



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

Solo cuando te pro-
pongas, sabrás cuan
lejos puedes

**“EL DERECHO DE REPETICIÓN Y SU
INEJECUTABILIDAD”**

**TESIS PREVIO A OPTAR EL
GRADO DE ABOGADA.**

AUTORA:

ISIS TIAMAT REYES NARVÁEZ

DIRECTOR DE TESIS:

DR. ROGELIO CASTILLO BERMEO. MG. SC.

LOJA - ECUADOR

2015


CERTIFICACION

Dr. Rogelio Castillo Bermeo Mg. Sc.,
**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DE LOJA.**

CERTIFICA:

Que el presente trabajo investigativo realizado por la señorita **Isis Tiamat Reyes Narváez**, con el título: **“EL DERECHO DE REPETICIÓN Y SU INEJECUTABILIDAD”**, ha sido dirigido y revisado prolijamente en su forma y contenido, de acuerdo a las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Octubre de 2015



Dr. Rogelio Castillo Bermeo. Mg. Sc
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA.

Yo, Isis Tiamat Reyes Narvález, declaro ser autora del presente trabajo de tesis titulada: **“El Derecho de Repetición y su Inejecutabilidad”**, y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional – Biblioteca Virtual.

Autora: Isis Tiamat Reyes Narvález.

Firma: 

Cédula: No. 1900619675

Fecha: Loja, Octubre de 2015


**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA,
PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y
PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.**

Yo, **Isis Tiamat Reyes Narváez**, declaro ser la autora de la tesis titulada: “**EL DERECHO DE REPETICIÓN Y SU INEJECUTABILIDAD**”, como requisito para optar al Grado de **ABOGADA**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 23 días del mes de Octubre de dos mil quince, firma la autora.

Firma: 

Autora: Isis Tiamat Reyes Narváez.

Cédula: 1900619675

Correo Electrónico: chichi_ir@hotmail.com

Teléfono: 0958921772 **Celular:** 2109211

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Rogelio Castillo Bermeo. Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. Mauricio Aguirre Aguirre Mg.

Vocal: Dr. Diosgrafo Chamba Villavicencio PhD.

Vocal: Dr. Ángel Hoyos Escaleras. Mg.

DEDICATORIA

A MI HIJO: Ariel David, que con su sacrificio, amor, le dio sentido a mi vida y me enseñó a luchar en ella, por ser cada día mejor; y,

A MI MADRE Y HERMANOS: Vilma Narváez, Karla Tatiana y Sergio Enrique, que con amor, comprensión y apoyo cultivaron mi espíritu y me impulsaron a seguir adelante, culminando así con una etapa más de mi vida.

Con inmenso cariño, les dedico este sencillo trabajo, ideal de mis sueños y anhelos.

Isis Tiamat Reyes Narváez

AGRADECIMIENTO

Al culminar el presente trabajo investigativo sobre “El Derecho de Repetición y su Inejecutabilidad”, dejo constancia de mi agradecimiento imperecedero para:

El Dr. Rogelio Castillo Bermeo Mg. Sc., Director de la presente Tesis, por la invaluable ayuda que supo brindarme para la realización del presente trabajo investigativo; y, para todas aquellas personas que de una u otra forma contribuyeron a la culminación del mismo.

Isis Tiamat Reyes Narváez

1. TITULO

“EL DERECHO DE REPETICION Y SU INEJECUTABILIDAD”

2. RESUMEN

El presente trabajo investigativo, se ha fundamentado en información objetiva, actual y verás, la misma que permitió desarrollar con éxito cumpliendo así con el interés propio, fundamental para la formación y sobre todo para de esta manera introducirse en los problemas que afectan hoy en día a nuestra sociedad.

Siendo el Derecho de Repetición un tema de amplio debate, de suma importancia, que debería ser de conocimiento público, es muy común que su falta de información repercuta sobre su ejecución.

El Estado ecuatoriano ha sido condenado a pagar fuertes sumas de dinero a las víctimas que por irresponsabilidades de servidoras y servidores públicos dentro del ejercicio de sus funciones, lo cual ha ocasionado que se vulnere derechos de particulares obligando al Estado a resarcir dichos daños mediante indemnizaciones, dinero por el cual jamás ha sido rembolsado al Estado, ocasionado perjuicios dentro del patrimonio económico estatal.

Este derecho es una herramienta primordial del Estado para salvaguardar su economía, a lo que su ejecución es mediante sus representantes legales, los mismos que no están ejecutando el derecho de Repetición como lo manda las leyes que lo regulan al mismo.

Al realizar un estudio al Derecho de Repetición se ha llegado a la conclusión que esta Acción debería ser tratada y juzgada como un Delito contra el Estado, al cual se lo comparado con el Peculado; siendo ambos promotores de daños y perjuicios contra bienes materiales y economía del Estado Ecuatoriano, de igual forma ambos son cometidos única y exclusivamente por servidores, servidoras o cualquier persona que en nombre del Estado preste sus servicios a los diferentes organismos e instituciones públicas.

Para lo cual se considera que existe incongruencia jurídica entre las leyes que norman al Derecho de Repetición y Peculado; así como es conveniente que la Acción de Repetición sea tratada de similar manera que el Peculado, otorgándole la imprescriptibilidad al igual que sea considerado como un delito contra el Estado.

ABSTRACT

These research works, was based on objective, current information and see the same that allowed developing successfully fulfilling the fundamental to training and especially in this way introduced into the problems affecting today self-interest our society.

Repeat law being a subject of much discussion, very important, which should be public knowledge; it is very common that their lack of information affects its performance.

Ecuador has been ordered to pay large sums of money to victims through irresponsible actions of public servants in the exercise of their functions, which has caused particular rights being affected, forcing the state to compensate such damage by compensation, money that has never been repaid to the State, caused damage within the State economic assets .

This law is a primary tool of the state to safeguard its economy, so its implementation is through their legal representatives; they are not running the right of recourse as mandated by the laws regulating the same.

When conducting a study right to seek indemnity has been concluded that this action should be treated and judged as a crime against the state, which I compared him with embezzlement; both of promoters damages against property

and economy of the Ecuadorian State , just as both are committed exclusively for servers, servants or any person on behalf of the State to provide their services to various organizations and public institutions.

For which it is considered that there is legal inconsistency between the laws that regulate the right to seek indemnity and embezzlement; and it is desirable that the Action Replay is treated similarly to the embezzlement, giving the applicability as it is considered a crime against the state.

3. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación jurídica tiene como problema principal: “Analizar la incongruencia en la prescripción de la Acción de Repetición por negligencia e ineficacia de los servidores públicos que ocasionen responsabilidad al Estado, que determine por la erogación de recursos económicos. Para fundamentar la incongruencia existente entre la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con la Constitución de la República del Ecuador, se extrapolo la figura jurídica de peculado en materia penal donde la acción del Estado es imprescriptible, realizando analogía en cuanto a que el perjuicio es igual solo que uno es en materia civil administrativa y el otro en materia penal.

El trabajo está distribuido en el desarrollo de un marco teórico el mismo que abarca la revisión de literatura con un marco conceptual de la prescripción de la acción de repetición, de los servidores públicos en materia civil, penal y administrativa. Un marco doctrinario que comprende el estudio del derecho de repetición, indemnización y peculado.

En el marco jurídico se analizó el derecho de repetición en la Constitución de República del Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y el Código Orgánico Integral Penal, además se sustentó la propuesta de reforma en el derecho comparado con la legislación de Colombia,

España y Nicaragua, análisis jurídico que enriquece la pertinencia del trabajo de investigación.

Los métodos utilizados como el inductivo, deductivo, el análisis y la síntesis permitió establecer las contradicciones jurídicas que auxiliados de la hermenéutica se interpretó la normatividad pertinente. En la discusión fue posible verificar los objetivos y lograr la contratación de la hipótesis que sin desligarse del problema de investigación fueron la base de las conclusiones y recomendaciones.

En el trabajo de campo se elaboraron encuestas debidamente estructuradas lo que permitió facilidad a los profesionales de derecho que coincidieron con la oportunidad de plantear reformas sobre la prescripción de la acción de repetición.

Las conclusiones y recomendaciones guardan relación con la propuesta jurídica de reformas a la acción de prescripción, de esta forma el presente trabajo se constituye en un eslabón jurídico importante para futuras investigaciones especializadas en esta materia.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1.- Marco Conceptual

4.1.1. Prescripción de la Acción de Repetición

La acción de repetición es aquella que tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos que sea cometido por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, causando de esta manera que el Estado sea condenado a reparar mediante sentencia o resolución efectiva dictada por un organismo internacional de protección de derechos o en un proceso de garantías jurisdiccionales.

Esta acción tiene como fin obtener la restitución de lo pagado por el cometimiento de un error o vulneración de derechos, prescribe en el plazo de tres años.

4.1.1.1. Prescripción

Prescripción, del latín “praescription”, significa lo que precede, este término tiene origen en Roma con la “Longi praescripcion” que es prescripción adquisitiva de fondos por el transcurso de mucho tiempo; a la prescripción de adquirir la llamaban “Usucapio”, que era una forma de adquirir un derecho por haber transcurrido cierto tiempo legal, exigiendo efectiva y prolongada posesión por el adquirente, justo título y buena fe; fue establecida

por los pretores y era accesible a los extranjeros. En el Derecho anglosajón se le conoce como “statute of limitations”.

Se aplicó en el procedimiento de formulario de la antigua Roma entre los años 150 a. c. y rigió hasta el siglo III, usualmente era usada al inicio de la contestación de la demanda, para impedir proseguir con el litigio. Actualmente la prescripción es también una excepción invocada como medio de defensa, conferido al demandado en proceso para modificar o destruir la acción.

“Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia”¹

Manuel Ossorio la define a la prescripción como: “es la acción y efecto de prescribir, o de adquirir una cosa o un derecho por la virtud jurídica de su posesión continuada durante el tiempo que la ley señala, o caducar un derecho por lapso señalado también a este efecto para los diversos casos.”²

Así mismo José Alberto Garrone, manifiesta que: “Es el medio por el cual, en ciertas condiciones, el transcurso del tiempo opera la adquisición o modificación sustancial de algún derecho.”³

¹ GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 373

² MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina, pag 601

³ JOSE ALBERTO GARRONE, Diccionario Jurídico AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina; pag. 122

La prescripción es una figura jurídica que consiste en la formalización de una situación de hecho, por el paso del tiempo, permitiendo de esta manera la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas previo cumplimiento a los requisitos previstos en la ley.

“Es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius punendi en razón a que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción y apenas si existe memoria social de misma”⁴

Desde otro punto de vista la prescripción es un medio por el cual se extinguen las penas y delitos con el pasar del tiempo, extinguiendo al Estado la aplicación del ius puniendi; que significa que el derecho o facultad que tiene el Estado para castigar.

Este medio jurídico tiene las siguientes clases:

a.- Extintiva:

“Modo de extinguirse los derechos y acción por el mero hecho de no dar de ellos adecuadas señales de vida durante el plazo fijado por la ley”⁵

⁴ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid- España, pág. 1150

⁵ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid- España, pág. 1151

También conocido como liberatoria o efecto negativo. Extingue acciones ligadas a derechos por su falta de utilización durante un período de tiempo, transcurrido ininterrumpidamente, dicho período empieza a contarse, desde que se pueda ejercer.

“Libertad que tiene el deudor para no cumplir su obligación por no haberse exigido el cumplimiento de esta, a su debido tiempo, por el acreedor”⁶

En otras palabras la prescripción extintiva o liberatoria consiste en la pérdida de un derecho por el abandono. No se necesita título, ni buena fe, ya que se basa en la pasividad, silencio o inacción del titular del derecho; por cuanto extingue el derecho del antiguo titular.

b.- Adquisitiva

“Derecho por el cual el poseedor de una cosa adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión durante el tiempo fijado por la ley.”⁷

También llamado usucapión que significa, posesión, tomar o adquirir, se lo denomina como efecto positivo. Consiste en una forma de adquisición de

⁶GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pag. 376

⁷ MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina, pag 601

propiedad o derechos reales por haber transcurrido el tiempo señalado en la ley, en concepto de dueño, buena fe y justo título.

“Un derecho real y que además con el tiempo juega con el elemento de la posesión”⁸

Dentro de la prescripción entramos distintos tipos del mismo como a continuación las detallare:

4.1.1.1.1. Prescripción Civil

“Es la modalidad que constituye adquisición o usucapión, como en la variedad en que integra una perdida jurídica, que se denomina igualmente caducidad”⁹

La prescripción en materia civil, es un modo de adquirirlas cosas ajenas por haberlas poseído, o extinguir un derecho por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo. No puede ser declarada de oficio.

⁸DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid- España, pág. 1151

⁹MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina, pág. 601

4.1.1.1.1. Prescripción por la que se adquieren las cosas

Se puede obtener el dominio de bienes corporales raíces o muebles, esta puede darse:

a. Ordinaria:

“Aquella que no requiere de plazos especialmente largos ya que media justo título o buena fe. Se aplica en la usucapión.”¹⁰

Se la adquiere con la posesión regular no interrumpida, el tiempo es de tres años para los bienes muebles y de cinco para los raíces.

b.- Extraordinaria:

“De tradición Romana. Se refiere a los supuestos en que se obtiene un beneficio por prescripción mediante largos plazos aunque no medie justo título y buena fe.”¹¹

Se debe probarla haber poseído el bien sin violencia, clandestinidad ni interrupción, por el tiempo de quince años.

¹⁰JOSE ALBERTO GARRONE, Diccionario Jurídico AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina; pág. 127

¹¹JOSE ALBERTO GARRONE, Diccionario Jurídico AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina; pág. 125

4.1.1.1.2. Prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales:

Exige cierto lapso durante el cual no se haya ejercido dichas acciones, el tiempo es de cinco años para las acciones ejecutivas y diez años para las ordinarias.

4.1.1.1.2. Prescripción Penal

En materia penal la prescripción es de modo extintivo y de oficio. “Extinción de las responsabilidades por el transcurso del lapso fijado por el legislador para perseguir el delito o la falta, incluso luego de quebrantada la condena.”¹²

Es una causa de extinción de responsabilidad criminal que se produce por el paso del tiempo poniendo límite al poder del ejercicio penal del Estado, con el uso de este medio se cerrara la posibilidad de seguir acciones penales, pero no la posibilidad de seguir acciones por otras vías judiciales.

Dentro del ámbito penal la prescripción de la pena hace referencia a la prescripción de la pena y del delito.

¹²MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina, pág. 601

4.1.1.1.2.1 Prescripción de la pena

“Liberación de cumplir la condena impuesta tras cierto lapso de irregular libertad o sin aplicación de la medida restrictiva de otro derecho. Constituye esta una de las causas para la extinción de la responsabilidad penal.”¹³

Las penas prescriben porque, una vez impuestas en la condena, transcurren los plazos de prescripción sin ser ejecutadas. Los plazos de prescripción dependen de la gravedad del delito, la pena o la medida de seguridad.

“Con la consecuencia fundamental para el reo de extinguirse su responsabilidad penal, suele producirse en diversas legislaciones, por el transcurso de los lapsos señalados para cada pena, que van disminuyendo paralelamente a su gravedad.”¹⁴

Las penas que no tienen prescripción son: las determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un Estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales

¹³ GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 376

¹⁴ MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina, pág. 602”

4.1.1.1.2.2. Prescripción del delito

“Extinción que se produce por el transcurso del tiempo, del derecho a perseguir o castigar a un delincuente, cuando haya transcurrido el lapso previsto por la ley desde el momento de la comisión del hecho.”¹⁵

Es la extinción que se produce por el paso del tiempo, del derecho de castigar o perseguir al delincuente, cuando haya transcurrido el tiempo determinada en la ley.

“Extinción que se produce por el solo transcurso del tiempo, del derecho estatal o social a perseguir o castigar un delincuente, cuando desde la comisión del hecho punible hasta el momento en que se trata de enjuiciarlo se ha cumplido el lapso marcado por la ley”¹⁶

4.1.1.1.3. Prescripción Tributaria

“Extingue la deuda tributaria por el transcurso del tiempo. La prescripción aprovecha por igual al sujeto pasivo y a los demás

¹⁵JOSE ALBERTO GARRONE, Diccionario Jurídico AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina; pág. 125

¹⁶GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 376

responsables de la deuda; pero, interrumpido el plazo de prescripción para uno se entiende interrumpido para todos”¹⁷

La prescripción en materia tributaria, extingue las obligaciones tributarias, priva al Estado la posibilidad de exigir pagos de los tributos y a los contribuyentes la posibilidad de exigir al Estado el reembolso de pagos en exceso o saldo a favor, no se actúa de oficio.

4.1.1.2 Acción

Del latín “actio” que significa movimiento, actividad o acusación, la amplitud de esta palabra es difícilmente superada por otra ya que toda la vida y actividad del hombre es acción; tuvo sus orígenes en el derecho romano siendo la evolución máxima de dicho derecho, el cual se lo estudiaba en tres diversos períodos.

La época de acciones de ley, eran declaraciones solemnes, acompañadas de gestos, rituales que el particular pronuncia y realiza ante un magistrado, con el fin de promulgar un derecho absolutamente reconocido.

La época del procedimiento formulario, es la más conocida y longeva, que ha tenido mayor impacto y permanencia en la elaboración de la definición de acción procesal, así el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe.

¹⁷DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid- España, pág. 1154

El procedimiento extraordinario, una de las corrientes más difundidas sobre la naturaleza jurídica de la acción procesal, es la doctrina tradicional.

“Posibilidad o facultad de realizar una cosa; especialmente la de atacar o defenderse.”¹⁸

En la actualidad la acción tiene su fundamento en la iniciativa y en el poder de reclamar, ante los órganos de jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma, como correspondiente a su derecho vulnerado.

“Es la facultad o poder constitucional de promover la protección jurisdiccional de un derecho subjetivo. Es el derecho de instar (apertura de la instancia), es decir de excitar (estimulo, provocar) la actividad jurisdiccional del Estado.”¹⁹

La acción es un poder público otorgado a toda persona natural o jurídica sin distinción alguna, la misma que provoca actividad jurisdiccional para exigir la vulneración de derechos ante el Estado, para que ejerza la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, garantizando expresa y tácitamente el ordenamiento jurídico.

¹⁸ GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 71

¹⁹ JOSE ALBERTO GARRONE, Diccionario Jurídico AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina; pág. 35

“Derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio, y modo legal en de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe.”²⁰

Mediante el uso de la acción por partes de toda persona que se sienta que ha sido agredidos sus derechos o bienes muebles o inmuebles, iniciaran un juicio para que de manera legal se le garantice la seguridad jurídica, ya que la acción es la iniciativa que nos otorgan a cada uno de los ciudadanos para poder reclamar la vulneración de derechos.

La acción se la aplica en varias materias del derecho que a continuación las detallo:

4.1.1.2.1. Acción Civil

“Genéricamente, toda aquella que se ejercita ante la jurisdicción ordinaria. Se oponen así a cuantas se tramitan o ventilan ante cualesquier otros fueros o jurisdicciones.”²¹

Es el potestad que se ejerce a través de la demanda ante los organismos jurisdiccionales del Estado con el fin de reclamar un derecho, protección o

²⁰MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina, pág. 16

²¹GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 71

restitución de derechos, con dicha demanda a la autoridad pertinente se le posibilita su jurisdicción y competencia, ya que no puede actuar de oficio porque en dicho proceso se juegan intereses particulares. Nace del derecho sobre las cosas y de las mismas fuentes de las obligaciones.

“La que se ejercita mediante la interposición de la correspondiente demanda ante los jueces de esa jurisdicción, a efectos de reclamar el derecho de que el accionante se cree asistido.”²²

El actor para hacer uso de la acción civil debe basar su demanda en la ley para efectuar su reclamo ante un adversario en caso de conflicto o pretenda la repartición de un derecho. Se pueden retractar las partes y llegar a un arreglo entre las partes litigantes.

4.1.1.2.2. Acción Penal

“Es la que se ejercita con el propósito de determinar la responsabilidad criminal y, y en algunos casos también la civil, con respecto a un delito o a una falta cometida”²³

²²MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina, pág. 16

²³JOSE ALBERTO GARRONE, Diccionario Jurídico AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina; pág. 48

La acción penal es la actuación del ministerio público en los delitos de acción pública para pedir al juez la decisión sobre una sanción o represión de un delito.

También podemos señalar que la acción penal es aquella base donde descansa la estructura de un delito, es el que se origina a partir de un delito siempre por la mala conducta humana, que va contra las leyes establecidas dentro de una sociedad.

“La originada por un delito o falta; y dirigida a la persecución de uno u otro con la imposición de la pena que por ley corresponda”²⁴

La acción penal, por lo tanto, supone un ejercicio de poder por parte del Estado y un derecho a la tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un delito cometido contra su persona. Esta acción penal se la realiza de oficio, es irrevocable, de interés social y obligatoria por parte de las autoridades pertinentes.

4.1.1.2.3. Acción Administrativa

“Es la que un particular ejercita frente a la administración, cuando esta actúa en representación del Estado en uso de facultades regladas, por

²⁴GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 84

*considerar ilegal o lesivo para sus intereses el acto realizado o la resolución que la administración hubiese dictado; o bien cuando la administración trate de impedir al particular que lesione el interés público en materia reglada*²⁵

Es el poder que tiene todo servidor público, dentro de la administración para hacer cumplir y ejecutar la voluntad, emanando de esta existencia la necesidad del establecimiento del poder público; y, de conformidad con ella lo que sea conveniente para la sociedad y los individuos.

“La que compete a los particulares para el ejercicio y defensa de sus derechos, o para el planteamiento de sus pretensiones, en materias relacionadas con la administración pública y la que esta dirige contra aquellos por reales o supuestas lesiones de sus derechos o de sus intereses en general”²⁶

Dentro de la acción administrativa dan la potestad a las instituciones gubernamentales para ejercer poder público, ya que esta acción se la sigue vía administrativa es netamente del Estado.

4.1.1.3. Repetición.

La palabra repetición viene del latín repetitio, que quiere decir acción y efecto de repetir o repetirse; en el contexto jurídico

²⁵JOSE ALBERTO GARRONE, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina; pág. 36

²⁶GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 73

significa reclamación, reposición, demanda. Por lo que podemos conceptuar a la repetición como la acción y efecto de una reclamación y reposición frente a una demanda.

El derecho de repetición se originó en Roma como una rama del derecho privado junto con unas acciones de enriquecimiento injustificado y el pago de lo no debido, desde la Antigua Roma se estudió como las acciones u omisiones de los hombres modifican el mundo externo, pudiendo producir en ocasiones un daño o perjuicio a otro hombre.

“El derecho a cobrar lo pagado sin deberlo estrictamente recae sobre todo lo dado por error de hecho o de derecho.”²⁷

Es la acción Contencioso Administrativo que debe promover el Estado, cuando haya sido condenado a resarcir el daño ocasionado por uno de sus servidores o ex servidores en el ejercicio de sus funciones, hacia terceras personas ya sea de manera dolosa o por culpa.

“Derecho, cuando menos acción, para reclamar lo indebidamente pagado o aquello que se anticipado por otro.”²⁸

²⁷ GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 152

²⁸ MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina, pág. 664

La repetición es un derecho que debe aplicarse de manera obligatoria e inmediata contra funcionarios, servidores, delegatarios y toda persona que actúe o actuó en nombre del Estado brindando un servicio público; siempre que dentro de sus funciones haya provocado perjuicios al particular o al Estado. Esta acción debe ser recuperatorio, independiente y autónomo.

Para un mejor estudio y mayor entendimiento es pertinente conceptualizar a los que considero elementos de la repetición que a continuación los detallo:

4.1.1.3.1. Servicio Público

Son las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados por la Constitución de la República o por ley, con el fin de satisfacer una necesidad social determinada. Siendo el conjunto de actividades y prestaciones permitidas, reservadas o exigidas a las administraciones públicas por la legislación estatal; tienen como finalidad responder a diferentes ámbitos de funcionamiento social, y, favorecer la realización efectiva de la igualdad y del bienestar social.

Un servicio se considera como público cuando su finalidad es atender una necesidad de la sociedad en su conjunto, por eso el servicio público suele ser prestado por el Estado como entidad que organiza los recursos de la

comunidad. No obstante, cabe decir que el servicio público también puede ser prestado por particulares conforme al orden jurídico pertinente

4.1.1.3.2. Servidores Públicos

La administración pública cuenta con servidores, funcionarios y trabajadores, que cumplen sus funciones, deberes, derechos y responsabilidades asignadas, estas son las personas encargadas de materializar los procedimientos del Estado para la prestación de un servicio.

Son las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de un organismo público del Estado, de una Comunidad Autónoma o de la administración local. Participa dentro del sector público ya sea a través de elecciones, nombramiento, selección o empleo.

Los servidores públicos no están exentos de cometimiento de errores, vulneración de derechos o daños a los particulares; pueden ser ocasionados por:

a.- Dolo

Este delito hace referencia cuando la persona infractora tiene la intención de causar daño.

b.- Culpa

Se produce cuando una persona infringe el deber objetivo de cuidado, produciendo un resultado dañoso; se manifiesta por im procedencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos o deberes

4.1.1.3.3. Reparación

“Indemnización de un perjuicio por el responsable. La reparación puede efectuarse en especie (restablecimiento de la situación anterior), o bien (forma más generalizada), mediante el pago de una suma de dinero, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.”²⁹

La reparación es la solución objetiva y simbólica para la restitución a la víctima de sus derechos, e incluirá el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución de los daños materiales e inmateriales, al cual darán una rehabilitación y la garantía de no repetición y satisfacción del derecho violentado.

Las personas que son sometidas a la reparación tienen los siguientes beneficios: Rehabilitación física y atención psicosocial; búsqueda localización y liberación de las personas desaparecidas.

²⁹JOSE ALBERTO GARRONE, Diccionario Jurídico AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina; pág. 290

4.1.1.3.4. Indemnización.

“La Indemnización es la reparación jurídica de un daño o perjuicio causado, y procede, unas veces como sanción civil del incumplimiento de contrato, otras como elemento integrante de la penalidad aplicable al que cometió un delito”³⁰

Al referirse a indemnización en términos generales se podrá indicar que es la retribución que recibe una o varias personas por parte de un particular o del Estado para así poder compensar el daño ocasionado hacia su persona o bienes.

4.1.2. Incongruencia Jurídica

Se define a la incongruencia jurídicamente como la falta de coherencia, concordancia, lógica y relación entre una ley y otra

Dentro del Estado Ecuatoriano existen leyes, normas, reglamentos, resoluciones sistematizadas para el cumplimiento de deberes, derechos de cada uno de los habitantes de la sociedad, las mismas que presentan una incongruencia entre sí; provocando contradicciones en el momento de aplicación de las mismas.

³⁰ LERNER BERNARDO, Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 478

4.1.2.1. Coherencia.

Proviene del latín “cohaerentia”, es la cohesión o relación entre una cosa y otra, se utiliza para nombrar a algo que resulta lógico y consecuente respecto a un antecedente. La coherencia debe constar de orden, sentido y relación

4.1.2.2. Concordancia.

La concordancia es la conformidad de accidentes gramaticales, la lógica entre los distintos elementos que debe regir para un texto pueda interpretarse adecuadamente

4.1.3. Peculado

Comparte raíz con “peculio” (cuyo origen etimológico se halla en el latín *peculium*), que es el capital que una persona le concedía a su descendiente o su siervo para que hicieran uso del mismo.

Dentro del Derecho Romano el peculio se significó primeramente el rebaño o ganado que el padre de familia confiaba a su hijo o a un esclavo, posteriormente, el conjunto de bienes puestos por el padre de familia en mano de uno de los *alieni iuris*, que se los denominaba a los sometidos a la patria potestad de otros; cuyo uso y disfrute se lo concedía e incluso la administración.

Entre los romanos el “peculatum”, se castigó con la pérdida de empleo y la honra después con el destierro y luego con la muerte, las sanciones evolucionaron hacia la benignidad, al reducirlas a la deportación y confiscación; más adelante a la privación de la ciudadanía y restitución del doble que equivale a una multa del tanto.

Algunos militares entienden por peculatum, el robo de una parte del botín, que los romanos castigaban severamente y sin respetar el prestigio logrado en combate.

Hoy en día el peculado es un delito único y exclusivamente cometido por los funcionarios que durante su prestación de servicios al sector público, realiza la llamada malversación de caudales públicos; esto es el uso indebido de fondos y bienes del Estado otorgados en su poder y custodia, en favor de su persona o de terceros. La persona que incurre en esta falta defrauda la confianza del Estado, cuyas autoridades le encomendaron algún tipo de función y le posibilitaron el acceso a los recursos públicos.

“Delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel o quien está confiada su administración”³¹

³¹MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina, pág. 557

Este delito de peculado tiene una diferencia a los otros delitos de robo y estafa, que es que el peculado es cometido por servidores o servidoras o cualquier persona que trabaje en nombre del Estado.

“La acción consistente en sustraer caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada al funcionario público por razón de su cargo.”³²

Este delito por el simple hecho de estar inmerso el dinero estatal, se lo ha denominado como un delito imprescriptible dentro de nuestra legislación; y todo funcionario declarado culpable de dicho delito no podrá jamás volver a prestar sus servicios en ninguna institución pública.

Substracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel o quien está confiada su custodia o administración.

De manera general el peculado se usa para denominar a los delitos de apropiación de fondos del Estado por parte de los servidores, servidoras representantes delegatarios y toda persona que trabaje en la administración pública. También le podemos denominar a la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a un funcionario que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido.

³²JOSE ALBERTO GARRONE, Diccionario Jurídico AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina; pág. 48

4.2. Marco Doctrinario

4.2.1. Derecho de Repetición

Guillermo Cabanellas, tratadista Argentino manifiesta que:

Repetición “Duplicidad, Reiteración, Insistencia, Reincidencia, Reproducción. Por antonomasia, el derecho y la acción para reclamar y obtener lo pagado indebidamente o lo anticipado por cuenta propia.”³³

Este autor describe al derecho de repetición en tres instancias:

Facultad: El derecho a cobrar lo pagado sin deberlo estrictamente recae sobre todo lo dado por error de hecho o de derecho (...), en los casos siguientes:

- a) Cuando la obligación fuera a plazo, y el deudor pagase antes del vencimiento del plazo;
- b) Cuando se efectúa el pago de deuda prescrita;
- c) Cuando se hubiere pagado una deuda cuyo título era nulo o anulable por falta de forma o vicio en la forma;
- d) Cuando se paga una deuda no reconocida por falta de prueba;

³³ GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 152

- e) Cuando se paga una deuda cuyo pago no tuviese derecho al acreedor por demandar en juicio;
- f) Cuando con pleno conocimiento se paga la deuda de otro.

Pertinencia: Corresponde la Repetición, por error esencial, aunque el deudor u obligado lo son realmente:

- a) Si la obligación es condicional y el deudor paga antes de cumplirse la condición;
- b) Si la obligación es de cosa cierta, y el deudor entrega una por otra;
- c) Si la obligación es la cosa incierta y solo determinada por su especie, o una obligación alternativa, y el deudor paga creyendo estar obligado a dar cosa cierta o entregando todas las cosas comprendidas en la alternativa;
- d) Si la elección en la alternativa fuera del deudor, y paga suponiendo que corresponde elegir al acreedor;
- e) Si la obligación es de hacer o no hacer y el deudor paga prestando un hecho por otro, o absteniéndose de un hecho por otro;
- f) Si la obligación es divisible o simplemente mancomunado, y el deudor la paga en su totalidad como solidaria

Eficacia: El efecto jurídico de la repetición pertinente es una inversión de la relación: indebido deudor se convierte en acreedor del que pasó por tal sin

derecho, o se transforma en acreedor también frente a otros obligados por los cuales había procedido a anticipar un pago legítimo.

También nos sabe manifestar sobre la acción de repetición; “aquella que tiene por objeto obtener la restitución de la cosa o cantidad dada en pago, por error de hecho o de derecho, por quien se creía deudor. El obligado o demandado es el que recibió indebidamente”³⁴

Para este autor la repetición es una acción por el cual se restituye mediante el reclamo, la cosa o cantidad dada en pago indebido o aceptado por cuenta propia, siempre que exista error de hecho o de derecho.

Hernán Jaramillo Ordoñez y Pablo Vicente Jaramillo Luzuriaga, conocedores del tema en su libro “La justicia Administrativa” manifiestan que:

“La acción de repetición es un proceso judicial regulado por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto recuperar el monto pagado por el Estado, como consecuencia de un acto doloso gravemente culposo cometido por un servidor público.”³⁵

Estos autores definen a la acción de repetición al proceso efectuado por el Estado en contra de un servidor infractor que da como consecuencia el

³⁴ GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 79

³⁵ HERNAN JARAMILLO ORDOÑEZ Y PABLO VICENTE JARAMILLO, La Justicia Administrativa, Editorial Offset Grafimundo, Primera Edición, Loja-Ecuador Pág. 157

desembolso con fin indemnizatorio contra la o las personas afectadas. Siendo este Derecho una herramienta de suma importancia para el Estado porque podrá establecer mediante sentencia al responsable del error.

Muchos son los aspectos que caracterizan a este Derecho para poder llegar al reembolso del dinero estatal, para lo cual nuestros autores nos describen los elementos esenciales de dicha acción:

“Finalidad: La acción de repetición es un instrumento público eficaz, idóneo y efectivo cuyo propósito es garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de la sociedad; el perfeccionamiento de la función pública; la defensa del patrimonio del Estado.”³⁶

La acción de repetición tiene como finalidad velar por los derechos de la sociedad ecuatoriana en general y combatir la corrupción dentro del servicio público preservando la ética y la moral dentro de los funcionarios y funcionarios públicos; así mismo el de preservar el patrimonio económico del Estado ecuatoriano, siendo este un derecho constitucional y legalmente establecido dentro de nuestra legislación

“Obligatorio: *El Estado por medio de sus representantes legales tiene el deber ético y jurídico de demandar a un servidor público el pago de los*

³⁶HERNAN JARAMILLO ORDOÑEZ Y PABLO VICENTE JARAMILLO, La Justicia Administrativa, Editorial Offset Grafimundo, Primera Edición, Loja-Ecuador, Pág. 161

dineros erogados indebidamente como consecuencia de un acto doloso o gravemente culposo cometido en el ejercicio de sus funciones. No es una sanción, porque lo que está en juego es la defensa del patrimonio público, que es un interés general ante un particular”³⁷

Los representantes legales del Estado, juegan un gran papel dentro de este proceso, siendo ellos los encargados de encontrar a la o las personas responsables de la vulneración o cometimiento de un error. Teniendo ellos la obligación y el deber de que este derecho sea ejercido y recuperar de esta manera el dinero rembolsado por nuestro Estado.

“La devolución de lo pagado es solidaria: La devolución de lo pagado es compartida, solidaria, de responsabilidad mutua, porque todos los que hayan prestado servicio con dolo o culpa grave se encuentra anclados en el mismo barco.”³⁸

La responsabilidad de lo pagado por el Estado lo compartirá entre todos los funcionarios o funcionarias involucradas en el acto cometido, para ello la investigación que se debe realizar, declara los culpables y estarán solidariamente comprometidos a resarcir el daño ocasionado por el mal empleo de sus responsabilidades.

³⁷IBIDEM, Loja-Ecuador Pág. 161

³⁸HERNAN JARAMILLO ORDOÑEZ Y PABLO VICENTE JARAMILLO, La Justicia Administrativa, Editorial Offset Grafimundo, Primera Edición, Loja-Ecuador Pág. 161

“Pertenece al Derecho Público: La acción de repetición es de derecho público, pues tiene por objeto la defensa de los interés generales de la sociedad representado por el Estado, el cual es voluntario.”³⁹

El Estado defiende los derechos de la ciudadanía en general, por los cual, el derecho de repetición es único y exclusivo del Estado, ya que por el cual puede defender los interés no solo de la sociedad sino también los estatales.

“Es Relacionada con la condena del Estado: La condena es producto de una sentencia (...). Es una decisión judicial por la cual se obliga a una de las partes en juicio, a satisfacer las pretensiones de la otra, ya sea en todo o en parte.”⁴⁰

Uno de los elementos principales para que se pueda hacer efectivo el derecho de repetición, es que el Estado sea condenado mediante sentencia ejecutoriada al pago indemnizatorio de un particular por los daños ocasionas por un servidor público en el cumplimiento de sus funciones.

³⁹HERNAN JARAMILLO ORDOÑEZ Y PABLO VICENTE JARAMILLO, La Justicia Administrativa, Editorial Offset Grafimundo, Primera Edición, Loja-Ecuador, Pág. 162

⁴⁰IBIDEM Pág. 162

“Deriva por dolo o culpa grave de un servidor: la valoración de la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave cometido por un servidor público es una apreciación objetiva del juez, tomando en cuenta que no toda culpa es fundamento de responsabilidad patrimonial.”⁴¹

Y finalmente el principal elemento que desencadena todo este círculo de investigaciones y demandas, es el error cometido por un servidor público en el ejercicio de sus funciones ya sea por dolo o culpa grave. Los funcionarios son responsables de todo acto cometido dentro de sus funciones.

4.2.1.1. Indemnización

Bernardo Lerner manifiesta que:

“La indemnización es la reparación jurídica de un daño o perjuicio causado, y procede, unas veces como sanción civil del incumplimiento del contrato, otras como elemento integrante de la penalidad aplicable al que cometió un delito.”⁴²

Como podemos apreciar la indemnización va más allá de la cantidad económica entregada a las personas por el error cometido por funcionarios

⁴¹HERNAN JARAMILLO ORDOÑEZ Y PABLO VICENTE JARAMILLO, La Justicia Administrativa, Editorial Offset Grafimundo, Primera Edición, Loja-Ecuador, Pág. 162

⁴²LERNER BERNARDO, Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 478

contra un particular, también se la aplica dentro de materia civil al no haber el cumplimiento de una obligación contraída mediante contrato legalmente establecido.

“La indemnización debe tomarse de la hacienda del que ha causado el daño (...). Esta indemnización sería una especie de seguro por lo que los ciudadanos se asegurarían unos a otros sus pérdidas.”

Desde un punto de vista filosófico, sería mucho mejor tener una garantía para que de esta manera las cosas sean resueltas con armonía y eficacia, sin largos papeleos.

4.2.2. Peculado

Bernardo Lerner manifiesta que:

“Los principales concusionarios de nuestro tiempo son los dictadores, que tiene el Estado a su disposición. Juan Domingo Perón dijo en cierta oportunidad, “el gobierno y el Estado me pertenecen a mí, como funcionario. Yo actuó sobre ellos, los gobierno, los manejo, los mando.” Como se puede ver ese concepto va mucho más allá de lo que se atribuye, sin poder precisarlo con exactitud, el rey de Francia Luis XIV, como expresión cabal de absolutismo: “El Estado soy yo”.⁴³

⁴³LERNER BERNARDO, Enciclopedia Jurídica Omaba, Editorial Bibliografica Argentina S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 947

Este delito es uno de los más antiguos, y con el paso de los años ha tenido una gran evolución, ya que los gobernantes de épocas pasadas tenían a su disposición toda norma legal dándoles rinda suelta para acumular inmensas fortunas.

En aquel entonces los gobernantes eran vistos como el Estado y eso ocasionó, que ellos manejen a su disposición toda la riqueza, bienes y servicios a su conveniencia, proporcionándoles una situación económica innumerable.

“Está visto que los dictadores contemporáneos acumulan inmensas fortunas mediante sutiles forma de peculado. El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y allegados al poder es regla general. En las dictaduras las gestiones administrativas o financieras exigen la coima.

Además la coima es una institución común a todos los países y, por desgracia, muchos funcionarios de nuestra América Latina que gestiona negocios en Europa y Estados Unidos en nombre de sus respectivos Estados, tienen fama de recibirla desaprensivamente y en forma tan regular que los comerciantes e industriales vendedores tiene ya su contabilidad establecida en ese sentido con el nombre de “comisión”

Así se explica que muchos gobernadores, ministros, diputados, dirigentes sindicales, etcétera, acumulan en esa forma de gobierno fortunas individuales que se calculan desenas de millones por cada uno. ⁴⁴

⁴⁴LERNER BERNARDO, Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 947

Con el paso de los años el peculado fue renovando sus tácticas delictivas dentro de las personas que se encontraban en el poder; ya que empezó a existir la coima para poder agilizar cualquier trámite o negocio que se iba a tener con el estado en general.

Por lo tanto con la existencia de la coima y la complicidad de funcionarios, se empezó a favorecer a ciertas personas y las personas que trabajaban en la administración pública iban acumulando fortuna.

“Aparte de lo que significa por sí mismo el hecho de cometer el delito de peculado o concusión en relación con el propio delincuente, se plantea ahora el problema relativo de la restitución de los bienes delictuosamente habidos cuando ellos se encontraban ubicados en el exterior bajo la garantía de gobiernos extranjeros y del orden jurídico en ellos establecido.

Aún hay algo más y más grave. La fortuna acumulada por los dictadores y depositada fuera de sus países se convierte en un poderoso instrumento de perturbación para las naciones que ya han padecido la calamidad de la dictadura.

La verdad es que el enriquecimiento indebido o ilícito de los funcionarios escapa hoy al círculo cerrado de las calificaciones jurídicas tradicionales y usuales. El peculado puede no ser concusión propiamente dicha ni

exacción, ni malversación ni cohecho y esto lo ha demostrado y lo sigue demostrando los tiranuelos de nuestra América ⁴⁵

Hoy en día el peculado ha tenido una gran evolución ya que con el avance de la tecnología hay muchos funcionarios que dan mal uso a los bienes y dinero del Estado, dirigiéndolos a cuentas en el exterior, ocasionando un desequilibrio en la economía del Estado y una difícil tarea para encontrar, ya que otras naciones les brindan asilo.

En el lenguaje vulgar se emplea un calificativo de negociado para cualquier negocio ilícito efectuado desde la función pública o con la complicidad de los funcionarios públicos.

Todo esto ocurre a demostrar que el peculado es, en nuestro tiempo, un problema que reviste aspectos totalmente nuevos que es necesario enfrentar y resolver.

El autor antes citado nos manifiesta y nos hace referencia al delito de peculado, este delito no es reciente dentro de nuestra sociedad, ya que tiene sus inicios en épocas pasadas para ser exactos desde los romanos, así mismo ha tenido una gran a lo largo de todos estos años.

⁴⁵LERNER BERNARDO, Enciclopedia Jurídica Omaba, Editorial Bibliografica Argentina S.R.L., Buenos Aires-Argentina, pág. 948

Ya que los romanos los engloban bajo el nombre de *pertudarum*, que hace referencia a una serie de hechos de corrupción siendo severamente castigados con el destierro o hasta la muerte; hoy en día al delito de peculado se lo conoce como al apoderamiento y malversación de fondos y bienes del Estado y teniendo un castigo con el apego a las leyes que nos rigen dentro de nuestra sociedad.

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

Dentro de la legislación ecuatoriana se ha normado y establecido el Derecho de Repetición y el delito de Peculado, es de suma importancia su estudio y entendimiento, para poder percibir la incongruencia existente dentro de estos dos delitos legalmente establecidos.

Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11 numeral 9:

“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta

o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

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.

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.”⁴⁶

El Estado es el responsable directo y solidario por cualquier error, retardo o violación de los derechos dentro de la administración pública por cualquiera de sus funcionarios, delegatarios, servidores o cualquier persona que actué en su

⁴⁶ CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicado en el Registro Oficial 20 de octubre 2008, pág. 28-29

nombre. De la misma manera toda persona que actué o trabaje dentro de la administración o a nombre del Estado deberá responder por cualquier acto errónea que cometa.

Así es como es Estado protege los bienes y servicios y economía de la sociedad y también hace asumir las responsabilidades a las personas que las cometan, brindando de esta manera un servicio de calidad, eficiente con calidad moral y ética.

Artículo 233:

“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.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

*Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.*⁴⁷

Toda persona debe hacerse cargo de sus responsabilidades y más aún si estas ocasionan pérdidas innumerables para la economía de una nación, sin los servidores y servidoras públicas los encargados de salvaguardar la economía estatal, es inadmisibles pasar por alto sus errores cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Es de fundamental importancia que no se prescriban los delitos que sean cometidos contra bienes que pertenecen al Estado, ya que los mismos son la base para la economía no se desestabilice.

Al cometer delitos contra el Estado es atentar contra el patrimonio de cada uno de los ciudadanos en general.

4.3.2. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

En la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el capítulo X, se encuentra establecida la Repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos que a continuación los detallo:

⁴⁷ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Publicado en el Registro Oficial 20 de octubre 2008, pág. 125

“Art. 67.- Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.

La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.”⁴⁸

Es necesario tener claro el objetivo del derecho de repetición para una mejor comprensión dentro de su estudio, ya que esta acción es un instrumento por el cual se puede encontrar el responsable por el cometimiento de un acto por dolo o culpa grave de los servidores o servidoras públicas, entendiéndose por servidor público a toda persona que actué en nombre del Estado.

⁴⁸ LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009, pag.22

Este derecho tiene una prescripción, caducidad, de tres años, desde que el Estado cancele el pago, dejando absuelto de toda culpa al funcionario infractor, y por ende sin el reembolso al Estado de aquella indemnización ya cancelada.

“Art. 68.- Legitimación activa.- La máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación. Cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado ha reparado a la víctima, intervendrá el representante legal de la institución. Se contará, para la defensa de los intereses del Estado, con la intervención de la Procuradora o Procurador General del Estado. En, caso de que la máxima autoridad fuere la responsable directa de la violación de derechos, el patrocinio de la causa lo asumirá la Procuraduría General del Estado.

La jueza o juez deberá poner en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad responsable y de la Procuradora o Procurador General la sentencia o auto definitivo de un proceso de garantías jurisdiccionales o del representante legal del Gobierno Autónomo Descentralizado.

Cualquier persona puede poner en conocimiento de la Procuradora o Procurador General la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material.

De igual forma, cualquier persona podrá interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. La acción no vincula procesalmente a la persona. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente deberá comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la entidad y la Procuradora o Procurador General no podrá excusarse de participar en el procedimiento de repetición.

En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra.⁴⁹

Es competencia de la máxima autoridad de la entidad donde se cometió la infracción, de encontrar al responsable y hacerlo que asuma sus errores cometidos mediante el cumplimiento de sus funciones. Es importante que aun sin que siga formando parte del servicio público obtenga la sanción establecida mediante ley.

La legitimación es el poder legal otorgado a la máxima autoridad o procurador general, conforme amerite el caso su intervención para representar al Estado en el proceso de acción de repetición, la cual debe ser presentada ante la Sala

⁴⁹ LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009, pag.22

de lo Contencioso Administrativo, contra el o los funcionarios, empleados o trabajadores que hayan actuado de manera dolosa o culpa grave, dándole la potestad a la jueza o juez de administrar justicia y poner en conocimiento a los personas que patrocinaron la causa.

“Art. 69.- Investigación previa a la demanda.- La máxima autoridad de la entidad deberá determinar, previa a la presentación de la demanda, la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación o violaciones de derechos. La máxima autoridad de dicha institución estará obligada a identificar al presunto o presuntos responsables, aún en el caso de que ya no continúen trabajando para dicha institución.

De no determinarse la identidad de los presuntos responsables, la Procuradora o Procurador presentarán la demanda en contra de la máxima autoridad de la entidad.

En caso de existir causal de imposibilidad para la identificación o paradero del presunto o presuntos responsables de la violación de derechos, la máxima autoridad de la institución podrá alegarla en el proceso de repetición. En caso de existir un proceso administrativo sancionatorio, al interior de la institución accionada, en el que se haya determinado la responsabilidad de la persona o personas contra quienes se debe interponer la acción de repetición, servirá de base suficiente para iniciar el proceso de repetición.

La investigación prevista en este artículo no podrá extenderse por más del término de veinte días, transcurrido el cual la máxima autoridad de la entidad o la Procuradora o Procurador General deberá presentar la demanda.”⁵⁰

Para poder presentar a demanda es necesario identificar al responsable de la infracción, para lo cual es deber de la máxima autoridad de la institución iniciar con la investigación pertinente para llegar a él o ellos. De no hacerlo o no encontrar el responsable será el, el que tendrá que asumir dicho error y pagar el mismo.

Para presentar la demanda tienen un término de veinte días, en el cual realizaran la investigación, también servirá en el caso que haya existido una sanción administrativa para dar inicio al Derecho de Repetición.

“Art. 70.- Demanda.- *La demanda de repetición deberá contener:*

- 1. El nombre y el apellido de la persona demandada o demandadas y la determinación de la institución que provocó la violación de derechos.*
- 2. Los antecedentes en los que se expondrá el hecho, los derechos violados y la reparación material realizada por el Estado.*
- 3. Los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la acción de repetición.*

⁵⁰ LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009, pag.23

4. *La pretensión de pago de lo erogado por el Estado por concepto de reparación material.*

5. *La solicitud de medidas cautelares reales, si fuere necesario.*

Se adjuntará a la demanda:

a) *La sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos en el que se ordena la reparación material al Estado.*

b) *El justificativo de pago por concepto de reparación material realizado por el Estado.*

En caso de que la demanda sea interpuesta por una persona o personas particulares, éstos no estarán obligados a adjuntar el justificativo de pago.

La demanda podrá interponerse en contra de una o varias personas presuntamente responsables.

La demanda se interpondrá sin perjuicio de que las servidoras o servidores públicos presuntamente responsables hayan cesado en sus funciones.⁵¹

Siendo la demanda un instrumento por el cual el Estado toma iniciativa en el derecho de repetición, para solicitar a la Sala Contenciosa Administrativa que

⁵¹ LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009, pag.23

se de protección a patrimonio económico del Estado pidiendo así el reembolso que mediante sentencia el Estado fue obligado a pagar.

Todos los responsables deberán ser demandados y obligados a reparar el daño ante el Estado. Esta demanda está establecida de forma legal y tiene que dar cumplimiento a las normas que la preside.

“Art. 71.- Trámite.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente calificará la demanda y citará inmediatamente a la persona demandada o demandadas, a la máxima autoridad de la entidad y a la Procuradora o Procurador General, y convocará a audiencia pública, que deberá realizarse en el término máximo de quince días

*.
La audiencia comenzará con la contestación a la demanda y con el anuncio de prueba de parte de la servidora o servidor público. La máxima autoridad de la entidad y el Procurador o Procuradora tendrán derecho a exponer sus argumentos y a anunciar sus pruebas. La Sala excepcionalmente, de considerar que es necesario para el esclarecimiento de la responsabilidad del agente del Estado, podrá ordenar la práctica de pruebas en la misma audiencia. En esta audiencia se fijará la fecha y hora de la audiencia de prueba y resolución, la misma que deberá realizarse en el término máximo de veinte días desde la primera audiencia.*

En la audiencia de prueba y resolución la Sala deberá escuchar los alegatos y valorar las pruebas presentadas. Se garantizará el debido

*proceso y el derecho de las partes a ser escuchadas en igualdad de condiciones.*⁵²

Dentro del trámite, se lo seguirá en la Sala Contencioso Administrativo, este seguirá su curso normal conforme lo establece por la ley, será calificada, darán la aceptación al trámite, las partes involucradas serán citadas, dándoles uso pleno sobre su derecho a la defensa y tendrán una audiencia pública en el término de quince días.

Deberán presentar las pruebas necesarias, presentar sus alegatos, serán escuchados y tendrán el tiempo pertinente para reunir pruebas y poder preparar su defensa. De la misma manera el juez está en la obligación de acoger las pruebas pertinentes y escuchar sus alegatos para tomar una resolución.

“Art. 72.- Sentencia.- En la audiencia de prueba y resolución la Sala, previa deliberación, deberá dictar sentencia en forma verbal, en la que declarará, de encontrar fundamentos, la responsabilidad de la persona o personas demandadas por la violación de derechos que generaron la obligación del Estado de reparar materialmente y además ordenará a la persona o personas responsables a pagar al Estado lo erogado por concepto de reparación material.

⁵² LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009, pag.23

La Sala notificará por escrito la sentencia en el término de tres días, en la que deberá fundamentar sobre la declaratoria de dolo o culpa grave en contra de la servidora o servidor público, y establecerá la forma y el tiempo en que se realizará el pago. Cuando existiere más de una persona responsable, se establecerá, en función de los hechos y el grado de responsabilidad, el monto que deberá pagar cada responsable. En ningún caso, la sentencia podrá dejar en estado de necesidad a la persona responsable.

La ejecución de la sentencia se tramitará de conformidad con las reglas del juicio ejecutivo contemplado en el Código de Procedimiento Civil.⁵³

Dentro de este proceso se dictará sentencia verbal el día de la audiencia de prueba y resolución, luego se la notificará mediante escrito en un término de tres días. En dicha sentencia se deberá declarar la responsabilidad del funcionario o ex funcionario, el cual ocasionó el daño y causó que el Estado erogara dinero por concepto de indemnización.

La sentencia que dicte el la Sala Contenciosa Administrativa es de carácter resolutive limitándose al reconocimiento de derecho que se pretende en la demanda expuesta.

⁵³ LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009, pag.24

“Art. 73.- Recursos.- De la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.”⁵⁴

Dentro de ese proceso no será excepción tener derecho a la apelación, ya que el mismo se puede acoger toda persona que se sienta afectada por la resolución o sentencia emitida conforme a lo pedido mediante la demanda presentada por una de las partes dentro del hecho litigioso.

4.3.3. Código Orgánico Integral Penal

Artículo 75, numeral 3, inciso 3:

“Artículo 75.- Prescripción de la pena.- La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas:

*No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales.”*⁵⁵

⁵⁴ LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009, pag. 24

⁵⁵ CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, Primera edición 2014, pág. 54

En el derecho penal existe la prescripción de pena, ya que cualquier delito con el transcurso del tiempo puede llegar a prescribir, caducar, extinguirse; caso contrario con los delitos que son cometidos contra el Estado como lo es el Peculado.

El peculado por ser un delito que se actúa contra los bienes materiales o monetarios de Estado jamás tiene caducidad, porque los funcionarios que cometan el peculado estarán atacando el patrimonio Estatal y estarán expuestos a ser perseguidos de por vida y nunca más podrán trabajar dentro del servicio público.

Artículo 278:

“Artículo 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las

entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta

clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.⁵⁶

Toda persona que preste sus servicios dentro de la administración pública y haga un mal uso, de los bienes y fondos del Estado, ya sea para beneficio propio o de terceros, será sancionada con prisión que va desde los diez a trece años. Pudiendo percibir que este delito es único y exclusivo de los que prestan sus servicios a toda institución, organismos, entidad que sea regulada por el Estado, ya que este delito hace referencia a la malversación de fondos y recursos estatales.

El peculado es un delito que va contra principios de los funcionarios, servidores, delegatarios, empleados, ejecutivos o empleados que realicen

⁵⁶ CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, Primera edicion2014, pág. 107

actividades de intermediación financiera, causando un grave daño a la economía de nuestro país como es el sistema financiero Nacional.

Hoy en día se quiere cortar de raíz toda la corrupción existente dentro de servicio público fomentando la ética y moral a sus servidores, es una iniciativa muy buena ya que es el patrimonio del estado el que está en juego y eso afecta a la ciudadanía en general

4.3.2. Derecho Comparado

Para poder desarrollar el Derecho Comparado se ha tomado como bases a tres países que tienen un desarrollo muy bueno sobre el tema como es: Colombia, España y Nicaragua.

4.3.2.1. Colombia

Dentro de la Constitución de la República de Colombia nos manifiesta en su art. 90 lo siguiente:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la 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.”⁵⁷

Dentro del sistema Constitucional que maneja el Estado Colombiano, al Igual que en la legislación vigente de Ecuador, al provocarse un error por parte de los funcionarios o trabajadores dentro del ejercicio de sus funciones, tendrán que reparar al Estado por cualquier condena que sus malos actos ocasionare. Asumiendo el Estado solidariamente el pago a cancelarse por dicho error.

Y en el código Penal de Colombia, en el Título XV que es de los Delitos contra la administración pública en el capítulo I, manifiesta sobre Peculado lo siguiente:

“Artículo 397. Peculado por apropiación. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e

⁵⁷ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, Actualizado en septiembre de 2011 de conformidad con la versión del Senado de la República de Colombia

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Artículo 398. Peculado por uso. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El servidor público

que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Artículo 400. Peculado culposo. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.”⁵⁸

Dentro de la legislación colombiana es un poco más condescendiente en este tipo de delito a comparación de la legislación Ecuatoriana, podemos observar

⁵⁸ CODIGO PENAL COLOMBIANO, Ley 599 de 200, págs. 273-277

que la ley en dicho Estado no define al peculado en general sino lo clasifica en distintas maneras de cometimiento de este delito.

En Colombia se maneja un sistema de sanción privativa de libertad que va desde los dieciséis a setenta y dos meses, más la multa económica que es aproximadamente setenta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto dentro de la sanción del delito de peculado.

De la misma manera la prohibición de poder formar parte del servicio público será hasta que cumpla con su pena, una vez pagada su pena podrá prestar sus servicios a cualquier institución del país Colombiano.

4.3.2.2. España

Dentro de la legislación Española se manifiesta en el art. 106, inciso 2 lo siguiente:

“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.”⁵⁹

⁵⁹ CONSTITUCION ESPAÑOLA, Aprobadas por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado el 31 de octubre de 1978.

La Constitución de España al igual que en las Constitución de Colombia y Ecuador, garantiza el derecho a ser indemnizados, siempre la administración pública sea el que ocasione lesión, contra nuestros bienes o derechos.

Dándole la obligación de indemnizar en caso de mal funcionamiento del servicio público, como lo establece en su legislación y otorgándole todo el derecho de acceder a la justicia a la persona afectada para poder realizar el reclamo pertinente.

En el código Penal de España, en el art 14 manifiesta lo siguiente:

“Artículo 14. Acción de repetición del Estado.

El Estado podrá exigir el reembolso total o parcial de la ayuda concedida, por el procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación, en los siguientes casos:

- a) Cuando por resolución judicial firme se declare la inexistencia de delito a que se refiere la presente Ley.
- b) Cuando con posterioridad a su abono, la víctima o sus beneficiarios obtuvieran por cualquier concepto la reparación total o parcial del perjuicio sufrido en los tres años siguientes a la concesión de la ayuda, en los términos establecidos en el artículo 5 de esta Ley.
- c) Cuando la ayuda se hubiera obtenido en base a la aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos o a través de cualquier otra forma fraudulenta, así como la omisión deliberada de circunstancias que determinaran la denegación o reducción de la ayuda solicitada.

- d) Cuando la indemnización reconocida en la sentencia sea inferior a la ayuda provisional.
- e) Cuando con posterioridad a su abono hubiera de efectuarse un nuevo reparto de la ayuda, por la concurrencia de nuevos beneficiarios.
- f) Cuando de las circunstancias declaradas en sentencia se deduzca la concurrencia de alguna de las causas de denegación o reducción previstas en el artículo 3 de esta Ley.⁶⁰

El Estado Español ejerce la acción de repetición y la tiene normada y legalmente establecida, pero limita al hacer uso de ella dependiendo de las circunstancias y los casos, exige el reembolso del monto total o parcial.

Se puede deducir que lo consideran como una ayuda concedida hacia una tercera persona o para sus servidores siempre que exista una resolución que declare la inexistencia del delito.

También cabe recalcar que el Estado no hará uso de la acción de repetición en el caso de que se haya cometido por caso de fuerza mayor.

4.3.2.3. Nicaragua

Dentro de la Constitución Política de la República de Nicaragua, en el art 131 manifiesta:

⁶⁰ CODIGO PENAL Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA DE ESPAÑA, pág. 607

“Los funcionarios de los cuatro poderes elegidos directa o indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales. Deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos. La función pública se debe ejercer a favor de los intereses del pueblo.

El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión.

Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones. También son responsables ante el Estado de los perjuicios que causaren por abuso, negligencia y omisión en el ejercicio del cargo. Las funciones civiles no podrán ser militarizadas. El servicio civil y la carrera administrativa serán regulados por la ley”⁶¹

Finalmente en este estudio jurídico de legislación comparada se ha considerado pertinente tomar la legislación de la República de Nicaragua, para lo que a se ha podido deducir tiene un sistema peculiar, ya que el Estado es el

⁶¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, Ley de Reforma - Ley No. 192 del 1 de febrero de 1995.

responsable de las lesiones que deje como consecuencia los actos u omisiones del sector público.

Algo muy particular dentro de este sistema legislativo es que no solo el Estado como tal es el responsable de responder ante sus ciudadanos; sino también sus Poderes Estatales son parte de esta responsabilidad tan grande de salvaguardar los derechos de su sociedad en general. Al ser condenado el Estado al pago por lesiones en particulares, el ejercerá el derecho de repetición contra el funcionario o funcionaria que violente los interés públicos.

Al igual que en el sistema de España el Estado exceptúa ejercer el derecho de repetición siempre que no sea por caso de fuerza mayor, de caso contrario los declarara como responsables de violentar la constitución por falta de probidad administrativa a los servidores públicos.

4.3.3. Estudio de Caso

4.3.3.1. Caso ‘Quintana Coello y otros Vs. Ecuador’.

El 08 de diciembre del 2004, en el gobierno del Coronel Lucio Gutiérrez Borbúa; el Congreso en una sesión extraordinaria destituyó a 27 magistrados de la entonces Corte Suprema de Justicia y 8 vocales del Tribunal Constitucional, mediante un acto legislativo, bajo la interpretación de que los

periodos de los magistrados habían expirado. En la misma sesión se designó a los magistrados para conformar una nueva Corte Nacional quedando presidida por Guillermo Castro alias el “Pichi” dándole de esta manera una denominación de “Pichi Corte”, los cuales en su mayoría pertenecían al partido Roldosista (PRE).

Los magistrados destituidos presentaron una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de Diciembre del 2004; argumentando que “el Estado Ecuatoriano es responsable de la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debido a la destitución inconstitucional y arbitraria de 27 magistrados de la Corte Suprema, violando las garantías judiciales, el principio de la legalidad y el derecho a la igualdad ante la Ley. Además la remoción ilegal de nuestras magistraturas viola el precepto universal que protege la independencia e imparcialidad de los magistrados y jueces”

Una vez en funciones la denominada “Pichi Corte” anuló los juicios por delitos penales en contra de los exmandatarios Abdala Bucaram, Alberto Dahik y Gustavo Noboa provocando el retorno de estos al país, dando fin a su exilio en un periodo corto. Poco después del regreso de Abdala Bucaram cayó la “Pichi Corte” y el gobierno de Lucio Gutiérrez, luego de una serie de manifestaciones que se realizaron a las a fueras de la Corte Suprema de Justicia.

Luego de varios años la Corte Interamericana de Derechos Humanos anunció su sentencia el 04 de noviembre del 2013, donde manifestó que, las víctimas no contaron con garantías mínimas de debido proceso, no fueron escuchadas ni tuvieron oportunidad de defenderse, tampoco tuvieron a su disposición un recurso judicial efectivo que les ampara frente al actuar del Congreso; responsabilizando de esta manera al Estado ecuatoriano por la violación de los derechos a las garantías jurisdiccionales, al principio de legalidad y a la protección judicial.

De esta manera el Estado está obligado a pagar a los 27 jueces, una fuerte cantidad de dinero, por los siguientes motivos; 60 mil dólares a cada uno como compensación al no poder ser reintegrados a sus cargos que ocuparon en aquel entonces, sumándole a esta compensación también recibirán la cantidad de las remuneraciones no percibidas durante todos estos años, que realizando un cálculo individual van entre los 100 mil y 400 mil dólares, más cinco mil por daño moral a cada uno.

Así mismo también deberá indemnizar a los 8 vocales del Tribunal Constitucional que según sentencia será, 60 mil dólares a cada uno por compensación al no poder ser reintegrados a sus funciones, más un promedio de 250 mil dólares a cada vocal por las remuneraciones que abrían recibido entre 2004 y 2007 y cinco mil adicionales por el daño moral que sufrieron a raíz de la destitución.

Dando un total de 12'353.709 millones de dólares, en el primer caso, y 2'222.822 millones de dólares en el segundo, por concepto de reparación y costas, a favor de los demandantes, debiendo cumplir con estos pagos entre 6 meses y un año desde que se dictó la sentencia. De este monto se ha cancelado \$ 8,8 millones, debiendo entregar hasta el 30 de marzo de 2016 la cantidad de \$3,4 millones

El 14 de julio de 2015, Diego García, procurador general del Estado, solicitó a la Asamblea Nacional que se determine la identidad de los presuntos responsables de las violaciones de derechos cometidas por la destitución de los magistrados de la Ex Corte Suprema de Justicia y el Ex tribunal Constitucional, en el gobierno de Lucio Gutiérrez.

El objetivo era conocer los nombres de los diputados que aprobaron la destitución de los vocales del Tribunal Constitucional, para ello se analizó una copia del audio de la sesión realizada el 25 y 26 de noviembre de 2004, así se determinó que con 50 votos a favor, 34 abstenciones y 12 diputados ausentes se aprobó la resolución propuesta por la entonces legisladora María Augusta Rivas.

Con la revelación del audio examinado, el Estado ecuatoriano ejercerá su derecho de Repetición contra los 50 diputados que dieron su voto a favor, tal cual dispone el Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del

Ecuador; así mismo basándose en el Art 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, podrán aplicar el Derecho de Repetición en el plazo de 3 años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.

Al no hacer uso de este derecho durante este corto plazo el Estado tendrá una pérdida bastante numerosa dentro de su economía, provocando un desequilibrio dentro de su patrimonio; por este motivo es de suma importancia la imprescriptibilidad del Derecho de Repetición, porque no se puede poner en riesgo la economía del Estado.

En vista que la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de carácter inapelable y definitivo, nuestro país debe acatar lo dictaminado, lo cual representa un grave perjuicio a nuestra economía, puesto que se debe indemnizar a 27 ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a 8 Ex vocales del Tribunal Constitucional, quienes fueron destituidos de forma ilegal por el Congreso Nacional de ese periodo.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Para la siguiente investigación se procederá a recolectar la información de algunos libros, enciclopedias, textos universitarios, talleres, etc. Que tenga relación con el tema de investigación.

5.1. Métodos

Uno de nuestros propósitos es identificar las causas que contribuyen a que se produzca e incremente el índice de Criminalidad en nuestro país mediante la aplicación de una técnica de investigativa y comprobatoria para poder aplicar la ley con tal justicia a favor de quien se lo merece y de esta manera dar mayor eficacia para la resolución de los futuros pleitos inherentes a este fenómeno socio - económico.

Inductivo y Deductivo.- A través de estos métodos nos permitió efectuar la investigación de lo singular a lo general y lograr analizar y sintetizar las acciones de repetición como perjuicio al estado y relacionar con la figura jurídica del peculado.

Estos métodos son de suma importancia en la temática de mi investigación.

Método Analítico.- Este método permitió desglosar las categorías jurídicas, del marco conceptual en relación con la hipótesis, para determinar los indicadores de la acción de repetición y el peculado como perjuicio al Estado.

Método comparativo.- Nos permitió realizar un estudio de las distintas legislaciones y poder encontrar similitudes y diferencias con nuestra legislación sobre el problema de nuestra investigación, esto es lograr sustento a nuestra propuesta jurídica

Método Hermenéutico.- A través de este método nos permitió realizar el análisis interpretativo de las diferentes categorías jurídicas relacionadas al problema de investigación.

5.2. Procedimientos y Técnicas.

Como técnicas de investigación para la recolección e información utilizaremos fichas bibliográficas, mnemotecnias de transcripción y mnemotécnicas de comentario con la finalidad de recolectar información doctrinaria; y en la obtención de la información a través de la aplicación de las técnicas siguientes:

- 30 encuestas a Abogados especializados en la materia.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo serán expuestos en el informe final el que contendrá la recopilación

bibliográfica y análisis de los resultados que serán expresados mediante cuadros estadísticos y culminaremos realizando la comparación de los objetivos y finalizaremos redactando las conclusiones y recomendaciones.

6. RESULTADOS

6.1 Resultados de Encuestas.

Las siguientes preguntas que se van a dar a conocer se las ha realizado a 30 personas, Profesionales de Abogacía, conocedores del tema, esta encuesta consta de 5 preguntas las cuales detallare su resultado a continuación:

Primera Pregunta:

El artículo 67 de la ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional define a la Acción de Repetición de la siguiente manera: “Art. 67.-

Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.

La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.

A su criterio ¿Considera que esta definición es justa?

Cuadro No. 1

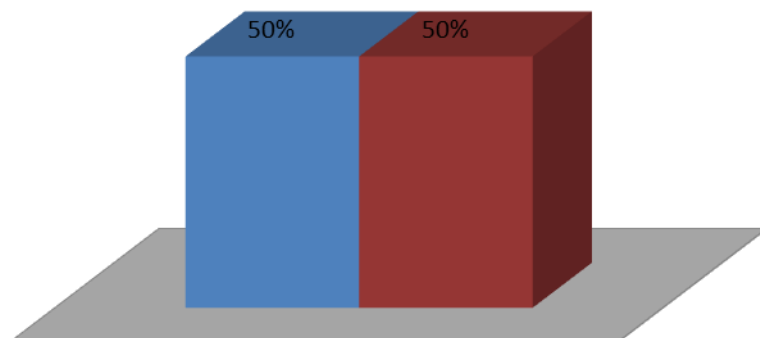
Indicador	F	%
Si	15	50%
No	15	50%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho

Elaboración: Isis Reyes

Gráfico N° 1

■ Si ■ No



Análisis:

En esta pregunta fueron 30 los encuestados de los cuales 15 corresponden al 50% que escogieron la opción del Sí, argumentado que los servidores públicos tienen la obligación de actuar con responsabilidad y eficacia, debiendo pagar por el cometimiento de sus errores dentro del desempeño de sus funciones; y mientras que 15 persona que corresponde al 50% respondió un No ya que su argumento expresan que esta acción no debería prescribir ya que se trata de

hacer efectivo la responsabilidad económica que asumió el Estado, provocando perjuicios al mismo.

Interpretación:

Desde un punto de vista este concepto con respecto a la aplicación del pago por parte de los servidores públicos es acertado, ya que ellos son los responsables por la mala aplicación de los procesos dentro de nuestra jurisdicción; así mismo no se está de acuerdo que esta acción prescriba porque está de por medio dinero del Estado el cual afecta a los intereses de nuestra sociedad.

Segunda Pregunta

¿Considera usted que la Acción de Repetición en contra de los funcionarios públicos que han cometido dolo o culpa grave, no se la aplica en razón de la filiación política partidista?

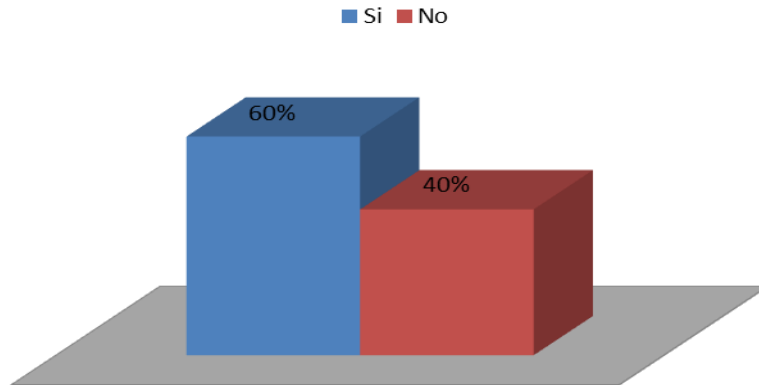
Cuadro No. 2

Indicador	F	%
Si	18	60%
No	12	40%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho

Elaboración: Isis Reyes

Gráfico N° 2



Análisis:

En esta pregunta fueron 30 los encuestados de los cuales 18 corresponden al 60% que escogieron la opción del Sí, argumentado que las filiaciones policías son muy influyentes, a lo que se ha visto que varios servidores públicos han sido exentos de responsabilidades por pertenecer a ciertas líneas; mientras que 12 persona que corresponde al 40% respondió un No argumentando que las filiaciones políticas no tienen influencia, y más bien en el debido proceso no se justifica los hechos.

Interpretación:

Se considera que a lo largo de todos los años de la existencia de la República habido y habrá siempre influencia política para la aplicación de sanciones y cumplimiento de responsabilidades dentro del Derecho de Repetición. Eximiendo de toda responsabilidad a cualquier funcionario o funcionaria que ocasione daños a particulares.

Tercera Pregunta

La Constitución en su Art 233 declara imprescriptible al peculado, porque es apropiación indebida de bienes públicos, en cambio la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en la Acción de Repetición, en el Art 67, prescribe la acción en el plazo de tres años siendo igual que el peculado, daño al Estado. ¿Está de acuerdo en que la acción de repetición prescriba?

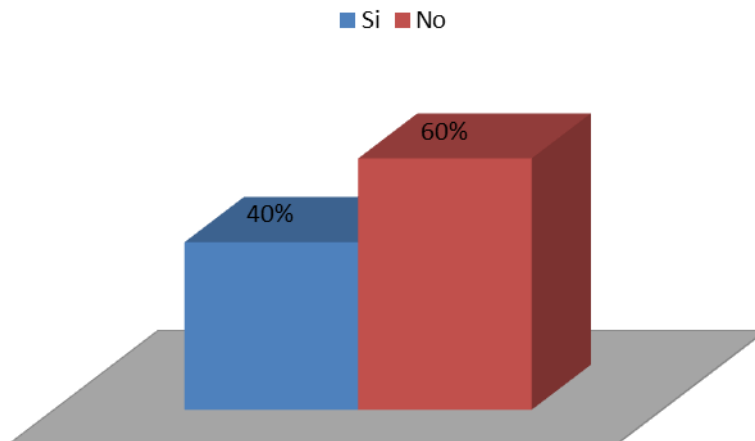
Cuadro No. 3

Indicador	F	%
Si	12	40%
No	18	60%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho

Elaboración: Isis Reyes

Gráfico N° 3



Análisis:

En esta pregunta fueron 30 los encuestados de los cuales 12 corresponden al 40% que escogieron la opción del Sí, los cuales argumentan que debe prescribir ya que en comparación al peculado este es menos grave y no ocasiona daño al Estado; mientras que 18 persona que corresponde al 60% respondió un No argumentando que en el fondo tienen las mismas características y por lo tanto causan daño al Estado y la prescripción solo impide que estos hechos queden.

Interpretación:

Se considera que no debería prescribir el Derecho de Repetición porque al igual que el peculado está inmerso dinero Estatal lo cual ocasionan daños a la economía de nuestro Estado Ecuatoriano.

Cuarta Pregunta:

A su criterio existe incongruencia jurídica entre la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en el plazo de tres años prescribe la Acción de Repetición y la Constitución que declara imprescriptible al peculado. Si la Acción de Repetición y el peculado, ambos causan daño al país.

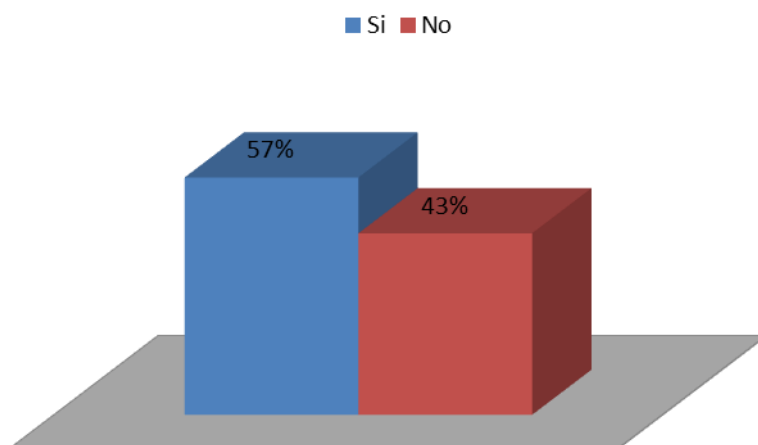
Cuadro No. 4

Indicador	F	%
Si	17	57%
No	13	43%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho
Isis Reyes

Elaboración

Gráfico N° 4



Análisis:

En esta pregunta fueron 30 los encuestados de los cuales 17 corresponden al 57% que escogieron la opción del Sí, los cuales argumentan que existe incongruencia ya que al ser un delito de igual naturaleza debería ser tratado por igual; mientras que 13 persona que corresponde al 43% respondió un No argumentando que son delitos diferentes ya que el peculado es de mayor gravedad, por lo tanto deben ser condenados de diferente manera.

Interpretación:

Se considera que si hay incongruencia entre estas leyes ya que tanto el peculado como el derecho de repetición son don delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, deberían ser tratados de la misma manera los dos, ya que ambos perjudican gravemente al Estado.

Quinta Pregunta:

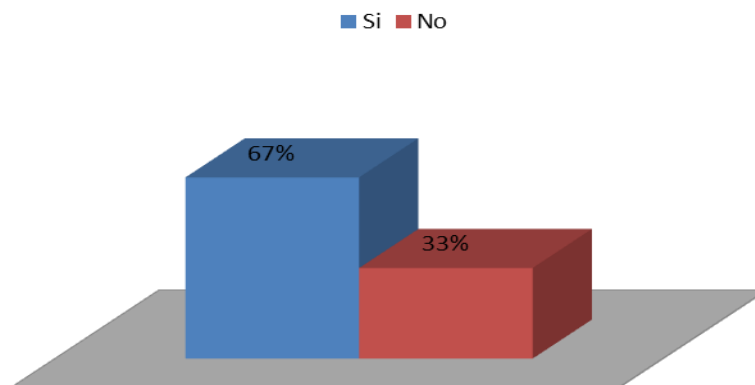
¿Considera usted que debe reformarse la Ley Orgánica Jurisdiccional y Control Constitucional declarando imprescriptible la Acción de Repetición?

Cuadro No. 5

Indicador	F	%
Si	20	67%
No	10	33%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho
Elaboración Isis Reyes

Gráfico N° 5



Análisis:

En esta pregunta fueron 30 los encuestados de los cuales 20 corresponden al 67% que escogieron la opción del Sí, los cuales argumentan que fuera importante declarar la prescripción de dicho derecho ya que hay muchos casos que son olvidados o simplemente no son tramitados por la autoridad competente conllevando al Estado a generar perjuicios económicos, por lo tanto debería ser condenado como delito contra el Estado; mientras que 10 persona que corresponde al 33% respondió un No argumentando que el tiempo establecido actualmente es tiempo suficiente para que el Estado ejerza dicho derecho, y al declarar la imprescriptibilidad se convertiría en una persecución.

Interpretación:

Si debería reformarse la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional porque el derecho de repetición al igual que el peculado son delitos contra el Estado que no deben tener caducidad al verse inmerso la economía y bienes estatales.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

7.1.1. Objetivo General

- ❖ Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario del Derecho de Repetición para demostrar la incongruencia en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal sobre la prescripción de la acción y su relación con el peculado.

El Objetivo General en el presente trabajo investigativo se cumple dentro del marco doctrinario, en donde se estudia los antecedentes jurídicos y doctrinarios del Derecho de Repetición y el Peculado; así como también sobre la política que el Estado ha venido aplicando.

Además lo encontramos con la aplicación de la encuesta, específicamente en la cuarta pregunta, donde los profesionales en abogacía respondieron a su criterio la existencia de incongruencia entre las normas reguladoras del Derecho de Repetición y el Peculado.

7.1.2. Objetivos Específicos

- ❖ Estudio teórico y normativo del Derecho de Repetición y de la prescripción de la acción en relación con la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal.

El primer objetivo específico lo encontramos en el marco conceptual en donde mediante el desglose de los diferentes temas que comprende este Derecho podremos tener una definición clara sobre el mismo.

De la misma manera podremos encontrarlo verificado dentro del estudio de las diferentes normas que regulan al Derecho de repetición como la prescripción, tanto del Peculado como del Derecho de Repetición, normas que comprenden la Constitución de la Republica del Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el Código Orgánico Integral Penal, los mismo que está establecido dentro del marco jurídico.

- ❖ Estudio de campo y de Derecho Comparado sobre la prescripción de la acción del Derecho de Repetición.

El segundo objetivo específico lo he verificado dentro de la aplicación de las encuestas a los diferentes profesionales del Derecho, donde los abogados manifiestan que se debe realizar una reforma a las normas que regulan al derecho de Repetición debiendo ser tratado por igual que el Peculado.

Y el Derecho Comparado está comprendido dentro del marco jurídico donde realizamos un estudio a las normas de otros países como lo son Colombia, España y Nicaragua; los cuales ha sido un aporte valioso para el trabajo

investigativo dando como resultado diferencia e igualdades de la aplicación de la norma.

❖ Propuesta Jurídica.

El Tercer y último Objetivo específico se lo puede verificar dentro de la encuesta, en la quinta pregunta, donde proyectamos si es necesaria la reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, planteando la imprescriptibilidad de la Acción de Repetición.

7.2. Contrastación de Hipótesis

- ❖ La prescripción de la acción de Repetición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es incongruente con la Constitución de la República del Ecuador; y, el Código Orgánico Integral Penal que sanciona el delito de Peculado.

La hipótesis planteada se cumple a cabalidad a lo largo del desarrollo de mi trabajo investigativo, llegando a la conclusión de que existe incongruencia dentro de las leyes y que este derecho debería tener el mismo trato que el delito de peculado.

Dentro de cada uno de los tres marcos y la investigación de campo realizado se ha manejado con el apego a la hipótesis la misma que nos manifiesta que debe realizarse una reforma, para que el Estado no se vea perjudicado y no se quede en la impunidad el dolo o culpa grave que cometan los servidores y servidoras públicas.

7.3. Fundamento Jurídico para la Reforma Legal

El presente trabajo investigativo fundamenta sus bases dentro de los preceptos legales acordes a los temas expuestos, dándole un mayor realce y veracidad al mismo.

Dentro de la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 11 numeral 9, manda que: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

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

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

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.

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.

Así mismo en su Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador manda: 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.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y

enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art 67 manifiesta: Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.

La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.

Tomando en consideración que el Derecho de Repetición es la única herramienta del Estado para poder obtener el reembolso de las millonarias indemnizaciones al que es condenado por cortes nacionales o internacionales, ya sea por la acción dolosa o culpa grave de sus funcionarios, se considera pertinente la reforma del Art 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su último inciso que nos habla de la prescripción de la acción de repetición en el plazo de 3 años.

Con la otorgación de la imprescriptibilidad de la acción de repetición, no solo se lograra obtener la recuperación de fondos sino también un buen servicio público, así mismo se le dará una mayor seguridad al patrimonio económico del Estado.

El derecho de repetición tiene por objetivo el restituir fondos, el mismo que no tendría que tener prescripción al estar de por medio dinero estatal, debiendo ser considerado y tratado al igual que los delitos contra el Estado como el Peculado.

De esta manera se justifica las investigaciones de hecho y derecho expuestas en el trabajo investigativo, siendo una acotación de gran importancia para la protección del patrimonio del Estado.

8. CONCLUSIONES

Luego de una desarrollada investigación se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- ❖ Que el Derecho de Repetición tiene como fin el reembolso de los valores pagados por el Estado mediante una sentencia, ocasionada por una acción u omisión de los servidores públicos.
- ❖ Este derecho es una herramienta muy valiosa que tiene el Estado a su favor, la cual por razones de índole político y mal uso de la norma no se hace efectiva.
- ❖ Tanto el Derecho de Repetición como el Peculado son acciones cometidas contra el Estado, lo cual perjudica a su economía y bienes, debiendo ser juzgadas ambas como delito contra el Estado dándoles la imprescriptibilidad.
- ❖ Que existe una incongruencia entre los artículos 11 numeral nueve de la Constitución de la República del Ecuador; el Art 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional donde prescriben al Derecho de Repetición siendo un delito contra el Estado; con el los Art 233 de la Constitución de la República del Ecuador y el Art 75 del Código Orgánico Integral Penal en donde declaran imprescriptible al Peculado y demás delitos contra el Estado.

9. RECOMENDACIONES

Una vez desarrollado el presente trabajo investigativo se realiza las siguientes recomendaciones:

- ❖ Se otorgue la imprescriptibilidad al Derecho de Repetición, en virtud que es un delito con características similares al peculado.
- ❖ Que el Derecho de Repetición sea considerado un delito contra el Estado, dado el perjuicio que el mismo causa a la economía del país.
- ❖ El Estado haga uso de este Derecho ya que es una herramienta valiosa que tiene para poder defender su patrimonio.
- ❖ Obtengan una mayor regulación por parte del Estado, contra las autoridades que mediante ley son las encargadas de realizar la investigación pertinente para encontrar a la servidora o servidor público que actuó con dolo o culpa grave.
- ❖ La Asamblea Nacional de la República del Ecuador decrete la imprescriptibilidad del Derecho de Repetición, para lo cual se proceda a la enmienda mediante referéndum del Artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA

PROPUESTA DE REFORMA

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, en el artículo 11, inciso segundo del numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador, manda a, 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.

Que, en el artículo 11, inciso tercero del numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador, manda a, el Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

Que, en el artículo 11, inciso cuarto del numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, manda a, 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.

Que, en el artículo 11, inciso quinto del numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, manda a, 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.

Que, en el artículo 233, inciso primero de la Constitución de la Republica, manda a, 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.

Que, en el artículo 233, inciso segundo de la Constitución de la Republica, manda a, las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas

normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Que, el Estado Ecuatoriano ha sido condenado a pagar millonarias indemnizaciones por acciones u omisiones de sus servidoras o servidores públicos, sin ser rembolsado estas cantidades, es indispensable que el Derecho de Repetición tenga un fortalecimiento legal.

Que, en el artículo 120, numeral 6 de la Constitución de la Republica, manda a, la Asamblea Nacional a, expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

RESUELVE

EXPEDIR, LA SIGUIENTE REFORMA A LA LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

En Art.67, derogar el inciso tercero que manda a, “La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.”

Quedando el art 67 de la siguiente manera:

“Art. 67.- Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.”

PRESIDENTE

SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRA GIGENTAT Julio, Responsabilidad del Estado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.
- CABANELLAS, Guillermo Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina
- CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicado en el Registro Oficial 20 de octubre 2008.
- CONSTITUCION ESPAÑOLA, Aprobadas por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado el 31 de octubre de 1978.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, Ley de Reforma - Ley No. 192 del 1 de febrero de 1995.
- CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, Actualizado en septiembre de 2011 de conformidad con la versión del Senado de la República de Colombia
- CODIGO PENAL Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA DE ESPAÑA

- CODIGO PENAL COLOMBIANO, Ley 599 de 2000
- CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, Primera edición 2014
- DICCIONARIO FILOSÓFICO, Rosental-iundin, Editorial los comuneros.
- DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid- España
- DR. NELSON LÓPEZ JÁCOME, La Responsabilidad, Administrativa, Civil y Penal, Editorial Nina, año 2006, Quito-Ecuador
- GALVIS GAITAN, Fernando, Manual de Administración Pública Segunda Edición
- GARRONE, José Alberto Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, Buenos Aires- Argentina.
- JARAMILLO ORDOÑEZ Hernán Y JARAMILLO, Pablo Vicente La Justicia Administrativa, Editorial Offset Grafimundo, Primera Edición, Loja-Ecuador
- LERNER BERNARDO, Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires-Argentina

- LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre2009.
- OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires –Argentina

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO



Encuesta

Señor abogado con fines de investigación, mucho agradecería a usted se digne dar sus valiosas definiciones, para lo cual desde ya le anticipo mis agradecimientos.

1.- El artículo 67 de la ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional define a la Acción de Repetición de la siguiente manera: “Art. 67.-

Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.

La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado

A su criterio ¿Considera que esta definición es justa?

Si ()

No ()

Porque.....

.....

2.- ¿Considera usted que la Acción de Repetición en contra de los funcionarios públicos que han cometido dolo o culpa grave, no se la aplica en razón de la filiación política partidista?

Si ()

No ()

Porque.....

.....

3.- La Constitución en su Art 233 declara imprescriptible al peculado, porque es apropiación indebida de bienes públicos, en cambio la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en la Acción de Repetición, en el Art 67, prescribe la acción en el plazo de tres años siendo igual que el peculado, daño al Estado. ¿Está de acuerdo en que la acción de repetición prescriba?

Si () No ()

Fundamente su respuesta.....
.....
.....

4.- A su criterio existe incongruencia jurídica entre la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en el plazo de tres años prescribe la Acción de Repetición y la Constitución que declara imprescriptible al peculado. Si la Acción de Repetición y el peculado, ambos causan daño al país.

Si () No ()

Porque.....
.....
.....

5.- ¿Considera usted que debe reformarse la Ley Orgánica Jurisdiccional y Control Constitucional declarando imprescriptible la Acción de Repetición?

Si () No ()

Porque.....
.....
.....



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE TESIS

TITULO:

**“DERECHO DE REPETICIÓN Y SU
INEJECUTABILIDAD.”**

AUTORA:

Isis Tiamat Reyes Narváz

2015
1859

1.-TEMA

“DERECHO DE REPETICION Y SU INEJECUTABILIDAD”.

2.- PROBLEMÁTICA

En la actual sociedad en la que vivimos y nos desenvolvemos, presenta déficit de incumplimiento de la norma por parte de la administración pública, si bien uno de sus grandes responsabilidades es brindarnos servicios de calidad que satisfagan nuestras necesidades generales, de la misma manera deben velar por el cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de las y los servidores públicos, que sus responsabilidades las realicen sin faltar a la norma jurídica.

Hoy en día es usual, que los usuarios perciban serios daños por consecuencia de la violación al debido proceso por parte del Estado y sus Servidores Públicos en el ejercicio de sus funciones, atentando de esta manera con el ordenamiento jurídico, así como el ciudadano puede exigir la reparación del daño causado, a lo que el Estado puede ejercer el derecho de repetición contra el responsable que haya vulnerado los derechos del particular.

La falta de investigación por parte de la máxima autoridad de la institución infractora, deja sin efecto el derecho de repetición el cual el Estado debería hacer uso, ya que las cantidades expendidas por el Estado a favor de las personas perjudicadas son alarmantes. De la misma manera el desembolso de ese dinero causa daño y pérdidas al patrimonio estatal.

Dentro de nuestra legislación, en la Constitución Ecuatoriana manifiesta en su art. 233, que toda servidora o servidor público, representante, delegatario o cualquier persona que actué en nombre del Estado, llegue a ser sancionado por peculado u otros delitos por el cual afecte el patrimonio estatal, tanto la acción para perseguirlo como la prescripción de dicha pena serán imprescriptibles; así mismo el juicio en su contra será efectuado aun en su

ausencia. En concordancia con el Código Orgánico Integral Penal que de igual manera nos señala en su art 75 la imprescriptibilidad del delito de peculado.

Siendo el delito de peculado, uno de los grandes delitos contra nuestro Estado no presenta prescripción, caso contrario se visualiza con la acción de repetición aun siendo este un derecho exclusivo para favor de nuestro Estado Ecuatoriano este derecho tiene prescripción, dándonos de esta manera una incongruencia dentro de nuestra legislación, ya que la acción de repetición se debe efectuar porque en la misma se involucra dinero del Estado.

3.- JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo investigativo, presenta una problemática basada en investigación jurídica, de esta manera se cumplirá con las exigencias establecidas en el Reglamento de la Universidad Nacional de Loja. De igual manera el tema a desarrollarse es imperante, importante y con trascendencia social y jurídica.

Dentro de nuestra sociedad estamos sometidos a cambios que ayudan a mejorar día con día en todos los campos profesionales, dentro del ámbito jurídico nuestro Estado no está exento de cambios, los cuales ayudan a no tener vacíos legales de nuestra legislación. Es así que es imperiosa la necesidad jurídica del derecho de repetición, como una herramienta del Estado sobre el funcionario por los errores cometidos dentro de sus funciones, vulnerando los derechos de los y las ciudadanos legalmente constituidos; derecho que dentro del Código Orgánico de Garantías Jurisdiccionales, establece que la máxima autoridad debe declarar los responsables y ejercer el derecho de repetición

Es inevitable pasar por alto la falta de ejecución de este derecho al que el Estado puede hacer uso, siendo el Estado responsable directo de las acciones

u omisiones de los servidores públicos, es así que como ciudadana y estudiante de Derecho me preocupa la inejecutabilidad del derecho de repetición, ya que el Estado Ecuatoriano ha sido condenado a varias sentencias internas y de la Corte Interamericana de derechos Humanos, al pago de indemnización a favor de las víctimas de esas violaciones, sin que el Estado haya podido resarcirse de esos valores ya cancelados, razón por la cual me parece importante el estudio del Derecho de repetición y su inejecutabilidad.

4.- OBJETIVOS

4.1.- Objetivo General:

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario del Derecho de Repetición para demostrar la incongruencia en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal sobre la prescripción de la acción y su relación con el peculado.

4.2.- Objetivos Específicos:

- Estudio teórico y normativo del Derecho de Repetición y de la prescripción de la acción en relación con la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal.
- Estudio de campo y de Derecho Comparado sobre la prescripción de la acción del Derecho de Repetición.
- Propuesta Jurídica.

5.- HIPOTESIS

La prescripción de la acción de Repetición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es incongruente con la Constitución de la República del Ecuador; y, el Código Orgánico Integral Penal que sanciona el delito de Peculado.

6.- MARCO TEÓRICO

DERECHO DE REPETICION

Dentro de nuestra legislación según el artículo 3 de la Ley de Repetición conceptuamos al derecho de repetición como, devolución de lo pagado, es una acción procedimental contenciosa de carácter patrimonial que el Estado ejerce en contra de sus funcionarios y toda persona que al actuar en ejercicio de una potestad pública, obligue al Estado a reparar daños y perjuicios ocasionados a los particulares.

El Derecho de repetición pretende poner fin a los alarmantes valores que el Estado ha sido condenado a pagar, por irresponsabilidades de los servidores, funcionarios o cualquier persona que en su nombre actuó, cometiendo y vulnerando Derechos contra particulares, siendo por culpa grave o dolo, viéndose afectado el patrimonio Estatal.

El Art 67 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece: “La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.”⁶²

Al derecho de repetición lo podemos considerar como, una protección de la economía del Estado, ya que con él se puede pedir el reembolso de la indemnización cancelada por el Estado, a los particulares afectados.

⁶²LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009, pag.22

Según el art 11 numeral 9 inciso tercero de nuestra constitución, nos señala que “El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas”⁶³

El objeto de este derecho es de regular la responsabilidad del servidor público, que dan dos Sujeto al pago por los daños y perjuicios que ocasione de manera irresponsable dentro del cumplimiento de sus funciones, dando como finalidad el cumplimiento de los derechos constitucionales y salvaguardar el patrimonio público.

Este derecho proporciona un proceso con todas las garantías jurisdiccionales, su objetivo es que las partes proporcionen la información que disponen y el juicio no se vuelva un trámite controvertido, las partes implicadas en este proceso podrán hacer uso de las medidas cautelares previstas en el código de procedimiento civil. Será otorgada la jurisdicción y competencia al tribunal de lo contencioso administrativo.

El derecho de repetición tendrá su prescripción en un plazo de cuatro años contados a partir del día siguiente de la fecha de pago, al ser en cuotas el pago se contara desde el último pago efectuado, como lo establece el artículo 7 de la ley de repetición

INDEMNIZACION

“Indemnización Es una compensación generalmente monetaria que alguien pide y eventualmente puede recibir por daños o deudas de parte de otra persona o entidad.”⁶⁴

⁶³ CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicado en el Registro Oficial 20 de octubre 2008, pág. 29

⁶⁴ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/10/indemnizacion.html#sthash.n2WyzjYH.dpuf>

Al referirme a indemnización en términos generales podre decir que es la retribución que recibe una o varias personas por parte de un particular o del Estado para así poder compensar el daño ocasionado hacia su persona o bienes.

En el art 11 inciso quinto de nuestra Carta Magna establece que: “Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarará la responsabilidad por tales actos de servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”

Dando cumpliendo de esta manera al derecho constitucional de respetar y hacer respetar nuestros derechos, comprometiéndose a reparar a la o las personas que hayan sido afectadas por, error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia. Sin dejar de lado a la responsabilidad de el o los funcionarios que hayan sido los patrocinadores de dicha falta.

REPARACION

La reparación es la solución objetiva y simbólica para la restitución a la victima de sus derechos, e incluirá el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución de los daños materiales e inmateriales, al cual darán una rehabilitación y la garantía de no repetición y satisfacción del derecho violentado.

Crearán programas de reparación para las víctimas de violaciones de los derechos humanos, teniendo por objetivo implementar las medidas de reparación establecidas en la ley Ecuatoriana, siendo beneficiarios las víctimas directas de las violaciones de los derechos humanos, sus conyugues o parejas y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad. Estos programas estarán a cargo de la Defensoría del Pueblo.

Las personas que son sometidas a la reparación tienen los siguientes beneficios: Rehabilitación física y atención psicosocial; búsqueda localización y liberación de las personas desaparecidas.

SERVICIO PÚBLICO

“Es toda actividad organizada que tendiera a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien sea que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”⁶⁵

El servicio público es la prestación de una actividad continua y obligatoria por parte del Estado para satisfacer necesidades de bienestar general, siendo cancelados económicamente a través de tasas, impuestos y contribuciones especiales.

Dentro de nuestra constitución en el Art 314 segundo inciso nos señala que el Estado es el garantizador y propiciador de la prestación de servicios públicos, de la misma manera deberán regirse a diferentes principios. Así mismo el Estado será el regulador de las retribuciones y establecerá los diferentes procedimientos para la adquisición de los servicios públicos.

De la misma manera en su artículo 52 de nuestra Carta Magna, expresa, los derechos que tienen las personas de elegir, recibir y disponer de bienes y servicios de calidad sin privarlo de una información verídica y no engañosa sobre sus características, de caso contrario, con su incumplimiento el mismo Estado será quien establezca los mecanismos de control de calidad, defensa del consumidor, reparación e indemnización y sanción por los daños ocasionados.

⁶⁵ GALVIS GAITAN FERNANDO, Manual de Administración Pública Segunda Edición, pág. 12

Los servidores y funcionarios públicos serán los encargados de hacer cumplir los procedimientos establecidos por parte del gobierno para la obtención de un servicio público.

SERVIDORES PÚBLICOS

La administración pública cuenta con servidores, funcionarios y trabajadores, que cumplen sus funciones, deberes, derechos y responsabilidades asignadas, estas son las personas encargadas de materializar los procedimientos del Estado para la prestación de un servicio.

En el Art 67 inciso segundo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que: “Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.”⁶⁶

Dentro de los servidores existen jerarquías, los mismos que tienen asignadas atribuciones, deberes y derechos, legalmente constituidas conforme a cada función que desarrollen dentro de sus labores, estas obligaciones deben ser cumplidas conforme dicte la ley.

La garantía del cumplimiento de las atribuciones, deberes y derechos de las o los servidores públicos está regulada por un órgano disciplinario, el mismo que se encargara de declarar responsabilidad en el caso de incumplimiento, falta o error de sus funciones.

Los servidores son los que responden ante el Estado por alguna vulneración de derechos o daños ocasionados por parte de ellos contra un tercero dentro del

⁶⁶ LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009, pag.22

ejercicio de sus funciones, ya que toda acción u omisión por parte de ellos ya sea por dolo o culpa grave, es atribuible a su vez al Estado.

En el artículo 233 de la Constitución tantas veces mencionada, manda que el funcionario o servidor público no será exento de responsabilidad por todos los actos realizados dentro de su ejercicio de actividades prestadas al servicio público. Debiendo resarcirle al Estado, por los pagos que realice a las víctimas por violación de sus derechos, sin eximirlo de las responsabilidades civil, penal y administrativa que esta origine

Así mismo dentro de materia ambiental el Estado actuará de manera inmediata para subsanar el daño garantizando la salud y restauración del ecosistema, sin dejar de lado las debidas sanciones contra el o los operarios que causen dicho daño.

PRESCRIPCION DE LA ACCION

La prescripción de la acción es una figura jurídica mediante la cual se puede extinguir el derecho del Estado a imponer una sanción, luego de transcurrir un periodo de tiempo establecido en la ley.

La prescripción de la acción requiere la oposición del obligado mediante la excepción correspondiente y tiene como consecuencia extinguir derechos en este caso el de acción.

Prescripción

Figura jurídica mediante la cual el simple transcurso del tiempo produce la consolidación de las situaciones de hecho, permitiendo la extinción o adquisición de derechos. Dándonos una manera de adquirir la propiedad o extinguir una acción ligada a un derecho, con el cumplimiento de los requisitos pedidos por la ley.

En Derecho Civil, Comercial y Administrativo, la Prescripción es el medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo que la ley determina, y que es variable según se trate de bienes muebles o inmuebles y según también que se posean o no de buena fe y con justo título. En materia Tributaria sólo existe como un medio para que el deudor se libere de las obligaciones.

Clases:

Dentro de la prescripción encontramos sus clases: La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se denomina prescripción positiva; la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.

- **Prescripción Extintiva:** Es la manera de extinguir acciones ligadas a derechos de contenido patrimonial por la inactividad del acreedor y por el transcurso del tiempo. Con esta clase de prescripción se pierde el derecho de ejercer una acción por el transcurso del tiempo.

“La Prescripción Extintiva convierte a la deuda en una deuda natural. Es decir el deudor sigue siendo deudor pero no puede ser cobrado coercitivamente menos coactivamente.”⁶⁷

Se le conoce también como Prescripción Liberatoria.

- **Prescripción Adquisitiva:** Es el medio de adquirir un derecho de propiedad de los bienes por la posesión continuada en el tiempo y otros requisitos señalados por ley. Conduce a adquirir la propiedad. El poder de hecho se convierte en poder de derecho.

Acción

La acción se origina en los aforismos del derecho romano, en la actualidad la acción tiene su fundamento en la iniciativa (que es de carácter personal) y en el poder de reclamar (que es de carácter abstracto)

⁶⁷ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/04/pre.html#sthash.jymaTtQe.dpuf>

“La Acción procesal es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho vulnerado.”⁶⁸

La acción es la iniciativa que tienen toda persona sea natural o jurídica para poder reclamar la vulneración de sus derechos ante jurisdicciones y tribunales solicitando que ejerzan la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, para que se concrete la seguridad jurídica frente a un derecho. La caducidad de la acción se presenta, por la inactividad del titular durante un tiempo fijado por la ley.

Acción Civil: Es la que posibilita la jurisdicción, pues es la que inicia el proceso judicial, que no puede hacerse de oficio, pues están en juego intereses particulares.

Es un poder del actor que se sustenta en la ley, para efectuar un reclamo frente a un adversario cuando el proceso es contradictorio; o que pretende se le otorgue un derecho, en el proceso voluntario.

Acción Penal: Se origina a partir de un delito y que supone la imposición de un castigo al responsable de acuerdo a lo establecido por la ley. De esta manera, la acción penal es el **punto de partida del proceso judicial**.

La acción penal, por lo tanto, supone un **ejercicio de poder** por parte del Estado y un **derecho a la tutela** para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un delito cometido contra su **persona**.

⁶⁸ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/03/accpro.html#sthash.57pHQlqh.dpuf>

PECULADO

“Es la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ello por motivos de su cargo o servicio.”⁶⁹

De manera general el peculado se usa para denominar a los delitos de apropiación de fondos del Estado por parte de los servidores, servidoras representantes delegatarios y toda persona que trabaje en la administración pública. También le podemos denominar a la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a un funcionario que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido.

El Peculado se encuentra estipulado dentro de nuestra legislación dentro de: Constitución, en el Art 233 “Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”⁷⁰

Código Orgánico Integral Penal, en su Art 278 “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados,

⁶⁹ <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-El%20delito%20de%20peculado.pdf>

⁷⁰ CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicado en el Registro Oficial 20 de octubre 2008, pág. 125

efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad”⁷¹

- **Peculado Propio:** Tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario, se trata de un delito especial, exige que la administración, custodia de los bienes públicos debe haber sido confiados al funcionario público en base al cargo de ocupa.
- **Peculado Impropio:** Cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que al agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia, excluyendo de ella al Estado.

7.- METODOLOGÍA

a.- Métodos

Durante el presente trabajo de investigación, utilizará métodos y técnicas de estudio, especialmente el Método Científico, inductivo y deductivo. Además las técnicas de la observación, la encuesta y la entrevista.

Primeramente para emplear el **Método Científico**, hay que distinguir las siguientes etapas:

- **Observación:** Que consiste en la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me apoyará principalmente en lo que es el acopio de información teórica y empírica.
- **Análisis:** Consiste en el estudio detallado e íntegro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitirá desarrollar los contenidos principales del informe final de tesis,

⁷¹ CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, Primera edicion2014, pag107

- **Síntesis:** Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual permitirá realizar las conclusiones, recomendaciones.

Referente al Método Lógico que son el Inductivo y Deductivo los utilizare de la siguiente manera:

Método Inductivo.-Consiste en llegar desde un precepto particular a uno general, es decir, es un método por el cual se llega a descubrir el nexo común que une a todos los elementos de la problemática, permitiéndome realizar las respectivas recomendaciones, con un enfoque total, para contribuir con un desarrollo positivo a la problemática.

Método Deductivo.-Consiste en llegar desde un precepto general a un precepto particular; por lo cual nos servirá para concluir los puntos más sobresalientes del desarrollo del presente trabajo investigativo.

b.- Procedimientos y Técnicas

Las técnicas que utilizare son las siguientes: para el acopio teórico el fichero bibliográfico; y, para la recopilación empírica empleare la **Encuesta** y la **Entrevista**, aplicadas en un numero de 20 y 5 respectivamente, a Funcionarios Judiciales, profesionales del Derecho, docentes y personas conocedoras del tema.

c.- Esquema provisional del Informe Final.

Para el desarrollo he realizado los siguientes esquemas:

1.- Revisión de Literatura: En la que desde un marco conceptual y Doctrinario, analizare los aspectos teóricos más relevantes de Derecho Administrativo especialmente referente a la transacción en materia administrativa. Así mismo se analizara la normativa vigente en materia administrativa y se realizará un estudio de Derecho Comparado.

2.- Resultados de la Investigación de Campo: En el cual presentaré los resultados obtenidos de la aplicación de las encuestas y entrevistas.

3.- Síntesis: En esta parte realizare la discusión en la que se contrastara la hipótesis, verificaran los objetivos, así como se redactaran las conclusiones, recomendaciones.

8.- CRONOGRAMA.

2015																								
FASES	ENEERO				FEBRERO				MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO			
SEMANAS	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
SELECCIÓN Y FORMULACION DEL PROBLEMA	X																							
ELABORACION DEL PROYECTO DE TESIS		X	X	X	X																			
ACOOPIO CIENTIFICO DE LA INFORMACION BIBLIOGRAFICA						X	X	X	X															
ACOOPIO EMPIRICO DE LA INVESTIGACION										X	X	X	X											
PRESENTACION ANALISIS Y CONFRONTACION														X				X	X					
VERIFICACION DE OBJETIVOS																			X	X				
REDACCION DEL INFORME FINAL																				X	X			
PRESENTACION DE LOS INFORMES FINALES																								X
DEFENSA DE LA INVESTIGACION																								X

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

En la presente tesis para una correcta ejecución del presente proyecto, he decidido realizar el presente presupuesto, para lo cual considero principalmente los siguientes aspectos:

Recursos Humanos.

- **Grupo Investigativo**
 - Srta. Isis Tiamat Reyes Narváez.

Recursos Bibliográficos.

Utilizamos lo siguiente:

Biblioteca de la Carrera de Derecho.

Biblioteca Municipal.

Internet, libros, revistas.

Recursos *Materiales*.

La siguiente investigación será de un costo muy económico, será financiado por recursos propios, para su cumplimiento.

<i>TRANSPORTE</i>	\$10.00
<i>CARTUCHO</i>	\$30.00
<i>CDS</i>	\$5.00
<i>INTERNET</i>	\$12.00
<i>HOJAS</i>	\$15.00
<i>COPIAS</i>	\$4.00
<i>ANILLADO</i>	\$5.00
<i>REVISTAS</i>	\$4.00
<i>EMPASTADO</i>	\$30.00
<i>Tota</i>	<hr/> \$ 105.00

10.- BIBLIOGRAFIA.

- Altamira Gigentat Julio, Responsabilidad del Estado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.
- Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador, año 2008.
- Decreto Ejecutivo.
- Diccionario Básico de Derecho, Manuel Sánchez Zuraty, Editorial Casa de la Cultura “Benjamín Carrión”- Núcleo de Tungurahua, primera edición, año 1987, Ambato Ecuador.
- Diccionario Filosófico, Rosental-iundin, Editorial los comuneros.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Luis Cueva Carrión, Editorial Cueva Carrión, año 2014.
- Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
- GALVIS GAITAN FERNANDO, Manual de Administración Pública Segunda Edición
- <http://jorgemachicado.blogspot.com>
- La Responsabilidad, Administrativa, Civil y Penal, Dr. Nelson López Jácome, Editorial Nina, año 2006, Quito-Ecuador
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
- Ley de Repetición
- Ley para la reparación de las víctimas y la judicialización de graves violaciones de Derechos Humanos y delitos de lesa Humanidad ocurridos en el Ecuador entre 4 de octubre de 1983 y el 31 de Diciembre del 2008.

Operatividad de Variables de la Hipótesis			
Concepto	Variable	Indicadores	Índices
<p><u>Acción de Repetición</u> <u>Art. 67 de Ley de Control Constitucional:</u> “La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.”</p>	<p>Responsabilidad.</p> <p>Servidores Públicos</p>	<p>Patrimonial</p> <p>Reparación</p>	<p>Dolo</p> <p>Culpa grave</p> <p>Estado</p>
<p><u>Prescripción de la acción:</u> Es aquella que se ejercita ante la acción ordinaria a través de la demanda con el fin de declarar un derecho, protección o restitución <u>Art. 67 de Ley de Control Constitucional:</u> “La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.”</p>	<p>Restitución</p> <p>Prescripción</p>	<p>demanda</p>	<p>Acción ordinaria</p>

<p>Peculado <u>Art. 278 de la Ley de la COIP:</u> “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.</p> <p>Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.</p> <p>La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.</p> <p>Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.</p> <p>La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías,</p>	<p>Servidores Públicos</p>	<ul style="list-style-type: none"> -abuso -apropiación -distracción -bienes muebles -bienes inmuebles -dineros públicos -títulos -documentos -Sanción -Pena privativa de libertad 	<p>Dineros del Estado</p>
---	----------------------------	---	---------------------------

<p>violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.</p> <p>La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.</p> <p>Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.”</p> <p><u>Art. 75 del COIP:</u> “La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas: No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales”</p> <p><u>Art. 233 de la Constitución:</u> “Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.</p> <p>Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”</p>	<p>-Prescripción</p>		
--	----------------------	--	--

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
5. MATERIALES Y MÉTODOS	72
6. RESULTADOS	75

7. DISCUSIÓN	84
8. CONCLUSIONES.....	91
9. RECOMENDACIONES	92
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	93
10. BIBLIOGRAFÍA	97
11. ANEXOS	100
INDICE	123