrayado y la negrita son mías).

De igual manera el inciso quinto del ya señalado numeral 9 del Art.11 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa:

"...Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de

servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.” (El subrayado y la negrita son mías).

De las transcripciones de la norma Constitucional, se puede deducir que más allá de existir el derecho como tal de la reparación, se ha integrado a la Nueva Constitución (2008), el antagónico de dicho derecho, esto es, se ha estipulado la obligación del Estado a reparar los daños causados o generados por la acción (omisión) de sus funcionarios, empleados, concesionarios, delegatarios y demás personas que actúen a su nombre; pese a que no se ha consagrado literalmente el derecho de los ciudadanos o lesionados, a la reparación, considerando lo estipulado en el Art.427 de la Ley Suprema en su parte inicial, la interpretación de de las normas constitucionales será al tenor literal, pero al que más se ajuste a su integralidad, por lo cual no es difícil deducir que el espíritu del Asambleísta al establecer dicha obligación al Estado, era más bien, determinar el derecho de los ciudadanos lesionados o de todo aquel que se le haya violado sus derechos, a exigir una reparación integral al Estado, por los daños injustamente soportados.

Hay que traer a colación, los ya nombrados artículos 53, 172, 233, de la Constitución de la República del Ecuador, en los cuales como ya se señaló anteriormente, se establece la responsabilidad del Estado para reparar los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención o prestación de servicios públicos a su cargo, y haciendo un símil analítico a lo recientemente enunciado, se puede alegar que dicha obligación Estatal en contraposición, genera el derecho de los ofendidos o lesionados a la reparación de los perjuicios generados.

#### 2.1.2 Medios de reparación a quien obtuviere sentencia absolutoria en un proceso penal.

A diferencia de los casos señalados con anterioridad, esto es, en los casos de error judicial o mala administración de justicia, detención arbitraria, violación del debido proceso o de la tutela efectiva, en donde el responsable de estas situaciones terminaba siendo el Estado, tenemos una segunda posibilidad de que el sujeto activo o causante de los daños no sea el Estado, sino que tercero al que no hemos señalado con mayor descripción, este nuevo sujeto es aquel que de manera maliciosa, infundada y con abuso del derecho, presenta una denuncia, acusación particular o querrela y de cualquiera de estas se obtiene sentencia absolutoria, el perseguido o acusado injustamente, tiene el derecho de reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia, acusación particular o querrela, tal y como lo señala el numeral 2 del art.31 del Código de Procedimiento Penal, cuya transcripción dice:

“Art.31.- Competencia en los juicios de indemnización.-Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:

...2. De los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación particular:

- a) Si fueron reclamados en un juicio de acción pública será competente una Jueza o Juez de Garantías Penales diferente de aquel que dictó el auto de sobreseimiento firme; y
- b) Si la acusación fue presentada en un juicio de acción privada, será competente una Jueza o Juez de Garantía Penales distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria.”

No se puede dejar de mencionar los casos en los que se presentan acusaciones o denuncias iniciadas por los fiscales, donde parcialmente quien acusa se podría decir que es el Estado o un representante

del mismo, pero puede ser que esa acusación sea infundada o errónea razón por la cual la ley ha determinado que existe responsabilidad civil por parte de éstos funcionarios que actúan como acusadores e impulsores de los procesos, el antes mencionado Código Orgánico de la Función Judicial en su Art.34 señala el procedimiento para la responsabilidad personal de los fiscales que son quienes podrían generar un daño por acusaciones infundadas y consecuentemente se de una sentencia absolutoria, el referido Art.34 señala, que las causas, que por indemnizaciones de daños y perjuicios y por daño moral en contra del perjuicio producido por responsabilidad de fiscales, entre otros servidores, se sustanciará ante el Juez de lo civil del domicilio de la parte demandada por acción verbal sumaria, por lo tanto es indispensable remitirse al procedimiento señalado en el título II De la Sustanciación de los Juicios, sección 23ª. Del Juicio verbal sumario del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano; es necesario destacar que la sección 31ª Del juicio sobre indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados, jueces y funcionarios y empleados de la función judicial, sección que forma parte del mencionado Título II del Código Adjetivo Civil, señala un procedimiento especial para las acciones de daños y perjuicios en contra de juez (magistrado), empleados de la función judicial y notarios públicos, para lo cual se señala un proceso especial y sumario el cual es susceptible de recurso de casación y que cuya jurisdicción y competencia está dada por la ley en base al demandado, en éste caso a la jurisdicción y competencia que ostente el juez o funcionario causante de perjuicio.

2.1.3 Proceso de resarcimiento por daños y perjuicios causados a la víctima del delito o de la infracción, establecido en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano y leyes conexas.

El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano en su Art.27, numeral 8), textualmente señala: "Art.27.- Competencias de los Jueces de Garantías Penales.- Los Jueces de Garantías Penales tienen competencia para:... 8. Determinar, con base a los elementos de convicción, el monto de los daños y perjuicios causados, para garantizar la reparación de los ofendidos;..." .

De lo enunciado en el transcrito numeral 8. del Art.27 del Código Procesal Penal, se puede apreciar que existe por medio de mandato legal, la potestad para que sea el mismo Juez de Garantías Penales, quienes determinen y resuelvan las indemnizaciones por daños y perjuicios causados a los ofendidos o víctimas del acto delictivo.

Posteriormente el Art.31 Ibídem enuncia: "Art.31.- Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las siguientes reglas:

1. De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:
  - a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, siempre que no hubiera sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la determinación hubiese sido parcial, será competente el Presidente del Tribunal de Garantías Penales que dictó la sentencia condenatoria;
  - b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, la Jueza o Juez de lo Civil al que le corresponda según las reglas generales;
  - c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde a la Jueza o Juez de Garantías Penales que dictó la sentencia; si en ésta igualmente no fue posible determinar los perjuicios, o si la determinación fue solo parcial, y,

d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva

2. De los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación particular:

a) Si fueron reclamados en un juicio de acción pública será competente una Jueza o Juez de Garantías Penales diferente de aquel que dictó el auto de sobreseimiento firme; y,

b) Si la acusación fue presentada en un juicio de acción privada, será competente una Jueza o Juez de Garantía Penales distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria." (El subrayado y negrilla son míos)

La primera norma enunciada en el presente análisis, esto es el numeral 8 del Art.27 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, señala claramente la competencia del Juez de Garantías Penales para determinar, y por lógica jurídica, ejecutar las resoluciones o condenas por daños y perjuicios, a favor del ofendido o víctima, producto de la infracción; de igual manera y en concordancia a las distintas acciones penales, los literales a) y c) del numeral 1. del Art.31 del mencionado cuerpo legal procesal, especifican que son o el Presidente del Tribunal o los mismos Jueces de Garantías Penales que conocieron del proceso materia del libelo, los llamados a conocer y resolver los procesos de indemnización por daños y perjuicios, pero existiendo una salvedad o condición, pues en los mencionados literales se resalta que éstos Jueces conocerán dichos procesos, siempre y cuando no hubiere sido posible determinar los perjuicios en la misma sentencia que declaró la existencia del delito y la especificación del responsable, por lo tanto queda más que claro, que con fundamento a los principios de sistema-medio de administración de justicia, principios Dispositivo, de Inmediación y concentración, y principio de Celeridad, los cuales están determinados en los Arts. 18, 19 y 20 del Código Orgánico de la Función Judicial respectivamente, es una potestad y más que eso un DEBER moral y jurídico que los mismos Jueces de Garantías Penales que conocieron, sustanciaron y que en sentencia resolvieron la existencia del delito y la determinación de un responsable, sean los llamados a conocer, sustanciar, determinar y ejecutar el pago de daños y perjuicios a favor del ofendido producto de la infracción cometida en su contra, para mayor certeza es tan solo necesario transcribir lo mencionado en el inciso tercero del Art.19 del Código Orgánico de la Función Judicial, el mismo que textualmente dice:

"Art.19.- Principios Dispositivo, de Inmediación y Concentración.- ... Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso."

La celeridad y la economía procesal son principios fundamentales en el derecho procesal, por lo tanto es inconcebible pensar que los jueces penales que dictaron sentencia condenatoria de una delito o infracción, se excusen o aleguen incompetencia por falta de especialidad en la materia, pues la misma normativa ecuatoriana los faculta y obliga a sustanciar los procesos indemnizatorios.

Finalmente para concluir con el análisis del Art.31 del Código Adjetivo Penal, en su numeral 2, señala el proceso a seguir para el reclamo de daños y perjuicios, pero ya no por parte del presunto ofendido o víctima del delito, sino más bien por parte del presunto infractor o delincuente que en base a las pruebas se determinó en sentencia su inocencia, razón por la cual surge su derecho a reclamar indemnización en contra de su acusador por malicia o temeridad en su denuncia o acusación

particular, en donde la norma señala que debe conocer dicho proceso de indemnización un Juez de Garantías Penales diferente al que dictó el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, según corresponda, situación que es comprensible pues podría generarse un conflicto de intereses al ser el mismo Juez quien lo declaró inocente y quien además establezca el monto de su indemnización, razón por la cual se traslada la competencia a otro Juez pero no en razón de la materia, pues como enuncia la norma es otro Juez de Garantías Penales quien debe conocer.

2.2 Presupuestos normativos y procesales para demandar el resarcimiento por daños y perjuicios establecidos en sentencia penal y por error judicial del Estado.

El sistema jurídico ecuatoriano, no contempla en forma específica un proceso claro y determinado para perseguir la indemnización por daños y perjuicios establecidos en sentencia penal y tampoco para los casos de error judicial del Estado, a continuación se propone realizar un estudio jurídico comparado entre las legislaciones colombiana, española y chilena; aunque la Constitución de la República del Ecuador y normas como el Código de Procedimiento Penal y Código Orgánico de la Función Judicial establecen pautas como el derecho a iniciar las acciones indemnizatorias en los casos antes señalados, no contemplan un proceso efectivo, vigente y aplicable para obtener los resultados planteados que son la precaución y cautela de derechos del debido proceso y acceso a la justicia. A continuación el análisis comparado entre las siguientes legislaciones:

#### 2.2.1 En la legislación colombiana.

La Constitución Política de Colombia señala clara y explícitamente la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, aunque dicho precepto jurídico se encuentre algo confuso en la carta magna del país hermano de Colombia, pues la antedicha norma textualmente enuncia:

“Art. 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Por lo que se puede apreciar la norma Constitucional transcrita se divide en dos posibilidades claramente definidas; en el primer párrafo del art. 90 se establece que el Estado responderá por los daños antijurídicos producto de la acción u omisión de las autoridades públicas, es claro que el Estado asume una responsabilidad objetiva ya que se señala que solo debe existir el daño antijurídico causado por la autoridad pública para que el Estado sea patrimonialmente responsable; pero, en el segundo inciso del renombrado art.90, señala que si el daño ha sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo el Estado deberá repetir en contra de éste, en este segundo escenario se puede apreciar claramente una responsabilidad del tipo subjetivo, pues se enuncia que debe existir dolo o culpa grave por parte del funcionario o más bien en propias palabras de la Constitución colombiana del agente que produjo el daño.

En mi criterio personal este doble escenario o posibilidad que enuncia el art.90 de la Constitución de la República de Colombia, no busca separar la responsabilidad del Estado en los casos de daños

producidos por sus representantes o autoridades públicas, sino más bien quiere particularizar que solo en los casos de responsabilidad subjetiva el Estado podrá ejercer el derecho de repetición en contra de la autoridad pública o agente que generó dicho daño, obviamente luego de que se pruebe la existencia de la conducta dolosa o gravemente culpable, pero finalmente el Estado asumirá una responsabilidad objetiva en todos los casos, pero en aquellos que no se demostrare la conducta dolosa o culposa del agente el Estado no podrá perseguir la repetición del desmedro o disminución patrimonial sufrida.

Cabe señalar la peculiaridad o diferencia que existe en la Constitución colombiana con la Constitución ecuatoriana, respecto de la manera de catalogar al sujeto activo o generador del daño, toda vez que la Constitución y legislación ecuatoriana lo señalan a este sujeto como servidor o funcionario público, delegatario, concesionario u autoridad, mientras que la Constitución colombiana se refiere al mismo solamente como autoridad pública o agente, lo cual genera una amplitud y alcance mayor, a diferencia de lo enunciado en nuestra legislación ya que no todo servidor, funcionario, concesionario o delegatario se lo puede catalogar como autoridad, pese a que el art.124 de la Constitución colombiana señala que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos ésta no se encuentra detallada en dicha norma.

Respecto a la indemnización por los daños y perjuicios causados a la víctima del delito u ofendido, la normativa adjetiva y sustantiva penal colombiana, establece de manera muy clara y concisa el derecho que le asiste al ofendido para reclamar el resarcimiento pecuniario o restitutivo de los perjuicios generados por el responsable establecido en la sentencia penal, para lo cual es imprescindible enunciar la normativa colombiana que contiene lo mencionados parámetros; en el Código Penal colombiano existe todo un título que contiene un capítulo único en el cual se señala el fundamento jurídico para reparar el daño producto del acto delictivo, de igual manera enuncia quien es el obligado a resarcir dicho daño, quien es el titular llamado a ejercer dicho derecho de indemnización y finalmente los plazos y procedimientos a seguir para determinar y ejecutar la indemnización por los daños y perjuicios generados por el delito o infracción debidamente determinado en una sentencia penal, para lo cual transcribo lo textualmente señalado por el Código Penal de la República de Colombia:

#### “CAPÍTULO SEXTO

De la responsabilidad civil derivada de la conducta punible

ARTÍCULO 94 - Reparación del daño. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.

ARTÍCULO 95 - Titulares de la acción civil. Las personas naturales, o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal.

El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos.

ARTÍCULO 96 - Obligados a indemnizar. Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder.

ARTÍCULO 97 - Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deben probarse en el proceso.

ARTÍCULO 98 - Prescripción. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal.

En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil.

ARTÍCULO 99 - Extinción de la acción civil. La acción civil derivada de la conducta punible se extingue por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil. La muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia, y, en general las causales de extinción de la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no extinguen la acción civil.

ARTÍCULO 100 - Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción. Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.

En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos. La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien. ”

De los artículos del Código Penal antes mencionados, cabe destacar, que el legislador colombiano quiso establecer un procedimiento claro, específico y conciso para el resarcimiento de los daños producidos a la víctima del delito, acorde a los principios universales del derecho como la celeridad, la economía procesal y la inmediación, éste último es de vital importancia toda vez que, el juez que conoció y sustanció el proceso penal en el cual se determinó la existencia del delito y la identificación de el o los responsables de dicho delito, es la persona que se encuentra empapada de conocimiento no solo jurídico y factico de lo acontecido, sino que también evidenció la tragedia misma, el dolor y el estado emocional en el que se encuentra la víctima del delito, por lo tanto quien más que el mismo juez penal tiene que ser el llamado a determinar, dentro de lo que sea posible ser determinable, el monto, cuantía o forma de resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la víctima; el articulado en mención establece de un forma muy práctica el comiso de bienes del ya determinado como responsable del delito, bienes que por medio de un proceso de peritaje y avalúos ayudarán a remediar los daños producidos a la víctima y finalmente señala en la norma que inclusive se puede entregar directamente dichos bienes a favor de la víctima en calidad de indemnización, lo cual demuestra una amplia evolución a diferencia de la legislación ecuatoriana.

### 2.2.2 En la legislación chilena.

Para analizar el origen de los daños y perjuicios de aquella persona que ha sido lesionada en sus derechos, es necesario remitirnos a lo señalado en la Carta Magna de la República de Chile, en la cual el fundamento del derecho de reparación por parte del Estado consta en el inciso segundo del Art.38, el cual en su tenor literal expresa:

“Art.38.- ...Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.” .

De igual manera los Artículos 6 y 7 de la Constitución chilena enuncian la responsabilidad del Estado respecto de los actos y resoluciones de sus funcionarios o todos aquellos órganos que forman parte del estamento público, destacando además los principios de legalidad y constitucionalidad, al resaltar que los funcionarios y todos aquellos que actúen a nombre del Estado solo pueden realizar actos que se les haya atribuido por medio de la ley y la constitución y que no podrán violar dichos parámetros ni los derechos consagrados en la Constitución o en las leyes, por ningún concepto o por ninguna excepción, generándose la responsabilidad de los funcionarios por sus actos o resoluciones, las cuales tienen que estar enmarcadas y motivadas por la Constitución y la ley.

La ley de bases de la administración del Estado en su art.4 textualmente dice: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado” , la ley es muy clara al determinar la responsabilidad del Estado y a su vez la posibilidad de repetir en contra del funcionario que causare cualquier daño en ejercicio de sus funciones, lo que no se especifica es si la responsabilidad del Estado es una responsabilidad objetiva o subjetiva, ya que no señala la legislación chilena si el daño que produce el funcionario tiene que ser de origen doloso o culposo o sin ellos, lo cual definiría la objetividad o subjetividad de la responsabilidad del Estado, pero por la falta de especificidad y por la amplitud de la norma mencionada y a su vez de la norma constitucional se presume que la responsabilidad es de tipo objetiva por lo tanto no se tendría que determinar si hubo dolo o culpa del funcionario que generó el daño, sino solamente la existencia de dicho daño y el vínculo de causalidad entre el perjuicio ocasionado y la acción del Estado.

Respecto de la reparación por mala administración de justicia, la normativa de Chile establece en el literal i) del Art.7 de la Constitución, lo transcrito a continuación:

“Una vez dictado el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte declare injustificadamente errónea o arbitraria tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado, de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él se apreciará a conciencia” .

De lo mencionado, cabe resaltar la posibilidad del injustamente procesado, para iniciar las acciones correspondientes en los casos de error judicial por parte del administrador de justicia, esto es el Estado, pero a su vez existe una cierta restricción al establecer dicha norma constitucional en su parte inicial cuando dice, una vez dictado el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, se entiende

que solamente cabe el error judicial o la mala administración de justicia en los procedimientos penales, dejando de la lado la diversidad de procedimientos que forman parte del ordenamiento procesal jurídico, a lo cual sólo se podrá resarcir la mala administración de justicia en los casos o ámbitos penales, pese a que posteriormente la redacción señala, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia, lo cual ampliaría el campo de aplicación pues se puede someter a varios tipos de procesos, esto es civiles, penales, administrativos, constitucionales, etc, de lo cual se puede colegir que existe cierta ambigüedad de la norma o más bien un cierto vacío al no aclararse si ésta norma Constitucional es aplicable a cualquier proceso en razón de la materia o específicamente al proceso penal.

### 2.2.3 En la legislación española.

El presupuesto normativo para determinar la responsabilidad del Estado en el sistema jurídico español, consta principalmente en el numeral segundo del Art.106 contenido en el Título IV (Del Gobierno y de la Administración) de la Constitución Española , el cual textualmente dice:

“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

Éste presupuesto constitucional abarca diversos escenarios y condicionamientos, primero se remite a la ley, pese que el derecho está constitucionalmente establecido se remite a una ley, sin señalar una en particular, se puede observar de igual manera que al referirse a los particulares no se hace distinción entre ciudadanos o extranjeros, tampoco una diferenciación o aclaración entre la posibilidad de persona natural o persona jurídica, pues la norma señala a los particulares lo cual presenta cierta obscuridad por lo antes mencionado, un particular puede ser un individuo, una empresa, pues la definición de particulares según la Real Academia de la Lengua Española señala: “1. adj. Propio y privativo de algo, o que le pertenece con singularidad” ; continuando con el análisis se establece que el daño del cual se responsabiliza el Estado puede ser un daño en los bienes o en las personas, pero rigiéndonos a la transcripción literal del mencionado artículo, la palabra usada no es daño sino lesión, la cual nos genera una interrogante pues lesiones existen sobre las personas más no sobre las cosas tal y como lo señala la definición de la real academia de la lengua al referirse a la lesión como: “1. f. Daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad. 2. f. Daño, perjuicio o detrimento” ; y finalmente todos estos escenarios están supeditados a una condición o excepción que es la fuerza mayor, pues dice la norma que éste derecho a la reparación, no será convalidado si la “lesión” proviene de un caso de fuerza mayor, lo cual restringe en gran parte la aplicabilidad de la norma pues queda susceptible a la determinación de la existencia o no del caso de fuerza mayor, poniendo en riesgo el ejercicio del tantas veces mencionado derecho a la reparación.

La legislación española al determinar el resarcimiento por error judicial del estado o por mala administración de justicia determina en su Art. 291.1 del Código de Enjuiciamiento Criminal:

“Los daños causados en cualquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglos a lo dispuesto en este título.”

Tal como se lo señaló en el análisis previamente realizado, se recalca que el perjuicio puede recaer tanto sobre los bienes como sobre los derechos de la persona, pero en éste caso el Código de Enjuiciamiento Criminal emplea de manera acertada las palabra daños más no la palabra lesión la cual es empleada en la Constitución, pero al igual que en el artículo referido de la Carta Magna, en la presente norma del Código de Enjuiciamiento Criminal de España, se sigue haciendo alusión a la excepción de los casos de fuerza mayor como una negativa al acceso a la mencionada indemnización.

Por un análisis breve de la normativa española referida se puede mencionar que existe una gran amplitud respecto del error judicial, pues éste no es exclusivo del procedimiento penal, aunque como se mencionará posteriormente existe una norma específica para el error judicial en el campo penal, pero de manera generalizada existe un amplio alcance al señalar el Art.292.1: así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia; toda vez que el funcionamiento anormal de la administración de justicia se puede dar en cualquier campo, eso libera la restricción en razón de la materia para el error judicial, esto es no solo en el ámbito penal sino cualquier otro, de igual manera dicho artículo sobre pasa no solo del campo del debido proceso sino que alcanza también a aquellos perjuicios que son producto del desempeño usual de las prácticas jurisdiccionales, claro que una norma tan amplia merece ciertas especificidades, por aquello entre otras el numeral 3 del Art.292 Ibídem textualmente menciona:

“La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización”.

Aparentemente lo que buscaba la norma es simplemente ejemplificar que tipos de casos no son aplicables a los mencionados procedimientos de resarcimiento, para que se aplique un análisis lógico en base a la sana crítica y poder direccionar los procesos de acuerdo a lo mencionado en el presente título normativo.

Para el error judicial producto de la privación injusta de la libertad, el Código de Enjuiciamiento Criminal en su Art.294.1 menciona:

“Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por ésta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre siempre que se le haya irrogado perjuicios”.

Por las características de las normas precedentes se puede deducir que la esencia de la norma no es restringir únicamente a los casos de prisión preventiva en los que se declare la absolución, sino que en todos los casos en que se declare la absolución con el auto de sobreseimiento y que el presunto imputado haya sido privado injustamente de su libertad, para lo cual se podrá aplicar el funcionamiento anormal de la administración de justicia.

## 2.3 Formas y procesos de reparación en los sistemas jurídicos en:

### 2.3.1 El sistema procesal penal colombiano.

En el caso de la normativa jurídica colombiana, el procedimiento para sustanciar las acciones de indemnización es el contencioso administrativo, en el cual se aplica la acción de reparación directa en

los casos de demandas por daños causados por la administración de justicia, la norma empleada es la Ley 270/96 específicamente en su Art.73 que señala:

“Competencia. De las acciones de reparación directa y de repetición que tratan los artículos anteriores conocerá de modo privativo la jurisdicción contencioso-administrativa conforme al procedimiento ordinario y de acuerdo con las reglas comunes de distribución de competencia entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos”.

La vía de la reparación directa se encuentra establecida en el Art.86 del Código Contencioso Administrativo , que textualmente determina:

“Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa”.

El proceso de resarcimiento por mala administración de justicia por medio de la acción directa es un procedimiento ordinario, no es sumario ni especial, lo cual puede acarrear la demora en el ejercicio de dicho derecho a la reparación.

Para el proceso de indemnización por error judicial principalmente por privación injusta de la libertad, el art.414 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el Art.65 de la ley 270/96 contienen el proceso a seguir para dicho resarcimiento, en el cual se establece que la reparación no solamente será de tipo material o pecuniario sino que tendrá un gran alcance como la censura pública del funcionario o institución, la garantía de no repetición o la disculpa al afectado.

Para el procedimiento de indemnización a favor de la víctima o perjudicado por el delito o infracción, el sistema jurídico colombiano tiene un bien determinado y detallado proceso, cumpliendo con los principios procesales de celeridad, inmediación y economía procesal.

Una vez que tenemos el fundamento legal sustantivo, es necesario establecer las normas procesales a seguir para el correcto desempeño y aplicación de la atractiva normativa establecida en el Código Penal, por lo cual sin dejar posibilidad a confusión, la legislación colombiana estableció en su Código Adjetivo Penal un capítulo completo para lo que ellos llaman el ejercicio de incidente de reparación integral, norma que textualmente dice:

## “TÍTULO II

### Acción Penal

#### CAPÍTULO II

##### Del Ejercicio del Incidente de Reparación Integral

ARTÍCULO 54 - Formalidades. La acción civil, dentro del proceso penal, se adelantará en cuaderno separado en el que se allegarán todas las pruebas y actuaciones relacionadas con la pretensión patrimonial, y se regulará por las normas aquí señaladas y las de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, en cuanto no se opongan a la naturaleza del proceso penal.

ARTÍCULO 55 - Extinción de la acción civil. La acción civil proveniente de la conducta punible se extingue en todo o en parte, por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil.

### CAPITULO III

#### Liquidación de perjuicios

ARTÍCULO 56 - Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios. En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar. Cuando se haya intentado la acción popular y ésta prospere, el juez en la sentencia condenatoria deberá señalar el monto de los perjuicios colectivos ocasionados por la conducta punible. Cuando en la sentencia se condene al pago de indemnización colectiva se ordenará la constitución de un fondo conformado por el importe de la misma, administrado por el Defensor del Pueblo y destinado al restablecimiento de los daños causados con la infracción.

En los casos de perjuicios no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en el Código Penal. Cuando obre prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá condenar al pago de perjuicios. En caso de hacerlo, será ineficaz la condena impuesta.

ARTÍCULO 57 - Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria. La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

ARTÍCULO 58 - Ejecución de la sentencia que ordena el pago de perjuicios. La sentencia que condene al pago de perjuicios, una vez ejecutoriada, prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles. Éstos informarán al juez penal de la emisión del mandamiento de pago, deber que le será advertido por el juez penal en la sentencia. Recibida tal información, si hubieren bienes embargados o secuestrados, se dejarán a disposición del juez civil sin levantar tales medidas.

Si dentro de los tres meses siguientes a la ejecución de la sentencia condenatoria, el juez penal no es informado de la emisión del mandamiento de pago, levantará las medidas de embargo y secuestro que hubiere decretado.

ARTÍCULO 59 - Efectos de la declaratoria de responsabilidad. Cuando no se hubiere constituido parte civil y se condene al procesado, la responsabilidad no podrá ser discutida en el proceso civil, debiendo limitarse éste a la clase y monto de los perjuicios.

### CAPÍTULO IV

#### Bienes

ARTÍCULO 60 - Embargo y Secuestro de bienes. Simultáneamente a la providencia en la que se imponga medida de aseguramiento o con posterioridad, el funcionario judicial decretará el embargo y secuestro de los bienes de propiedad del sindicado. En los eventos en que no haya lugar a resolver la situación jurídica, el funcionario judicial, con posterioridad a la vinculación, de oficio o a solicitud de la parte civil, ordenará el embargo y secuestro de bienes de propiedad del sindicado cuando obre en el proceso la prueba a que se refiere el artículo 356 de este Código.

El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo al régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil. Esta decisión se adoptará mediante providencia de sustanciación. Tanto la solicitud como la orden de decreto y práctica de las medidas cautelares reales tendrán tratamiento reservado hasta que sean practicadas y con ellas se abrirá cuaderno independiente de la actuación principal.

El funcionario judicial, una vez decretado el embargo y el secuestro, designará secuestre y adelantará el trámite posterior conforme a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Cuando las medidas afecten un bien inmueble que esté ocupado o habitado por el sindicado, se dejará en su poder a título de depósito gratuito, con el compromiso de entregarlo a un secuestre o a quien el funcionario indique si se profiere sentencia condenatoria en su contra.

La providencia que revoque las medidas cautelares es apelable en el efecto diferido.

Parágrafo. En los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, el Ministerio Público podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes del sindicado en las mismas condiciones señaladas en este artículo, salvo la obligación de prestar caución.

**ARTÍCULO 61 - Desembargo.** Podrá decretarse el desembargo de los bienes, cuando el sindicado preste caución en dinero efectivo o mediante póliza de seguros por el monto que el funcionario judicial señale para garantizar el pago de los daños y perjuicios que llegaren a establecerse, como de las demás obligaciones de contenido económico a que hubiere lugar. La caución en dinero efectivo se considerará embargada para todos los efectos legales.

Señalado el monto de la caución, el interesado deberá prestarla dentro de un término no mayor a veinte (20) días, contados a partir de la ejecutoria de la providencia respectiva, la que sólo podrá controvertirse mediante recurso de reposición. Cuando se profiera preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, siempre que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 no sea posible intentar o proseguir la acción civil, se condenará al demandante temerario al pago de los perjuicios que con la práctica de las medidas cautelares se hubieren ocasionado al sindicado, los cuales deberán ser concretados mediante el trámite incidental para la condena en concreto de que trata el Código de Procedimiento Civil, siempre que la solicitud se formule ante el mismo funcionario, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia o sentencia. La decisión que decrete cualquiera de los desembargos previstos en este artículo, será apelable en el efecto diferido, y se cumplirá una vez ejecutoriada.

Parágrafo. En cualquier estado del proceso podrá solicitarse desembargo parcial de bienes por exceso. En tal caso, la solicitud permanecerá en la secretaría a disposición de las partes por dos días y el funcionario decidirá dentro de los tres días siguientes. El desembargo a que se refiere el inciso anterior se cumplirá una vez ejecutoriada la respectiva providencia.

**ARTÍCULO 62 - Prohibición de enajenar.** El sindicado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente a su vinculación, a menos que esté garantizada la indemnización de perjuicios o se hubiere producido pronunciamiento de fondo sobre su inocencia. Esta obligación deberá ser impuesta expresamente en la diligencia de indagatoria. Cualquier negociación que se haga sobre los bienes sin autorización del funcionario judicial, será nula y así se lo deberá decretar en la sentencia. No obstante, en el curso del proceso, se podrá cancelar provisionalmente el registro del negocio jurídico.

El funcionario judicial comunicará la prohibición a la oficina de registro correspondiente.

Lo anterior, sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados con anterioridad y que deban perfeccionarse en el transcurso del proceso y de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer en trámite incidental. Las direcciones seccionales de fiscalía llevarán un registro de las personas a las cuales se las haya vinculado a una investigación penal. En todo caso el registro se cancelará al año siguiente de la vinculación al proceso. Para el efecto, el funcionario judicial que realice la vinculación o desvinculación una vez se encuentre ejecutoriada la decisión, lo informará dentro de los tres (3) días siguientes.

ARTÍCULO 63 - Autorizaciones especiales. El funcionario judicial podrá autorizar que se realicen operaciones mercantiles sobre los bienes descritos en el artículo anterior, cuando aquellas sean necesarias para el pago de los perjuicios. Igual autorización procederá para los bienes entregados en forma provisional. El negocio jurídico deberá ser autorizado por el funcionario, y el importe deberá consignarse directamente a órdenes del despacho judicial. Cuando la venta sea necesaria en desarrollo del giro ordinario de los negocios del sindicato o esté acreditada la existencia de bienes suficientes para atender una eventual indemnización, se podrá autorizar aquella.

ARTÍCULO 64 - De la restitución de los objetos. Los objetos puestos a disposición del funcionario, que no se requieran para la investigación o que no sean objeto material o instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución o que no se requieran a efectos de extinción de dominio, serán devueltos a quien le fueran incautados. Si se desconoce al dueño, poseedor o tenedor de los mismos y los objetos no son reclamados, serán puestos a disposición de la autoridad competente encargada de adelantar los trámites respecto de los bienes vacantes o mostrencos.

El funcionario que esté conociendo de la actuación, de plano ordenará la devolución a quien sumariamente acredite ser dueño, poseedor o tenedor legítimo del objeto material o instrumentos del delito que sean de libre comercio, o demuestre tener un mejor derecho sobre los mismos. Los bienes que se encuentren vinculados a un proceso penal o que sin estarlo sean aprehendidos por las autoridades facultadas para ello, no podrán ser utilizados por éstas y deberán ser puestos inmediatamente a órdenes de la Fiscalía, la que podrá delegar su custodia en los particulares. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en normas especiales.

ARTÍCULO 65 - Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas, o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.

ARTÍCULO 66 - Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de gravámenes sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos. También se ordenará la cancelación de la inscripción de títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente. Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los

títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que tomen las decisiones correspondientes.

Las anteriores previsiones, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer en trámite incidental. El funcionario judicial ordenará, si fuere procedente, el embargo de los bienes, sin necesidad de requisitos especiales, por el tiempo que sea necesario.

ARTÍCULO 67 - Comiso.- Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente. Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente sean utilizados para la realización de la conducta punible o provengan de su ejecución.

En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio se someterán a los experticios técnicos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir del momento en que hayan sido puestos a disposición del funcionario y se entregarán provisionalmente al propietario o legítimo tenedor, salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. Sin embargo, en los eventos de vehículos de servicio público colectivo, podrán ser entregados a título de depósito provisional al representante legal de la empresa a la cual se encuentre afiliado con la obligación de rendir cuentas sobre lo producido y devolución cuando el funcionario judicial así lo disponga. En tal caso, no procederá la entrega hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos. La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos o haya transcurrido un año desde la realización de la conducta, sin que se haya producido afectación del bien.

En las investigaciones por delitos contra la propiedad intelectual, derechos de autor y propiedad industrial, o por delitos de corrupción, falsificación, alteración, imitación o simulación de productos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, los productos o mercancías, las publicaciones, ejemplares, reproducciones, moldes, planchas, matrices, negativos, cintas, carátulas o etiquetas incautados serán sometidos a inspección judicial con la ayuda del perito, y una vez demostrada por este medio su ilegitimidad, serán destruidas por las autoridades de policía judicial, en presencia del funcionario judicial y de la parte civil si existiere. Los bienes incautados, destinados directa o indirectamente para la producción, reproducción, distribución, transporte o comercialización de los ejemplares o productos ilícitos, podrán ser embargados y secuestrados o decomisados de oficio y, previo avalúo, los que no deban ser destruidos se adjudicarán en la sentencia condenatoria a los perjudicados con la conducta punible a título de indemnización de perjuicios o se dispondrá su remate para tal fin.

Parágrafo. Los bienes o productos a que se refieren los artículos 300, 306, 307, 372, 373, 374 del Código Penal, una vez incautados serán sometidos a inspección judicial con la ayuda de perito, y una vez demostrada por este medio su ilegitimidad, serán destruidos por las autoridades de policía judicial, en presencia del funcionario judicial.

ARTÍCULO 68 - Extinción del dominio. La extinción del dominio de bienes, salvo los casos previstos en este código, se regirá por el procedimiento establecido por la ley.

## CAPITULO V

### Tercero civilmente responsable

ARTÍCULO 69 - Demanda. La vinculación del tercero civilmente responsable podrá solicitarse con la demanda de constitución de parte civil o posteriormente, antes de que se profiera la providencia que ordena el cierre de la investigación, en escrito separado, el que deberá contener los mismos requisitos de la demanda de parte civil. La demanda se notificará personalmente a quien se dirija y desde el momento de su admisión se adquiere la calidad de sujeto procesal. En tal virtud, deberá dar contestación a la demanda y podrá solicitar y controvertir pruebas relativas a su responsabilidad.

ARTÍCULO 70 - Contestación de la demanda. La contestación de la demanda deberá hacerse dentro de los diez días siguientes a la notificación. En el escrito de contestación, el tercero deberá indicar cuáles son los medios probatorios que pretende hacer valer para oponerse a las pretensiones relativas a su responsabilidad. Este escrito se pondrá en conocimiento de los sindicatos y de la parte civil.

ARTÍCULO 71 - Intervención de otros terceros. Dentro del proceso penal, en ejercicio de la acción civil, podrá proponerse la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía.

ARTÍCULO 72 - Medidas cautelares. El embargo y secuestro de bienes del tercero civilmente se podrá solicitar una vez ejecutoriada la resolución de acusación. En lo demás, se seguirán las normas consagradas en el procedimiento Civil. ”

Los mencionados artículos establecen procedimientos con plazos cortos y suficientes para la realización de las audiencias que determinen si cabe o no el resarcimiento y cuál debería ser el monto a indemnizar, de igual manera y sin dejar vacío legal alguno, señala las medidas de embargo y protección de los bienes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la sentencia, estaríamos hablando de un proceso de indemnización por daños y perjuicios que en su sentencia y ejecución podría tardar un plazo no mayor a 60 días, lo cual es digno de admirar sobre todo por la gran diferencia que existe con la legislación ecuatoriana donde éstos procesos tardarían en el mejor de los casos entre dos y hasta tres años.

#### 2.3.2 El sistema procesal penal chileno.

La normativa chilena determina el procedimiento para perseguir los resarcimientos por los daños producidos por el delito o la infracción, principalmente en el Código de Procedimiento Penal de ese país, en el cual en primer lugar su Art.5 textualmente reza:

“Pueden ejercitarse separadamente ante el tribunal civil correspondiente las acciones para perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible, salvo la que tenga por objeto la mera restitución de una cosa, que deberá ser deducida, precisamente, ante el juez que conozca del respectivo proceso penal.

Cuando la acción civil se ejercite separadamente de la penal, aquella podrá quedar en suspenso desde que el procedimiento criminal pase al estado de plenario, y se observará lo dispuesto en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil.”

Del mencionado artículo se desprende la posibilidad de iniciar la acción civil por reparación generada por el daño causado por el imputado a la víctima del delito o de la infracción, la norma señala que pueden iniciarse las acciones separadamente, pero en el caso en que se busque la mera restitución de una cosa se la presentará ante el mismo juez de lo penal que sustancia el proceso punitivo, lo cual genera ahorro procesal y mayor eficiencia en el sistema jurídico.

Posteriormente el Código Adjetivo Penal chileno, establece un título para determinar con claridad el proceso a seguir para las indemnizaciones referidas, este es el Título II De la Acción Penal y de la Acción Civil en el Proceso Penal, el mismo se encarga de señalar los pasos y posibilidades a seguir para el resarcimiento por los daños y perjuicios producidos por el delito, a lo cual textualmente dice:

“Art.10.- Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de éste código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados.

En consecuencia, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.”

Queda claro que es totalmente factible y aplicable dentro del mismo proceso penal, el inicio de las acciones civiles para reparar los daños producidos directamente o aquellos que se le pueda atribuir a dicho hecho punible, de modo que se juzgue dentro de una sola acción tanto las responsabilidades civiles como las responsabilidades penales, lo que significa un enorme avance en el ámbito de la celeridad procesal, tanto para generar una estabilidad y seguridad jurídica para el sistema al proteger los derechos de un acceso eficiente y veraz para el presunto imputado como para la presunta víctima de la infracción.

No se puede dejar de lado lo mencionado en el Art.12 Ibídem que textualmente dice:

“Cuando se ejercite solo la acción civil respecto de un hecho punible que no puede perseguirse de oficio, se considerará extinguida por ese hecho la acción penal.”

La peculiaridad de lo antes mencionado nos ayuda a realizar un análisis comparativo entre el sistema jurídico ecuatoriano con el sistema jurídico chileno, ya que del texto transcrito se desprende que en los casos en los que no se pueda perseguir un hecho de oficio, esto es lo que en nuestro sistema procesal conocemos como acción privada, si se ejercita la acción civil sobre el hecho punible, esto es si se busca la restitución de la cosa o la indemnización por los perjuicios causados por el hecho punible, se extingue la acción penal, por lo tanto la acción civil extingue la acción penal, lo cual es contrario a lo establecido en el sistema procesal ecuatoriano, en el cual sucede lo inverso, pues la acción civil no extingue a la acción penal ni viceversa, más bien exige la norma la prejudicialidad, pues el inciso final del Art.41 textualmente expresa: “...Por tanto, no podrá demandarse la indemnización

civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria ejecutoriada que declare a una persona responsable de la infracción.”, por lo tanto en el caso ecuatoriano la acción civil en lugar de extinguir a la penal, requiere de la resolución de la misma, lo cual a su vez causa una gran dilación procesal, pues la acción se la persigue por cuerda separada y una vez que se obtiene la sentencia condenatoria, produciéndole un mayor agravio a la víctima pues el retardo de justicia y el tener que someterse a nuevos procedimientos, con nuevas actuaciones probatorias y demás actos propios de dichas acciones, violando el principio de mínima perturbación de la víctima.

Continuando con el análisis de la legislación procesal penal chilena, el Art. 13 del mencionado cuerpo legal señala:

“Cuando el acusado hubiere sido condenado en el juicio criminal como responsable del delito, no podrá ponerse en duda, en el juicio civil, la existencia del hecho que constituya el delito, ni sostenerse la inculpabilidad del condenado.”

En el artículo precedente se puede apreciar que no se requiere de una prejudicialidad pero la resolución del proceso penal coadyuva al proceso civil, para un manejo del proceso ágil.

Finalmente el Art.14 del Código de Procedimiento Penal chileno establece:

“Extinguida la acción civil no se entiende extinguida por el mismo hecho la acción penal para la persecución del hecho punible.

La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido para el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente cuando se trate de delitos que deban perseguirse de oficio.”

Una vez más se evidencia la independencia de las acciones, pues la extinción de la acción civil no extingue a la penal, ni tampoco la sentencia absolutoria, al menos dentro de los delitos perseguidos de oficio.

### 2.3.3 El sistema procesal penal español.

Dentro de la legislación española, la vía para canalizar las demandas de indemnización en contra del Estado, sea por error judicial por injusta privación de la libertad o por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentran establecidas en los Art.293.2 y 294.3 del Código de Enjuiciamiento Criminal que enuncian:

“Art. 293.2.- Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el daño causado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso administrativo. El derecho a reclamar indemnización prescribirá al año a partir del día que no pudo ejecutarse.”

Al parecer la acción que se debe dirigir es un reclamo administrativo, pues el sujeto pasivo de la misma sería el Ministerio de Justicia y el recurso aplicable es el contencioso administrativo y aparentemente por medio de un proceso ordinario más no sumario, la prescripción de la que habla el

artículo precedente no queda muy clara al mencionar que es de un año a partir del día que no pudo ejecutarse, pues como es de conocimiento general para la ejecutoria tienen que concurrir varios actos principalmente el paso del tiempo, como en nuestra legislación que los actos judiciales se ejecutan en el término de tres días por el ministerio de la ley.

“Art.294.3.- La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado dos del artículo anterior.”

2.4 Análisis comparativo de las normas legales ecuatorianas frente a las colombianas, chilenas y españolas respecto de los procesos de reparación de daños y perjuicios tanto los establecidos en sentencia penal como los causados por error judicial.

Una vez que se ha destacado los procedimientos de indemnización sea por error judicial del Estado o por consecuencia de los daños generados por la infracción o hecho punible, es necesario mencionar los procedimientos establecidos para perseguir dichos daños en la legislación ecuatoriana, para lo cual se hace una breve exposición de dichas normas las cuales servirán para hacer un análisis comparativo y para ello dividiremos el análisis en normas constitucionales y normas legales, tal como se establece a continuación:

#### Normas Constitucionales

La Constitución de la República del Ecuador en su Art.11 inciso final señala: “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”, en donde se establece el fundamento para la responsabilidad del Estado por los daños producidos por mala administración de justicia o violaciones procesales.

Respecto de la norma Constitucional colombiana en donde se establece en el Art.90 de la Constitución, que el Estado responderá por los daños antijurídicos en general, mientras que la norma ecuatoriana identifica y singulariza los casos en los que será responsable, otra diferencia es que en la constitución colombiana se señala que dicha responsabilidad será por acción u omisión de las autoridades públicas, y en el Art.11 de la Constitución de Ecuador no se determina si la responsabilidad es por actos u omisiones de funcionarios públicos no se aplica el carácter subjetivo en el estricto sentido, esto es que no se observa quien realiza el daño o porque, sino solo la existencia del daño, pues lo asume todo el Estado, lo que si cabe mencionar es que la Constitución de la República del Ecuador si contempla la responsabilidad de sus funcionarios como lo desprenden los Artículos 53 respecto de los servicios públicos prestados, 172 de los funcionarios judiciales y 233 de la responsabilidad de los servidores públicos.

En la Constitución chilena su Art.38 numeral 2 contempla el principio de responsabilidad del Estado, el cual a diferencia del recientemente analizado sistema colombiano, es mucho más amplio en su alcance tanto del objeto como del sujeto, el objeto es muy amplio pues dice cualquier persona lesionada en sus derechos, es más amplia que la norma ecuatoriana que especifica en qué casos el Estado es responsable, en la norma chilena son en todo desmedro de los derechos, lo cual abarca una protección absoluta de los derechos, no con eso se garantiza su cumplimiento pero es un paso muy importante para ello; el gran alcance del sujeto hace referencia al hecho que el mencionado artículo enuncia como sujetos activos del daño a la administración del Estado, sus organismos o

municipalidades, ésta norma contiene a todo el estamento público, lo cual está determinado en la Constitución del Ecuador pero de manera dispersa y no en un solo artículo como en el caso chileno, pero se podría decir que en el mencionado Art.11 al decir “el Estado” se refiere a todas las instituciones, organismos y funcionarios.

La Constitución española en su Art.106 numeral 2 establece la responsabilidad del Estado por sus actuaciones, pero en la transcripción literal de lo señalado en el mencionado artículo realmente consta como tal que el Estado será responsable de las lesiones en los derechos de “los particulares”, pero lo que si está claro es que dicho derecho a reclamar indemnización está condicionado a que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, lo cual podría generar discrepancias de interpretación al referirse al mal funcionamiento o la ausencia de los servicios públicos, a lo cual a comparación de lo establecido en la norma ecuatoriana existe una mayor claridad de la responsabilidad asumida por el Estado ecuatoriano.

#### Normas Legales

Para el resarcimiento por los daños causados por error judicial, mala administración de justicia o por los derivados de los hechos punibles o delitos, el sistema jurídico ecuatoriano establece diversos procesos por lo tanto cabe analizarlos de manera individual:

##### Error judicial o mala administración de justicia

El Código Orgánico de la Función Judicial en su Art.32 señala que el perjudicado, su representante o herederos podrán demandar el resarcimiento de los daños entre ellos el daño moral, por una mala administración de justicia o error judicial y que el proceso a seguirse es ante el Juez de lo Contencioso Administrativo aún por daños catalogados como netamente civiles como el daño moral.

En el caso colombiano para la reparación de los perjuicios originados por error judicial entre ellos la privación injusta de la libertad, es por medio del proceso contencioso administrativo al igual que lo señalado en la norma ecuatoriana.

Para el sistema judicial chileno, el proceso a seguir es un proceso civil, pero para dar inicio a éste proceso civil de reparación por los daños y perjuicios resultado de la mala administración de justicia o error judicial, requieren previamente de la declaración del daño por parte de la Corte Suprema de Justicia, como acto prejudicial y necesario para el inicio de la acción civil y la pretensión de reclamar los daños incurridos.

La norma pertinente para determinar el proceso de indemnización por error judicial o por el anormal funcionamiento de la administración de justicia española establece que el proceso es un procedimiento ordinario por medio de una petición indemnizatoria dirigida al Ministerio de Justicia y que difiere del proceso ecuatoriano que es un caso contencioso y no un mero trámite administrativo, en el caso de Ecuador se lo ejerce ante un Juez con jurisdicción y competencia y en el proceso español quien lo sustancia es el Ministro de Justicia quien no tiene Jurisdicción pero si competencia.

##### Hechos punibles, infracción o delito

El procesos para la reparación por causa del hecho punible, delito o infracción a favor de la víctima o perjudicado por el cometimiento del ilícito, se encuentra claramente definido en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano en su Art.31 el cual presenta varios escenarios y dependiendo de la clase de acción si pública o privada, el Juez competente puede ser el Presidente del Tribunal de Garantías Penales, el Juez de lo Civil o el Juez de Garantías Penales.

En el caso colombiano el competente para la sustanciación y resolución en sentencia de la indemnización por los daños producto del delito, es el mismo Juez penal que conoció del proceso penal y que dictó sentencia, lo que concuerda con los principios universales de derecho como la inmediación, celeridad y el ahorro procesal entre otros.

El Código de Procedimiento Penal chileno de igual manera presenta la posibilidad de iniciar el proceso civil por medio de la acción penal ya incoada, generando prontitud en la sustanciación de procesos y la intervención directa de las partes entre ellas el Juez, el cual por haber conocido, sustanciado y sentenciado es el indicado para determinar la cuantía de los daños y sufrimientos sometidos a la víctima por el injusto cometido en su contra.

### CAPÍTULO III

3.- Procedimiento aplicable a la legislación ecuatoriana para sustanciar las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por la infracción establecidos en sentencias penales y los causados por error judicial.

Como se ha podido observar durante el desarrollo del presente trabajo, la legislación ecuatoriana contempla dentro de su normativa la posibilidad de iniciar acciones de indemnización por daños y perjuicios por error judicial del estado, mala administración de justicia o por los perjuicios causados por el hecho punible, delito o infracción, desde el punto más alto del triángulo jurídico, esto es la Constitución de la República del Ecuador, hasta normas procesales como el Código de Procedimiento Penal, al igual que normas de carácter orgánico como el Código Orgánico de la Función Judicial y el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y no podemos dejar de mencionar normas de protección como la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en la cual determinan procesos especiales para perseguir la indemnización por daños y perjuicios en los casos de infracción al consumidor o por mala prestación de servicios públicos por parte de la Administración.

Por cuestiones prácticas cabe dividir el análisis de los procedimientos de resarcimiento en la acción a seguir en los casos de error judicial o mala administración de justicia y en el proceso a seguir en los casos de resarcimiento por el hecho punible, delito o infracción.

El primer caso a estudiar es el proceso de indemnización por los daños y perjuicios producto de una inadecuada administración de justicia, error judicial o revocatoria de sentencia, al igual que para los casos de violaciones de las normas del debido proceso y la tutela judicial efectiva, el precedente de dicha responsabilidad se encuentra claramente establecido en la Constitución de la República del Ecuador, en los incisos finales del numeral 9 del Art.11 de la Carta Magna, pero el proceso de sustanciación de dichas acciones constan en el nuevo (año 2009) Código Orgánico de la Función Judicial, en el cual se concedió todo un capítulo para determinar los pasos a seguir al momento de presentarse los mencionados casos, dentro del Título I De Principios y Disposiciones fundamentales

encontramos el Capítulo III Reglas Específicas para la Sustanciación de los Procesos por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia, el cual consta de tres artículos, el Art.32.- Juicio contra el Estado por inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria, el Art.33.-Repetición de lo pagado por el Estado y el Art.34.-Procedimiento para sustanciar las causas por la responsabilidad personal de juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos; el proceso; el mencionado Art.32 establece el procedimiento a seguir para resarcir los daños y perjuicios producto del retardo injustificado, inadecuada administración, violación al derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, por medio de una acción ante el Juez de lo Contencioso Administrativo del domicilio del accionante, en el cual se podrá demandar la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral en la misma acción, la acción prescribe en un plazo de cuatro años desde el último acto violatorio, finalmente el art.32 establece que el sujeto pasivo en esta acción indemnizatoria es el Presidente del Consejo de la Judicatura; para el proceso indemnizatorio por error judicial sea con reforma o revocatoria de sentencia en recurso de revisión o sea con providencia de sobreseimiento que recae sobre la prisión preventiva el mismo art.32 en su inciso final establece que el proceso a seguir en éstos casos es el determinado en el Código de Procedimiento Penal y además ésta acción incluirá el daño moral, concordantemente con lo antes expuesto el Título III (Indemnización al imputado, acusado o condenado) del Libro VI (Disposiciones Finales) del Código de Procedimiento Penal, establece la forma de reclamo de reparación por los perjuicios ocasionados, toda vez que la Corte Nacional de Justicia haya aceptado el recurso de revisión y éste recurso revoque o reforme la sentencia recurrida, en cuyo caso se aplica la norma que ordena el pago del cuádruple (antes de reformas del 2009 era el doble) de los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta correspondiente al año inmediatamente anterior a su privación de libertad, de no haber la declaración de renta el valor será del cuádruple de una remuneración básica unificada del trabajador en general vigente a la fecha de ingreso a la prisión, si éste reclamo administrativo no es pagado dentro de sesenta días de presentado, el reclamante (perjudicado o sus herederos) deben demandar su pago ante el juez o tribunal que sentenció la causa resolución de la cual el injustamente condenado (hoy accionante del reclamo) podrá interponer el recurso de apelación; para los casos de sobreseimiento o absolución, el injustamente privado de su libertad tendrá derecho a la indemnización en las mismas condiciones establecidas para la revocatoria o reforma de sentencia en proporción a los días injustamente pasados en la prisión o privados de la libertad, de existir acusador particular éste asumirá el pago referido y de no haberlo, la pagará el Estado que podrá repetir en contra quien haya inducido la acusación fiscal.

El antes citado Art.33 del Código Orgánico de la Función Judicial establece el proceso a seguir para la repetición del Estado en contra del funcionario o servidor público que generó el daño origen de la acción indemnizatoria, pues al recibir la notificación el Consejo de la Judicatura con la demanda de daños y perjuicios de manera inmediata se pedirá al juzgado que cuente como partes procesales a los funcionarios o servidores que hayan intervenido en los actos generadores del daño o violaciones, dichos funcionarios o servidores podrán hacer ejercicio de su derecho a la defensa pero les corresponde a ellos la carga probatoria para demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino que se debió por caso fortuito o fuerza mayor, pero no podrá alegar dichos funcionarios como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica, si en el juicio se determina la responsabilidad de los servidores o funcionarios el Estado pagará la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral y de inmediato iniciará por medio del Consejo de la Judicatura el procedimiento coactivo en contra de los mencionados servidores y funcionarios, por el monto pagado más los intereses legales desde la fecha de pago y más las costas judiciales.

Finalmente el Art.34 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que el proceso para sustanciar las causas por indemnización por daños y perjuicios y daños moral en contra de jueces, fiscales y defensores públicos, en base a perjuicio por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley establecidos en el inciso tercero del Art.172 de la Constitución de la República del Ecuador, se sustanciará ante el juez de lo civil del domicilio de la parte demandada por vía verbal sumaria y dicha acción prescribirá en cuatro años a partir de la consumación del daño.

El otro gran grupo a analizar es el proceso de resarcimiento por los daños y perjuicios producto del hecho punible, delito o infracción, para lo cual la legislación ecuatoriana enmarca en su Código de Procedimiento Penal en su Libro I (Principios Fundamentales), Título I (La Jurisdicción y la Competencia), Capítulo II (La competencia) en su Art.31 establece la competencia en los juicios de indemnización, el cual antes de las reformas de marzo del 2009 establecía que en los casos de infracciones de acción pública y en la sentencia se declaró procedente la acusación particular, los daños y perjuicios a favor de la víctima los conocerá el Presidente del Tribunal Penal que dictó la sentencia tal como prescribe el literal a) del numeral 1 del mencionado art.31, mientras que el contenido del literal b) establece que si el ofendido o víctima del delito y ahora accionante del proceso de indemnización, no propuso acusación particular dentro del libelo penal, el juez competente para conocer del proceso indemnizatorio es el Juez de lo civil según las reglas generales; posteriormente el literal c) señala que si la infracción penal fue de acción privada el procedimiento de resarcimiento lo conocerá y sustanciará el Juez de lo Penal que dictó la sentencia finalmente el literal d) solamente expresa que en los casos de fuero será competente el Presidente de la Corte respectiva.

Como se puede observar de todas las normas antes descritas, se determina la competencia de los jueces para conocer el proceso de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por el hecho punible, pero en ningún momento la norma procesal penal establece el proceso concreto a seguir en estos casos, existe un enorme vacío legal al no determinar con exactitud el proceso a seguir, en la obra "LA INJURIA PUNIBLE Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL QUE OCASIONA" de autoría del jurista ecuatoriano Dr. Luís Humberto Abarca Galeas señala dentro del capítulo II de su obra el Régimen procesal y fuero competente para la acción civil derivada de la acción penal de injurias y en su página 176 textualmente dice:

"En la substanciación de la acción civil ante el fuero penal, reclamando la reparación pecuniaria del daño moral, ocasionado por la conducta injuriosa vulneratoria de los derechos de la personalidad espiritual del sujeto pasivo del delito, se distinguen dos niveles:

a) El ejercicio de la acción civil declarativa, en forma accesoria a la acción penal de injuria y dentro del respectivo proceso penal, en que la substanciación se rige por el C.P.P, por el trámite previsto para los delitos que solamente pueden perseguirse mediante acusación particular.

b) El ejercicio de la acción civil verbal sumaria reclamando la liquidación del monto de la indemnización, que el deudor debe satisfacer al acreedor por concepto de la reparación pecuniaria del daño moral. Aquí, una vez que ha concluido el proceso penal en sentencia condenatoria ejecutoriada, que acepta la reclamación de la reparación, pecuniaria del daño moral y ordena que el agente de la infracción y sus partícipes sentenciados, cumplan con el pago de la indemnización; se radica la competencia ante el mismo juez que dictó la sentencia condenatoria, para conocer, el juicio

verbal sumario demanda de liquidación del monto de indemnización, según lo previsto en el Art.434 del C.P.

El juicio verbal sumario de liquidación del monto de la indemnización, se sustancia de acuerdo con el C.P.C., porque en éste se regula el juicio verbal sumario, en lo que se refiere a la primera instancia y la ejecución de la sentencia; en tanto que, la concesión del recurso de segunda instancia y ésta de regulan por el C.P.P”

De lo señalado por el Dr. Abarca se puede colegir que para las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible se deben sustanciar con trámite verbal sumario de conformidad al Art. 828 del Código de Procedimiento Civil vigente, pero que el juez competente para sustanciarlo el juez de garantías penales o el tribunal de garantías penales (de acuerdo a las reformas de marzo del 2009) en concordancia con el Art.31 del Código de Procedimiento Penal, lo cual en la práctica no sucede, pese a existir mandamiento expreso de la ley, que ordena la competencia de los jueces penales para sustanciar el trámite de indemnización, los mencionados jueces alegan falta de competencia en razón de la materia, negando las demandas planteadas y obligando a seguir el trámite por la vía procesal civil, ante un juez de lo civil violando los principios de legalidad, inmediación, economía procesal y sobre todo el principio de celeridad, pues el inicio de ésta acción por cuerda separada induce a un proceso que lamentablemente en nuestro país tardaría entre tres y cinco años más y generando un perturbación incalculable sobre el accionante quien fuera el ofendido o víctima en el proceso penal.

3.1 Reformas al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano (marzo 2009), respecto de la competencia del juez penal para conocer de las indemnizaciones por los daños causados por la infracción, a la víctima del delito.

A partir del año 2006 el Ecuador se encuentra viviendo una etapa de cambios orgánicos y estructurales y funcionales, cambios sociales y políticos que ha generado reformas normativas empezando por la Constitución de la República del Ecuador y continuando con un sinnúmero de reformas legislativas de poca trascendencia y practicidad jurídica, lo cual desemboca en una evidente alteración del sistema legal y procesal; el 24 de marzo del 2009 en el Registro Oficial No.555 se publicaron algunas reformas al Código de Procedimiento Penal, entre otras el recién analizado Art.31 fue reformado en parte, a lo cual hoy en día textualmente enuncia:

“Art. 31.- Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:

1.- De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, siempre que no hubiera sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la determinación hubiese sido parcial, será competente el Presidente del Tribunal de Garantías Penales que dictó la sentencia condenatoria;

b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, la Jueza o Juez de lo Civil al que le corresponda según las reglas generales;

- c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde a la Jueza o Juez de Garantías Penales que dictó la sentencia; si en esta igualmente no fue posible determinar los perjuicios, o si la determinación fue solo parcial; y,
- d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva.

2. De los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación particular:

- a) Si fueron reclamados en un juicio de acción pública será competente una Jueza o Juez de Garantías Penales diferente de aquel que dictó el auto de sobreseimiento firme; y,
- b) Si la acusación fue presentada en un juicio de acción privada, será competente una Jueza o Juez de Garantías Penales distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria.” (La cursiva y la negrita son mías).

### 3.1.1 Aplicabilidad de las reformas.

#### 3.1.2 Eficacia y eficiencia en la impartición de justicia al aplicar las reformas.

Para el análisis conciso de la eficacia y la eficiencia, en la impartición de justicia al aplicar las reformas del mes de marzo del año 2009 al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, es necesario realizar una distinción de los dos términos utilizados en el presente subtema, para lo cual hay que remitirse a la definición estricta de lo que es eficacia y eficiencia, conceptos que podrían generar cierta confusión si no son correctamente utilizados.

Según la Real Academia Española, eficacia es, la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera ; para establecer la definición jurídica de eficacia no se puede dejar de señalar lo establecido por el experto en Derecho Constitucional y catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, el Doctor Hernán Salgado Pesantes que en su obra jurídica “Introducción al derecho” al referirse a la eficacia textualmente señala: “La eficacia se refiere al cumplimiento o no de la norma y a su aplicación por parte de los jueces. ... En cuanto el concepto de eficacia sabemos que éste se relaciona con el grado de cumplimiento que reciben las normas, lo cual incide necesariamente en la eficacia de todo el ordenamiento jurídico. Los mandatos jurídicos deben ser cumplidos, caso contrario se afectan los principios y la finalidad del Derecho. Recuérdese que la eficacia es concebida por Kelsen como el principio de efectividad que posee el Derecho.”

Mientras que la Real Academia Española al referirse a la eficiencia señala: “Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado” , para guardar congruencia jurídica es procedente entender a la eficacia como la capacidad de conseguir un efecto deseado y a la eficiencia la posibilidad de disponer de los medios necesarios para conseguir dicho efecto, ya en el campo netamente jurídico con la eficacia se establece el cumplimiento o no de las normas constates en el ordenamiento normativo y la eficiencia es la existencia de los medios necesarios y correctamente empleados para cumplir con la eficacia (aplicación) de la norma.

Las reformas de marzo del 2009, buscaban aparentemente dar una mayor protección a las partes que intervienen el proceso penal, principalmente a la víctima del delito, al establecer como texto reformativo en el Art.31 del Código de Procedimiento Penal la frase :“siempre que no hubiera sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la determinación hubiese sido parcial”, claramente estamos ante una acción condicionada pues señala que el Juez de Garantías Penales o el

Presidente del Tribunal de Garantías Penales en donde se sustanció el proceso penal y se dictó sentencia, es el juez competente para conocer de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, pero en éste caso la ley no es impositiva no manda u ordena que se determine de manera obligatoria los daños y perjuicios en la misma sentencia que estableció la existencia de la infracción y la responsabilidad del imputado, lo cual si generaría inmediación y sobre todo celeridad en el proceso; por otro lado las mencionadas reformas señalan la competencia del Juez que debe sustanciar el proceso de daños y perjuicios, el cual es de carácter netamente civil pues es pecuniario indemnizatorio, pero que para el presente caso es un Juez de Garantías Penales el llamado a conocer, sustanciar y sentenciar dicho proceso, lo cual en la realidad no sucede pues los jueces se inhiben de conocer alegando falta de competencia en razón de la materia, pero lo más grave es que aunque existe cierta determinación al señalar al juez competente, que como lo mencioné es poco clara e ineficiente, las reformas al Código Adjetivo Penal no señalan el procedimiento que se debe seguir para las acciones indemnizatorias, no se establecen plazos, etapas procesales o una estructura a seguir para un correcto desenvolvimiento de la litis, a diferencia de las ya enunciadas normativas colombianas, chilenas y españolas, que si contemplan en su sistema jurídico de manera clara y concisa los procesos a seguir para determinar, señalar y ejecutar el pago de los daños y perjuicios producidos por la infracción o delito a favor de la víctima o sus familiares.

3.1.3 Reducción de causas civiles por una correcta aplicación del proceso de resarcimiento a implementarse.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art.120 numeral 6, dentro del capítulo Función Legislativa, textualmente señala: “Art.120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:..6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.”, esto es la potestad legislativa de expedir y reformar normas jurídicas, por lo tanto le corresponde al legislador determinar la pertinencia, la necesidad, el grado de aplicación, la eficacia y la eficiencia para expedir una norma o reformar una ya existente, el legislador tiene que responder a las necesidades y fenómenos sociales, pues el sistema jurídico comprende una guía para mantener el orden, la igualdad y la justicia dentro de un entorno social determinado; por lo tanto las reformas del Código de Procedimiento Penal materia del presente estudio, es un respuesta a la necesidad del sistema judicial, tal y como lo señalaron los legisladores (Asambleístas) en los considerandos que forman parte de la publicación en el Registro Oficial No.555 de 24 de marzo del 2009, los mismos que al tenor textual dicen:

“Considerando:

...Que, el artículo 169 de la Constitución declara que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso;

...Que, para que los mandatos constitucionales tengan una efectiva aplicación y realización en materia penal, es indispensable introducir modificaciones sustanciales en la organización, desarrollo y conclusión de los procesos, transparentando y agilizando la actuación de los operadores de la justicia;

Que, la implementación de la oralidad en todas las etapas e instancias del proceso, requiere la adopción de un sistema de audiencias para el conocimiento y disposición, tanto respecto a la

iniciación como la sustanciación de las causas, cuanto para la expedición de decisiones de mérito y los pronunciamientos directamente relacionados con la defensa y tutela de derechos fundamentales;

Que, asimismo, es necesario introducir reformas de trascendencia que posibiliten al sistema penal ofrecer una respuesta pronta, ágil y oportuna a la solución de los conflictos, así como la organización de procedimientos especiales y alternativos al proceso penal ordinario; y” . (El subrayado y la negrilla son mías)

Queda claro, por lo tanto, que la necesidad a la cual responden las reformas tantas veces mencionadas, es una respuesta ágil y oportuna a la solución de conflictos, tutela de derechos procesales, efectivización de los principios jurídicos de inmediación, eficacia, economía procesal y celeridad, y finalmente la organización de procedimientos especiales y alternativos al proceso penal ordinario, éste último aparentemente con la finalidad de generar eficiencia al cumplimiento de los derechos y principios antes enunciados, esto es lo que contenían y buscaban las reformas al Código de Procedimiento Penal, pero la realidad es otra; cabe empezar por análisis ya realizado y al cual solo voy a enunciarlo, que es la ambigüedad y poca claridad de las reformas, pues como lo he mencionado al decir siempre que no hubiera sido posible, se deja un campo muy amplio pues no hay obligatoriedad a que el Juez de Garantías Penales que dictó sentencia penal, sustancie y sentencia acerca de los daños y perjuicios producto de ése delito; de igual manera hay que mencionar que no existe un proceso específico y determinado para la ejecución de las normas reformadas, no hay plazos ni etapas, por lo tanto la reforma señala la competencia pero no el trámite y el proceso queda en el limbo; y finalmente no existen los medios para poder cumplir con la eficiencia de las mencionadas reformas.

La finalidad aparente de las reformas, además de la celeridad y el ahorro procesal, era generar una descarga judicial a los juzgados, salas provinciales y de la Corte Nacional en materia civil, pues los Jueces de Garantías Penales iban a sustanciar el proceso de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, pero la realidad del sistema judicial ecuatoriano es otra, al reunirme con jueces y funcionarios de los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, me supieron manifestar que no ha sustanciado ni un solo caso de indemnizaciones por daños y perjuicios producto de las infracciones o delitos penales y corroborando dicha información los funcionarios de los juzgados civiles manifestaron que los procesos de indemnización producidos por delitos o infracciones se siguen sustanciando por cuerda separada y mediante demanda civil ante los Jueces de lo Civil, información que puede ser respaldada por el informe del Departamento de Informática de la Dirección Provincial de Pichincha de acuerdo al Oficio No. DDP-DL0269-11 (Anexo No.1), de la información obtenida del SATJE (Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano), el Jefe del Departamento de Informática de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura-Pichincha supo manifestar que el sistema corporativo de presentación de demandas establece que no ha existido una reducción o variación en la presentación de demandas por daños y perjuicios y por daño moral desde abril de 2009 hasta la fecha en comparación con la carga o demandas presentadas antes de esa fecha, por lo tanto en aplicación de la lógica y de la información proporcionada se concluye que no ha existido reducción en la carga procesal civil por motivo de la aplicación de las reformas del art.31 del Código de Procedimiento Penal.

3.2 Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado respecto del proceso de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por error judicial, procesos de reparación por parte del Estado en los casos de error judicial.

Como se señala en líneas anteriores, al igual que en las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados por la infracción, en los casos de indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por error judicial existen deficiencias normativas y procesales, pues, no queda claramente determinados varios aspectos como son: el juez competente para conocer, sustanciar y sentenciar, el trámite a seguirse y la ejecución de las sentencias en caso de determinarse la existencia del daño y el monto a pagarse en razón de la indemnización.

La Constitución de la República del Ecuador en el numeral 1 del Art.237 señala que entre otras es función del Procurador General del Estado la representación judicial del Estado, al igual que tendrá el patrocinio en calidad de actor, demandado o tercero, dentro de cualquier acción judicial de acuerdo a lo establecido en los art.2 y art.5 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Con fundamento en las normas antes mencionadas es que en los casos de error judicial, la víctima, debe demandar en contra del Estado ecuatoriano en la persona o función del Procurador General del Estado, pero la inquietud está en determinar ante quien se demanda (juez competente) y que procedimiento se emplea (trámite de sustanciación); y como se ha mencionado a lo largo del presente estudio, existen varios fundamentos legales para determinar el trámite a seguir y juez competente que lo conozca, entre ellos el determinado en el art.32 del Código Orgánico de la Función Judicial, norma legal en la cual es evidente que existe una separación de procesos en dos grandes grupos: el primero que contempla el error judicial, el retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y violaciones del debido proceso, casos en los que se planteará una acción ante el Juez de lo Contencioso Administrativo para el reclamo o demanda de los daños y perjuicios incluido el daño moral; el segundo gran grupo es el que se encuentra mencionado en el inciso final del mencionado art.32, el cual, enuncia a los casos de reforma o revocatoria de sentencia condenatoria en virtud de un recursos de revisión o en los casos de haber sufrido prisión preventiva y haber sido absuelto o sobreseído por medio de providencia ejecutoriada, en éste segundo grupo el trámite a seguir es el determinado en el Código de Procedimiento Penal en los arts.416 y siguientes, en los cuales se señala en un principio un reclamo administrativo y de no ser atendido dicho reclamo, se deberá plantear una acción en contra del “ejecutivo” ante el juez o tribunal que sentenció la causa, a lo cual cabe recalcar que no se menciona que trámite llevará dicha acción.

Finalmente el art.34 del Código Orgánico de la Función Judicial establece:

“Art. 34.- PROCEDIMIENTO PARA SUSTANCIAR LAS CAUSAS POR LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE JUEZAS Y JUECES, FISCALES Y DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS.- Las causas que, por indemnización de daños y perjuicios y por daño moral se propongan contra juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución y demás leyes aplicables, se sustanciarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio de la parte demandada, por la vía verbal sumaria y la acción prescribirá en 4 años desde que se consumó el daño.”

En el referido art.34 se enuncia lo determinado en el Art.172 inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador que señala: “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.”, procedimiento que se suman a los antes mencionados.

Por lógica podemos observar en un solo cuerpo legal en dos artículos conjuntos se establecen tres procedimientos para perseguir un mismo fin, el resarcimiento por los daños y perjuicios sumado el daño moral, producidos de una u otra manera por una mala administración de justicia, llámese error judicial, prisión injustificada, retardo o negligencia de la función judicial o como quiera llamárselo, a la final todos representan lo mismo, un yerro de parte de funcionarios que representan al Estado ecuatoriano, pero es inaceptable concebir como puede existir ambigüedad de norma jurídica en casos de tanta trascendencia y que dejen en indefensión a los ciudadanos, pues como lo señala el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado mediante entrevista realizada a la Doctora Martha Escobar Subdirectora de la Dirección Nacional de Patrocinio (Anexo No.2), profesional del derecho con amplia experiencia y trayectoria, menciona que no existe una determinación cierta para aplicar alguno de los procesos determinados por la ley para el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluyendo el daño moral, causados por error judicial del Estado, pues como señala la mencionada profesional al contestar las preguntas establecidas en el cuestionario puesto a su disposición (Anexo No.3), no se puede aplicar lo dispuesto en el Art.32 del Código Orgánico de la Función Judicial, al señalarse como Juez competente al Tribunal Contencioso Administrativo pues dicho tribunal se sustenta en una Resolución de la Corte Constitucional que señala que mientras no existan las salas especializadas para conocer de los mencionados casos indemnizatorios, dichos tribunales no son competentes para conocer, sustanciar y sentenciar los referidos procesos, por lo tanto como fehacientemente lo señala la Subdirectora de la Dirección Nacional de Patrocinio, los perjudicados terminan planteando varias acciones principalmente ante los Jueces de lo Civil por medio de trámites ordinarios (lo que de acuerdo al sistema procesal ecuatoriano conlleva una acción judicial de tres a cinco años), demandas poco claras pues pese a que los accionantes posean el justo derecho y hayan sido gravemente perjudicados por el Estado, en personería de sus funcionarios, no existe un proceso claro y expreso que determinen el trámite a seguir y ante quien poder sustanciar dicho proceso, que no está demás enunciar que debería ser un proceso rápido y ágil para no continuar con el perjuicio económico y psíquico que se le ha producido al accionante.

Queda claro, por lo tanto, que la entidad encargada de precautelar los intereses del Estado, de representarlo judicialmente y de supervisar las acciones judiciales incoadas en contra del Estado ecuatoriano, señala la obscuridad, vacío legal y deficiencia para establecer los procesos indemnizatorios por los daños y perjuicios causados por quienes representan al Estado.

3.3 Proyecto de reformas legales para el procedimiento de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por error judicial.

Como quedó enunciado en el subtema anterior, existe una clara deficiencia por parte de la Función Legislativa (Asamblea Nacional) al expedir las normas analizadas a lo largo del presente estudio, no se señala un trámite sumario, célere y que expresamente establezca plazos o términos para las distintas etapas dentro del proceso; por lo tanto en amparo del análisis realizados a los distintos cuerpos legales y constitucionales del Ecuador, en contraposición con la legislación comparada de los sistemas jurídicos de las Repúblicas de Colombia, España y Chile; y con el ideal de cumplir con la finalidad primordial del ordenamiento jurídico, que es impartir justicia, tal vez dentro de la quimera de todo abogado y con el incentivo de un profesional joven que anhela un sistema procesal efectivo y leal a los principios universales del derecho, pongo a consideración en el presente estudio un proyecto de

articulado respecto a cómo debería establecerse los procedimientos de indemnización por los daños y perjuicios, incluyendo el daño moral, causados por error judicial del Estado:

Código Orgánico de la Función Judicial

TÍTULO IX

PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA Y EJECUTAR EL PAGO DE INDEMNIZACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS, INCLUYENDO DAÑO MORAL, CUSADOS POR ERROR JUDICIAL DEL ESTADO

Art.....- Principios Generales.- Entiéndase por error judicial del Estado, al retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, violación de las normas o principios del debido proceso, violación de los principios universales del derecho y de los principios de la administración de justicia establecidos en la Constitución y la ley, la reforma o revocatoria de sentencia en virtud de recurso de revisión y cuando alguien haya sufrido prisión preventiva y haya sido absuelto o sobreseído mediante providencia ejecutoriada.

Art...- Competencia.- Para conocer, sustanciar, sentenciar y ejecutar las sentencias que por demandas de indemnización por daños y perjuicios, incluyendo el daño moral, causados por error judicial del Estado, plantearen el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal o por sus causahabientes, son competentes las juezas y jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

En los casos en que el acto violatorio o generador del daño se produjera por acción de uno de los jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, será competente para sustanciar dicha acción el Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

Art.....- Trámite.- El ofendido por sí mismo o por medio de su mandatario o representante legal o por medio de sus causahabientes, deberá presentar su demanda por escrito y de conformidad a lo señalado en el Art.67 del Código de Procedimiento Civil.

Se aplicará un trámite sumario el cual no será susceptible de recurso alguno, mediando los principios de celeridad, economía procesal y debido proceso, precautelando el derecho a la legítima defensa, para lo cual se contará como legitimado pasivo al Presidente del Consejo de la Judicatura y al Procurador General del Estado, quienes podrán actuar por medio de delegados respectivamente.

Art....- Audiencia de Contestación a la Demanda.- Una vez avocado conocimiento y calificada la demanda, el o los demandados dentro del término de 12 días serán convocados a la audiencia de contestación a la demanda, donde deben contestar la demanda y presentar las excepciones que encuentren pertinentes, y una vez contestada la demanda, el ofendido dentro de la misma diligencia, deberá justificar la existencia del acto dañoso que produjo el error judicial y el nexo de causalidad con el demandado.

Art...- Audiencia de Prueba.- En un término no mayor a cinco días de llevada a cabo la audiencia de contestación a la demanda, deberá instalarse la audiencia de prueba, en la cual el ofendido y actor de la presente acción deberá presentar las pruebas que demuestren el daño que se le ha infringido y su vez demostrar que el daño recae dentro del error judicial y que dicho error fue generado por un funcionario judicial o funcionario público; dentro de la misma audiencia el demandado deberá

presentar las pruebas de descargo pertinentes. El actor debe justificar el monto de la indemnización que solicita por medio de la presente acción, incluyendo el daño moral.

Cualquiera de las partes procesales podrá actuar y solicitar cualquiera de los medios de pruebas establecidos por la ley, en el caso de peritajes o pruebas testimoniales, éstas deberán ser solicitadas en la audiencia de contestación a la demanda y deberán ser actuadas en la audiencia de prueba.

No es necesario demostrar la existencia de dolo o intencionalidad de causar un daño por parte del funcionario judicial o funcionario público.

Art...- Audiencia de pronunciamiento y contradicción.- En el término de diez de días de que tuvo lugar la audiencia de prueba y una vez evacuadas todas la pruebas calificadas y ordenadas por el Juez competente, tendrá lugar la audiencia de pronunciamiento y contradicción en la cual podrá intervenir el demandado y el actor, donde el demandado puede pronunciarse respecto de la prueba presentada por el actor y contradecir u presentar oposición a la misma, la cual debe ser debidamente sustentada, para lo cual se le concederá intervención no mayor a treinta minutos, igual tiempo se le concederá al actor de la demanda para contradecir la prueba de descargo presentada por el demandado, en ninguno de los dos casos existirá oportunidad de réplica, el juez dispondrá de un máximo de una hora para absolver las dudas que tuviere a cualquiera de las partes procesales.

Art....- Audiencia de Juzgamiento y sentencia.- Transcurrido el término de cinco días de cumplida la audiencia de pronunciamiento y contradicción, tendrá lugar la audiencia de juzgamiento y sentencia en la cual las partes procesales tendrán un intervención máxima de quince minutos cada uno para exponer un alegato final y posterior a ello el juez se pronunciará respecto de cada una de las pruebas calificadas y debidamente actuadas y con fundamento a las mismas dictará sentencia.

Si la sentencia es condenatoria, el juez ordenará por medio de las oficinas de liquidación de la función judicial el pago inmediato del monto a indemnizar, y de conformidad con las normas pertinentes ordenará atento oficio al ministerio de finanzas para que se cree la partida presupuestaria para el pago inmediato de la indemnización, proceso que no puede durar más allá de quince días laborables so pena de una multa de diez dólares por cada día de retraso al funcionario que retarde injustificadamente dicha diligencia. Y pago se lo efectuará por medio de transferencia bancaria por parte del Banco Central del Ecuador a la cuenta señalada por el actor.

En el caso de dictarse sentencia absolutoria, se ordenará el archivo de la causa sin pago de costas procesales.

## CAPÍTULO IV

### 4.1 CONCLUSIONES.

El presente estudio tiene por objetivo principal enunciar las deficiencias establecidas en la normativa procesal vigente respecto a los procesos de indemnizaciones a los que tiene derecho la víctima o el ofendido producto del delito o infracción y también aquellos generados por error judicial del Estado, a lo largo de los análisis realizados a los temas que contiene el trabajo de tesina, han sido más que evidentes las fallas legislativas al señalar normas ambiguas y oscuras que no determinan con claridad un proceso célere y eficiente que proteja los derechos del ofendido quien se convierte en una doble víctima pues no solo se lo perjudica con la infracción cometida en su contra, sino no que de igual manera el sistema judicial atenta en contra de su tranquilidad, ya perturbada, al imponerle trabas, retardos y procesos extensos para poder resarcirle los daños producidos sea por imputado o delincuente o sea por el Estado en los casos de error judicial; en esta instancia del trabajo de tesis, no puedo dejar de mencionar que el mismo fue inspirado e impulsado por la cruda y lamentable realidad del sistema judicial ecuatoriano, palpable en el caso que pude conocer dentro de la Corporación Jurídica a la que orgullosamente pertenezco, un caso que no solo tocó los más profundo de mi sensibilidad humana, sino que también incrementó mi desaire por el “sistema judicial ecuatoriano” lamento generado no solo por las deficientes y corruptas actuaciones de los jueces y demás funcionarios judiciales, sino que también derivado por la carencia normativa para éste y muchos casos más, por respeto y ética profesional no me parece loable enunciar nombres tanto de nuestro cliente como de los funcionarios implicados, pero con apego a los ideales de justicia me mantengo con la firme convicción de que prevalecerá la verdad y el justo derecho, es un caso en el que existió una infracción penada por la ley, los jueces competentes declararon la existencia del delito y determinaron claramente al responsable, se estableció la existencia de los daños y perjuicios y aunque la norma claramente señalaba un proceso sumario ante el mismo juez de lo penal que determinó la infracción, éste juez en clara contradicción de los principios procesales de inmediación, celeridad, eficacia y economía procesal, se negó a sustanciar el proceso de indemnización de los daños y perjuicios pues alegaba incompetencia en razón de la materia, hecho sorprendente y que solo resaltaba la mediocridad de los funcionarios judiciales en nuestro país, pese a todo se inició una acción por cuerda separada, la misma que se ha enfrentado a varias desavenencias jurídicas por lo escueto del ordenamiento jurídico de nuestro país, y una frase que dijo nuestra cliente que marcó mi intervención durante dicho proceso judicial y mi corta carrera jurídica es: “doctor hasta cuándo durará el viacrucis que me hacen recorrer, yo solo quiero lo que justamente me pertenece y que los culpables de mi daño emocional, físico y psíquico paguen por lo que me hicieron”, por lo tanto es evidente las carencias jurídicas que mantiene nuestro sistema procesal y que de acuerdo al análisis comparativo que realicé con los sistemas jurídicos de Colombia, España y Chile, nuestras normas no contienen la claridad y explicitud que contienen las normas de los países analizados, pese a que

conforme establece el Art.31 de del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, el juez competente para conocer los procedimientos de indemnizaciones de los daños causados por el cometimiento de una infracción al igual que los causados por las denuncias maliciosas, es el Juez de Garantías Penales que conoció, sustanció y resolvió dicho proceso, de igual manera en los casos de contravenciones, tal y como lo determina el Art.391 Ibídem; y aunque la normativa legal así lo determina, la práctica procesal no lo desarrolla, pues cuando se presentan las acciones de indemnización por daños y perjuicios establecidas en sentencias penales el propio Juez de Garantías Penales que conoció de dicho proceso alega no ser competente en razón de la materia y se inhibe de conocer dicha acción, razón por la cual se la debe plantear por cuerda separada y enviarla a sorteo como una demanda civil, causando perjuicios aún más grandes a las víctimas del delito, pues se sustancia como un nuevo proceso y se retarda la ejecución de un derecho que ya estaba establecido en una sentencia previa, que determinó la existencia del delito y la responsabilidad del imputado.

Es evidente que la sustanciación de dicho proceso indemnizatorio por cuerda separada ante otro juez, en este caso el juez civil, provoca tardanza en la sustanciación del proceso, además de una innecesaria acumulación de procesos en los juzgados civiles, tal y como se señaló en el capítulo precedente, la carga procesal de los juzgados civiles se ha mantenido, no ha sufrido variación alguna pese a las reformas del Código de Procedimiento Penal de marzo de 2009; pese a que lo lógico es que el juez que conoció en su totalidad del proceso penal y la determinación de la infracción, además de las penurias que atravesó la víctima del delito, debería ser el mismo Juez de Garantías Penales el indicado para determinar un monto indemnizatorio, que subsane en todo o en parte el sufrimiento causado por el injusto provocado en su contra.

De mantenerse ésta situación los derechos de los perjudicados, víctimas u ofendidos quedarán anulados, o se retardarán con evidente perjuicio por la parte que tiene derecho a dichas indemnizaciones.

En la práctica judicial dentro del sistema normativo ecuatoriano, se observa la falta de un procedimiento para la aplicación de las normas que establecen que el Juez de Garantías Penales o autoridad que señala una sanción que conlleva una indemnización por daños y perjuicios, es la autoridad competente, para establecer y determinar el monto de los daños causados, al igual que la falta de procedimientos para la indemnización de daños y perjuicios causados por error judicial del Estado.

El legislador quiso evitar que dichos procedimientos se realicen como un proceso judicial distinto por la vía civil, pues se viola los principios de inmediación del juez o autoridad con los hechos que causaron el daño o perjuicio y el principio de celeridad procesal en vista de que se sustancia como un nuevo juicio con los términos y pasos procesales de un juicio civil. No obstante como he señalado en líneas anteriores, el Juez de Garantías Penales soslaya el espíritu de la ley con claro perjuicio a los derechos de los interesados, pues de las entrevistas mantenidas con funcionarios judiciales de los juzgados y tribunales penales de pichincha, no han sustanciado ni un solo proceso de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el delito, lo que destaca la inaplicabilidad de la tantas veces mencionadas reformas procesales penales.

Respecto de los casos de error judicial causado por el Estado ecuatoriano, se hizo un estudio de los fundamentos constitucionales que contemplan la responsabilidad del Estado, y que concordantemente con el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado (Anexo No) es una

responsabilidad objetiva, esto quiere decir que no se requiere determinar si hubo el dolo o la intención del funcionario de causar un daño a la víctima del error judicial o mala administración de justicia, lo único que se tiene que determinar es la existencia del daño sobre el presunto perjudicado.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su art.32 contempla dos categorías que definen al error judicial, la primera que lo señala como retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de principios y reglas del debido proceso; y la segunda categoría señala al error judicial como la reforma o revocatoria de sentencia en virtud del recurso de revisión, así como también cuando quien sufre prisión preventiva, sea absuelto o sobreseído, por medio de providencia ejecutoriada.

Es tan clara la diferenciación que hace el Código, ya que inclusive establece dos procedimientos distintos para perseguir las acciones de error judicial, en el primer caso, esto es en la inadecuada administración de justicia, se determina un procedimiento contencioso administrativo y de conformidad a lo previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo, pero como lo supo manifestar la Doctora Escobar (Subdirectora de la Dirección Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado), los jueces de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo se inhiben de conocer de éstas acciones de indemnización alegando que al no existir las salas especializadas ellos carecen de jurisdicción y competencia, razón por lo cual los accionantes deben plantear una acción civil ordinaria por daños y perjuicios incluyendo el daño moral, hecho totalmente perjudicial a los principios de tutela efectiva, celeridad y eficacia judicial; para el caso del error judicial asimilado a la revocatoria o reforma de sentencia por medio del recurso de revisión y a la prisión preventiva injustificada, el mismo Código Orgánico de la Función Judicial en el inciso final del art.32 señala que para el caso antes previsto el proceso que se debe aplicar es el previsto en el art.416 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, planteando en un principio un trámite administrativo de conformidad a la Ley del Ministerio Público, y de no ser atendido, plantear una acción ante el juez o tribunal que sentenció la causa, hecho que deja grandes dudas para su aplicación, pues con la cultura de nuestro país y los altos niveles de corrupción, es poco probable que el mismo juez o tribunal que en un principio dictó una sentencia o sus compañeros de área, dicten una sentencia revocando la misma y peor aún procedan con la acción indemnizatoria, sabiendo que el Estado iniciará la acción de repetición en su contra por los perjuicios causados, lamentablemente otra de las deficiencias de nuestro sistema judicial es la poca o nula estabilidad de los jueces, que hoy en día son cargos políticos o de coyuntura, los jueces sobre todo penales y civiles rotan constantemente entre las diferentes judicaturas, por lo tanto hoy pueden ser juez de garantías penales y mañana juez de garantías penales de la Corte Provincial o de la Nacional, hecho por el cual es difícil que se dicten sentencias perjudiciales o que contravengan a los mismos jueces, pues no hay como pasar por alto la “solidaridad y compañerismo” que existe entre funcionarios judiciales, como contempla el conocido dicho “entre bomberos no se pisan la manguera”.

Por lo antes expuesto y de acuerdo a la funcionalidad que contempla la normativa internacional como la de España, Chile y Colombia, lo prudente y aplicable para los casos de error judicial, es que se sustancien los procesos de indemnización por daños y perjuicios, incluyendo el daño moral, causados por error judicial del Estado, por medio de un procedimiento sumario y abreviado ante el juez de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el grado de los jueces es un punto muy considerable ya que al ser jueces de la máxima entidad judicial de nuestro sistema, se presume existirá cierta garantía no solo en lo cognoscitivo sino también con las presiones a las que nos habíamos referido con anterioridad.

A diferencia de lo recientemente señalado para los casos de error judicial, para los casos de indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, la competencia de manera estricta y necesaria debe recaer sobre el mismo Juez de Garantías Penales que dictó la sentencia condenatoria en la que se determinó la existencia del delito y la determinación e individualización del o los responsables, en cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y economía procesal el mismo juez que determinó la existencia del delito, aquel que ya está empapado de los fundamentos de hecho y de derecho, es él quien conoce a las partes procesales y el único que puede distinguir el perjuicio y sufrimiento que han atravesado las partes procesales sobre todo la víctima del delito o infracción, por lo tanto quien mejor que dicho funcionario para establecer el monto a indemnizar y ejecutar su pago.

Así como se señala la pertinencia de que sea el juez de garantías penales es quien deba conocer de dichas acciones de indemnización, hay que recalcar las desventajas de que dicha acción se la persiga por cuerda separada ante un juez de lo civil, pues, para plantear la acción civil el juez recibe una acción totalmente ajena a él, dicho funcionario no puede percibir el sufrimiento real por el que pasó la víctima de la infracción, por lo tanto la inquietud es como podría determinar un monto que subsane total o parcialmente dicho desmedro, se tienen que practicar y ordenar pruebas que quizás para dicho funcionario son totalmente ajenas y de poca trascendencia, además se somete el trámite de indemnización a trabas jurídicas producto de la corrupción y del abuso del derecho, pues en el caso judicial que enuncié con anterioridad, el cual es fundamento del presente estudio, por la cobardía o desconocimiento del funcionario judicial que dictó la sentencia que determinó la existencia de la infracción y que se inhibió de conocer y sustanciar los daños y perjuicios derivados del mismo, se tuvo que presentar la acción por cuerda separada, la misma que sufrió de transgresiones y retardos propios de la vía civil y que finalmente al obtener una sentencia favorable, de manera inexplicable se acepta el recurso de apelación de dicha sentencia, violando la disposición expresa de la ley que para el mencionado proceso establecía que era de única instancia, lo cual poco o nada le importó al funcionario que concedió la apelación y al que avocó conocimiento en segunda instancia, pues el imputado generador de la infracción y que posteriormente fue demandado para el pago de los daños perjuicios que generó su infracción en abuso estricto del derecho alegó el fundamento del derecho de recurrir establecido en la Constitución de la República del Ecuador y en la declaración Interamericana de Derechos Humanos el cual fue indebidamente aplicado y concedido pues son aplicables, en el segundo caso, sólo para los casos en los que se determine un delito y en el presente caso no se determinaba un delito pues el delito se lo determinó en sentencia previa, en este caso sólo se iba a determinar el monto a indemnizar , los jueces violaron la norma expresa y sobre todo el principio pro legislatore pues interpretaron de manera errónea la esencia legislativa establecida en la norma, existió un abuso del derecho pues no se debe temer a negar dicha acción pues no todos los fallos son susceptibles del recurso de apelación tal y como lo señala la sentencia de la Corte Provincial de Loja la cual se remite a la resolución de la Corte Constitucional (Anexo No.4); éstos son los riesgos a los que se expone a la justicia y al debido proceso cuando no se establece una norma transparente y con procedimientos factibles.

#### 4.2 RECOMENDACIONES.

En base al problema planteado en el estudio de disertación, una vez realizada la investigación de documentos, análisis de la normativa legal y constitucional ecuatoriana como la de países como España, Colombia y Chile, se pudo concluir de manera general y sucinta que el problema principal

radica en la deficiente e incongruente estructura del ordenamiento jurídico nacional, existen vacíos legales, normas mal elaboradas o ausencias de procedimientos concretos y efectivos que respalden el acceso real y eficaz a la justicia y a la protección de los derechos de partes procesales y primordialmente de las víctimas de los delitos y de los errores judiciales generados por el Estado ecuatoriano; a lo cual presente las siguientes recomendaciones:

- Respecto al derecho a la reparación: el Ecuador carece de normativa jurídica que agote conceptual y operativamente el derecho a la reparación y responsabilidad del Estado, el procedimiento incrementado en el Código Orgánico de la Función Judicial, no es aplicable por la falta de las salas especializadas dentro de los Tribunales Contenciosos Administrativos, razón por la cual habrían dos posibilidades, la creación de las salas especializadas y una correcta especificación del proceso o la implementación del proyecto de normativa que señalo en la parte final del Capítulo III de la presente disertación.
- No existen normas unívocas y congruentes respecto a quien debe conocer y sustanciar los procesos indemnizatorios establecidos en sentencias penales y los causados por error judicial, debe reformarse el Código de Procedimiento Penal y crear un capítulo sobre “sustanciación de los procesos de indemnización por los daños y perjuicios, incluyendo el daño moral, ocasionados por la infracción”, el cual deberá contener la jurisdicción y competencia (de manera clara no como lo señala el Art.31 del Código de Procedimiento Penal vigente), el trámite a seguir, términos o plazos para la sustanciación de las distintas etapas procesales, y la forma de ejecución de sentencia.
- Temor a la demanda contra el Estado: pese a haber sido perjudicado por mala práctica legal, las razones se esgrimen en la relación desigual de poder, ineficacia y corrupción de la justicia, costos elevados del litigio e incertidumbre de imparcialidad, las normas deben garantizar una tutela judicial efectiva, cautelar los derechos procesales y prevenir con sanciones los actos de corrupción como el retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, privación ilegal de la libertad, error judicial y responsabilidad del Estado en el procesamiento penal.
- El estado debe garantizar el eliminar los obstáculos para demandar indemnizaciones por el daño moral, desmedro al honor y a la dignidad, por la privación ilegal a la libertad; (daño moral: seguridad personal, molestias en el goce de sus bienes, afecciones legítimas, amenazas injustas de daños corporales, al igual que los daños establecidos en contra de un profesional por mala aplicación de la justicia, como puede un error judicial, influenciar en el buen nombre y prestigio adquirido por un profesional), preparando de manera íntegra a los funcionarios públicos, debe darse la calidad de máximo prestigio y de mayor exigencia profesional a la carrera judicial, pues el funcionario judicial y lo jueces deben sentir el orgullo, el honor y la responsabilidad real de lo que significa impartir justicia, con el respaldo económico de salarios justos y acordes a las responsabilidades que se les confiere, en busca de reducir los actos de corrupción y a su vez que incentiven un desgaste intelectual acorde a lo requerido, recalco que lo prioritario es dar el valor que corresponde a la carrera judicial, un cambio de cultura en la mentalidad de los funcionarios respecto al servicio a su patria, es lo único que podrá en algún momento garantizar el efectivo ejercicio de la justicia.

#### 4.3 ANEXOS

- ANEXO No.1: Oficio No. DDP-DL0269-11, suscrito por el Ing. Diego Larco Ojeda, Jefe del Departamento de Informática (E) de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura – Pichincha, contenido en siete hojas.
- ANEXO No.2: Entrevista realizada a la Doctora Martha Escobar, Subdirectora de la Dirección Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, contenida en un CD formato digital.
- ANEXO No.3: Pliego de preguntas, referente a la entrevista realizada a la Doctora Martha Escobar, Subdirectora de la Dirección Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, constante de once preguntas contenidas en dos hojas.
- ANEXO No.4: Sentencia de fecha 15 de abril del 2010 a las 14h59 dictada por la Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Loja, la misma que hace referencia al fallo publicado en el Registro Oficial No.159 del 26 de marzo del 2009 dictado por la Corte Constitucional; contenido dos hojas.

#### 4.4 BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA Galeas Luis Humberto, “La injuria punible y la reparación del daño moral que ocasiona”, Librería Ley Quito – Ecuador, 1997.
- ABARCA Galeas Luis Humberto, “El daño moral y su reparación en el derecho positivo ecuatoriano” ,Riobamba – Ecuador, 1995.
- ALVEAR Macías Jorge, Estudio de los recursos en el proceso civil, Editorial Edino, segunda edición, Guayaquil – Ecuador, 1993.
- ARÉVALO Reyes Héctor Darío, Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, segunda edición, Bogotá-Colombia 2002.
- CABANELLAS de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Edición Decimosexta, Buenos Aires – Argentina, 2003.
- Centro Ecuatoriano para la promoción y acción, El derecho a la reparación en el proceso penal.
- CHIOVENDA Guiseppe, “Principios de derecho procesal civil”, Editorial Reus, Madrid.
- COUTURE Eduardo J., “Las reglas de la sana crítica”, Editorial Ius, Montevideo, 1990.
- CONSTITUCIÓN de la República de Chile, Santiago – Chile, 1980.
- CORPORACIÓN de estudios y publicaciones, Código Civil Ecuatoriano, Edición Junio 2009.

- CORPORACIÓN de Estudios y Publicaciones, Constitución de la República del Ecuador, Quito-Ecuador, actualizada a abril del 2009.
- CORPORACIÓN de Estudios y Publicaciones, Constitución Política de la República del Ecuador, Quito-Ecuador, actualizada a septiembre del 2001.
- CORPORACIÓN de Estudios y Publicaciones, Código Orgánico de la Función Judicial, Quito-Ecuador, actualizada a junio del 2009.
- CORPORACIÓN de Estudios y Publicaciones, Código de Procedimiento Penal, Quito-Ecuador, actualizada a mayo del 2009.
- CUEVA Carrión Luís, El debido proceso, Impreseñal, Ecuador, 2001.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban, Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, Universidad externado de colombia. Bogotá – Colombia 2003.
- GARCÍA Falconí José, Manual teórico práctico en materia civil, Análisis jurídico de la Ley No.171 que regula la reparación por daño moral en el código civil ecuatoriano, Quito Ecuador, Ediciones Rodin, Primera Edición 2004, pgs. 16,17.
- GARCÍA Falconí José, Las garantías Constitucionales en el nuevo código de procedimiento penal y la responsabilidad extracontractual del Estado, Quito-Ecuador, primera Edición, pgs.174-175.
- GARCÍA Falconí José, Parte práctica del Juicio por la Acción de daño moral y forma de cuantificar su reparación, Quito – Ecuador, Primera Edición.
- GIL Barragán Romero, Elementos del Daño Moral, segunda edición, Quito-Ecuador, pg.22.
- GUZMÁN Cabal Guillermo, El resarcimiento completo de los perjuicios ocasionados por el delito, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1980.
- HERNÁNDEZ Miguel, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Guayaquil, 1991, pg.19.
- INREDH-CEPAM, El derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal, Ecuador, Edición Comunicaciones INREDH, Septiembre del 2000.
- JARAMILLO Delgado, Carlos, la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de funcionamiento de la administración de justicia, editorial Ibañez, Bogotá colombia 2006.
- JOSSERAND Lois, Curso de Derecho Civil, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1930.
- Jurisprudencia, Gaceta Judicial Serie XVII-No5 Enero-Abril, Resolución No.73-2001, Juicio No.120-1999, pgs.1286-1294.
- Jurisprudencia, Gaceta Judicial Enero-Abril 2007, Resolución No.109-2007, Juicio No.281-2006, pgs.827-836.

- ORGÁZ Alfredo, El daño Resarcible (actos ilícitos), ediciones de palma, buenos aires argentina tercera edición 1967.
- POSSO Zumárraga Manuel, La inseguridad jurídica en el ecuador, Ecuador, 2010.
- SALGADO Pesantes Hernán, Introducción al Derecho, Quito-Ecuador, Segunda Edición, pgs: 76 y 110.
- VELASCO Célleri Emilio, Sistema de Práctica Procesal Civil, Quito-Ecuador, Editores PUDELECO, Tomo 7, 2005
- Tesis, Herrera Játiva Grace Elizabeth, La indemnización de daños y perjuicios por la privación de libertad, Quito – PUCE, 110 pgs.
- Tesis, Galeas Castrillón María Gabriela, Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos; Hacia el cumplimiento integral de las indemnizaciones compensatorias sentenciadas por la Corte Interamericana De Derechos Humanos, Quito – PUCE, 2010.
- REGISTRO Oficial No.555, de 24 de marzo del 2009, [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4895:registro-oficial-no-555-martes-24-de-marzo-de-2009-suplemento&catid=295:marzo&Itemid=520](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4895:registro-oficial-no-555-martes-24-de-marzo-de-2009-suplemento&catid=295:marzo&Itemid=520)
- Código Penal de Colombia, <http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/penal/codigopenal.html>.
- Código de Procedimiento Penal de Colombia, [http://www.elabedul.net/Documentos/ley\\_906\\_de\\_2004.pdf](http://www.elabedul.net/Documentos/ley_906_de_2004.pdf)
- Código Contencioso Administrativo de Colombia, [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_contencioso\\_administrativo.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo.html)
- Ley de Bases de la administración del Estado, Chile, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=191865>
- REAL Academia de la Lengua Española, <http://buscon.rae.es/drae1/busqueda:particular>.
- REAL Academia de la Lengua Española, <http://buscon.rae.es/drae1/búsqueda:lesión>.
- UASB Digital, Universidad Andina Simón Bolívar, [http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/97/simple-search?query=procesos+de+indeminzaci%C3%B3n&sort\\_by=0&order=DESC&rpp=10&etal=0&start=20](http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/97/simple-search?query=procesos+de+indeminzaci%C3%B3n&sort_by=0&order=DESC&rpp=10&etal=0&start=20)
- UASB Digital, Universidad Andina Simón Bolívar, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/319/1/T719-MDP-Pazmi%C3%B1o->

La%20reversi%3%b3n%20de%20la%20carga%20del%20Onus%20Probandi%20en%20la%20responsa  
bilidad%20civil%20contractual.pdf