

*El derecho a la reparación en el
procesamiento penal*

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos
INREDH
Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer
CEPAM

*El derecho a la reparación en el
procesamiento penal*

SERIE INVESTIGACION # 3
Septiembre del 2000

EL DERECHO A LA REPARACION EN EL PROCESAMIENTO PENAL

Serie Investigación # 3

Editoras: Gardenia Chávez, INREDH
Miriam Garcés, CEPAM

Coordinación de Investigación: INREDH
Patricio Benalcázar Alarcón
María Judith Salgado

Equipo de Investigación: Patricio Benalcázar Alarcón
Romel Jurado Vargas
Lorena Salgado
María Judith Salgado
Roxana Silva

Equipo Asesor: Dr. Julio Cesar Trujillo. Asesor Constitucional
Dr. Fernando Chamorro Garcés. Asesor Penal
Dra. Nelly Jácome. Asesora de Género
Dra. Zaida Betancourt. Asesora Metodológica

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH
Vizcaya 116 y Cádiz (La Floresta) . Casilla postal: 17 03 1461
Telefax: 593 2 552824. e-mail: inredh@ecuanex.net.ec

Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer, CEPAM
Ríos 2238 y Gándara . Teléfono: 593 2 546155. Fax: 593 2 230844
e-mail: mujer@uio.satnet.net

ISBN: ISBN -9978-41-536-X

Derechos de autor: 014402

Primera edición: Septiembre del 2000

Portada: Puento Digital

Edición y diagramación: Comunicaciones INREDH

Impresión: Imprenta Cotopaxi

La realización de esta investigación ha sido posible con el aporte de la Fundación Esquel, Fondo Justicia y Sociedad, AID.

Presentación

INREDH (Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos), somos un organismo no gubernamental, reconocido por el gobierno ecuatoriano, desde el año de 1993. Nuestra misión es aportar en la construcción de una cultura de respeto a los derechos humanos, como base de una democracia integral, buscando que las personas se constituyan como sujetos de derechos y deberes.

El trabajo lo impulsamos con un enfoque multidisciplinario, mediante procesos de atención, capacitación, investigación y comunicación, orientados por una concepción de integralidad de los derechos humanos, en la vinculación de la teoría y práctica, de la atención y prevención, de lo particular y general y la defensa formal e informal.

La situación de los derechos humanos en nuestro país, presenta un deterioro constante, pues, entre otros serios problemas, un 70% de los ecuatorianos/as viven en condiciones de pobreza; por tanto, sin la vigencia efectiva del conjunto de sus derechos.

Entre las manifestaciones de violaciones a los derechos humanos encontramos la detención ilegal, los procesamientos injustificados y la violación al debido proceso, afectando valores esenciales de las personas como son su libertad e integridad. La Constitución Política Ecuatoriana, en su Artículo No.22 determina la noción de responsabilidad del Estado y consagra el derecho a la reparación a favor de las personas que hayan sido víctimas de estas violaciones.

Sin embargo, debido a las serias restricciones en el acceso a la justicia este derecho no se ejerce, quedando en la impunidad todas las violaciones cometidas.

Reparar un daño cometido debe ser una acción básica para garantizar una convivencia justa, más aún si el daño proviene del Estado, entidad que debe garantizar los derechos de toda la ciudadanía.

Por estas razones, en marzo del presente año, iniciamos un proyecto conjuntamente con CEPAM (Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer), para trabajar el tema del “Derecho a la Reparación”, con el auspicio de la Fundación Esquel con el financiamiento del “Fondo de Justicia” de la AID.

Buscamos aportar en la reflexión y acción por esto trabajamos la investigación que hoy ponemos en sus manos y una propuesta de ley que permita facilitar el ejercicio del derecho a la reparación.

También es nuestra finalidad vincular esfuerzos de diversas instituciones y personas sensibles a la defensa de nuestros derechos, por ello les invitamos a que este estudio sea una guía para su accionar cotidiano.

La investigación realizada sobre el derecho a la reparación con relación a la responsabilidad del Estado, inicia un proceso de estudios y propuestas que necesariamente debe ser más amplio, pues está pendiente analizar y proponer mecanismos efectivos para la reparación en casos discriminación, racismo, afectaciones medioambientales, entre otras. Queremos confiar en que varias instituciones den sus aportes en este proceso, esperamos que usted al leer este libro impulse iniciativas al respecto.

La responsabilidad para que en nuestro país mejore la vigencia de los derechos humanos es de todos y todas.

Gardenia Chávez
PRESIDENTA INREDH

INDICE

Presentación	7
Introducción	15
<i>CAPITULO I</i>	
El Derecho a la Reparación	
1.1. Contexto general del derecho a la reparación	23
1.2. El derecho a la reparación en el ámbito penal	25
1.2.1. Los supremos valores que se tutelan	26
1.2.2. Sistemática deficiencia de las prácticas jurisdiccionales	27
1.2.3. La cultura de la no demanda	28
1.2.4. La necesidad de conocer las vías	31
1.3. Antecedentes históricos de la responsabilidad extracontractual del Estado	31
1.3.1. La irresponsabilidad del Estado	32
1.3.2. La responsabilidad personal del funcionario	32
1.3.3. Responsabilidad indirecta del Estado	33
1.3.4. La responsabilidad del Estado desde el derecho público	33
1.3.4.1. Ineficiencia en el servicio público o falla del servicio	34
1.3.4.2. Responsabilidad por riesgo o daño anormal	34

CAPITULO II

Estudio comparado de la noción de responsabilidad del Estado en el diseño constitucional de Colombia, Chile, España y Ecuador

2.1.	Fundamentos de la responsabilidad del Estado	39
2.2.	El tipo de responsabilidad que se plantea en el diseño constitucional de cada Estado	41
i)	La responsabilidad subjetiva	42
ii)	La responsabilidad objetiva	43
2.2.1.	Tipo de responsabilidad estatal en el caso colombiano	44
2.2.2.	Tipo de responsabilidad estatal en el caso chileno	45
2.2.3.	Tipo de responsabilidad estatal en el caso español	45
2.2.4.	Tipo de responsabilidad estatal en el caso ecuatoriano	45
2.3.	Presupuestos normativos en base a los cuales se puede demandar reparación	46
2.3.1.	En el caso colombiano	46
2.3.2.	En el caso chileno	49
2.3.3.	En el caso español	50
2.3.4.	En el caso ecuatoriano	52
2.4.	Nociones básicas de los supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal	56
i)	Error judicial	57
ii)	Inadecuada administración de justicia	62
iii)	Privación injusta de la libertad (Detención arbitraria y detención de un inocente)	63
2.5.	Estudio comparado de la responsabilidad del Estado en asuntos referentes al procesamiento penal	68
2.5.1.	En el caso colombiano	68
2.5.1.1.	Supuestos de responsabilidad del Estado en el	

procesamiento penal	68
2.5.1.2. Vías jurídicas a través de las cuales se declara la existencia del daño y se canaliza las acciones de reparación	73
2.5.1.3. Formas de reparación operante en el ordenamiento jurídico	74
2.5.2. En el caso español	75
2.5.2.1. Supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal	75
2.5.2.2. Vías jurídicas a través de las cuales se declara la existencia del daño y se canaliza las acciones de reparación	79
2.5.2.3. Formas de reparación operante en el ordenamiento jurídico	79
2.5.3. En el caso chileno	80
2.5.3.1. Supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal	80
2.5.3.2. Vías jurídicas a través de las cuales se declara la existencia del daño y se canaliza las acciones de reparación	80
2.5.3.3. Formas de reparación operante en el ordenamiento jurídico	81
2.5.4. En el caso ecuatoriano	81
2.5.4.1. Supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal	81
2.5.4.2. Vías jurídicas a través de las cuales se declara la existencia del daño y se canaliza las acciones de reparación	91
2.5.4.3. Formas de reparación operante en el ordenamiento jurídico	103
2.6. El derecho de repetición	106
2.7. La prescripción	108

CAPITULO III

El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado en su protección.

3.1.	El derecho a la reparación en el Derecho Internacional de los derechos humanos	118
3.2.	Arreglos amistosos del Estado ecuatoriano por violaciones a derechos humanos en el Sistema Regional de Protección	129
3.2.1.	Derechos violados	130
3.2.2.	Formas de reparación	132
3.2.3.	Base jurídica	134
3.2.4.	Criterios en la determinación de la indemnización económica	135
3.2.5.	Efectividad del derecho a la reparación por vía internacional	136
3.3.	Matrices de casos	138

CAPITULO IV

Análisis y aportes

4.1.	Aporte de los operadores de justicia y abogados	181
4.2.	Análisis de las encuestas a detenidos y detenidas	200
4.3.	Aporte de las entrevistas formuladas a personas que han sido privadas de su libertad	209
4.4.	Aporte del rastreo de casos en las instancias judiciales de Quito	215

Conclusiones	225
---------------------	-----

Bibliografía	237
---------------------	-----

“Si se escribiese la historia de las víctimas de la prisión preventiva se leería una de las más terribles acusaciones contra la sociedad.

***Cuando ella abre las puertas de la cárcel diciéndole “Me he equivocado”:
¿quién le indemniza las angustias y los dolores sufridos, quién le devuelve su honor empañado, su salud, tal vez su vida, si sucumbe de la enfermedad contraída en el encierro y más aún el dolor cuando la miseria y el abandono han perdido para siempre a un ser querido?***

Y estas no son declaraciones de sensibilismo, son hechos, dramas horribles que pasan sin que nadie los escriba, desgracias que abruman sin que nadie las compadezca, pérdidas irreparables de la existencia y del honor, por simples sospechas, y la proverbial lentitud de las actuaciones”.

INTRODUCCION

La Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH) y el Centro Ecuatoriano de Promoción y Acción de la Mujer (CEPAM), con la cooperación de la Fundación Esquel, canalizada a través del Fondo de Justicia y Sociedad, desarrollan el Proyecto “Derecho a la Reparación: Mecanismos para su efectivización”.

En este marco, se ha elaborado el presente estudio sobre el derecho a la reparación en el procesamiento penal, con el propósito de contar con un instrumento teórico y práctico que sostenga la formulación de propuestas legislativas en el ámbito del derecho a la reparación, así como, para integrar a importantes sectores sociales a la discusión de esta problemática.

Desde esta perspectiva, consideramos que el presente estudio será de utilidad para organizaciones estatales, no gubernamentales, entidades académicas, profesionales del derecho, operadores de justicia, y, sobre todo para las personas cuyos derechos han sido ilegítimamente limitados o abiertamente vulnerados en el marco del procesamiento penal, para encontrar e integrar elementos conceptuales que permitan proveer un tratamiento adecuado a los conflictos político – penales, en los cuales el Estado a través de sus agentes haya vulnerado derechos fundamentales.

Para esta finalidad, el estudio, metodológicamente se ha desarrollado en las siguientes fases:

- a) Diseño de la estructura del estudio y de los instrumentos para la recolección y levantamiento de la información.
- b) Compilación y levantamiento de información que incluye:
 - Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que contienen disposiciones directas y conexas al derecho a la reparación.
 - Legislación constitucional y secundaria de Colombia, Chile, España y

Ecuador relativa a la responsabilidad del Estado y al derecho a la reparación en el procesamiento penal.

- Doctrina y jurisprudencia nacional e internacional en casos de reparación
 - Entrevistas a detenidos sobre sus percepciones respecto al derecho a la reparación
 - Encuestas a detenidos sobre aspectos vinculados al derecho a la reparación.
 - Entrevistas a operadores de justicia y profesionales del derecho vinculados al derecho a la reparación.
 - Registros de casos atendidos en la administración de justicia ecuatoriana.
- c) Revisión de la información disponible y elaboración de documentos de análisis y sinopsis de dicha información.
- d) Análisis crítico de los insumos trabajados y redacción del borrador final
- e) Revisión del borrador final por expertos constitucionalistas y penalistas
- f) Socialización del informe del borrador final con operadores jurídicos y organizaciones sociales.
- g) Redacción del documento final del estudio incorporando las observaciones formuladas al mismo.

Con estos presupuestos, el estudio se ha organizado en cuatro capítulos y una parte final de conclusiones que en términos generales contiene:

El estudio se inicia con la contextualización referente al grado de desarrollo de las democracias latinoamericanas, en cuanto a su condición de emergentes y formales, además se plantean los supuestos por los cuales se circunscribe el ámbito de la investigación al procesamiento penal con base en los siguientes criterios: los supremos valores sociales y jurídicos que se tutelan y que

están en juego en la administración de justicia penal; la sistemática deficiencia de las prácticas jurisdiccionales penales, especialmente aquellas que implican discriminación de género; la cultura de no demanda de reparación; y, la necesidad de conocer las vías para demandar reparación en el ámbito del procesamiento penal.

Así mismo, se plantean los antecedentes históricos de la responsabilidad extracontractual del Estado, con un análisis comparativo de la noción de responsabilidad objetiva del Estado en el diseño constitucional de Colombia, Chile, España y Ecuador, seguido del análisis de la normativa secundaria referente al derecho a la reparación en materia penal por error judicial, inadecuada administración de justicia y privación injusta de la libertad. En el caso de Ecuador sustentado en el abarcante postulado de reparación consignado en los artículos 21 y 22 de la Constitución vigente.

A continuación se efectúa el señalamiento de las normas contenidas en los principales instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que, expresa y colateralmente, hacen referencia al derecho a la reparación, así como un estudio ejemplificativo de casos acerca de demandas de reparación que desde el Ecuador se han presentado a los organismos regionales de protección de derechos humanos.

El estudio cuenta con un condensado de las opiniones, percepciones y conocimientos sobre el derecho a la reparación expresados por diversos actores que están vinculados a la administración de justicia penal, ya sea porque han estado sometidos a ella, porque son operadores de justicia, o porque cuentan con experiencia relevante relacionada con el derecho a la reparación y, aportes del rastreo de casos en las instancias judiciales de Quito.

Cabe señalar que la investigación integró en todo su desarrollo el enfoque de género, entendiéndose por tal una categoría de análisis y no un “sinónimo de sexo aunque muchas personas utilicen ambas palabras indistintamente. Menos aún el género es sinónimo de mujer”¹. Por ser el género una construcción social éste “define lo que es ser varón y ser mujer en un ámbito

¹ Facio, Alda. Cuando el género suena cambios trae. 2ª. Edición. San José, Costa Rica. ILANUD. Pág. 43.

cultural y etapa histórica determinados, así como la interrelación entre ambos, incluidas las relaciones de poder/subordinación”.²

En particular se realizó un análisis en torno a las prácticas jurisdiccionales discriminatorias contra las mujeres que deberían dar origen a reparación sobre todo en el procesamiento de casos de violencia intrafamiliar y delitos sexuales; la valoración diferencial del daño cuando las afectadas son mujeres; y, la incidencia de ser mujer para determinar formas de reparación integral concretas.

Finalmente, se hace un esfuerzo por sintetizar los principales hallazgos encontrados en todo el proceso de la investigación, que permiten plantear algunas conclusiones que servirán de sustento a una posible propuesta de reformas legales, así como la elaboración de un proyecto ley, dirigido a viabilizar el derecho a la reparación en los supuestos no regulados del procesamiento penal, pero determinados en la Constitución Política vigente.

² Loli Espinoza, Silvia y Rodríguez, Hugo. Documento de trabajo “Derechos Humanos, Género y Acceso a la Justicia. Marcos conceptuales. Año 1.999.

CAPITULO I

El Derecho a la Reparación

1.1. Contexto general del Derecho a la reparación

Las jóvenes democracias latinoamericanas y en general las del tercer mundo reciben diariamente fuertes críticas por parte de analistas políticos y científicos sociales en el sentido de que solo pueden asumir el título de democracia si se examina la parte más superficial de esta forma de gobierno: las elecciones.

Pero cuando nos preguntamos por la seguridad jurídica, el Estado de derecho, la noción de igualdad ciudadana, el ejercicio y respeto a los derechos humanos que son los fundamentos mismos de la democracia moderna, entonces las democracias jóvenes, se vuelven democracias emergentes³, escualidas, incompletas o para decirlo de “otra manera” en proceso de consolidación, y sus deficiencias desbordan la cotidianidad, en este sentido Fareed Zakaría al referirse a las democracias del tercer mundo señala:

“Los regímenes democráticamente elegidos, a menudo los que han sido reelectos o reafirmados a través de un referéndum están ignorando cotidianamente los límites constitucionales de su poder y despojando a sus ciudadanos de los derechos y libertades básicas”⁴

En este contexto se hace necesaria la formulación de mecanismos que prevengan, protejan y reparen a los afectados de las violaciones a derechos fundamentales y de la deficiente prestación de servicios públicos que el Estado se ha comprometido a entregar.

En esta dirección cabe señalar que ya se ha producido significativos avances en la normativa internacional que permiten conminar a los Estados a reparar los perjuicios ilegítimos que han ocasionado a particulares en materia de derechos humanos; lo que ha motivado que al interior de varios países ibero-

³ El adjetivo de “emergente”, dice relación a lo que nace, sale y tiene principio de otra cosa. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, pag. 806, Madrid, 1992

⁴ ZAKARIA Fareed, El Surgimiento de la Democracia Liberal, pág. 1, Programa de Apoyo al sistema de Gobernabilidad Democrática, BID, Quito, 1998.

americanos se empieza a problematizar y reconocer la responsabilidad del Estado en los perjuicios que hubiese causado de manera ilegítima a los particulares. Tal reconocimiento ha generado la necesidad de institucionalizar formas y mecanismos internos para efectivizar el derecho a la reparación integral.

El Estado ecuatoriano vive este proceso común a los demás países del “tercer mundo”, y recientemente, en casos extremos, ha desarrollado formas de reparación limitadas para, al tenor de los acontecimientos, ir asumiendo la responsabilidad de las violaciones a derechos humanos cometidas por funcionarios de la fuerza pública. Sin embargo, la concepción y vigencia de la responsabilidad del Estado y consecuentemente el ejercicio del derecho a la reparación pese a estar enunciado constitucionalmente, no está integrado en el discurso oficial, ni interiorizado en las prácticas cotidianas de quienes ejercen el poder público, además de que no se cuenta con los canales legales expeditos para su efectiva aplicación.

En el mismo sentido es preciso señalar que en el Ecuador se carece todavía de una normativa jurídica que agote conceptual y operativamente lo que se refiere al derecho a la reparación, así como la noción de responsabilidad objetiva del Estado; por el contrario, no existe univocidad en el conocimiento de este derecho y esta noción, desde su definición, fundamentos, elementos constitutivos y formas para su vigencia efectiva, etc.

Por lo general el poder público en el Ecuador ha reducido la noción de reparación al ámbito de la indemnización pecuniaria por daños y perjuicios, sin tener en cuenta una visión integral de la reparación que, por ejemplo, podría ir desde la disculpa pública hasta la valoración diferencial en el pago de indemnizaciones en base a las condiciones de los afectados⁵, pasando por la garantía de no repetición del daño; es decir que la visión integral de la reparación no admite un catálogo cerrado de formas de reparar, sino que éstas se desarrollan en función de las características del daño, la forma en que se produjo y las condiciones de los afectados

⁵ La condición de los afectados resulta relevante si en función de ella el daño se magnifica o se diversifica resultando especialmente lesivo, en este sentido, el hecho de ser mujer, pertenecer a una minoría sexual, tener menos de 18 años, son por ejemplo condiciones que podrían darle una especial significación al daño sufrido y consecuentemente a las formas de reparación que deberían brindarse.

1.2. El derecho a la reparación en el ámbito penal

Hay que señalar que el ámbito de la responsabilidad del Estado que da lugar a reparación es supremamente amplio, pues abarca todo lo referente a la violación de derechos humanos y la prestación deficiente de los servicios públicos a los que está constitucionalmente comprometido. Sin embargo, para efectos de la presente investigación se ha focalizado el ámbito de interés a aquellas violaciones que se producen en el procesamiento penal y que comprenden la detención arbitraria, la inadecuada administración de justicia (debido proceso), y la privación injusta de la libertad que termina con el sobreseimiento definitivo o provisional (cuando éste se hace definitivo), por la sentencia absolutoria, por la falta de resolución judicial que determine responsabilidad penal del procesado cuando éste obtenga la libertad o en su caso, la causa sea archivada por prescripción (prisión de un inocente), y, a causa del error judicial

Las razones que motivan esta focalización del ámbito de la investigación en el campo de la administración de justicia penal son: los supremos valores que se tutelan y que están en juego en la administración de justicia penal; la sistemática deficiencia de las prácticas jurisdiccionales, especialmente aquellas que implican discriminación de género; la cultura de no demanda de la reparación; y la necesidad de conocer las vías, si estas existen, para demandar reparación en el ámbito del procesamiento penal, bajo la noción de la responsabilidad objetiva del Estado.

Sin embargo de los parámetros que se toman en cuenta en la investigación para analizar el tema de la reparación, lo que tiene que ver con violaciones que se producen en el procesamiento penal, es importante tener en cuenta que la visión de género sobre los derechos humanos, involucra no solo el obrar estatal que causa perjuicios ilegítimos, sino también, la vulneración del derecho de las personas a una vida sin violencia, tema que no ha sido suficientemente desarrollado en cuanto se refiere a la responsabilidad general del Estado y en concreto a la forma de efectivizar la reparación correspondiente.

Y es precisamente en esta línea que, el Estado es responsable cuando no ha cumplido con la obligación suprema de garantizar el acceso a la administración de justicia y respetar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. Frente a lo cual surgen algunas interrogantes:

cuántos casos de violencia intrafamiliar se llegan a conocer en las instancias judiciales, y de estos cuántos de los responsables son sancionados y además cuántas mujeres víctimas de este tipo de infracción han tenido acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces?. Para dar una cabal respuesta a estas inquietudes, se requeriría una profundización sobre el tema, este trabajo contribuye con el primer escalón y nos da la pauta para entender lo difícil que resulta para una persona que ha sido vulnerada en sus derechos, exigir y obtener la reparación correspondiente de parte del Estado.

1.2.1. Los supremos valores que se tutelan

Conceptualmente el derecho penal es un instrumento de control social que tiene el objetivo de obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. A diferencia de otros mecanismos de control social como la ética, moral, religión, educación, etc. el derecho penal cuenta con los mecanismos legítimos más violentos para cumplir su cometido. En buenas cuentas protege los bienes jurídicos que resultan más importantes para la sociedad y lo hace con los mecanismos de coerción más drásticos que la sociedad tolera (la privación o limitación de la libertad), por lo que un error en los procesos que valorizan la participación de un individuo en la vulneración de estos bienes jurídicos supremos, acarrea necesariamente perjuicios jurídicos y humanos también supremos⁶ (limitación injusta de la libertad). En este sentido Bacigalupo anota:

“Exteriormente considerado, el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable; sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que estas se conectan son – en principio – los más intolerables para el sistema social”⁷.

⁶ Cuando nos referimos a perjuicios jurídicos y humanos supremos en el ámbito penal, estamos pensando fundamentalmente en la violación al derecho a la libertad, cristalizado en la privación injusta de la misma y que concomitantemente acarrea riesgos contra la integridad personal y la vida de las personas.

⁷ BACIGALUPO Enrique, Manual de Derecho Penal, pág. 1, Editorial Temis, Bogotá, 1989.

Desde la perspectiva de género cabe subrayar que el ordenamiento jurídico del Estado ha sido trabajado principalmente desde una visión patriarcal y androcentrista, lo que ha producido que no se tomen en cuenta las especificidades y condicionamientos socio culturales de las mujeres o que éstos sean incluidos en dicho ordenamiento de una manera artificial e infundada, propiciando serios perjuicios y limitaciones injustas a los derechos de las mujeres, en tal sentido Alda Facio señala:

“Mucho se ha discutido sobre la necesidad de replantear el bien jurídico tutelado de manera que no afecte la esencia misma de la tipicidad de los delitos. De hecho, a la par de la concepción de que el bien jurídico que se debe tutelar es la sexualidad, se introducen términos que hacen referencia a la condición sexual de las víctimas, en su mayoría mujeres, como por ejemplo: honestidad, doncellez, virginidad, buena conducta, honra, pudor, entre otros. Definitivamente es discriminatorio en contra de las mujeres este tipo de consideraciones morales, sobre todo cuando en la práctica esto se convierte en uno de los ejercicios más claros de cómo funciona la doble moral. Para la gran mayoría de las personas, incluyendo a las y los legisladores, la honestidad y buena conducta de las mujeres conlleva connotaciones muy diferentes a la honestidad y buena conducta de los hombres.”⁸

1.2.2. Sistemática deficiencia de las prácticas jurisdiccionales

La reflexión que nos planteamos involucra a toda la administración de justicia, pero resulta más relevante cuando se focaliza en la administración de justicia penal por los bienes jurídicos que están en juego. Con esta puntualización haremos una lectura de la forma en que se realiza la administración de justicia.

Normativamente (léase en teoría) el ordenamiento jurídico ha contemplado una función del Estado para que procese legítima y eficazmente los conflictos sociales que requieren obligatoriamente de un fallo del Estado. Sin em-

⁸ Facio, Alda. Manual en módulos : Caminando hacia la igualdad real. ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género. UNIFEM. 1ª. Edición. Año 1.997. San José, Costa Rica. Lectura de apoyo #4: Sexismo en el derecho de los derechos humanos. Pág. 156.

bargo, cuando las personas se ven involucradas activa o pasivamente en la administración de justicia viven una ruptura entre el postulado normativo y las prácticas operantes en ésta, pues la posibilidad de obtener un fallo favorable no está sujeta en la mayoría de los casos a valoraciones técnico jurídicas de los elementos de juicio, no solo porque existen operadores de justicia o funcionarios con niveles insuficientes de capacitación jurídica, sino, y sobre todo, porque el juzgamiento está condicionado a otros factores ilegítimos que operan en la práctica jurisdiccional y que en última instancia definen la situación de las personas en el conflicto.

Desde nuestra perspectiva estos factores ilegítimos están constituidos por el conjunto de influencias personales, económicas y/o políticas que los involucrados en el proceso judicial pueden activar para inclinar el fallo a su favor. Por lo tanto quien no cuenta con estos “recursos” ilegítimos tiene, ciertamente, disminuidas sus posibilidades de obtener un fallo independiente, imparcial y justo.

La generalización de estas conductas en la administración de justicia penal y su ejercicio sistemático (permanente) constituyen la principal causa de violaciones al debido proceso.

Una consecuencia perniciosa de no encontrar un adecuado procesamiento de los conflictos jurídicos por las vías previstas en el ordenamiento legal, es que se abre la posibilidad de que las personas opten por vías ilegales para procesar, desde su noción particular de justicia, los conflictos sociales (vrg. justicia por mano propia).

Desde la perspectiva de género el condicionamiento central que aumenta la el riesgo de no obtener una adecuada administración de justicia para las mujeres constituye el conjunto de concepciones y percepciones culturales, que involucran una visión discriminatoria en contra de las mujeres y otros sectores. En tal sentido es necesario señalar que los casos de violencia en contra de las mujeres, generalmente no son considerados en el mismo nivel de importancia que otros casos e inclusive son minimizados, como los de violencia intrafamiliar⁹.

“Un aspecto que revela si existe protección genuina a los derechos humanos es el acceso efectivo de la víctima a un sistema jurídico capaz de compensar

el daño plenamente y en forma justa, sin discriminación.”⁹ Y es precisamente este acceso efectivo el que no se facilita a pesar de estar dispuesto en la Constitución vigente y en instrumentos internacionales ratificados por nuestro país.

1.2.3. La cultura de la no demanda

Aunque no es responsable efectuar una generalización sobre la actitud de las personas frente a la demanda de justicia, si consideramos que una buena parte de las personas cuyos derechos e intereses han sido afectados por el Estado mantienen una cultura de no denuncia, que se expresa en tres momentos:

En el primer momento cuando se ha producido un daño o vulneración de derecho, el afectado opta por no demandar basado en ciertas percepciones del poder institucional de la contraparte, de la administración de justicia y de las condiciones para mantener un litigio; en este sentido podríamos plantear las siguientes: la relación desigual de poder de un individuo frente a una institución estatal, la imagen de ineficacia y corrupción de la administración de justicia; los costos económicos del litigio (Abogado, evacuación de diligencias, peritajes, costas y tasas judiciales, etc.); el confuso y complejo andamiaje legal que se presenta en las diversas causas, la falta de certidumbre sobre una administración de justicia imparcial.

En un segundo momento, cuando las personas han acudido o se han visto involucradas en procesos judiciales pueden encontrarse sujetas a prácticas

⁹ Así por ejemplo el de una mujer víctima de agresiones físicas, psicológicas y sexuales por parte de su cónyuge, presentó su denuncia en la Comisaría de la Mujer y la Familia y obtuvo medidas de amparo a su favor. El denunciado fue legalmente notificado pero posteriormente la agredió nuevamente produciéndole una incapacidad física para el trabajo menor de tres días, el expediente se remitió a la sala de sorteos de la Función Judicial recayendo en uno de los Juzgados de lo Penal de Pichincha, al conocer la autoridad respectiva devolvió el expediente a la Comisaría de la Mujer y la Familia, por considerar que no había delito que juzgar, pues solo se trataba de una contravención. (Fuente: Comisaría de la Mujer y la Familia del cantón Quito-Norte.)

¹⁰ Romany, Celina. La responsabilidad del estado se hace privada: una crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el Derecho Internacional de los derechos humanos en Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas nacionales e internacionales. 1ª. Edición. Santa fe de Bogotá. Colombia. Año. 1.997. Pág. 100.

jurisdiccionales autoritarias e incluso indebidas, frente a las cuales se producen ciertos escenarios: uno de ellos es soportar estas desviaciones; otro escenario es exigir que se corrijan estas prácticas distorsionas, para lo cual el afectado tendría que sopesar el poder que tiene ante el juez; si solo le asiste el poder de la razón es probable que no se obtenga una respuesta satisfactoria y muy por el contrario se predisponga la animadversión del operador de justicia frente a quien reclama; si por otro lado se cuenta con otro tipo de poder (influencias políticas, personales, dinero, etc.) entonces es probable obtener una respuesta satisfactoria.

En el caso de las mujeres, no solo es el enfrentamiento al poder de autoridad de las instancias judiciales, y las influencias de cualquier tipo que el sindicato pueda tener, sino además, en la mayoría de los casos, la relación de poder que existe con el hombre, la relación inequitativa de poder en la pareja, que de antemano la pone en desventaja jurídica, lo que está ligado al componente cultural es decir a las concepciones predeterminadas y socializadas en su entorno.

Las relaciones inequitativas de poder surgen en el sistema patriarcal en el cual el hombre es quien domina a la familia y esta estructura se reproduce en todo el orden social y es “mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil”¹¹

Es decir que el espectro negativo es más amplio cuando se trata de las mujeres, lo que necesariamente también incide en su cultura de no demanda.

El tercer momento se produce cuando una persona afectada por una administración ineficiente de justicia se ve enfrentada a demandar reparación por los daños ocasionados; por supuesto hay quienes lo intentarán, pero ciertamente la mayoría reflexionará sobre las siguientes consideraciones: una vez obtenida la libertad después de un proceso difícil, costoso y largo; las personas no quieren volver a relacionarse con la administración de justicia y mucho menos enfrentarse con ella, además de que las energías y los recursos de los que se dispone están disminuidos o ya no se tienen.

¹¹ Facio, Alda. Cuando el género suena cambios trae. 2ª Edición. San José. Costa Rica. ILANUD. Año 1.996. Pág. 39.

Por otra parte cuando se demanda a la administración de justicia ante la misma administración de justicia, la incertidumbre del afectado para obtener un fallo imparcial aumenta considerablemente, puesto que a quienes les corresponde dictaminar sobre la procedencia de la reparación son a la vez juez y parte.

Aunque de ninguna manera planteamos que estos escenarios constituyen la regla, es innegable que siempre son posibles y dificultan la vigencia y desarrollo de una cultura de demanda, de reclamo, de rendición de cuentas, de reparación integral.

1.2.4. La necesidad de conocer las vías

Como lo hemos planteado en el desarrollo de las tres causas anteriores que nos motivaron para realizar el presente estudio, la posibilidad de que los derechos de las personas sean vulnerados en el procesamiento penal, no solo existe, sino que es seriamente significativa. Por tal razón se necesitaba conocer cuales eran las vías legales para procesar los daños causados por los agentes del Estado en el marco del procesamiento penal, así como valorar la eficacia de estas vías, las facilidades o dificultades para ser utilizadas y los resultados que han logrado alcanzar.

Además interesa conocer si la noción de la responsabilidad objetiva del Estado se ha incorporado en la determinación normativa de las vías legales de reparación y en consecuencia a las prácticas jurisdiccionales de los operadores de justicia penal.

1.3 Antecedentes históricos de la responsabilidad extracontractual del Estado

A través de la historia existen etapas claramente diferenciadas que parten desde la completa irresponsabilidad del Estado frente a los particulares, pasando por la responsabilidad subjetiva en la que la prueba del dolo o culpa del funcionario determinaba el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, hasta la denominada responsabilidad objetiva del Estado que pone su énfasis en la protección a la persona afectada por un daño proveniente del

Estado más allá de la consideración de si hubo dolo o culpa de un funcionario.

Sin ser exhaustivos a continuación mencionamos las posiciones más importantes que han surgido con relación a la responsabilidad del Estado.

1.3.1. La irresponsabilidad del Estado

Desde la Antigüedad y hasta la Edad Media permanece con fuerza la noción de que el Estado no puede ser responsable de los perjuicios o daños que en su desenvolvimiento cause a los particulares. La idea de que la soberanía del Estado provenía de un mandato divino desechaba de forma concluyente la posibilidad de reconocer alguna responsabilidad del Estado

“ Dentro de la concepción teocrática del Estado, considerado como soberano e infalible, no podía pensarse en exigirle responsabilidad por sus hechos, ni por los de sus agentes o gobernantes. Ya se les llamase Cesares, Emperadores, Fuhreres o Reyes- porque la soberanía y la responsabilidad son fenómenos incompatibles; si se es soberano, no se es responsable, si se es responsable, no hay soberanía. El viejo principio inglés *the king can not do wrong* “el rey no puede pecar”, es símbolo de esa teoría del poder público que lo concibe como un don celestial hecho a los detentadores de la autoridad”

Evidentemente, esta etapa se caracteriza por dejar en la total desprotección a los gobernados. La irresponsabilidad es absoluta, tanto del Estado como de sus funcionarios.

1.3.2. La responsabilidad personal del funcionario

A pesar de que aún no se reconoce la responsabilidad del Estado, se reconoce si la responsabilidad personal de los agentes del Estado que en el ejercicio de sus funciones causaran perjuicios a los particulares.

“ los daños que ocasionaban los funcionarios se entendían que eran la consecuencia de la extralimitación de las facultades concedidas por el Estado, pues era inconcebible que la persona jurídica Estado pueda dar instrucciones para causar daño, para cometer actos ilícitos. Siendo así, pues, quien debía responder era el funcionario transgresor del Derecho”¹²

1.3.3. Responsabilidad indirecta del Estado

En la edad moderna con la irrupción de la idea de que la soberanía radica en el pueblo y el principio de legalidad por el cual el Estado se autosomete al Derecho, toma fuerza la idea de la responsabilidad del Estado.

En Francia se plantea la división de los actos del Estado en actos de gestión (en las que el Estado actuaría como persona de derecho privado) y actos de autoridad como manifestación del poder público en las que el Estado actúa como persona jurídica de derecho público. Únicamente en el primer caso se acepta la responsabilidad del Estado.

Posteriormente se incorpora la noción de responsabilidad indirecta del Estado por el hecho de la elección y vigilancia de sus funcionarios que se ha conocido como culpa in eligendo y culpa in vigilando, respectivamente. Se trata de asimilar la responsabilidad del Estado a la del patrón que debe responder por los actos de sus dependientes que causen un perjuicio.

La base de este postulado radica en que el Estado “como persona jurídica, no le es dable obrar ilícitamente”¹³, por lo mismo su responsabilidad es indirecta en la medida que responde por los actos de sus funcionarios que causen daños en razón de no haber cumplido con su obligación de escoger cuidadosamente a sus funcionarios y de vigilar el cumplimiento de sus deberes.

En estos supuestos se debe probar la culpa o dolo del funcionario.

1.3.4. Responsabilidad del Estado desde el Derecho Público

No es sino a finales del siglo XIX cuando aparece el tratamiento de la Responsabilidad del Estado desde el derecho público, a partir del famoso fallo Blanco del Tribunal de Conflictos francés en el que se sostiene:

¹² Miguel Hernández, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Guayaquil, 1991, p. 19.

¹³ Ricardo Hoyos, La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 9.

“La responsabilidad que puede incumbir al Estado en razón de la culpa de sus agentes no puede ser regida por los principios que establece el Código Civil para las relaciones de particulares con particulares; esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; ella exige reglas especiales que varían según las modalidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los de los particulares”¹⁴

De esta manera aparece el tratamiento de la responsabilidad del Estado desde el derecho público, y se fija además que debe ser la Jurisdicción Contencioso Administrativa la que resuelva los procesos en que se demanda la responsabilidad del Estado por parte de particulares.

1.3.4.1. Ineficiencia en el servicio público o falla del servicio.

Constituye un progreso en el tema de la responsabilidad del Estado en el sentido de que deja de ser necesaria la demostración del dolo o culpa de un funcionario individualizado y se pasa a hablar de la falla del servicio en cuanto tal.

Según Duez “La falta del servicio público no está necesariamente ligada a la idea de falta de un agente determinado e identificado, para que aparezca la falta de un servicio público no es preciso que determinados funcionarios hayan cometido la culpa. Es suficiente patentizar un mal comportamiento general y anónimo del servicio al cual pueda imputarse el daño causado; establecer que el servicio es defectuoso, sea en su organización, sea en su funcionamiento y que el daño proviene de ese defecto».¹⁵

En este caso se debe probar el daño, la falla del servicio y la relación de causalidad entre estos dos primeros elementos.

1.3.4.2. Responsabilidad por riesgo o daño anormal

Se ha aceptado la responsabilidad del Estado en los casos que, como resulta-

¹⁴ Carlos H. Pareja, citado por Ricardo Hoyos, *Ibid*, p. 12.

¹⁵ Citado por Sarría Eustorgio, *Derecho Administrativo*, Editorial Temis, Bogotá, 1968, pag.405.

do del ejercicio de la competencia de la Administración Pública, aún actuando legalmente causa un daño especial, la base de este tipo de responsabilidad está en el principio de la igual distribución de las cargas públicas.

La Jurisprudencia colombiana al respecto plantea:

“ Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad, que debe reinar entre los sacrificios que importa para los administrados, la existencia del Estado.”¹⁶

Según Duguit “el que ejercite una facultad, o realice un servicio público o privado, debe responder de los riesgos que provoque y de los daños que origine, aunque no sea posible determinarse la culpa o imprevisión de ningún tipo.”¹⁷

Se trata de una responsabilidad objetiva del Estado en el sentido que los elementos que deben existir son las conductas o hechos que dan lugar a reparación; y la verificación de que el daño se ha producido, sin consideración a la licitud del hecho que lo produjo.

En doctrina se habla indistintamente de riesgo y daño especial, lo que es importante considerar es que en todo caso el principio de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas fundamenta este tipo de responsabilidad del Estado y se concreta en casos excepcionales.

“Todo perjuicio anormal, excepcional, que por su naturaleza o su importancia exceda los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser

¹⁶ Código Contencioso Administrativo, Bogotá, octubre de 1999, pag. 194, Jurisprudencia, C.E. Sec. Tercera, Sent. Dic. 12/96, Exp. 10.310 M.P. Carlos Betancour Jaramillo.

¹⁷ Citado por Miguel Hernández, Obra citada, pag.41.

considerado como violación del principio de igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado.”¹⁸

Es importante resaltar que la responsabilidad del Estado en el campo de la Administración Pública, entendida de manera restringida como Función Ejecutiva, ha tenido mayor reconocimiento tanto en la doctrina, la legislación como la jurisprudencia

En el caso de la responsabilidad del Estado legislador su reconocimiento aparece por primera vez en Francia cuando en la sentencia *La Fleurette* (1938), el Consejo de Estado francés reconoce la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa aún cuando la misma ley no establezca indemnización. Posteriormente también se admitió en Francia la responsabilidad del Estado/legislador en base al principio de igualdad de las cargas públicas, por el cual “cuando la ley perjudica en forma excepcional a una minoría, con el objeto de restablecer el equilibrio de las cargas públicas, el Estado debe indemnizarlos con sus fondos.”¹⁹ Esta postura ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina.

Ha existido resistencia para aceptar la responsabilidad del Estado cuando en calidad de administrador de justicia ha producido daños ilegítimos. Sin embargo, en lo relacionado a los supuestos de error judicial, específicamente los declarados a través del recurso de revisión en el campo penal, se evidencia una actitud más abierta al reconocimiento de la responsabilidad estatal cuando se comete este tipo de error.

Cabe decir que es fundamental que el Estado responda frente a los particulares de los daños ilegítimos que éstos sufren, en este sentido Fernando Rodríguez señala:

“... la efectividad misma del Estado de Derecho depende en gran medida del control judicial de la actividad estatal y de la posibilidad de responsabilizar al Estado, por los daños que produzca en el ejercicio de su autoridad.”²⁰

¹⁸ De Aguiar Díaz, citado por Ricardo Hoyos, Obra citada, pag. 17.

¹⁹ Hernán García Mendoza, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado: Indemnización del Error Judicial”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1997, pag.13.

²⁰ Fernando Rodríguez, citado por Guido Santiago Tawil en “La responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal funcionamiento de la Administración de Justicia, Editorial Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1993, pag.2.

CAPITULO II

Estudio Comparado de la noción de responsabilidad
del Estado en el diseño constitucional de
Colombia, Chile, España y Ecuador

Para realizar el estudio comparativo del derecho a la reparación y la responsabilidad del Estado en el diseño Constitucional de Colombia, Chile, España y Ecuador, así como para facilitar su lectura, el análisis se organiza en las siguientes categorías:

- 2.1. Fundamentos de la responsabilidad del Estado.
- 2.2. El tipo de responsabilidad que se plantea en el diseño constitucional de cada Estado.
- 2.3. Presupuestos normativos y condiciones en base a los cuales se puede demandar reparación.

2.1. Fundamentos de la responsabilidad del Estado

La responsabilidad suprema del Estado moderno se centra en normar la convivencia y proteger a las personas y los bienes, es decir brindar seguridad a sus asociados; el Estado tiene sentido y razón legítimos de ser, en la medida en que cumple estos propósitos que se resumen en la noción del bien común: esa es su responsabilidad.

Consecuentemente si el Estado no cumple con su misión suprema, pierde legitimidad y se torna ineficaz, y sí además se niega a reconocer y reparar las consecuencias de un ejercicio deficiente, inadecuado o arbitrario del poder, está sujeto a acrecentar sus niveles de deslegitimación, lo que afecta significativamente a la democracia y a la convivencia civilizada, puesto que se abre la posibilidad de que aquellas personas que no encuentran en el Estado ni la seguridad, ni la protección que éste les debe, justifiquen revelarse contra su autoridad o desconocerla abiertamente. En este sentido García Mendoza señala:

*“...es preciso superar todo resabio de impunidad del poder público. El perjuicio sufrido por los particulares como consecuencia de la actividad estatal, en ninguna medida constituye una carga constitucional que la víctima deba soportar en la indefensión”*²¹

²¹ Hernán García Mendoza, Obra citada, pag. 462.

En consecuencia el fundamento de la responsabilidad del Estado frente a los particulares por los daños y perjuicios que les irroga está vinculado a la esencia misma de la razón del ser del Estado, que es activar toda su institucionalidad para respetar y hacer respetar los derechos de las personas y procurar su ejercicio pleno.

El segundo fundamento de la responsabilidad estatal, constituye la obligación de respetar, hacer respetar y promover los derechos humanos, adquirida por el Estado ante la comunidad internacional mediante la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos.

Desde la perspectiva del *ius cogens*, el derecho internacional de los derechos humanos, alude al conjunto de derechos y obligaciones que se establecen entre los Estados para efectos de respetar, garantizar, proteger y promover los derechos inherentes a las personas que están bajo su jurisdicción. En este sentido, los Estados se obligan para con sus habitantes ante otros Estados y por lo tanto, los compromisos internacionales adquiridos le son exigibles a cada Estado por los individuos que están bajo su jurisdicción y por los otros sujetos del derecho internacional de acuerdo a las normas y procedimientos creados para tal efecto.

Siendo estos los grandes fundamentos de la responsabilidad del Estado comunes a cualquier Estado moderno, vale decir a cualquier Estado democrático, es preciso señalar que en algunos casos, como en el ecuatoriano, el Estado además se ha definido a sí mismo como Social de Derecho.

Desde esta perspectiva, dentro del derecho público y específicamente en el derecho constitucional encontramos una interpretación que amplía la responsabilidad del Estado cuando se ha caracterizado a sí mismo como social:

“Ante todo la calificación “Estado social” se configura como una cláusula de neto valor hermenéutico y como tal, dirigida a vincular a las autoridades y a ciudadanos en la interpretación de la totalidad del ordenamiento jurídico, tanto a la hora de indagar el sentido del derecho que ya existe cuanto en el momento de la determinación del sentido que debe informar el derecho que se produce...; obviamente, la obligación constitucional de tales autoridades, les vincula a optar siempre, en las alternativas que se enfrenten, por la solución que comporte un mayor grado de solidaridad social”... Ekekebart Stein ha recordado

*que la interpretación alemana de la cláusula “Estado Social” ha permitido esclarecer, al menos dos aspectos básicos de la dimensión hermeneútica de dicha fórmula a) la posibilidad de acogerse en la interpretación del ordenamiento al principio de la obligación social del Estado, es decir a **la presunción de responsabilidad pública en materia de prestaciones sociales y** b) la inclinación a establecer una conexión o modulación social de los derechos fundamentales”²²*

Salvando la especificidad de aquellos Estados que se declaran como sociales, cada diseño constitucional revisado integra los presupuestos del pacto social para la realización del bien común y los compromisos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos, para fundamentar su responsabilidad frente a los particulares.

2.2. El tipo de responsabilidad que se plantea en el diseño constitucional de cada Estado

De acuerdo al Diccionario Jurídico elemental de Guillermo Cabanellas la responsabilidad es definida como “ obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”

Planiol y Ripert señalan que hay responsabilidad civil “en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra”

La responsabilidad del Estado dice relación con la obligación por la cual debe reparar los perjuicios que ocasione a un particular en el ejercicio de su poder.

La doctrina ha distinguido la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado. La primera alude a todas las obligaciones legalmente adquiridas por el Estado con terceros mediante la suscripción de todo tipo de acto, convenio o contrato recíprocamente vinculante; así como a la posibilidad de terceros de exigir judicialmente el cumplimiento de lo acordado y de ser el caso el resarcimiento por el incumplimiento del Estado.

²² GARRORENA Angel, El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho, pág.101, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

La responsabilidad extracontractual del Estado no nace de un acto o contrato específico, sino que se origina en las obligaciones constitucionales de respetar, proteger y promover los derechos humanos; la de prestar servicios de calidad a sus asociados; y, las obligaciones adquiridas mediante la suscripción de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos.

Consecuentemente, si por el ejercicio del poder del Estado se vulnera los derechos de las personas o se presta inadecuadamente servicios públicos, éste tiene la obligación de reparar a quienes ha afectado.

La responsabilidad extracontractual del Estado frente a los particulares por los daños ocasionados por la acción u omisión de sus agentes, es conceptualizada de dos maneras:

i) La Responsabilidad Subjetiva.- Es aquella que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes que hubieren ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a los particulares. Para establecer la responsabilidad subjetiva se requiere probar obligatoriamente que el perjuicio fue ocasionado por el dolo o culpa del funcionario público.²³

La concepción de la responsabilidad subjetiva deja por fuera aquellos daños causados por la acción u omisión estatal en los que no haya mediado el dolo o la culpa de un funcionario público, esto es, aquellos daños que se pueden producir en el “normal” desempeño de los funcionarios públicos, esto implica que el Estado no se responsabilizará por el daño ocasionado y que consecuentemente se excluye toda posibilidad de reparación.

²³ Cabe señalar que inicialmente nos habíamos planteado la lectura de que la responsabilidad subjetiva del Estado consistía exclusivamente en proporcionar la vía legal de reparación, por medio de la cual el afectado demandaría en términos personales al agente del Estado que le causó el daño, exigiendo de éste la reparación correspondiente; en ese entendido se justificaría que se tenga que probar obligatoriamente el dolo o la culpa de dicho funcionario. Este planteamiento es abiertamente erróneo pues de ser así el Estado en la práctica evadiría toda responsabilidad concreta en cuanto a la reparación y la trasladaría a la persona que, ejerciendo cargo público, ocasiona el daño. Sin duda, es necesario que a través del derecho de repetición que le asiste al Estado, éste puede iniciar acciones contra los funcionarios en particular.

Un ejemplo puede ilustrar el enfoque que se ha planteado al analizar la responsabilidad subjetiva: en los casos de violación en los que la víctima es una mujer, el juez está facultado a autorizar el trámite de las pruebas que soliciten las partes. Si una de ellas solicita que se practique el examen de reconocimiento médico – legal por dos, tres, cuatro o N ocasiones, y el juez a su vez lo permite. Nadie podría afirmar, que en estricto sentido, la autorización para que se realicen los exámenes y su misma práctica es dolosa o culposa, puesto que no hay un tipo penal que así lo determine o una regla de derecho que lo impida; sin embargo, el sentido común nos indica que para una mujer la práctica del examen médico legal en todos los casos tiene efectos nocivos en tanto prolonga el trauma que la violación misma produjo; si este examen se reitera por varias ocasiones es evidente que la persona que se ve sometida a él está recibiendo un perjuicio real.

Desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva este perjuicio no sería imputable al Estado, ni siquiera a sus agentes a título personal, puesto que obraron dentro de lo que les era jurídicamente permitido y por supuesto sin dolo ni culpa. Pero el hecho es que existiría un perjuicio, al cual la víctima no está obligada jurídicamente a soportarlo. Perjuicio o daño del cual nadie se hace responsable.

ii) Responsabilidad objetiva.- Es aquella que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes que hubieren ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a los particulares. Para establecer la responsabilidad objetiva no se requiere probar el dolo o culpa del funcionario público, es suficiente con demostrar la existencia de daño y el vínculo de causalidad entre el perjuicio ocasionado y la acción del Estado.

Recogiendo el ejemplo planteado para demostrar la limitada cobertura de la responsabilidad subjetiva, por contrapartida, es preciso señalar que la responsabilidad objetiva si ampara a aquellos supuestos en que el daño se ha producido a consecuencia del obrar de un agente del Estado sin que tal actuación pueda ser calificada de ilegal ya sea por culpa o dolo.

La tendencia doctrinaria actual busca afianzar la responsabilidad objetiva del Estado sobre todo por considerar que la persona afectada se encuentra en una situación de desventaja frente al poder público, y por lo mismo la noción de reparación gira principalmente en torno a la víctima del daño.

“ Por este motivo Leguina habla del giro copernicano para referirse a la situación de la teoría de la responsabilidad que pone sus ojos sobre la víctima, y replantea la institución considerando como sujeto básico de esta no al autor material del daño, sino a la víctima que lo ha soportado”²⁴

Entonces al hablar de responsabilidad objetiva “No interesa averiguar si en la actuación hubo culpa, negligencia o cualquier otro factor subjetivo. La única prueba evidente que se ofrece es el daño sufrido, dato objetivo. (De ahí el nombre con que también se conoce a esta teoría). Probado el daño y la relación de causalidad, el juicio de responsabilidad surge automáticamente. El deber de indemnizar dimana directamente del daño sin más consideraciones”²⁵

2.2.1 Tipo de responsabilidad estatal en el caso colombiano

El Art. 90 de la Constitución colombiana expresa:

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

La legislación constitucional colombiana establece el principio normativo a través del cual **se consagra la responsabilidad objetiva del Estado**, sin embargo, en su jurisprudencia se desarrollan criterios encontrados respecto a su carácter objetivo o subjetivo, así contamos con dos fallos del Consejo de Estado que señalan:

“...La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular.”²⁶

²⁴ Ricardo Hoyos Duque, Obra citada, pag. 20.

²⁵ BID, pag. 22.

²⁶ Código Contencioso Administrativo, citado, pag. 204, Jurisprudencia, C.E. Sec. Tercera, Sent. Nov. 22/91, Exp. 6784. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

La segunda jurisprudencia dice: “...el artículo 90 de la Constitución Política no consagró una responsabilidad absolutamente objetiva del Estado y que, por el contrario, aún con base en dicha disposición la falla del servicio sigue siendo el régimen general de responsabilidad estatal, al lado del cual se reconoce la existencia de regímenes objetivos,... no puede indemnizarse todos los daños que sufran los particulares, sin que exista un título de imputación que permita atribuírselos a determinada autoridad estatal”²⁷

2.2.2. Tipo de responsabilidad estatal en el caso chileno

En el Art. 38 No. 2 de la Constitución Política de Chile se consagra la responsabilidad del Estado en un sentido **amplio y objetivo**, así:

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

2.2.3 Tipo de responsabilidad estatal en el caso español

El Estado español asume la institución de la **responsabilidad objetiva** y la integra en su diseño constitucional en el artículo 106 No. 2 que dice:

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

2.2.4 Tipo de responsabilidad estatal en el caso ecuatoriano.

Varias normas constitucionales recogen la responsabilidad objetiva del Estado en el caso de Ecuador (artículos 20, 21 y 22), sin embargo, el texto del artículo 20 expresa de manera amplia el alcance de la responsabilidad del Estado y determina **su carácter objetivo**:

²⁷ Ibid. pag. 193, Jurisprudencia, C.E. Sec. Tercera, Sent. Nov. 3/94, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Art. 20 “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”.

Las instituciones antes mencionadas tendrán, en tales casos, derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes”.

Cabe señalar, que en el caso ecuatoriano la normativa constitucional crea una situación bastante singular con respecto a la responsabilidad del Estado, debido a que responsabiliza a los concesionarios y delegatarios (en una suerte de delegación o traslado de la responsabilidad estatal) de los daños que ellos o sus funcionarios y empleados produzcan a terceros en el ejercicio de la delegación o concesión específica; sobre todo en los ámbitos de la indemnización por prestación deficiente de servicios públicos y en los casos de daño al medio ambiente (Art. 91)

2.3. Presupuestos normativos sobre la base de los cuales se puede demandar reparación

En este espacio se propone analizar los presupuestos normativos que se establecen en cada uno de los diseños constitucionales estudiados para configurar un reclamo jurídico de reparación. En este sentido las preguntas que nos hemos formulado son: quiénes son los agentes activos y pasivos de las conductas y hechos que dan origen a reparación?; cuáles son éstas conductas?; cuáles son los bienes jurídicos que se tutelan?; qué es necesario demostrar para determinar la responsabilidad del Estado?.

2.3.1. En el caso colombiano

Los agentes activos son las autoridades públicas según lo determina el art. 90 de la Constitución colombiana: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables **causados por** la acción u omisión de **las autoridades públicas...**”

Los sujetos pasivos.- Aunque en la normativa examinada no se establece explícitamente quienes son los sujetos pasivos de las conductas y hechos que dan origen a reparación, es razonable inferir que este universo está constituido **por todas las personas naturales** que consideran que han sufrido daños antijurídicos que le son imputables al Estado.

Las conductas y hechos dañosos que dan origen a reparación: están constituidas por **todas las acciones y omisiones** de autoridades públicas **que causen daños antijurídicos**²⁸

Es pertinente señalar que en el enunciado constitucional no se especifica si las acciones u omisiones de las autoridades públicas deben tener el carácter de antijurídicas. De ser así los daños que se ocasionen por las actuaciones de las autoridades públicas apegadas a la ley, aunque produzca un daño antijurídico, no serían susceptibles de reparación. En el supuesto contrario (si no se requiere de que las acciones omisiones sean antijurídicas), que es el que corresponde a una interpretación literal de la norma y a una lectura favorable a la vigencia de los derechos humanos, bastaría con demostrar que el daño causado es efectivamente antijurídico para que haya lugar a la reparación.

Los bienes jurídicos tutelados: tampoco existe en la normativa constitucional colombiana una referencia expresa a los bienes jurídicos tutelados cuya vulneración da origen a la reparación. Sin embargo, de la contextualización del artículo 90, se puede inferir que el daño que causa el Estado afectará a **todos los derechos fundamentales** que está obligado a proteger por mandato de la Constitución y de los Instrumentos internacionales vinculantes.

Por otro lado la amplia jurisprudencia²⁹ que existe en el Consejo de Estado

²⁸ Constitución de la República de Colombia, art. 90

²⁹ Al respecto, la Jurisprudencia colombiana consultada en uno de sus fallos reza: “Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada FALTA O FALLA DEL SERVICIO”, o mejor aún falta o falla de la administración, trátense de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad del Estado...” C.E. Sec. Tercera, Sent. Oct. 28/76, Código Contencioso Administrativo, pag. 194-3, octubre 1999, Bogotá.

(el equivalente del Tribunal Contencioso en el ordenamiento ecuatoriano) nos permite señalar que la responsabilidad del Estado también es exigible judicialmente por la **inadecuada prestación de los servicios públicos**.

Lo que se debe demostrar: En primer lugar que el daño efectivamente se haya producido; que dicho daño sea antijurídico, es decir que el afectado no tenga la obligación legal de soportarlo; y, que el daño sea imputable a la acción u omisión de las autoridades públicas, es decir que es preciso demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la actuación de los agentes del Estado.

Es necesario reflexionar sobre el carácter antijurídico que debe tener el daño y su relación con la posibilidad de exigir reparación, puesto que la antijuricidad implica necesariamente estar en oposición a la ley (no autorizado por la norma), consecuentemente si el daño provocado por la acción u omisión estatal no es contrario al ordenamiento jurídico, entonces no habría lugar a reparación.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que el daño se haya producido y sea ilegítimo en la medida que vulnere uno o más de los derechos fundamentales de las personas, aunque formalmente no sea antijurídico, es decir contrario al ordenamiento legal. Esta reflexión nos lleva a una tensión dinámica no resuelta entre las nociones de legitimidad y juridicidad, ya que no necesariamente todo lo jurídico o legal resulta legítimo.

Abonando en la posición de que el Estado debe reparar, en ciertos casos, por los daños producidos bajo la permisividad legal, ya sea porque han afectado derechos fundamentales o ya sea en razón de que el Estado ha faltado a la justa distribución de las cargas públicas, se ha generado la siguiente Jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia (1976):

“ Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad, que

debe reinar entre los sacrificios que importa para los administrados, la existencia del Estado.”

2.3.2. En el caso chileno

Los agentes activos: Son la **administración del Estado, sus organismos y las municipalidades** según lo establece el art. 38 numeral 2 de la Constitución de Chile.

Cabe señalar que la forma en que el artículo citado determina a los sujetos activos tiene la ventaja de no reparar en las personas, sino que vincula la responsabilidad del daño directamente a la institucionalidad del Estado, lo cual desde nuestra perspectiva favorece la implementación de la responsabilidad objetiva como una noción presente en el ejercicio del poder público; así como también favorece al ejercicio del derecho a la reparación en tanto, la norma constitucional, no exige como requisito previo la singularización de la responsabilidad personal (subjética) de los funcionarios públicos. En este sentido la Corte de Apelaciones de Chile en sentencia del 27 de diciembre de 1993, señaló:

“...la responsabilidad administrativa es una responsabilidad orgánica, lo que significa que la imputación del daño recae directamente en el órgano administrativo, esto es la Administración del Estado, en sus organismos o en las municipalidades”³⁰

Cabe anotar que los afectados podrán iniciar, sin perjuicio de las reclamaciones que dirijan contra el Estado, todas las acciones para la determinación de la responsabilidad individual del funcionario que realizó la acción dañosa, **dándole la calidad de sujeto activo para estos efectos**; en este sentido la redacción de la última parte del art. 38 numeral 2 señala “sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Los sujetos pasivos.- En el art. 38 numeral 2 se señala explícitamente que **“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos”** podrá efectuar

³⁰ GARCIA Hernán, Obra citada, pag. 60.

una reclamación al Estado por los perjuicios que éste le ocasione.

Las conductas y hechos dañosos que dan origen a reparación: El diseño constitucional chileno no establece expresamente qué conductas o hechos son los que producen daños que deban ser reparados por el Estado. Sin embargo de la expresión: “lesionada en sus derechos por la administración del Estado”, consignada en el art. 38 numeral 2, **posibilita inferir que es todo el conjunto de actuaciones de los sujetos activos que produzcan daño**, constituyen las conductas y hechos que dan origen a reparación.

Si esta lectura es correcta se tendrá que asumir que basta con demostrar que el daño, que no está obligado a soportar el afectado, se ha producido efectivamente. Independientemente de que la conducta o hecho que causa el daño sea o no antijurídica.

Los bienes jurídicos tutelados: La normativa chilena explícitamente señala que los bienes jurídicos cuya vulneración da lugar a reparación **son los derechos constitucionales**. Aunque no contamos con elementos que nos permitan afirmar que la cobertura de tutelaje constitucional engloba a los servicios públicos, podría interpretarse que los ciudadanos tienen el derecho a que el Estado les provea de tales servicios con calidad.

Lo que se debe demostrar: En primer lugar que el daño efectivamente se haya producido; que exista un nexo de causalidad entre el daño y la actuación del Estado.

A diferencia del caso colombiano, en el diseño constitucional chileno no se establece el requerimiento de probar la antijuricidad del daño (contradicción con la norma), basta con demostrar que se vulnera o violenta uno o más derechos constitucionales, lo que desde nuestra perspectiva deja en aptitud al juzgador de señalar, en determinados casos que, aunque el daño causado no es formalmente antijurídico si amerita reparación puesto que en lo sustancial, se ha afectado el ejercicio de uno de los derechos protegidos por la Constitución.

2.3.3 En el caso español

Cabe anotar que en la normativa constitucional española la responsabilidad del Estado, solo se ha expresado en una de las formas de reparación que es la figura de la indemnización.

Los agentes activos: La normativa española no efectúa una enumeración de los sujetos activos de las actuaciones que dan lugar a indemnización; sin embargo no resulta difícil colegir de la siguiente expresión “...siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos” (art. 106.2) que los sujetos activos **son aquellas personas que en el ejercicio de sus funciones encarnan el poder público o están investidos de él.**

Los sujetos pasivos.- En este caso la norma constitucional determina con amplitud pero con precisión quienes son los sujetos pasivos de las actuaciones estatales dañosas que dan lugar a indemnización, así se señala en la primera parte del art. 106. 2 “**los particulares, en los términos establecidos por la ley...**”

Las conductas y hechos dañosos que dan origen a reparación: El diseño constitucional español no establece expresamente qué conductas o hechos son los que producen daños que deban ser indemnizados por el Estado. Sin embargo de la expresión: “que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, consignada en el artículo 106.2, **posibilita inferir que es todo el conjunto de actuaciones de los sujetos activos que produzcan daño**, constituyen las conductas y hechos que dan origen a indemnización.

Al igual que en el caso chileno, la normativa española no formula requerimientos expresos para las conductas o hechos que causan el daño, por lo que se asume también para este caso que, es irrelevante a efectos de determinar la responsabilidad del Estado que el daño sea consecuencia de un obrar jurídico o antijurídico de quien encarna la autoridad pública.

Por otra parte la normativa española plantea una eximente a la responsabilidad del Estado en los casos en que el daño se produzca a consecuencia de fuerza mayor³¹

³¹ Es bien conocido que la fuerza mayor, hace referencia a la fuerza irresistible que ninguna voluntad humana puede prevenir, evitar, controlar y menos producir. Pues un terremoto que destruye viviendas, un huracán que arranca árboles o acaba con la vida de las personas o cualquier otro supuesto, no puede ser atribuible al Estado, nadie está obligado a lo imposible.

Los bienes jurídicos tutelados: La normativa española señala que los bienes jurídicos cuya vulneración da lugar a indemnización **son los derechos constitucionales, los bienes y la adecuada prestación de los servicios**

Lo que se debe demostrar: En primer lugar que exista una lesión (daño) que efectivamente se haya producido; que exista un nexo de causalidad entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos, además de que la lesión no se haya producido por razón de fuerza mayor.

2.3.4 En el caso ecuatoriano

Para efectos del análisis comparado acerca de la responsabilidad del Estado, trabajaremos principalmente con el art. 20 de la Constitución del Ecuador y lo vincularemos a las demás normas constitucionales que están relacionadas con la noción general de responsabilidad objetiva. Por lo tanto, los artículos 21 y 22 de la Carta Fundamental, que hacen referencia a formas específicas de responsabilidad del Estado en el ámbito del procesamiento penal, serán analizados más adelante al efectuar el estudio comparativo sobre este tema.

Los agentes activos: El diseño constitucional ecuatoriano incorpora significativas innovaciones con relación a los sujetos activos de las acciones que dan lugar a responsabilidad del Estado, diversificando las posibilidades y extendiéndolas desde la tradicional fórmula de **los funcionarios y empleados públicos, hasta los particulares en los casos que sean delegatarios y concesionarios del Estado.**

Art. 20 “Las instituciones del Estado, sus **delegatarios y concesionarios**, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus **funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos...**”

En cuanto a los funcionarios públicos (desde nuestra perspectiva incluye a las autoridades públicas), si se relaciona lo mencionado en el primer inciso del artículo 20 con lo establecido en el inciso 3 del artículo 92 de la Constitución, es claro que para este diseño constitucional el concepto de funcionarios públicos se extiende no solo a aquellos que forman parte de las tres funciones del Estado, sino también a quienes desempeñan autoridad seccional o están empleados en organismos seccionales.

Art. 92. Inciso 3

“El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.”

Además, se entiende que la responsabilidad de los funcionarios públicos, y consecuentemente la responsabilidad del Estado, se extiende a todas aquellas personas que ejercen función o autoridad pública, aunque pertenezcan a organismos autónomos mixtos o de cualquier otra índole, en este sentido el artículo 120 de la Constitución señala:

Art. 120.

“No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones.

El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia”

Por otra parte, de la redacción del primer inciso del artículo 20 de la Constitución de la República, se colige que cuando por delegación o concesión del Estado, los particulares asumen la prestación de servicios públicos, adquieren también la responsabilidad de indemnizar a las personas cuando por una prestación ineficiente de tales servicios, se vulneren los intereses de los usuarios, aunque quienes hayan realizado la acción u omisión dañosa no tengan un vínculo directo con la administración del Estado o tampoco ejerzan autoridad pública.

Aparentemente, la responsabilidad de los concesionarios y delegatarios del Estado a la que se refiere el primer inciso del artículo 20, está vinculada exclusivamente a la prestación de los servicios públicos, sin embargo, el propio diseño constitucional en el artículo 91 amplía la responsabilidad de los particulares que hayan recibido concesión o delegación, cuando en el ejercicio de éstas hubieren producido daños ambientales, por el cual deben indem-

nización a quienes hubieren perjudicado.

Art. 91 inciso 1

“ El Estado, sus delegatarios y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales, en los términos señalados en el Art. 20 de esta Constitución”

Los sujetos pasivos.- son tres los términos que se han utilizado en el diseño constitucional ecuatoriano para designar a los sujetos pasivos de aquellas acciones dañosas en las que hay lugar a la responsabilidad del Estado: **los particulares** (Art. 20); **los habitantes** (Art. 92.); **la colectividad** (en tanto la función pública constituye un servicio a la colectividad, Art. 120).

Las conductas y hechos dañosos que dan origen a reparación: en el artículo 20 de la Carta Política la responsabilidad del Estado para indemnizar perjuicios se centra en dos conductas: **perjuicios ocasionados por la prestación deficiente de servicios públicos y perjuicios ocasionados por los actos (acciones y omisiones) de sus funcionarios y empleados.** Hay que señalar que la deficiente prestación del servicio no necesariamente se origina en una acción u omisión de las personas encargadas de proporcionarlos, sino que puede originarse en lo que se denomina una falla anónima del servicio, en este sentido Eduardo García señala:

“no se individualiza la falta sino que basta una falla anónima del servicio, no una falta o falla humana, sino un comportamiento anormal del aparato”³²

Sin embargo, no son las únicas conductas o hechos dañosos en los que el Estado tiene responsabilidad, adicionalmente están: **la producción y comercialización de bienes de consumo, cuando las condiciones del producto no correspondan a la calidad y descripción publicitada, y que se realicen en uso del poder público,** como se colige de la redacción del segundo inciso del artículo 92.

“... Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comer-

³² Eduardo García Enterría, citado por Javier Tamayo Jaramillo, La responsabilidad del Estado, Editorial Temis, Bogotá, 1997, pag. 65.

cialicen bienes de consumo serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta...”

Una lectura inicial del inciso citado podría producir la impresión de que el ámbito de cobertura de esta disposición alcanza solamente a las personas particulares, sin embargo, todas las personas que en ejercicio de la autoridad del Estado producen y comercializan bienes de consumo, están obligadas civil y penalmente como lo menciona esta disposición, pero además por hacerlo en virtud de su potestad pública dan lugar a la responsabilidad del Estado en caso de que los productos tengan condiciones distintas a las que se publicita, a consecuencia de lo cual se pueden producir perjuicios adicionales, lo que en este supuesto específico implica la “reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de los bienes y servicios...” (Art. 92. Inciso primero).

Otra de las conductas que da lugar a responsabilidad, en éste caso de los delegatarios y concesionarios del Estado, es **el conjunto de acciones u omisiones que tales delegatarios y concesionarios o sus agentes realicen y a consecuencia de las cuales se produjera daño ambiental**, como se colige del artículo 91 de la Constitución. Por lo que la responsabilidad del Estado ha sido trasladada a los delegatarios y concesionarios

Para terminar, es pertinente señalar que la responsabilidad del Estado incluye a **todas aquellas conductas de los funcionarios públicos que vulneren, pongan en riesgo ilegítimo o dañen los derechos humanos** de las personas, en virtud de la garantía expresa que se hace al ejercicio libre y eficaz y al goce de éstos derechos sin discriminación alguna en los artículos 16, 17 y 18 en sus incisos 2 y 4; así como todas **las conductas que vulneren, pongan en riesgo ilegítimo o afecten dañosamente el derecho a la seguridad social**, en virtud del deber primordial del Estado consignado en el artículo 3.2 de la Constitución.

Los bienes jurídicos tutelados: Del análisis efectuado en el acápite anterior se tiene que en lo referente a la responsabilidad estatal, los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento constitucional ecuatoriano están consignados en los arts. 3.2, 16,17,18, 20, 91, 92 y 120, y son específicamente: **los derechos humanos y la seguridad social, la prestación de servicios públi-**

cos, el medio ambiente y los derechos de los consumidores (Cuando los bienes han sido producidos y comercializados en ejercicio de la potestad pública).

Lo que se debe demostrar: Básicamente que exista un perjuicio, vulneración de derechos o daño; que se determine un nexo de causalidad entre el daño producido y la actuación del Estado, sus agentes, concesionarios y/o delegatarios.

En lo referente a la adecuada prestación de servicios públicos a la que está obligado el Estado, el art. 92 de la Constitución establece tres formas de eximir al Estado de la responsabilidad por los daños causados en la prestación de estos servicios, que contemplan los casos en que el daño se produjera por catástrofes, caso fortuito y fuerza mayor.

2.4. Nociones básicas de los supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal

Dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado que se canaliza a través de la Administración de Justicia se han reconocido tradicionalmente dos tipos distintos de responsabilidad:

Dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado que se canaliza a través de la Administración de Justicia se han reconocido tradicionalmente dos tipos distintos de responsabilidad:

- La responsabilidad **IN IUDICANDO**.- Es aquella que se deriva del ejercicio de la potestad jurisdiccional, en el sentido más estricto, ésta es la llamada responsabilidad del Estado por Error judicial.
- La responsabilidad **IN PROCEDENDO**.- Es aquella que se refiere a supuestos más vagos, no siempre asociados al concepto puro de potestad jurisdiccional, al ser producto del ejercicio de la actividad administrativa por parte de los órganos auxiliares de la justicia.³³

³³ Guido Santiago Tawil, obra citada, pag. 53.

Desde esta perspectiva las figuras jurídicas que han sido trabajadas en torno a la responsabilidad del Estado en el procesamiento penal son básicamente:

- i) Error Judicial;
- ii) Inadecuada Administración de Justicia; y,
- iii) Privación Injusta de la Libertad. (Detención arbitraria y prisión de un inocente)

i) El error judicial.

La responsabilidad del Estado in iudicando se ha desarrollado doctrinalmente a través de la figura del error judicial. Desde nuestra perspectiva esta figura implica solamente el caso en el que el juzgador en materia penal haya emitido una sentencia condenatoria en contra de una persona inocente ocasionándole perjuicios ilegítimos.

Sin embargo, existen criterios doctrinarios que han conceptualizado al error judicial de una manera diferente, ampliando su cobertura en dos sentidos, por una parte el error judicial no solo se cometería en los casos de sentenciar condenatoriamente a un inocente en un juicio penal, sino también en todos aquellos casos en que la administración de justicia en cualquier materia (civil, administrativa, laboral, etc.) ha fallado contrariamente a derecho; y por otra parte, la figura del error judicial englobaría no solo a aquel que se comete al emitir una sentencia condenatoria en contra de un inocente, sino a todas las providencias emitidas por un juez penal que privan injustamente de la libertad a un inocente. Desde esta perspectiva dentro del error judicial cabrían los supuestos de una persona que ha sido privada de la libertad por un lapso de tiempo, a través de medidas preventivas y que finalmente es liberada por un auto de sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria. En este sentido, Hernán García identifica dos concepciones del error Judicial, una amplia y otra restringida:

En su concepto amplio “El error judicial es el falso concepto que tiene el juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso. En sentido amplio, el error judicial puede presentarse no solo en el proceso penal, sino también en lo civil y en cualquier otro proceso judicial. Comprendería, por tanto, no solamente los perjuicios producidos en el inocente, sino también los errores o faltas que afecten al culpable. Puede además incluir tanto el error de hecho como de derecho.”

En su concepto restringido el error judicial “consiste en aquel cometido durante el proceso criminal como consecuencia de un procesamiento o condena injusta, en perjuicio de una persona cuya inocencia se comprueba con posterioridad, dictándose el correspondiente sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria”.³⁴

Las razones que nos llevan a afirmar que el error judicial debe circunscribirse solo a los casos en que el juzgador en sentencia a condenado a un inocente son, en primer lugar, que cabe la posibilidad de que una persona involucrada en un proceso penal sea privada de su libertad mediante un acto legítimo del juez de la causa, por haberse cumplido los requisitos que fundamentan dicha privación; sin embargo, en el desarrollo del proceso penal el Juez llega a la firme convicción de que el detenido no tiene responsabilidad penal en el hecho que se juzga y consecuente con su convicción dicta el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria.

En este supuesto, no existe un error (judicial) en el procesamiento de la causa, puesto que la orden de prisión preventiva reunía los fundamentos y presupuestos exigibles para su emisión, y menos puede haber error en el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria por la cual se ordena la libertad del sindicado, puesto que esta se fundamenta en la convicción de su inocencia fruto de las pruebas aportadas al proceso.

Con estas afirmaciones no estamos asumiendo que la prisión injusta de un inocente que termina por sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo deba quedar sin reparación, sino que la responsabilidad del Estado por éste hecho debe enmarcarse en la categoría de privación injusta de la libertad, que engloba aquellos supuestos por los cuales una persona es privada de su libertad en uso legítimo de la potestad jurisdiccional, sin embargo de lo cual sufre un perjuicio o daño ilegítimo, por el hecho de ratificarse posteriormente que era inocente.

Esta reflexión nos devuelve a la discusión sobre los requerimientos para configurar la responsabilidad objetiva del Estado, cuando por las acciones u omisiones de sus agentes han causado un daño o perjuicio que el sujeto pasivo no estaba obligado a soportar.

³⁴ GARCIA Hernán, Obra citada, pag. 224.

Como se recordará la afirmación de que ha existido un daño ilegítimo no depende del carácter jurídico o antijurídico de las actuaciones de los agentes del Estado, sino de la vulneración o violentamiento que sufrió el derecho de la persona a la cual se dirigió esa actuación, en este caso la persona privada de la libertad, una vez que se haya declarado su inocencia, tiene el derecho a que el Estado le repare todos los perjuicios que le hubiera ocasionado, como por ejemplo, lo imputable al lucro cesante, el daño emergente, el daño moral, etc.

En cuanto a los supuestos en que efectivamente, la privación de libertad de una persona es producida en base a una orden del juzgador ilegalmente librada (no cumple los requerimientos y formalidades que fundamentan la orden de privación de libertad) cabría reflexionar si este acto del juez es un error judicial o si más bien cae en el campo de las infracciones al debido proceso o de las que configuran la detención arbitraria.

Desde nuestra perspectiva consideramos que la privación de la libertad ordenada ilegalmente por el juzgador constituye una forma de detención arbitraria, independientemente de que termine en una sentencia condenatoria o absolutoria, ya por sí misma da origen a reparación en tanto vulnera los derechos del sindicado; y que por lo tanto no refiriéndose a lo principal en el proceso, que es decidir sobre la culpabilidad o inocencia del sindicado, sino sobre la legitimidad de la privación de la libertad, debe ser tratada como un asunto que se enmarca dentro de la categoría de la privación arbitraria de la libertad, o si se prefiere, desde los presupuestos de una infracción al debido proceso en la que el Estado tiene responsabilidad.

Una vez que se ha dejado constancia de estas reflexiones se hace necesario seguir trabajando los demás elementos del error judicial. En esta dirección continuaremos señalando aquellos factores o condicionamientos que determinan la producción del error judicial, al respecto Guido Tawil señala como factores del error judicial los siguientes:

- Errónea apreciación de los hechos.
- Mal encuadramiento de las circunstancias fácticas en el Ordenamiento Jurídico.
- Utilización errónea de las normas legales.

Recogiendo las puntualizaciones de Tawil, la errónea apreciación de los hechos se produce cuando el juzgador ha efectuado una inadecuada valoración³⁵ de las circunstancias y condiciones (demostradas en el proceso) en que se realizó la conducta típica que está sometida a juicio.

El mal encuadramiento de la circunstancias fácticas con el ordenamiento jurídico, alude al ejercicio de adecuación típica que el juzgador debe efectuar con respecto a la conducta que efectivamente realizó el sindicado.³⁶

Respecto del ejercicio de la adecuación típica, Bacigalupo señala:

“La comprobación de que el comportamiento infringe una norma es materia propia de la “tipicidad”, es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho que es presupuesto de la pena contenido en la ley.³⁷⁴

Se ha planteado una reflexión para los casos en que el juzgador a través de una inadecuada subsunción de la conducta descrita en el tipo penal, beneficia ilegítimamente al responsable de una infracción, asignándole una pena menor a la que le correspondería en derecho. Lo cual no deja de ser un “error judicial” (en la medida que se produce sobre la cuestión esencial en todo proceso penal: la responsabilidad del sindicado) que, aunque no perjudica a un inocente, si causa lesión a la justicia y a las expectativas que sobre ella hayan formado los afectados por el delito.

³⁵ Aunque no se puede establecer un catálogo de casos en los que se produce una inadecuada valoración de los hechos, a manera de ejemplo considérese el supuesto de una persona que mediante una prueba técnica logra demostrar que las huellas dactilares encontradas en el arma homicida no son las suyas, sin embargo, el Juez asume que es responsable del hecho que se le imputa basado en evidencia circunstancial, tal el caso de testimonios que ubican al sindicado cerca del lugar de los hechos, las referencias testimoniales de que el sindicado tenía motivo para cometer el asesinato, etc.

³⁶ También a manera de ejemplo, podríamos citar el caso en que un juzgador bajo la figura típica del perjurio, sentencia a una persona a una reclusión menor de tres años y seis meses, cuando en los hechos lo que el sindicado cometió fue falso testimonio, pues su declaración aunque fue formulada ante autoridad competente, la hizo sin juramento en un proceso que no era penal, debiendo corresponderle una sentencia que iría de 1 a 3 años.

³⁷ BACIGALUPO Enrique, Obra citada, pag. 79.

Cabe preguntarse si este “error judicial”, cometido dolosa o culposamente por el juzgador, da lugar a que quienes se sientan afectados por una sentencia injusta, tengan la posibilidad de responsabilizar al Estado, y por supuesto al funcionario en concreto, del daño que se les ha causado y consecuentemente queden en aptitud de reclamar reparación.

El ultimo factor considerado por Tawil, hace referencia a la utilización errónea de las normas legales en materia penal, es decir a fallar en contra de derecho.³⁸

Para que a consecuencia de un error judicial se establezca la responsabilidad del Estado y por lo tanto se pueda reclamar reparación, es necesario que se declare el daño causado, se valore el mismo y se establezcan las formas en que debe ser reparado y, que el error judicial no sea atribuible al afectado.

No existen pautas doctrinarias que definan taxativamente las vías y o mecanismos para declarar el daño causado por error judicial. En la mayoría de los casos se acepta la resolución favorable al recurso de revisión, en la que se declara la inocencia del sindicado, como el título de imputación para establecer los perjuicios ocasionados.

Cuando se hace referencia, a la valoración del daño, se alude al examen de la integralidad de los perjuicios que se le han ocasionado al afectado; en este sentido, aunque tradicionalmente se considera que el daño causado por error judicial, se circunscribe a la prisión de un inocente, que se repara generalmente a través de una indemnización en la que se considera solo el lucro cesante y el daño emergente, y, excepcionalmente el daño moral, habría que considerar, si la privación de la libertad, ocasionó eventualmente otros perjuicios tales como: ruptura de vínculos familiares, sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, vulneración de la honra, entre otros; en cuyo caso también tendrían que valorarse estos otros daños para ser reparados.

³⁸ También a manera de ejemplo: los delitos informáticos cometidos a través del internet, todavía no han sido tipificados en el Ecuador, sin embargo, el juzgador asume que, habiéndose probado técnicamente que una persona X, usando el internet, es la responsable de haber ocasionado ingentes perjuicios a equipos de propiedad del Estado, le impone una pena privativa de libertad, vulnerando en su sentencia el principio de legalidad contemplado en el art. 2 del Código Penal.

Por otra parte, aunque no se ha expresado doctrinariamente la posición de que el daño deba valorarse en determinados casos, también de acuerdo a ciertos condicionamientos específicos de los afectados, nos parece relevante y necesario que al momento de valorarse el daño y determinarse las formas de reparación se tome en cuenta por ejemplo: condicionamientos de género, minoría de edad, estado de salud, pertenencia a una minoría sexual, pertenencia a una minoría étnica, con el objeto de determinar si estos condicionamientos magnificaron o diversificaron el daño de una forma especialmente lesiva.

En cuanto a las formas de reparación, no existe un catálogo cerrado que las identifique. En esa consideración y desde nuestra perspectiva creemos que las formas de reparación deberían estar necesariamente vinculadas a la identificación y valoración integral de los daños causados.

Finalmente, se requiere que el error judicial no sea atribuible al afectado, es decir, que este no lo haya propiciado dolosa o culposamente.

ii) Inadecuada administración de la justicia

La responsabilidad del Estado respecto de proveer una adecuada administración de justicia se fundamenta en que éste ejerce el monopolio de la potestad jurisdiccional y en esa medida está obligado a proporcionar con arreglo al ordenamiento jurídico un procesamiento adecuado, oportuno y eficaz de los conflictos sociales que se pone a su consideración. Desde esta perspectiva coincidimos con el criterio vertido por Eustorgio y Mauricio Sarriá:

“precisamente por ser el servicio de justicia uno de los servicios básicos o primarios de la colectividad, y el acto jurisdiccional que es un producto, uno de los de mayor importancia en el ordenamiento jurídico, su funcionamiento debe ser completamente normal, y en caso contrario si se causa daño, el Estado debe repararlo”

La responsabilidad in procedendo, cuando es ejercida indebidamente, adquiere la denominación doctrinaria de inadecuada administración de justicia, que desde nuestra perspectiva alude en lo fundamental a las infracciones de las normas del debido proceso, en este sentido John Rawls y Lord Denning aportan las siguientes definiciones:

Según Rawls el debido proceso es “aquel razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de forma consistente con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias»³⁹

De su parte Denning señala que el debido proceso se refiere a “todas las medidas autorizadas por la ley para mantener puro el arroyo de la justicia: para que los procesos sean conducidos en forma justa, para que los arrestos y búsquedas o allanamientos sean efectuados propiamente, para que existan recursos a disposición de las partes y que las demoras innecesarias sean eliminadas”⁴⁰

Las infracciones al debido proceso se producen en razón de una deficiente calidad de los juzgadores (insuficiencia técnica – jurídica para valorar y procesar los casos puestos a su conocimiento); en razón de los factores ilegítimos⁴¹ que eventualmente operan en las prácticas de administración de justicia, por las cuales el juzgador parcializa su actuación; y, las que por actuaciones que se originan en las prácticas y condicionamientos del propio aparato burocrático.

Con relación a la última modalidad señalada para vulnerar el debido proceso Tawil señala:

... “engloba, además, la responsabilidad que se origina como consecuencia de los daños producidos por el funcionamiento de la máquina burocrática en sí, dada la carga asumida por el Estado de asegurar una buena organización del servicio de justicia”⁴²

iii) Privación injusta de la libertad

Bajo la noción de la privación injusta de la libertad se engloba los siguientes supuestos:

³⁹ Oviedo Amparo. Principios fundamentales del Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso en el Derecho Colombiano, pag. 4, s/f, s/e.

⁴⁰ BID. pag. 5

⁴¹ Ver en el presente estudio el acápite correspondiente a la sistemática deficiencia de las prácticas jurisdiccionales pag. 3

⁴² Tawil, Obra citada, pag. 73.

- a) La detención arbitraria; y,
- b) La privación injusta de la libertad en estricto sentido (prisión de un inocente)

a) La detención arbitraria.

A su vez esta figura abarca a lo que en doctrina se conoce como detención ilegal⁴³, y a aquellas detenciones que cumpliendo con lo preceptuado en el ordenamiento jurídico afectan ilegítimamente a derechos fundamentales.

Los supuestos que configuran una detención ilegal son:

- Las detenciones que se efectúan en un uso indebido del poder y la autoridad de la que son depositarios los funcionarios públicos, o las detenciones efectuadas por particulares con anuencia o complicidad de la autoridad estatal. Así por ejemplo, el caso en el que un agente que pertenece a las fuerzas de seguridad del Estado efectúa injustificadamente, por sí y ante sí, la detención de un particular (salvo los casos que la ley se lo permita como: delito flagrante, evasión de un reo, etc.); aunque este tipo de detención ilegal no necesariamente está vinculada al procesamiento penal, la experiencia nos indica que para ser justificada, generalmente se inician a partir de tal detención procesamientos penales, y esa es la razón por la cual se incluye en el ámbito de nuestra investigación. La detención ilegal realizada por agentes de la fuerza pública, independientemente de que de origen a un juicio penal en contra del afectado, constituye por sí misma una grave violación al derecho a la libertad de las personas, en la que el Estado tiene plena responsabilidad y consecuentemente da lugar a reparación;

⁴³ “...dentro de un Estado de Derecho sólo pueden efectuar detenciones los agentes de la autoridad pública o quienes estén legitimados para ello, de manera que toda detención que se aparte de esta premisa será considerada ilegal. Así mismo, la detención será considerada ilegal si los motivos para efectuarla no se ajustan a lo preceptuado en la Constitución o la ley, o si se prolonga por un plazo mayor al previamente establecido”. Comisión Andina de Juristas, Protección de los Derechos Humanos, Lima, 1997, pag. 104, citando a Ruiz Navarro Pinar

- Las detenciones (provisionales⁴⁴ o preventivas⁴⁵) ordenadas por el juzgador, sin que se cumplan los requisitos y formalidades que exige la ley.
- Las detenciones (provisionales o preventivas) que se mantengan aunque los plazos legales de duración de estas medidas hayan finalizado. En relación a este último literal, cabe señalar que no todas las legislaciones han incorporado la determinación precisa de plazos y términos para delimitar la duración de la prisión preventiva, sin embargo, existen formas aleatorias para determinar la duración de ésta medida, tales como los preceptos constitucionales, la normativa internacional sobre este aspecto específico, y, la razonabilidad de la medida en función de los bienes jurídicos que se busca proteger en el proceso.

Todos los supuestos de la detención ilegal implican arbitrariedad, en razón de que afectan injustificada e ilegítimamente derechos fundamentales, y lo hacen en uso de la autoridad y poder públicos, ya sea que esta se ejerza a través de los cuerpos de seguridad o de los operadores de justicia. Al mismo

⁴⁴ De acuerdo a Jorge Zavala Baquerizo la Detención Provisional “es un acto cautelar esencialmente extraprocesal, por el que el titular del órgano jurisdiccional penal, priva temporalmente de su libertad a una persona de quien se sospecha ha intervenido activamente en la comisión de un delito, a fin de proceder a una investigación integral del mismo” .

Se caracteriza por ser una medida cautelar extraprocesal, pues no surge con relación al proceso penal sino como directa consecuencia del conocimiento de la comisión de un delito.

⁴⁵ La *Prisión Preventiva* es una medida cautelar de carácter personal, esencialmente procesal que emana del juez o tribunal competente y que limita la libertad del encausado o sindicado mientras se tramita el proceso siempre que haya indicios que hagan presumir la existencia de una infracción castigada con pena privativa de la libertad e indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito.

La prisión preventiva tiene como finalidad esencial la inmediación del sindicado con el proceso, buscando “asegurar que el detenido este a órdenes del juez; evitar que se altere la verdad, se forjen pruebas; evitar la fuga del presunto autor del delito”

Ahora bien, Carnelutti advierte que “la custodia preventiva tiene verdaderamente, según la mens legis, el valor de una expiación anticipada” y que en su criterio “La custodia preventiva no puede ser dispuesta a otro fin que no sea el de poner a disposición del juez la prueba constituida por la persona del acusado y por eso no puede definirse de otra manera que como una medida cautelar”

tiempo estos supuestos constituyen también infracciones al debido proceso, y aunque consideramos que es preferible enfocar este tipo de violaciones desde la noción de la detención arbitraria, nada impide que la acción de reparación se finque en el argumento de que el daño causado se originó en la vulneración a las normas del debido proceso.

Cabe señalar que cada uno de los supuestos mencionados, por sí mismos dan lugar a la reparación por parte del Estado, independientemente de que en el desarrollo del proceso, se establezca la culpabilidad o inocencia del afectado

La detención es arbitraria también cuando un condenado luego de cumplir la pena impuesta continúa privado de su libertad o en aquellos casos en los que a pesar de cumplir los requisitos formales para limitar la libertad de las personas, se afectan derechos fundamentales.

Un ejemplo podría ilustrar nuestra posición al respecto: supongamos que en legislación secundaria se prohíba las manifestaciones públicas, rituales o religiosas de determinadas minorías étnicas, por considerarlas contrarias a las buenas costumbres; y en función de esta prohibición se ordena la detención provisional o preventiva de quienes en uso legítimo de su derecho a la cultura, la realizan en un sitio público. En esta línea la Comisión Andina de Juristas se ha pronunciado de la siguiente forma:

“De lo expuesto, se puede concluir que la detención arbitraria es aquella que, aún amparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho. Lo “arbitrario” constituye, de esta manera un concepto más amplio, que incluye supuestos tanto de legalidad como de ilegalidad de la detención. En este orden de ideas, existen detenciones que pueden ser legales pero que derivan en arbitrarias, pues son llevadas a cabo según los procedimientos, requisitos y condiciones formalmente establecidas en el ordenamiento jurídico pero que contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.”⁴⁶

En el caso hipotético propuesto, no debe valorarse la legalidad formal de la

⁴⁶ Comisión Andina De Juristas, Obra citada, pag. 106.

orden de detención, sino la afectación que sufren los detenidos por hacer uso de un derecho fundamental reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo cual la detención resulta arbitraria, lo mismo puede suceder, por ejemplo, cuando alguien es impedido de manifestar su posición ideológica, su orientación sexual, etc. Al respecto son interesantes las puntualizaciones que ha efectuado del Comité de Derechos Humanos de la ONU recogidas por la Comisión Andina de Juristas:

“...el Comité de Derechos Humanos ha señalado que no se debe identificar el concepto “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley” sino que aquel debe interpretarse de manera más amplia a fin de que abarque elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”⁴⁷

b) Privación injusta de la libertad en estricto sentido (prisión de un inocente)

Los supuestos que abarca esta figura comprenden aquellas privaciones de la libertad, independientemente de que se hayan o no realizado conforme a derecho, pero que terminan con un auto de sobreseimiento definitivo, o con una sentencia absolutoria.

El sustento de esta figura es que una persona inocente no debe asumir una carga pública que afecte injustificadamente sus derechos (vale decir una carga ilegítima), pero, si es que en los hechos ha sucedido así, el Estado tiene la responsabilidad de reparar los perjuicios ocasionados a consecuencia de su obrar, y para tal efecto resulta irrelevante que las actuaciones de los funcionarios que dieron origen a la vulneración del derecho sean legales o no.⁴⁸

Cuando se hace referencia al sobreseimiento definitivo, se alude a los supuestos en que dicho sobreseimiento ha sido librado provisionalmente, pero que a consecuencia de haberse cumplido los requisitos de tiempo determinados en la ley, se convierte en firme o definitivo; y entra en esta denominación de sobreseimiento firme aquel que se ha librado con carácter de definitivo, porque no existen los fundamentos para responsabilizar al procesado en la comisión del delito.

⁴⁷ Ibid. pag. 104

⁴⁸ Ver acápite correspondiente a responsabilidad objetiva del Estado

Es necesario señalar que puede producirse el caso de que dentro de un proceso penal, el juzgador disponga a través de una mera boleta de excarcelación la libertad de uno de los procesados, sin que en el fallo o resolución se mencione a la persona que obtuvo la libertad a través de la orden de excarcelación, es decir que no se establezca, ni la inocencia, ni responsabilidad de algún tipo con respecto a esta persona en concreto. Entonces, cabe preguntarse, si hay lugar a reparación por el tiempo que esta persona permaneció privada de la libertad.

Desde nuestra perspectiva efectivamente se configura la privación injusta de la libertad y por tanto, el Estado tiene la responsabilidad, en este caso, de reparar los perjuicios ocasionados, en tanto estos son o resultan ilegítimos. Lo mismo debería aplicarse a los casos en que a prescrito la causa o se ha archivado el proceso, sin que el procesado haya obtenido una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo, sino solo una mera boleta de excarcelación.

2.5. Estudio comparado de la responsabilidad del Estado en asuntos referentes al procesamiento penal

Para efectos del presente estudio comparativo se ha estructurado un esquema sobre la responsabilidad del Estado en el procesamiento penal de Colombia, España, Chile y Ecuador, cuya legislación se ha examinado. Este esquema responde a los siguientes ejes comunes de análisis:

- a) Supuestos de la responsabilidad del Estado en el procesamiento penal;
- b) Vías jurídicas a través de las cuales se declara la existencia del daño y se canaliza las acciones de reparación;
- c) Formas de reparación operantes en cada ordenamiento jurídico.

2.5.1. En el caso colombiano

2.5.1.1 Supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal

La legislación colombiana ha establecido con precisión los casos en que el

Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados a consecuencia de un obrar de sus funcionarios judiciales, así el art. 65 de la Ley 270/96 señala:

“De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado **responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad».**

En relación al error jurisdiccional, la legislación anteriormente citada, en el art. 66, lo define así:

“Error Jurisdiccional. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”

Cabe mencionar que del texto del artículo precedente se establece una concepción amplia del error jurisdiccional que se expresa (como lo había señalado en el acápite de las nociones básicas sobre los supuestos que fundamentan la responsabilidad del Estado en el procesamiento penal) en que éste rige en cualquier materia no solo en la penal y que abarca no solo aquel que se comete al emitir una sentencia condenatoria de un inocente, sino todas las providencias judiciales emitidas por un juez penal que priven de la libertad injustamente a un inocente⁴⁹. En este sentido, el artículo 67 de la Ley 270/96 señala:

“Presupuestos del error jurisdiccional. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1.- El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los supuestos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

⁴⁹ Ver el acápite correspondiente a Error Judicial dentro del título Nociones básicas de los supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal.

2.- La providencia contentiva del error deberá estar en firme”.

El artículo 70 de este mismo cuerpo legal señala:

“ Culpa exclusiva de la víctima. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos casos se exonerará de responsabilidad al Estado”.

El último artículo citado hace referencia a que el error judicial no sea propiciado dolosa o culposamente por la víctima, en cuyo caso no cabe responsabilidad del Estado.

De la lectura del primer inciso del artículo 67, queda claro que para los casos en los que el juzgador mediante providencia judicial priva ilegalmente de la libertad a una persona, no es necesario que se haya interpuesto recurso alguno para que haya lugar a la responsabilidad del Estado, en estos casos basta con demostrar que la orden de la privación de libertad es ilegal, y en tanto tal, por sí misma da origen a responsabilidad patrimonial del Estado.

Sin embargo de la protección que se hace a la libertad de las personas en el primer inciso del artículo 67, queda por fuera de tal protección la privación ilegítima de la libertad que se ha concretado a través de una providencia legalmente emitida, pero que en lo sustancial vulnera derechos fundamentales. Aunque en los comentarios a la jurisprudencia y legislación colombiana se han desarrollado argumentos para sostener que estos perjuicios no son reparables en razón de que constituyen cargas públicas que los ciudadanos deben soportar, en este sentido se señala:

“ Se sostiene en otra jurisprudencia del mismo Tribunal que para que un quebranto patrimonial sufrido por un particular revista el carácter de perjuicio indemnizable, se necesita, sin embargo, la antijuricidad del perjuicio; así en situaciones de orden público, los ciudadanos tendrían que soportar, bajo ciertas circunstancias, las dificultades que el control de ese orden público puedan causarse. La ley permite en ciertos casos la retención de personas, el allanamiento, la requisa, la retención preventiva de ciudadanos. En estos casos se causa un perjuicio, pero dadas las circunstancias, la persona tendría el deber de soportarlos. (Consejo de Estado, Sec. Tercera, Sent. feb. 3-94)

Desde nuestra perspectiva, en efecto los ciudadanos tienen que soportar ciertas cargas públicas que contribuyen al mantenimiento del orden público, tales como las requisas o las órdenes de allanamiento; sin embargo, el sentido común nos indica que hay una enorme distancia moral, jurídica y social entre los perjuicios ocasionados por un allanamiento domiciliario o una requisita de armas en el vehículo propio ordenada legalmente, con respecto a lo que implica la pérdida injusta e ilegítima de la libertad aunque sea ordenada conforme a las formalidades legales.

En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, la legislación colombiana en el artículo 69 de la ley 270/96 dice:

“ Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.”

Las excepciones a las que alude el artículo 69 corresponden al error jurisdiccional, descrito en el artículo 66 y a la privación injusta de la libertad definida en el artículo 68, lo que equivale a decir que en todos los demás casos en que se ha infraccionado las normas del debido proceso, y desde nuestra lógica, en que por el mismo funcionamiento burocrático de la administración de justicia, se haya causado perjuicios antijurídicos⁵⁰, hay lugar a responsabilidad del Estado, la que se concreta a través de la reparación, ya sea que el daño se haya producido en materia penal o en cualquier otra materia sometida a la administración de justicia.

En el artículo citado se alude expresamente a “reparación” y no solo a responsabilidad patrimonial del Estado, como se señala en el artículo 65 de este cuerpo legal. Como veremos más adelante la reparación es una institución que abarca no solamente la indemnización pecuniaria, sino otras formas de resarcir los perjuicios ocasionados. En cierto sentido la inclusión de la pala-

⁵⁰ “...Por lo tanto, toda deficiente prestación del servicio público que se presente durante el ejercicio de la función pública jurisdiccional y que conlleve un daño antijurídico, debe ser corregida y sancionada”. Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, recogida en los comentarios al Código Contencioso Administrativo, pag. 141, Octubre 1999.

bra “reparación” en este artículo nos hace pensar que se está diversificando las formas en las que el Estado concreta su responsabilidad frente al daño causado. En este sentido, el texto del artículo 16 de la Ley 446/98 señala:

“Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

En relación a la privación injusta a la libertad, la legislación colombiana determina que cuando ha existido una privación injusta de la libertad hay lugar a reparación de perjuicios por parte del Estado, en este sentido el artículo 68 de la ley 270/96 señala:

“Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

En la misma dirección, aunque en un ámbito más reducido, en cuanto a la forma de reparación, el primer inciso del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal colombiano vigente señala:

“Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización por perjuicios...”

Con respecto a los casos en que se ha producido una privación injusta de la libertad el artículo del Código de Procedimiento Penal citado explicita los siguientes presupuestos:

“...Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.”

La descripción contenida en el artículo anterior engloba aquellos casos de privación provisional y preventiva de la libertad que hayan terminado con sobreseimiento firme, sentencia absolutoria, y desde nuestra perspectiva tam-

bién con una mera boleta de libertad cuando se ha confirmado la inocencia del sindicado, o no existe una providencia o resolución judicial en la que se declare algún tipo de responsabilidad penal en su contra.

En cuanto a la privación de la libertad originada en una orden ilegal, en una interpretación amplia, ésta da origen a responsabilidad del Estado si se tiene en cuenta el primer inciso del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, puesto que si la orden es ilegal, la privación de la libertad resulta evidentemente injusta.

Por otra parte en el artículo 414 A, del mismo cuerpo legal, se establece la posibilidad de que el juez revise la legalidad de las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General. Lo que implica que de declararlas ilegales, el afectado tendría derecho, por lo menos, a la indemnización de los perjuicios que le hubiere ocasionado la privación injusta de su libertad.

2.5.1.2. Vías jurídicas a través de las cuales se declara la existencia del daño y se canaliza las acciones de reparación

En el caso de la legislación colombiana la vía prevista para canalizar las acciones de reparación es la contencioso administrativa⁵¹, dentro de la cual se cuenta con la acción de reparación directa, a través de la que se plantean las demandas que se originan en daños causados por la administración de justicia en cualquiera de los supuestos mencionados anteriormente, según señalamiento específico de la ley 270/96 en su art. 73, que textualmente reza:

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

⁵¹ “Art. 82.- Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley....” Código Contencioso Administrativo de Colombia vigente, pág. 161.

El establecimiento de la vía de reparación directa se efectúa en el 1er inciso del art. 86 del Código Contencioso Administrativo, que señala:

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

A pesar de la especificidad con la que se determina la vía en la legislación colombiana, el trámite por el cual se efectiviza no tiene el grado de especial o sumarísimo, sino simplemente tiene el carácter de ordinario. Habría que observar, si a través del trámite ordinario se consigue un eficaz y oportuno procesamiento de las acciones de reparación, o si en su defecto el trámite ordinario las retarda o dificulta, lo cual más allá de la normativa está condicionado a las prácticas jurisdiccionales para la realización del trámite ordinario.

2.5.1.3. Formas de reparación operantes en el ordenamiento jurídico

En términos generales la responsabilidad estatal establecida en la legislación colombiana, es meramente patrimonial (Artículo 65 de la ley 270/96) en concordancia con lo previsto por el Código de Procedimiento Penal para los casos de indemnización por privación injusta de la libertad (Artículo 414), sin embargo, cuando se habla de la inadecuada administración de justicia y de la privación injusta de la libertad en la misma ley 270/96, se usa el término “reparación”, para señalar la forma en que se efectivizará la responsabilidad del Estado con relación a los afectados. Y como ya se había anotado, según lo establecido en el artículo 16 de la ley 446/98, tal reparación se efectuará tomando en cuenta los principios de integralidad y equidad.

Desde una lectura consecuente con las normas establecidas, las posibilidades de efectivizar la responsabilidad del Estado colombiano no se limitarían al resarcimiento material o pecuniario de los daños causados, sino que su cobertura se ampliaría, dependiendo del daño causado en el caso concreto, a otras formas de reparación, tales como la censura pública de los funcionarios e instituciones que ocasionaron el daño, la garantía de no repetición, la disculpa al afectado, etc.

3.5.2. En el caso español

2.5.2.1. Supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal

La legislación española ha establecido los casos en que el Estado indemnizará por los daños causados a consecuencia del obrar de sus funcionarios judiciales, así los artículos 292 numeral 1 y el art. 294 numeral 1 del Código de Enjuiciamiento Criminal, señalan:

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

“ 294.1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.”⁵²

Cabe mencionar que la legislación anteriormente citada, no incluye una definición expresa del error judicial, sin embargo, es posible inferir de otras disposiciones de este mismo cuerpo legal que su estructuración se adscribe a lo que hemos denominado una “amplia concepción del error judicial” cuando desarrollamos el acápite de las nociones básicas de la responsabilidad del Estado en el procesamiento penal, es decir que la legislación española contempla error judicial no solo en materia penal sino en otras materias, sin embargo, para el tratamiento de la privación de la libertad mediante otras providencias o resoluciones judiciales se ha establecido un tratamiento específico contemplado bajo el presupuesto de la privación injusta de la libertad que se tratará más adelante.

Las disposiciones en que basamos la inferencia señalada en el párrafo anterior son: la parte inicial del texto del art. 293.1 que señala: “ La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión

⁵² El subrayado corresponde a los autores del presente estudio.

judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. *En cualquier otro caso distinto de éste se aplicarán las siguientes reglas...*”; y el literal c) de este mismo artículo, que señala “c) *el procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil...*”.

Presupuestos del Error judicial. Para que se viabilice la responsabilidad del Estado a través de la indemnización en los casos de error judicial se requiere que medie la declaración de error judicial formulada por “la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error...” (art. 293.1.b Código de Enjuiciamiento Criminal).

Además se requiere que el daño causado no sea imputable al obrar doloso o culposo del perjudicado, en este sentido el art. 295 señala:

“En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado.”

Por otra parte se establece en el literal f) del artículo 293 que:

“No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.”

Finalmente se necesita que el “... daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas,” (art.292.2 del Código de Enjuiciamiento Criminal). Este último supuesto implica el establecimiento del nexo de causalidad entre el daño producido y el obrar de los funcionarios de la administración de justicia, aunque con la salvedad expresa de que el daño sea ocasionado por fuerza mayor, y la valorización de los perjuicios en términos económicos.

En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, la legislación española señala que hay lugar a indemnización por parte del Estado cuando se ha producido un daño a consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia (art. 292.1 del Código de Enjuiciamiento Criminal)

Desde nuestra perspectiva la responsabilidad que tiene el Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia señalado en este artículo engloba no solo los supuestos de infracciones al debido proceso, sino también aquellos perjuicios que se originen en el desempeño de las prácticas jurisdiccionales usuales.

Es especialmente relevante la puntualización que se realiza en el numeral 3 del artículo 292, que señala:

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

A diferencia de otras legislaciones estudiadas en las que parece presumirse que el título de imputación está implícitamente configurado en la providencia, resolución u omisión judicial que lesiona derechos de las personas involucradas en el proceso penal, la legislación española establece que además de la revocatoria o anulación de la providencia judicial, se satisfagan ciertos presupuestos para que haya lugar a la indemnización, lo que equivale a decir que la providencia o resolución anulada no constituye sola y por sí misma título de imputación, si no que constituye el insumo fundamental para que se declare la violación del derecho. Tal declaratoria es en estricto sentido el título de imputación.

El sentido de esta disposición reclama que se establezca cuales son los presupuestos concurrentes, en cada caso concreto, para que haya lugar a indemnización en los casos en que se haya revocado o anulado una resolución judicial que resulta dañosa para los involucrados en el proceso penal, es decir que en términos generales habrá que demostrar: que se haya efectivamente producido un daño imputable a la administración de justicia; que tal daño no se haya propiciado dolosa o culposamente por el afectado; y que el daño sea evaluable económicamente, individualizado a una persona o grupo de personas; y que sea declarado judicialmente⁵³ como tal.

⁵³ Aunque no se menciona expresamente que órgano estatal declarará el daño causado por la inadecuada administración de justicia y por la privación de la libertad mediante prisión preventiva que termina con sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, asumimos que al igual que en el caso del error judicial, tal declaratoria deberá efectuarse por un tribunal superior del mismo órgano que provocó el daño.

En lo referente a la privación injusta de la libertad cabe señalar que, desde nuestra perspectiva, la legislación española ha restringido considerablemente los supuestos y condiciones en que el Estado deberá indemnizar a los particulares por los daños causados al vulnerar el derecho a la libertad. En el ordenamiento constitucional se señala expresamente que “... *los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados...*” (Art. 106.2 de la Constitución). Y la ley pertinente, que es el Código de Enjuiciamiento Criminal hace referencia a la indemnización solamente en el caso en que el sindicado sea absuelto después de haber cumplido prisión preventiva, el artículo 294.1 de éste cuerpo legal señala:

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

En virtud de lo estipulado en la legislación penal española, consideramos que todos los supuestos que no caen dentro de la figura de la prisión preventiva que termina por sobreseimiento libre o sentencia absolutoria (único supuesto expresamente contemplado), pero, que sin embargo vulnera injustamente el derecho a la libertad de las personas desde el que hacer judicial, deberían ser tratados bajo las reglas de la anormal administración de justicia o del error judicial dependiendo del caso concreto, a riesgo de no ser procesados.

Es necesario reflexionar sobre las condiciones establecidas por el artículo 294.1 para que haya lugar a indemnización en el caso de la prisión preventiva que termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, ya que de la redacción del artículo se establece que es necesario probar que se han irrogado perjuicios, mientras el sindicado permaneció detenido, lo que significa que la privación de la libertad del inocente, por sí misma no amerita indemnización; y que lo que se debe indemnizar son los perjuicios que la privación de la libertad ha producido tales como: pérdida del empleo, rupturas familiares, etc.

El enfoque utilizado por la legislación española en este caso nos permite inferir que desde su perspectiva la privación preventiva de la libertad aún cuando recaiga en la persona de quien ha sido absuelto o sobreseido es una carga que debe ser soportada por los ciudadanos de ese Estado.

Finalmente, se establece otro condicionamiento restrictivo al señalarse en el

artículo 294.1 que el sobreseimiento o la absolución se produzcan a consecuencia de la inexistencia del hecho imputado, lo que deja por fuera la absolución o sobreseimiento que se produzca ya porque el sindicado no tiene responsabilidad penal en el hecho que se le imputa, ya porque la conducta realizada por el imputado, aunque lesionó un bien jurídico protegido no se halla tipificada. Aunque cabe pensar que en estos casos, nuevamente, se podría recurrir a la figura de la inadecuada administración de justicia para demandar al Estado indemnización.

2.5.2.2. Vías jurídicas a través de las cuales se declara la existencia del daño y se canaliza las acciones de reparación.-

La legislación española en los artículos 293.2 y 294.3, establece la vía para canalizar las demandas de indemnización en contra del Estado:

“Art. 293.2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el daño causado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado (trámite ordinario)⁵⁴. Contra la resolución cabrá recurso contencioso administrativo. El derecho a reclamar indemnización prescribirá al año a partir del día que no pudo ejecutarse”.

“Art. 294.3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior”

2.5.2.3 Formas de reparación operantes en el ordenamiento jurídico.

No cabe duda de que en el caso español, la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en el procesamiento penal es exclusivamente patrimonial, es más, diríamos que es meramente indemnizatoria. Las demás formas de reparación no han sido contempladas por este ordenamiento.

Sin embargo, para evaluar pecuniariamente el daño se tendrán en cuenta las consecuencias personales y familiares que se hayan producido por la privación injusta de la libertad.

⁵⁴ Lo estipulado entre paréntesis es nota de los redactores de este estudio.

2.5.3. En el caso chileno

2.5.3.1. Supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal

El diseño constitucional chileno no es preciso en delimitar cuales son los supuestos en el procesamiento penal que causan daño a particulares en los cuales el Estado tiene responsabilidad, sin embargo, pueden realizarse varias inferencias de lo dispuesto en el artículo 7 literal i) de la Constitución que señala:

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

De la redacción de la norma se colige que el ordenamiento chileno ha aceptado a medias la noción amplia del error judicial. Por una parte, incluye en el supuesto del error judicial no solo a la sentencia condenatoria de un inocente, sino también a todas aquellas providencias o resoluciones judiciales en virtud de las cuales se haya privado de la libertad a un inocente, ya sea por arbitrariedad o error. Sin embargo, la expresión “sobreseimiento definitivo”, que alude a un aspecto propio del procesamiento penal nos indica que el error judicial para la legislación chilena, se produce exclusivamente en este ámbito.

Cabe destacar que esta norma no hace una referencia expresa, ni permite inferir que hay lugar a indemnización en los supuestos de la inadecuada administración de justicia distintos a la privación de la libertad de un inocente, vale decir a las demás infracciones al debido proceso.

2.5.3.2 Vías jurídicas a través de las cuales se declara la existencia del daño y se canaliza las acciones de reparación

Para efectos de declarar el daño la norma constitucional citada determina

que sea la Corte Suprema de Justicia quien declara el carácter de injustificada, errónea o arbitraria, a la condena, sentencia o resolución que ocasionó la privación injusta de la libertad. Esta declaratoria constituye el título de imputación con el cual se abre la posibilidad de demandar la indemnización al Estado chileno por el perjuicio causado, a través de la vía civil, mediante un trámite sumario.

2.5.3.3. Formas de reparación operantes en el ordenamiento jurídico

Del examen de la normativa chilena se concluye que la única forma de reparación contemplada es la indemnización, para efectos de la cual se hará una valoración “a conciencia” de las pruebas que permitan cuantificar tanto los perjuicios patrimoniales, como morales.

2.5.4. En el caso ecuatoriano

2.5.4.1. Supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal

Desde el diseño constitucional ecuatoriano existen dos disposiciones que aluden a la responsabilidad del Estado en el Procesamiento penal, la primera disposición hace referencia directa al **error judicial en materia penal**:

“Art. 21.- Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada por efecto de recurso de revisión, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, será rehabilitada e indemnizada por el Estado de acuerdo con la ley.”

La primera puntualización pertinente es con respecto a los distintos efectos que tiene revocar una sentencia y reformar una sentencia en uso del recurso de revisión. En el primer caso el fallo revocatorio deja sin efecto la sentencia anterior y consecuentemente se ordena la inmediata libertad de quien fue injustamente condenado, dando siempre lugar, en este caso, a la responsabilidad del Estado.

En el caso del fallo reformativo que enmienda o modifica la sentencia sometida a revisión, no necesariamente se deja sin efecto lo dispuesto en la sentencia recurrida; tal el caso en que se solicite revisión de una sentencia, no

porque haya existido un error que provoca el encarcelamiento de un inocente, sino, porque entra en vigencia una ley posterior que resulta más benigna en cuanto al tiempo de la sanción prevista para el delito cometido⁵⁵ o en cuanto a la descriminalización de la conducta por la cual fue condenado el recurrente.

En estos supuestos nos parece razonable señalar que no habría lugar a la responsabilidad del Estado ya que éste no ha provocado ilegítimamente daño alguno, y por el contrario lo que hace es mejorar la situación del condenado, disminuyendo su pena u ordenando la libertad de éste a través de la reforma que hace el juzgador a la sentencia recurrida, efectivizando así los beneficios que para el condenado pueda traer una legislación posterior. En este sentido el artículo 421 del nuevo Código de Procedimiento Penal señala:

“Ley más benigna.- La aplicación de una ley posterior más benigna no genera la obligación de indemnizar”.

Por otra parte, existen casos, en los cuales la reforma a una sentencia condenatoria, sin revocar la decisión de culpabilidad del condenado, da lugar a la terminación de la pena privativa de la libertad y también a responsabilidad por parte del Estado. Un ejemplo puede ilustrar nuestro punto de vista: Una persona ha sido sentenciada a una pena de reclusión menor por el cometimiento de un delito, en cuyo procesamiento se demostró plenamente su responsabilidad, sin embargo, cuando la mayor parte de la pena ha sido cumplida, se presenta recurso de revisión solicitando que reforme la sentencia condenatoria, en razón de que la pena asignada era mayor a la que correspondía al delito cometido. El juzgador que revisa la sentencia, llega a la convicción de que en efecto hubo un error en cuanto a la determinación de la pena, aunque no en cuanto a la declaración de culpabilidad del condenado; y establece además que el condenado ha permanecido privado de la libertad por un tiempo mayor al que hubiera permanecido si se le hubiera adjudicado la pena correspondiente al delito que cometió.

⁵⁵ En este sentido es pertinente lo que señala el artículo 360 numeral 5 del nuevo Código de Procedimiento Penal: “Art. 360. Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes casos:

5. Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna”

Ante esta evidencia, el juzgador ordenará que se modifique la sentencia revisada y que se ordene la libertad del condenado. En este supuesto si hay lugar a responsabilidad del Estado, porque el error en la determinación de la pena motivó que una persona permanezca privada de su libertad, más allá del tiempo prescrito en el ordenamiento jurídico, lo que transforma a este lapso de tiempo en una prisión injusta, que amerita reparación.

En los casos que el error sobre la determinación de la pena que corresponda a un delito, pueda ser enmendado, a través de la revisión de la sentencia condenatoria, antes de que produzca un daño ilegítimo (privación excesiva e injusta de la libertad), nos parece razonable afirmar que no debería haber lugar a responsabilidad del Estado, pues el fundamento de ésta es que el daño ilegítimo se haya producido efectivamente, lo que en este caso todavía no ha sucedido⁵⁶.

En conclusión, no en todos los casos en los que se reforma una sentencia a través del recurso de revisión, hay lugar a responsabilidad del Estado, tal como aparentemente lo plantea la norma constitucional. Dicha responsabilidad y la consecuente rehabilitación e indemnización del afectado por parte del Estado, deberían depender no solo de que se haya reformado la sentencia revisada, sino y sobre todo, de que se haya probado la causación de un daño ilegítimo por parte del Estado.⁵⁷

⁵⁶ A manera de ejemplo piénsese en el caso de una persona que fue condenada por robo a una pena de reclusión menor de cuatro años, de los cuales han transcurrido dos, y en esas circunstancias se presenta recurso de revisión indicando que por no concurrir ninguno de los agravantes del robo, la pena debió haber sido de prisión, dado el caso el juzgador que tiene que resolver sobre el recurso de revisión establece que la sanción correspondiente es de tres años de prisión, los cuales por no haber transcurrido todavía no dan lugar a una permanencia excesiva e injusta del condenado, es decir que todavía no se ha producido un daño ilegítimo por el cual el Estado tenga que responsabilizarse. Siendo así, la reforma a la sentencia recurrida tiene los efectos de beneficiar al sindicado, evitar la causación de un daño ilegítimo y consecuentemente excluir la responsabilidad del Estado.

⁵⁷ Por la alusión expresa que se hace al recurso de revisión por la norma constitucional, en relación a la responsabilidad del Estado, nos parece pertinente dejar constancia cuales son las causales para que este recurso proceda, según el nuevo Código de Procedimiento Penal reformado, que entrará en vigencia en junio del 2001.

“Art. 360.- Causas.- Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes casos:

La segunda norma constitucional tiene, desde nuestra perspectiva un ámbito más amplio, que engloba a los restantes supuestos de la responsabilidad del Estado en materia penal y, a dos supuestos generales de responsabilidad del Estado, en este sentido el artículo 22 de la Constitución señala:

“El Estado es civilmente responsable, en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria y por los supuestos de violación a las normas establecidas en el artículo 24. El Estado tendrá derecho a repetición contra el juez o funcionario responsable”.

La alusión que se hace en el artículo citado al error judicial y a la inadecuada administración de justicia, constituyen desde nuestra perspectiva, supuestos generales de la responsabilidad del Estado, comunes al ejercicio de la potestad jurisdiccional en cualquier materia de derecho. No se explica de otra manera, que haya una alusión específica al error judicial en materia penal en el artículo 21 de la Constitución. Lo contrario significaría una repetición inoficiosa y carente de sentido en cuanto a la determinación de la responsabilidad del Estado en materia penal.

En base a esta reflexión, los supuestos pertinentes del artículo 24 de la Constitución, pueden informar plenamente las demandas que por inadecuada administración de justicia en cualquier materia se planteen en contra del Estado.

-
1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta;
 2. Si existen simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada;
 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados;
 4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó;
 5. Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna; y,
 6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia

Excepto el último caso la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada”.

Por otra parte, la mención de las infracciones al debido proceso, los actos que hayan producido la prisión de un inocente y/o su detención arbitraria si constituyen supuestos específicos de la responsabilidad del Estado en el procesamiento penal.

De lo expuesto se tiene, que los supuestos de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal son: **el error judicial** desde lo establecido en el artículo 21 de la Constitución, y refrendado por el artículo 22 en términos generales; **la inadecuada administración de justicia (infracciones al debido proceso)**, también desde el principio general de responsabilidad del Estado, contenido en el artículo 22; **la privación injusta de la libertad** de un inocente y/o su **detención arbitraria**, específicamente determinados en este mismo artículo.

La inadecuada administración de justicia en el procesamiento penal ecuatoriano. Aunque el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no incluye una definición expresa de los actos u omisiones que constituyen una inadecuada administración de justicia, consideramos que se está aludiendo, básicamente a las formas por las cuales el Estado incumple su obligación de proporcionar un servicio de justicia eficaz y oportuno: en primer lugar, desde nuestro punto de vista, a los daños ilegítimos que se causen por el habitual funcionamiento del aparato burocrático de la administración de justicia; y, en segundo lugar por todos aquellos actos u omisiones realizados, culposa o dolosamente, por los operadores de justicia, que causen un daño ilegítimo a los involucrados en el proceso judicial; básicamente aquellos presupuestos que están señalados en el artículo 24 de la Constitución Política⁵⁸, a excepción de aquellas conductas previstas como causas de error judicial, prisión de un inocente y/o detención arbitraria.

⁵⁸ Constitución del Ecuador: “Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

1.- Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

2.- En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda,

Resulta especialmente relevante reflexionar sobre el acceso a la justicia garantizado en el numeral 17 del artículo 24 de la Constitución, cuando se trata de casos de violencia intrafamiliar, que comprenden maltrato físico, psicológico y abuso sexual de las víctimas, así como los casos de delitos sexuales en que las afectadas son mayoritariamente mujeres. Debido a que en buena parte de las ocasiones en que se recurre a la administración de justicia penal ordinaria, con un caso de violencia intrafamiliar, operan conductas discriminatorias sustentadas en prejuicios de género, que bloquean la prestación de un servicio de justicia en términos de la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, a la que está obligada el Estado, como lo señala la disposición mencionada:

la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado.

3.- Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado.

4.- Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio.

También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente.

5.- Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra del Estado, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria.

6.- Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado.

7.- Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada.

8.- La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.

En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia

“17.- Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

En este sentido, la negación de los operadores de justicia para procesar el caso de violencia intrafamiliar bajo el argumento de que carecen de competencia, su negativa a emitir medidas de amparo o emitirlas inoportunamente, así como, la

absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente.

9.- Nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Serán admisibles las declaraciones voluntarias de quienes resulten víctimas de un delito o las de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas, además, podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

10.- Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar, o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.

11.- Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto.

12.- Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra.

13.- Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.

14.- Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna.

15.- En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo, y las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento.

16.- Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa.

17.- Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

derivación de estos casos a otras instancias, sin que previamente se inicie su procesamiento judicial, constituyen ejemplos de las formas en que se vulnera el derecho a la adecuada administración de justicia, sobre todo de las mujeres y niños/as que son las víctimas más frecuentes de este tipo de infracciones.

Los prejuicios de género, que todavía no han podido ser desterrados de las prácticas cotidianas de la administración de justicia, provocan que en el procesamiento penal, y sobre todo en el procesamiento de los casos de delitos sexuales cuya víctima es generalmente una mujer, operen conductas discriminatorias que generan vulneraciones a la dignidad e incluso a la integridad de las mujeres que presentan su caso a juicio; como por ejemplo insinuaciones de que fue la propia víctima por su conducta, vestimenta o cualquier otra condición, quien “provocó” la violación, como si en el fondo el afán de los operadores de justicia fuese justificar o al menos explicar las razones por las cuales se produjo la violación, culpabilizando o responsabilizando indirectamente a la víctima.

Todos estos actos constituyen desde nuestra perspectiva violaciones a la garantía de una adecuada administración de justicia, que por sí mismas causan un daño ilegítimo y generan responsabilidad del Estado, lo que implica que son susceptibles de ser reparadas. Por lo tanto consideramos que la valoración del daño, así como las formas en que éste debe ser reparado deben contener referencias explícitas a la condición de género y edad de los afectados, sobre todo en éste supuesto.

Las convenciones internacionales sobre los derechos de la mujer se refieren a un principio que es el de la DEBIDA DILIGENCIA, es decir al cuidado que el Estado debe poner al cumplimiento de sus obligaciones, “a fin de prevenir, investigar y sancionar todo acto violento contra la mujer, se trate de actores estatales o particulares.”⁵⁹ En este sentido la debida diligencia busca un papel activo del Estado donde la prevención es una acción fundamental para romper el espiral de la violencia, coincidiendo con el criterio de Gladys Acosta al referirse a que “para mejor definir el concepto debe elabo-

⁵⁹ Acosta Vargas, Gladys. Evolución de los Derechos Humanos de las Mujeres en Memorias del Seminario Latinoamericano: La Institución Policial y los Derechos Humanos de las Mujeres. UNIFEM. Quito 1.995. Pág. 47.

rarse una legislación interna que den responsabilidades precisas a la policía y a otras instancias de la comunidad para que desarrollen iniciativas en procedimientos protectivos.”⁶⁰

Privación injusta de la libertad. El ordenamiento jurídico ecuatoriano establece este supuesto a través de la expresión “actos que hayan producido la prisión de un inocente” (Art. 22). Desde nuestra perspectiva y conforme se había anotado en el acápite de las nociones básicas de responsabilidad del Estado en el procesamiento penal, los hechos que configuran este supuesto son:

- a) La privación de la libertad de una persona mediante orden de prisión preventiva, que haya terminado con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento definitivo.

Este hecho se halla regulado en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que entrará en vigencia a partir de junio del 2001.

Consideramos, que el sobreseimiento definitivo no constituye la única forma de liberar totalmente de responsabilidad penal al sindicado, ya que el sobreseimiento provisional una vez transcurrido el tiempo establecido por la ley⁶¹ tiene el efecto de terminar el juicio, y en consecuencia, impide iniciar otro por el mismo hecho. En obediencia del principio de presunción de inocencia, quien no ha sido declarado culpable es a todas luces inocente, por lo que, el sobreseimiento provisional termina produciendo los mismos efectos del sobreseimiento definitivo, en tanto permite establecer la inocencia del sindicado.

- b) La privación de la libertad de una persona mediante orden de prisión preventiva que termina con una mera boleta de excarcelación, siempre y cuando en la sentencia o resolución judicial firme no se haya hecho

⁶⁰ Ibidem. Pág. 47.

⁶¹ Art. 246 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, inciso cuarto: “El sobreseimiento provisional del proceso suspende la sustanciación del mismo durante cinco años; y, el sobreseimiento provisional del imputado lo suspende por tres años. Estos plazos se contarán desde la fecha de expedición del respectivo auto de sobreseimiento”.

alusión a la culpabilidad o inocencia del sindicado, así como en el caso en que la causa haya prescrito.

Este hecho, no ha sido considerado, ni regulado en la normativa ecuatoriana, sin embargo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22, es razonable inferir que este acto configura la privación injusta de la libertad de un inocente.

La detención arbitraria. La legislación ecuatoriana ha expresado los hechos que configuran la detención arbitraria, fundamentalmente en el artículo 24 numeral 6 de la Constitución.

“Nadie podrá ser privado de su libertad, sino por orden escrita de juez competente en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo el caso de delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas...”

Desde la perspectiva de este estudio la detención arbitraria constituye una especie del género privación injusta de la libertad, que tiene características propias, y que se configura en los siguientes hechos:

- a) Las detenciones que se efectúan en uso indebido del poder y la autoridad de cualquier funcionario público o de los particulares que, con anuencia, complicidad de autoridades estatales han efectuado la detención.

La descripción de esta forma de efectuar la detención arbitraria, no proviene en estricto sentido del texto constitucional, ni de la normativa secundaria, sin embargo, es inferible de lo dispuesto en el artículo 22 “los actos que hayan producido...detención arbitraria”, así como del contexto del artículo 24 numeral 6 de la Constitución.

- b). Las detenciones provisionales o preventivas ordenadas por el juzgador, sin que se cumplan los requisitos y formalidades que exige la ley.
- c) Las detenciones provisionales o preventivas que se mantengan a pesar de que los plazos legales de duración de estas medidas hayan finalizado.⁶²

⁶² Artículo 24 numeral 8 de la Constitución del Ecuador. “La prisión preventiva no podrá

2.5.4.2. Vías jurídicas a través de las cuales se declara la existencia del daño y se canaliza las acciones de reparación

En la normativa ecuatoriana las vías para procesar la reparación a la que tiene derecho el afectado, están directamente relacionadas a los supuestos contemplados en el Código de Procedimiento Penal, sin embargo, como se verá más adelante dicho procesamiento no tiene la cobertura, ni la eficacia suficientes para englobar a todos los hechos que configuran los supuestos dañosos que en el procesamiento penal dan lugar a reparación.

Con estos condicionamientos, nos parece didáctico hacer el análisis de la vía, según el supuesto correspondiente.

Para procesar los daños ocasionados por error judicial, la vía está planteada dentro del marco del procesamiento penal ordinario y se canaliza a través del recurso de revisión.

Para tales efectos, quien conoce y resuelve sobre el recurso de revisión es la Sala especializada en materia penal de la Corte Suprema de Justicia, es decir que en esta instancia se declarará, de ser el caso, la revocatoria o reforma a la sentencia revisada. Si la Sala especializada de lo penal, mediante sentencia declara la revocatoria del fallo sometido a revisión y ordena la libertad del condenado, desde la perspectiva de este estudio, en todos estos casos, tal sentencia revocada equivale a la declaratoria del daño causado, es decir equivale al título de imputación, en el cual el afectado fundará su reclamo de indemnización y rehabilitación.

Por otra parte, si la Sala especializada de lo penal de la Corte Suprema de Justicia declara en sentencia la reforma del fallo sometido a revisión, desde nuestro punto de vista, habrá que corroborar que dicha reforma se produzca sobre un aspecto de la sentencia revisada que efectivamente produjo un daño ilegítimo al recurrente: permanencia excesiva del condenado en un centro carcelario, con relación al tiempo que en derecho le correspondería estar

exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en los delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.”

privado de la libertad, para que haya lugar a indemnización y rehabilitación del condenado. Aunque en estricto sentido, las disposiciones contenidas en los artículos 21 de la Constitución de la República y 416 del nuevo Código de Procedimiento Penal, establecen que habrá lugar a indemnización y rehabilitación en todos los casos en que se reforme o revoque la sentencia recurrida, salvo el caso de una ley benigna posterior. Desde nuestra perspectiva esta generalización deja por fuera los casos en los que la reforma a la sentencia recurrida evita la consumación del daño, que tal sentencia pudo haber producido, y por lo tanto salva al Estado de responsabilidad

Como fue planteado en el acápite correspondiente al error judicial no existe daño ilegítimo cuando en uso del recurso de revisión se reforma la sentencia recurrida y se establece una sanción menor a la dispuesta en ésta, siempre y cuando el tiempo de permanencia del condenado no haya excedido el lapso de privación de la libertad que se ordena en la reforma.

Una vez que se cuenta con el título de imputación, que constituye la sentencia favorable del recurso de revisión, por la que se revoca o reforma la sentencia recurrida, el artículo 418 del nuevo Código de Procedimiento Penal⁶³, señala que el reclamo administrativo para la indemnización y rehabilitación será presentado en la forma prevista en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Cabe señalar que la Ley Orgánica del Ministerio Público R.O. 871 10-VII-79 en su Art. 13 preveía el reclamo administrativo previo a la acción judicial, sin embargo esta ley fue reformada y su texto se publicó en el Registro Oficial No. 26 de 19-03-97. **La nueva legislación vigente no contempla disposición alguna sobre el trámite previsto en el nuevo Código de Procedimiento Penal.** Esta omisión tiene la perniciosa consecuencia de excluir la posibilidad de efectivizar la indemnización que debe el Estado por el daño

⁶³ Nuevo Código de Procedimiento Penal. Art. 418: “Pago.- Si presentado el reclamo administrativo en la forma prevista en la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Estado no paga la indemnización dentro de los sesenta días posteriores a la reclamación, el injustamente condenado o sus herederos deben demandar su pago a quien ejerce la función ejecutiva y representa al Estado, ante el juez o tribunal que sentenció la causa.

La sentencia que pronuncie el citado juez o tribunal será susceptible del recurso de apelación, por parte del injustamente condenado”.

causado, a través de un reclamo administrativo, lo que desde nuestra perspectiva impide que el Estado cumpla adecuadamente con su obligación, puesto que la vía administrativa para canalizar el reclamo, simplemente no existe.

La falencia que se ha señalado podría obstaculizar también el procesamiento de los reclamos judiciales de indemnización, si se toma en cuenta que deberían pasar sesenta días en la vía administrativa sin que el Estado haya realizado el pago para que se pueda entablar un reclamo judicial, según lo estipula el art. 418 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Si de la redacción del artículo citado se interpreta que el reclamo administrativo es un requisito previo para iniciar la demanda de indemnización, entonces, faltando la vía administrativa, resultaría improcedente toda demanda judicial por que es imposible cumplir tal requisito.

Para salvar esta deficiencia se puede invocar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, en la que se faculta a los particulares a optar por la vía administrativa o judicial para formular reclamos al Estado, y que establece que no se exigirá requisitos previos para demandar judicialmente al Estado. La disposición citada textualmente señala:

“No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del Sector Público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado.”

Por lo tanto, independientemente de lo dispuesto en el artículo 418 del nuevo Código de Procedimiento Penal, no se requerirá previamente, haber formulado reclamo administrativo, para iniciar la demanda contra el Estado por error judicial

En todo caso, la imposibilidad de utilizar una vía administrativa para formular reclamos indemnizatorios al Estado en el caso de error judicial, constituye una pérdida significativa, en tanto, se desecha una vía que permitiría una indemnización ágil, oportuna y eficiente.

En el mismo sentido, la imposición de someter al afectado a un proceso judicial ordinario, en el contexto de la administración de justicia operante, implica asumir las cargas y costos que supone un litigio en contra del Estado

(costos judiciales, honorarios profesionales, tiempo, etc.). Desde nuestra perspectiva, la vía judicial, tal como está planteada en el artículo 418, no es expedita, ni garantiza eficiencia, celeridad, oportunidad e imparcialidad en el procesamiento de las demandas de indemnización.

Ante este conjunto de bloqueos y dificultades para canalizar los reclamos de indemnización por error judicial, nos permitimos sugerir que el trámite en estos casos debe ser de carácter especial y sumario, en el cual, una vez obtenido el título de imputación (sentencia de revisión favorable), el afectado presente una demanda de reparación en la vía contencioso administrativa, cuya función exclusiva será valorar el daño causado y determinar las formas de reparación correspondientes⁶⁴ (indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición, etc.), en un plazo no mayor de noventa días, transcurridos los cuales, deberá dictarse la sentencia cuyo cumplimiento será exigible a las partes en términos inmediatos, salvando el caso de casación promovida por cualquiera de las partes.

Para procesar los daños ocasionados por inadecuada administración de justicia, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha establecido una vía específica por la cual el Estado concrete su responsabilidad para este supuesto.

Sin embargo, al hacer la revisión de los recursos que pueden interponerse en el procesamiento penal, encontramos que solo en el caso del recurso de nulidad, existen las causales para procesar las infracciones al debido proceso e influyan determinadamente en la decisión de la causa. Este es el sentido, por ejemplo tenemos el numeral 3 del artículo 330 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

“Art. 330.- Causas de nulidad.- Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos:

3.- Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.”

⁶⁴ Cabe subrayar que los jueces de la vía contencioso administrativa nada tienen que hacer con respecto a la declaración del daño, que se entiende producida por la sentencia favorable del recurso de revisión. Es en este sentido que su papel debe limitarse a valorar los perjuicios y determinar las formas de reparación, de manera particular la cuantificación pecuniaria.

En los casos en que la infracción al debido proceso influye determinadamente en la decisión del juzgador, es procedente el recurso de nulidad, en la misma vía judicial y de acuerdo al trámite previsto en el Código de Procedimiento Penal.

La resolución de la Corte Superior que declara la nulidad del proceso, desde nuestra perspectiva, lleva implícitamente el señalamiento de un acto u omisión que constituye inadecuada administración de justicia, el cual produce la nulidad total o parcial de la causa. Siendo así, esta resolución, constituiría el título de imputación por el cual el afectado queda en aptitud de demandar al Estado por los perjuicios ocasionados en virtud de ese acto de inadecuada administración de justicia.

El trámite de la nulidad establece en el artículo 342 del cuerpo legal citado, que se condenará al pago de costas judiciales al juez o funcionario por cuya actuación se haya producido la nulidad. Esta es la única carga pecuniaria que acarrea la declaratoria de nulidad, sin embargo, no se ha efectuado la valoración del daño, ni se ha establecido la vía en que éste puede ser procesado, hasta llegar a la indemnización, que es la forma en la que el Estado normalmente efectúa la reparación por los daños causados.

Este vacío legal permite en la práctica que los daños ocasionados por las infracciones al debido proceso que no influyan en la decisión de la causa no sean reparados. Menos aún, en aquellos casos en que la inadecuada administración de justicia se cataloga como de influencia no determinante para la decisión de la causa, pues, en estos casos, no cabe el recurso de nulidad y el ordenamiento jurídico, no ha previsto, ni la vía, ni el trámite para declarar la violación al debido proceso, y por lo tanto resulta impensable que se haya previsto la vía para efectuar la valoración del daño causado y para canalizar la reparación que corresponda.

Piénsese por ejemplo, en los casos en que se ha emitido una providencia confiscando los bienes del sindicato, o prohibiéndole salir de la localidad en la que reside, sin que dicha providencia haya sido motivada de acuerdo a lo establecido en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política; aunque los efectos de la providencia, en ambos casos, no influyen determinadamente en la decisión de la causa, eventualmente pueden causar perjuicios patrimoniales y morales al sindicato.

Supongamos que quien recibe la prohibición de salir de la localidad, es un agente de ventas cuyo trabajo lo obliga a movilizarse entre diferentes ciudades del país; o en el otro supuesto, el sindicato cuyos bienes se confiscan, requiere venderlos para efectuar el pago de un costoso tratamiento de su salud. No cabe duda, que en ambos casos, si tales limitaciones se producen sin una motivación que las legitime, su ejecución ocasiona un daño ilegítimo en contra del sindicato, a consecuencia de actos que constituyen inadecuada administración de justicia, por los cuales hay lugar a responsabilidad del Estado y debería efectuarse la indemnización de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Constitución de la República.

Desde la perspectiva de éste estudio la forma de viabilizar la reparación de daños, causados por la inadecuada administración de justicia, pasa por crear un mecanismo o recurso que permita declarar la infracción al debido proceso en todos los casos y consecuentemente el daño causado. Con tal resolución, que equivale al título de imputación, el afectado quedaría en aptitud de usar la vía contencioso administrativa para que se efectúe la valoración del daño y se determine las formas de reparación correspondientes.

Finalmente, cabe señalar que existen actos jurisdiccionales que lesionando al debido proceso no generan un daño patrimonial a los sindicatos, sino que solamente afectan el derecho que le asiste, tal el caso en que no se informa debidamente al detenido sobre las razones de la detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y de los responsables del respectivo interrogatorio.

En estos casos el daño ocasionado se refiere a la falta de información a la que tiene derecho la persona que va a ser detenida, independientemente de que la orden de detención sea legalmente librada. Producido e identificado el daño cabe reflexionar sobre la forma adecuada de efectuar la reparación que se debe al afectado, sin perjuicio de las sanciones que corresponda imponer al funcionario estatal que lesionó el debido proceso.

Para procesar los daños causados a consecuencia de la privación injusta de la libertad de una persona, el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece que hay lugar a indemnización cuando la persona afectada haya obtenido sentencia absolutoria o sobreseimiento, en este sentido el artículo 419 del nuevo Código de Procedimiento Penal señala:

“Casos de prisión preventiva o internación provisional.- Cuando el imputado sea absuelto o sobreseído, debe ser indemnizado por los días de privación de libertad sufridos, conforme a lo previsto en los artículos anteriores.

La indemnización será pagada por el acusador particular, si no lo hubiere, la pagará el Estado, que tendrá derecho a repetir contra quien haya inducido la acusación fiscal.”

Cabe señalar varias inconsistencias de éste artículo con respecto a la razonable cobertura de la responsabilidad estatal y al principio de la responsabilidad objetiva del Estado.

En primer término, es razonable que haya lugar a indemnización en los casos en que la privación injusta de la libertad termina por sentencia absolutoria, sin embargo, consideramos que para que suceda lo mismo en el caso del sobreseimiento, éste debe tener el carácter de definitivo⁶⁵, es decir, que produzca el efecto de liberar de responsabilidad al sindicado. Pero, de la redacción de la norma se afirma que basta con el sobreseimiento para que haya lugar a indemnización.

Desde nuestro punto de vista, es necesario calificar al sobreseimiento para que haya lugar a indemnización, de lo contrario, el Estado ante el mero sobreseimiento provisional ya estaría obligado a efectuar la indemnización, a pesar de que la provisionalidad implica que eventualmente el sindicado puede volver al procesamiento de la causa a la que se le vinculó e incluso determinarse una sanción en su contra; lo que significaría que la medida preventiva de privación de la libertad legalmente dictada, fue plenamente justificada y legítima, sin que pueda dar origen a daño ilegítimo.

Por tal razón, hasta que no se configure el sobreseimiento como definitivo, el Estado no tiene la responsabilidad de indemnizar a quienes privó de la libertad mediante orden legalmente librada.

En segundo lugar, el trámite que se señala para efectuar la reclamación por indemnización es el que corresponde al del error judicial, que como había-

⁶⁵ Ver en este estudio, el acápite correspondiente a privación injusta de la libertad en estricto sentido.

mos anotado tiene serias fallas que dificultan la efectivización de la responsabilidad del Estado.

En tercer lugar, la direccionalidad y el orden de prelación que establece el citado artículo, no guarda coherencia con el principio de responsabilidad objetiva del Estado, que consigna el diseño constitucional ecuatoriano principalmente en el artículo 22, ya que se endosa la responsabilidad del Estado al acusador particular en cuanto se refiere a la indemnización.

Aunque no se expresa, puede inferirse que la razón por la cual se traslada la responsabilidad indemnizatoria del Estado al acusador particular es básicamente, que siendo el acusador quien maliciosamente impulsa el proceso penal, debería éste pagar por las consecuencias de su maliciosidad e indemnizar al afectado por los daños causados a consecuencia de una injusta privación de la libertad.

Lo que no se ha contemplado en esta norma, es que el afectado, sin perjuicio de las acciones personales que pueda iniciar en contra del acusador particular declarado como malicioso, le asiste el derecho de demandar al Estado por el obrar de uno de sus funcionarios a consecuencia del cual fue privado injustamente de la libertad. No olvidemos que es el juez, encarnando el poder del Estado, quien toma la decisión y tiene la responsabilidad de ordenar la prisión preventiva o provisional de una persona, luego no puede endosársele las consecuencias de esa responsabilidad a un particular aunque éste haya actuado como acusador en el proceso. Consecuentemente, la responsabilidad del Estado ante el afectado es directa, ineludible e independiente de la que le deban terceros.

En esta misma línea, y faltando una explicación que nos haga entender el alcance de la disposición citada, se le asigna al Estado la carga de pagar la indemnización solo si faltara acusación particular, pero, se establece el derecho del Estado a repetir en contra de quien “haya inducido la instrucción fiscal”; lo que implica que generalmente cualquier persona que actúa como agente fiscal o que comunica al fiscal la noticia de un delito puede ser demandada por el Estado para repetir la indemnización que pagó por la privación injusta de la libertad de una persona.

Desde nuestra perspectiva, éste es un flaco favor que se hace a la legitimidad

del Estado, pues en el intento de descargarlo de su responsabilidad indemnizatoria, se gravaría injustamente a los particulares, que no tienen ni el poder ni la autoridad para efectuar el procesamiento y menos aún la privación de la libertad.

Como lo habíamos anotado en el acápite en que se trató conceptualmente la privación injusta de la libertad, cabe también responsabilidad del Estado en el supuesto de la liberación de una persona mediante simple boleta de excarcelación, siempre y cuando la causa prescriba, sea archivada o en las resoluciones judiciales que tengan el efecto de dar por terminado el proceso, no se dictamine la responsabilidad penal en contra de quien fue liberado por éste medio.

Este supuesto que no ha sido contemplado por el nuevo Código de Procesamiento Penal, aunque se entiende incluido en el artículo 22 de la Constitución Política, amerita indemnización. La declaratoria del daño estaría dada en estos casos, de hecho, y configurada por la propia boleta de excarcelación y la verificación de las condiciones antes descritas. Con esta declaratoria, que constituye título de imputación, el afectado queda en aptitud de demandar la reparación del daño al Estado en la vía contencioso administrativa.

Finalmente, cabe señalar que otra forma de terminar la prisión preventiva de un sindicado, no contemplada en el artículo 419 del nuevo Código de Procesamiento Penal, es mediante el recurso de apelación sobre el auto de prisión preventiva favorablemente resuelto por parte del superior, conforme lo estipula el artículo 172 del mismo cuerpo legal. En este caso, si el superior determina que la orden de prisión preventiva no procedía legalmente, independientemente del fallo que se dé a la causa por la que se sindicó al afectado, ya se ha producido un daño ilegítimo que debe ser reparado, en tanto se le privó de la libertad injustificadamente.

Por otra parte, si el Tribunal Superior que conoce de la apelación no la procesara en el plazo determinado por la ley, su superior jerárquico le impondrá una multa equivalente a un salario mínimo vital por cada día de retraso. Desde nuestra perspectiva la resolución por la que se multa a los juzgadores que no procesen la apelación en el plazo correspondiente, constituye título de imputación para reclamar al Estado indemnización, ya que evidencia la violación a un aspecto del debido proceso.

Así mismo, la resolución favorable del recurso de apelación al auto de prisión preventiva constituiría título de imputación, con el cual el afectado queda en aptitud de demandar indemnización al Estado en la vía contencioso administrativa, por los daños causados por una ilegal privación de la libertad.

Para procesar los daños causados a consecuencia de la detención arbitraria, el procesamiento penal ecuatoriano, no tiene una disposición expresa, sin embargo, si se ha establecido una vía extrajudicial que canaliza lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política, para los casos en que la detención arbitraria se haya efectuado por parte de funcionarios del poder ejecutivo⁶⁶. Dicha vía está consignada en los artículos 130 y 133⁶⁷ del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

En lo sustancial el procedimiento establecido de conformidad a los artículos citados es el siguiente:

- Los particulares exigirán a la Administración Pública Central o Institucional de la Función Ejecutiva ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios. Se entiende que lo harán por medio de un reclamo administrativo, debido a que es una petición directa a la función ejecutiva.

⁶⁶ Generalmente las detenciones arbitrarias son efectuadas por agentes de la fuerza pública.

⁶⁷ A continuación el texto de los artículos 130 y 133 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

“Art. 130.- De la responsabilidad patrimonial.- Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública Central o Institucional de la Función Ejecutiva, ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos.”

“Art.- Acción judicial.- Si el órgano competente de la respectiva Administración Pública niega la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstiene de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente”.

- Si el órgano competente de la respectiva Administración Pública niega la indemnización reclamada, en forma parcial o total, o se abstiene de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a promover su acción de indemnización ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

La vía señalada, aunque aparentemente canaliza con eficacia los reclamos indemnizatorios, tiene en el fondo serias deficiencias. La más relevante de ellas, es la limitada cobertura jurídica que hace el Estatuto con respecto a los funcionarios que eventualmente pueden efectuar una detención arbitraria. Pues bien podría darse el caso, que cualquier otro funcionario público que no pertenezca a la función ejecutiva, irrogándose funciones o prevaliéndose del poder y autoridad estatales, ordena o realice la detención de una persona; así como también, puede suceder que el Estado a través de cualquiera de sus funcionarios realice actos que impliquen la anuencia o complicidad, para que personas particulares ejecuten privaciones arbitrarias de libertad.

Esta grave deficiencia del Estatuto, se salva en el artículo 422 del nuevo Código de Procedimiento Penal en el que se señala que toda persona amenazada de su libertad por un abuso de poder o violación de la ley por parte de un juez o una autoridad pública, podrá interponer por sí misma o por terceros ante cualquier juez o Tribunal Penal del lugar en que se encuentre el recurrente, la acción de amparo de libertad.

Desde la perspectiva de este estudio, si el amparo de libertad es resuelto favorablemente, la resolución que así lo expresa constituye título de imputación en base al cual el afectado puede reclamar indemnización al Estado, a través de la vía contencioso administrativa, con la puntualización, de que si se trata de un funcionario público perteneciente a la Función Ejecutiva, al afectado le asiste la opción de reclamar por la vía del Estatuto Jurídico de esta función.

Otra de las deficiencias del procedimiento del Estatuto es que no se establece quienes serán los funcionarios responsables de efectuar la valoración del daño, la cuantificación de la indemnización y las formas de reparación, así como tampoco se exponen los criterios que serán usados para efectuar estas operaciones. Estos vacíos crean el riesgo de que la parte reclamante solicite un monto de indemnización extremadamente alto o extremadamente bajo en relación al daño causado, y a su vez que la administración pública no incluya

todas las circunstancias y condiciones que deben ser valoradas para determinar el daño, y por otra parte, indemnice con cantidades de dinero que no guardan proporción con los perjuicios ocasionados.

Uno de los aspectos que no implican necesariamente deficiencia, pero que eventualmente puede retardar la indemnización debida al afectado es el plazo de tres meses que consigna el procedimiento del Estatuto, transcurrido el cual, si el Estado no se pronunciará favorablemente, lo único que se obtiene, es que el afectado quede en aptitud de demandar, a través de la vía contencioso administrativa la indemnización que se le solicita.

Desde nuestra perspectiva, en virtud del sentido del artículo 28 de la Ley de Modernización, transcurrido el plazo de tres meses y ante el silencio administrativo de la función ejecutiva, la petición indemnizatoria debe entenderse por aceptada. En cuanto a la necesidad de agotar el reclamo administrativo para demandar por la vía contencioso administrativo de la indemnización, cabe señalar que este requisito puede ser salvado por lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Modernización, de modo que sea opción del afectado iniciar el reclamo administrativo o directamente el enjuiciamiento contencioso.

Una de las cuestiones centrales en relación a los reclamos indemnizatorios que se dirigen a la función ejecutiva tiene que ver con la declaración del derecho, es decir con el título de imputación en el que se fundamenta la petición indemnizatoria, desde nuestro punto de vista, el título de imputación en los casos de privación arbitraria de la libertad producida por cualquier funcionario del ejecutivo, se configura con la resolución favorable del recurso de Hábeas Corpus emitida por el Alcalde del Cantón o por el Tribunal Constitucional, así como también con la resolución favorable del recurso de Amparo de la Libertad.

En los casos en que no sea posible obtener el mencionado título de imputación, aunque la detención efectivamente haya sido arbitraria, se hace necesario iniciar un proceso penal o civil en el que se determine la responsabilidad de los funcionarios que efectuaron o coadyuvaron a la privación arbitraria de la libertad, la sentencia contra los funcionarios públicos constituye el título de imputación sobre el cual el afectado deberá fundar su reclamo indemnizatorio.

En relación a las detenciones provisionales o preventivas, ordenadas por un Juzgador sin que se cumplan los requisitos y formalidades que exige la ley, cabría también interponer los recursos de Hábeas Corpus, Amparo de la libertad y/o apelación, que de ser favorablemente resueltos configurarían el título de imputación requerido para iniciar el reclamo indemnizatorio.⁶⁸

Para los casos en que el sindicado ha permanecido privado de la libertad por más del tiempo previsto en la ley o en la orden de prisión preventiva o provisional correspondiente, hecho que configura una detención arbitraria, cabe interponer los recursos de Hábeas Corpus Constitucional y Amparo de Libertad consignado en el Código de Procedimiento Penal, los que, si son resueltos favorablemente, constituyen títulos de imputación, independientemente de que en el fallo de la causa se determine o no la responsabilidad penal del sindicado. Con tales títulos de imputación, el afectado queda en aptitud de demandar la indemnización al Estado por la vía contencioso administrativa. Cabe señalar que dicha acción se iniciará solo por el exceso de tiempo que el sindicado haya permanecido privado de la libertad ilegítimamente.

2.5.4.1. Formas de reparación operantes en el ordenamiento jurídico

El ordenamiento constitucional ecuatoriano señala que la responsabilidad del Estado será patrimonial, cuando alude en el artículo 20 a la obligación de indemnizar, y en el artículo 22 cuando señala que “será civilmente responsable”; aunque el artículo 21, además establece la responsabilidad del Estado de rehabilitar a las personas víctimas de error judicial.

En términos generales, en el procedimiento penal, la forma de efectivizar la

⁶⁸ Amparo de la libertad, Art. 422.- Procedencia.- Toda persona privada de su libertad o que crea amenazada su libertad por un abuso de poder o violación de la ley por parte de un juez o autoridad pública; puede interponer, por sí misma o por terceros, una acción de amparo de libertad ante cualquier juez o Tribunal Penal del lugar donde se encuentre el recurrente”

“ Art. 172.- Apelación.- El imputado o el fiscal pueden apelar de las medidas cautelares impuestas o negadas respectivamente por el Juez o Tribunal, ante el superior de quien dictó la medida. La impugnación no tendrá efecto suspensivo...”

responsabilidad del Estado, sigue siendo meramente indemnizatoria, salvando lo que se señala en el artículo 416 del nuevo Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 21 de la Constitución Política de la República, respecto al error judicial, por el cual el Estado tiene la obligación de proporcionar al injustamente condenado un trabajo acorde con sus antecedentes, formación y necesidades.

Como hemos señalado anteriormente las formas de reparación son diversas y están condicionadas al daño ilegítimo causado, así como a las condiciones de las personas que lo sufrieron y las circunstancias en la que se produjo, por tal razón, no consideramos que la ley pueda cerrar el catálogo de posibilidades de reparación, aunque si pueden efectuarse generalizaciones (tipos abiertos) que racionalicen su implementación. Por otra parte, el Estado ecuatoriano, en la mayoría de los casos en que se ha visto obligado a efectuar reparación hasta la fecha, por medio de acuerdos amistosos procesados con la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha realizado actos reparatorios que superan la esfera de lo patrimonial, tales como la disculpa pública y la garantía de no repetición.

Desde esta perspectiva, nos parece, al menos insuficiente el cálculo que se efectúa en el artículo 416 del nuevo Código de Procedimiento Penal, para determinar el monto de la indemnización que el Estado le debe a quienes afecte por error judicial y los casos de privación injusta de la libertad que termina con auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria del sindicado.

Con respecto al cálculo de la indemnización el artículo citado señala:

“ el injustamente condenado tiene derecho a una indemnización equivalente al duplo de los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta, correspondiente al año anterior de su privación de libertad, indexados en UVCs o si es un período anterior a la creación del UVCs indexado en base a los indicadores del Banco Central del Ecuador, en proporción al tiempo que haya permanecido preso...”

Si no existe declaración de impuesto a la renta, la indemnización debe ser igual al duplo del salario mínimo vital y demás remuneraciones establecidas al momento de ingresar a la prisión, indexadas en UVCs, por todo el tiempo

que haya permanecido privado de su libertad”.

Considerando la selectividad del sistema penal, en tanto la mayor parte de la población carcelaria tiene un bajo índice de ingresos económicos, lo más probable es que la persona injustamente condenada no tenga declaración de impuesto a la renta, en consecuencia la cuantificación de la indemnización será efectuada en base a lo determinado en el segundo inciso del artículo citado.

Esta fórmula de cálculo, afecta precisamente a las personas más vulnerables de entre los detenidos, proporcionándoles montos irrisorios con respecto al daño sufrido. En efecto, si se considera todos los componentes salariales de ley, incluida la parte proporcional de la décimo tercera y décimo cuarta remuneraciones, y se multiplica por dos, se tiene que el monto a indemnizar por cada mes, en números redondos es de tres millones seiscientos mil sucres (S/. 3' 600.000,00), cifra que equivale a ciento cuarenta y cuatro dólares (US \$ 144,00).

Suponiendo que a una persona se le deba indemnización por tres años de privación de la libertad a causa de error judicial, la suma que recibirá es de cinco mil ciento treinta y cuatro dólares (US \$ 5.134,00), monto que no guarda la menor relación con los perjuicios sufridos por el afectado.

De otro lado, es necesario señalar que el cálculo de la indemnización, está basado exclusivamente en el lucro cesante, mas no incluye los rubros correspondientes al daño emergente y al daño moral, tanto del afectado cuanto de sus familiares o dependientes.

Con respecto a los casos en que el daño antijurídico se produzca bajo los supuestos de una detención arbitraria, el ordenamiento jurídico ecuatoriano todavía no ha viabilizado el principio de responsabilidad del Estado conforme a lo establecido en el artículo 22 de la Constitución Política, y consecuentemente no existen para estos supuestos mecanismos que establezcan la indemnización.

2.6. El derecho de repetición

El Estado tiene derecho a repetir lo pagado por indemnizaciones a los afectados, en contra de los funcionarios estatales que generaron el daño a consecuencia de su obrar doloso o culposo. En términos generales esto significa que el Estado puede repetir, mediando un proceso legal, contra los agentes estatales que en el ejercicio de sus funciones hubieran realizado actos antijurídicos por los cuales se causó daño a un particular, excluyéndose así, aquellos actos de funcionarios públicos enmarcados en el ordenamiento legal que sin embargo hubieran generado daños ilegítimos.

Cabe señalar, que la indemnización que el Estado debe por los perjuicios ocasionados a particulares, tiene que pagarse, independientemente de que el Estado pueda o no efectivizar el derecho de repetición en contra de los funcionarios responsables, y sin consideración a que la conducta de tales funcionarios haya o no sido antijurídica, es decir que el Estado para cumplir con el principio de la responsabilidad objetiva, lo único que tiene que verificar es que se haya producido el daño, que tal daño sea ilegítimo, que guarde un nexo de causalidad con el obrar estatal, ya sea por acción u omisión, y que dicho daño no se haya propiciado intencionalmente por el afectado.

Es en este marco general en que se desarrollan, sin variaciones sustanciales, las legislaciones del procesamiento penal de Colombia, Chile y España.⁶⁹, con respecto al derecho de repetición que le asiste al Estado. En el caso ecuatoriano, en cambio, no se respeta el sentido jurídico del derecho de repe-

⁶⁹ En la mayoría de legislaciones se establece el derecho de repetición del Estado para procesar acciones contra los funcionarios que con su obrar causaron un daño ilegítimo contra los particulares, y que produjo erogación patrimonial de las arcas fiscales, así tenemos:

El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución colombiana, que dice: “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”.

El inciso segundo del artículo 38 de la Constitución chilena, permite inferir el derecho de repetición que le corresponde al Estado, dice así: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las munic-

tición, pues, en primer lugar no se establece el procedimiento, ni las condiciones para efectivizar la repetición en contra de los juzgadores, que dentro del proceso penal causaron daño ilegítimo a particulares. Vale decir, que sea o no jurídico el obrar de los juzgadores, siempre se los grava con la carga de reponer al Estado lo que pagó por indemnización, lo que desnaturaliza el objetivo de la repetición, ya que quien obra jurídicamente no debería asumir las cargas que su accionar trae como consecuencia.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico ecuatoriano en los artículos 419 inciso segundo y 420 del nuevo Código de Procedimiento Penal, extiende injustificadamente, el derecho de repetición del Estado prácticamente a todas las personas vinculadas al procesamiento penal, responsabilizando incluso a los particulares por acciones cuyo gobierno y competencia solo le pertenecen al Estado, esto es juzgar a las personas. En este sentido las disposiciones citadas señalan:

“419. ...La indemnización será pagada por el acusador particular. Si no lo hubiere, la pagará el Estado, que tendrá derecho a repetir contra quien haya inducido la acusación fiscal.”

“Repetición.- El Estado puede repetir la indemnización pagada de quienes hayan contribuido dolosamente al error judicial.”

palidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, **sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.**

El artículo 296 del Código de Enjuiciamiento Criminal español que refiere: “El Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos...”.

El inciso segundo del artículo 20 y la parte final del artículo 22 de la Constitución Política ecuatoriana, que establecen respectivamente lo siguiente: “...Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada hayan causado los perjuicios...” y,

“...El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable”.

2.7. La prescripción

El tiempo para determinar la prescripción del derecho de los afectados a reclamar reparación por los daños ilegítimos que le ocasionó el Estado varía de una legislación a otra, en el fondo porque las consideraciones para establecer los plazos de prescripción están relacionadas a los lapsos de tiempo que se usa en otras materias para determinar la prescripción de acciones y derechos. Es decir, que no hay una fundamentación jurídica que infaliblemente determine el plazo de prescripción, por lo tanto estos plazos se fijan en base a las convencionalidades del ordenamiento jurídico o desde la perspectiva de los legisladores que han regulado el derecho a la reparación en cada país.

Por otro lado, lo que si resulta relevante para efectos de la prescripción es determinar el momento a partir del cual corre el plazo fijado por la ley, y desde nuestra perspectiva también, definir si todas las formas de reparación deben tener un plazo único de prescripción.

Con respecto al primer punto, la legislación colombiana por ejemplo, dispone en el numeral octavo del artículo 137 del Código de lo Contencioso Administrativo, que las acciones de reparación directa, de nulidad y del restablecimiento del derecho prescriben en dos años desde que se produjeron las situaciones violatorias.⁷⁰

⁷⁰ Las acciones reparatorias en las diversas legislaciones tienen términos de prescripción diversos, conforme a las formalidades legislativas propias de cada Estado, así por ejemplo:

La legislación española en el campo del procesamiento penal establece de conformidad al Código de Enjuiciamiento criminal en el numeral dos del artículo 296 lo siguiente: “... El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse”.

La legislación ecuatoriana, establece en el artículo 132 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la función Ejecutiva, lo siguiente: “...Serán indemnizables los daños causados a las personas cuando éstas no tengan la obligación jurídica de soportarlos y la acción de cobro prescribirá en el plazo de tres años desde que el acto lesivo se produjo”.

Desde nuestro punto de vista, resulta más adecuado que el momento a partir del cual se cuenta el plazo de prescripción se remita al día en que el afectado obtiene el título de imputación que lo deja en aptitud de iniciar la acción de reparación, porque de aceptar la posición de la legislación colombiana, puede suceder que daños ilegítimos causados a particulares no tengan opción real de ser reparados.

Pensemos el caso de un error judicial por el cual una persona ha sido privada de su libertad por un lapso de tres años desde la emisión de su sentencia condenatoria, pero una vez en libertad logra obtener evidencia que demuestra irrefutablemente su inocencia, en virtud de lo cual demanda de la administración de justicia penal, la rehabilitación de su honra y la declaratoria de su inocencia. Demanda que es procesada y aceptada favorablemente en sentencia; tal sentencia constituye título de imputación del daño ilegítimo que le ocasionó la administración de justicia, por lo que, desde nuestra perspectiva estaría en aptitud de demandar indemnización y otras formas de reparación al Estado, posibilidad que se excluye desde la visión del ordenamiento jurídico colombiano.

Al margen del tiempo que se fije para interponer las acciones de indemnización que pueden ser dos, cuatro, cinco o más años, consideramos que ciertas acciones de reparación no vinculadas a la compensación patrimonial deberían ser imprescriptibles, cuando no impongan al Estado una carga económica y sirvan para desagraviar a los afectados directos e indirectos, así como también para evidenciar una actuación ilegítima del Estado que deberá ser reconocida públicamente. Tal el caso, del hijo que decide reivindicar la honra de su padre, y demandar del Estado una disculpa pública por el error judicial que lo mantuvo injustamente privado de la libertad, pese a que no inició acciones de indemnización en el tiempo que correspondía. En este supuesto, lo que se le pide al Estado es la aceptación expresa de una conducta incompatible con su misión fundamental y consecuentemente también una disculpa expresa por el error cometido, petición que desde nuestra perspectiva constituye un derecho que no puede estar sujeto a plazo o condición alguna.

CAPITULO III
El Derecho Internacional de los Derechos
Humanos y la responsabilidad del Estado
en su protección

El derecho internacional de los derechos humanos, alude al conjunto de derechos y obligaciones que se establecen entre los Estados para efectos de respetar, garantizar, proteger y promover los derechos inherentes a las personas que están bajo su jurisdicción. En este sentido, los Estados se obligan para con sus habitantes ante otros Estados y por lo tanto, los compromisos internacionales adquiridos le son exigibles a cada Estado por los individuos que están bajo su jurisdicción y por los otros sujetos del derecho internacional de acuerdo a las normas y procedimientos creados para tal efecto.

Las obligaciones fundamentales del Estado en materia de derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional son:

a) Negativa o de respeto

Implica que el Estado a través de sus acciones, omisiones y decisiones debe abstenerse de vulnerar o limitar ilegítimamente los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

b) De Garantía y Protección

Es aquella por la que el Estado tiene la obligación de generar los mecanismos jurídicos, políticos, administrativos o de otra índole que prevengan e impidan la vulneración de los derechos humanos; y dado el caso que se haya efectuado el violentamiento de tales derechos ya sea por el obrar de particulares o agentes del Estado, está obligado a determinar los mecanismos de procesamiento y sanción de los responsables, así como los procedimientos y formas de reparación por los perjuicios causados a los afectados.

En este sentido, las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos Velázquez y Godínez señalan:

«El Estado está en la obligación de prevenir razonablemente las violaciones a los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcan-

ce las violaciones cometidas en el ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables (sean sus propios órganos o funcionarios, o bien particulares) de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una **adecuada reparación**».

La responsabilidad asumida por los Estados involucra su compromiso a proveer los medios, los mecanismos necesarios para evitar una violación a cualquiera de los derechos humanos de hombres o mujeres.

En lo que tiene que ver con la violencia como una violación a los derechos humanos de las mujeres, Celina Romany, señala que “los Estados pueden ser responsabilizados por la violencia masculina “privada” y sistemática contra la mujer por medio de dos vías. Primero, por la incapacidad sistemática para proporcionar protección a la mujer frente a actores “privados” que la privan de su derecho a la vida, la libertad y la seguridad, el Estado se hace cómplice de su violación... Segundo, el Estado puede ser responsabilizado por su incapacidad para cumplir con su obligación de prevenir y castigar la violencia contra la mujer en forma no discriminatoria, incapacidad que les niega a las mujeres la igualdad de protección frente a la ley”.⁶²

El Estado es responsable de velar y cumplir el principio de la igualdad de protección, frente a lo cual si el Estado incumple su obligación de prevenir y castigar la violencia contra la mujer en forma no discriminatoria, según lo exige el derecho internacional, daría lugar a reclamar la reparación por los perjuicios ocasionados. Por tanto “El Estado es responsable, no directamente por los actos privados, sino por su falta de diligencia para prevenir, controlar, corregir o disciplinar tales actos privados a través de sus propios órganos ejecutivos, legislativos o judiciales”.⁶³

⁶² Romany, Celina. La responsabilidad del Estado se hace privada: una crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el Derecho Internacional de los derechos humanos en Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas nacionales e internacionales. 1ª. Edición. Santa fe de Bogotá. Colombia. Año. 1.997. Págs. 93 y 94.

⁶³ Cook, Rebecca. La responsabilidad del estado según la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas nacionales e internacionales. 1ª. Edición. Santa fe de Bogotá. Colombia. Año. 1.997. Pág. 227.

c) De promoción

Es aquella por la cual el Estado, se halla obligado ha generar el conjunto de condiciones necesarias, para que todos sus habitantes gocen y ejerzan plena e integralmente sus derechos humanos.

Desde esta perspectiva, cuando el Estado vulnera los derechos de uno de sus habitantes (infracción de la obligación de respeto), genera un daño ilegítimo a las personas, el cual debe ser procesado, sancionado y reparado, a través de mecanismos legítimos y eficaces previamente establecidos por el Estado, para que de esta forma se ratifique su legitimidad y honre sus compromisos internos e internacionales (obligación de garantía y protección), al mismo tiempo que le otorga al afectado, en todo cuanto le sea posible, las condiciones que le permitan recuperar el ejercicio pleno de sus derechos humanos y reparar los perjuicios ocasionados (obligación de promoción).

Es desde esta integralidad referida tanto a los derechos de las personas, como a las obligaciones del Estado con respecto a ellos, que este estudio se plantea analizar la normativa internacional de los derechos humanos en materia de reparación, con el objeto de identificar los avances que en este campo puedan ser incorporados al procesamiento de los daños ilegítimos causados por el Estado a particulares.

Teniendo en cuenta este propósito, es necesario subrayar que la normativa internacional en materia de derechos humanos forma parte del ordenamiento jurídico nacional⁶⁴ y por lo tanto su aplicación será directa e inmediata⁶⁵ ante cualquier tribunal o autoridad nacional; y, que en función del principio de *ius cogens* no se puede oponer a dicha normativa disposiciones de carácter secundario que limiten o violenten derechos humanos.

Si bien es cierto que los Estados, hoy en día, basan sus compromisos a los instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos,

⁶⁴ Art. 163 de la Constitución «Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía. «

⁶⁵ Art. 18 de la Constitución inciso primero “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad...”

aún no se llega a cuestionar, desde los Estados, la concepción misma de los derechos humanos, la cual, desde una visión de género, responde a una visión patriarcal y androcentrista.

El sistema patriarcal “se origina en la familia dominada por el padre, estructura reproducida en todo el orden social y mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil, orientadas hacia la promoción del consenso en torno a un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determinan que el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres”⁶⁶

En tal sentido, en el Estado Social de Derecho en el que vivimos, las leyes que se elaboran no son neutrales, parten del parámetro masculino sin tomar en cuenta las necesidades de otros sectores o grupos.

Según expresiones de Alda Facio, lo antes indicado responde a una forma androcéntrica de ver la sociedad y “que permea todas nuestras instituciones (lo que) ha redundado en que todas las disposiciones legales tengan como parámetro, modelo o prototipo al macho de la especie humana, de la misma manera en que el estudio de la anatomía toma como modelo al cuerpo masculino y de la misma manera en que el concepto de ser humano se reduce al concepto de hombre.”⁶⁷

Frente a esta situación, al hacer referencia a que los derechos humanos deben tener una perspectiva de género, “no queremos simplemente agregar otros derechos a la lista de los derechos fundamentales del hombre.

Queremos reconceptualizar la práctica y teoría de los derechos humanos desde una perspectiva de género, es decir, desde una perspectiva que cuestione lo masculino como parámetro, al tiempo que presenta una visión desde las mujeres, no como única, sino para visibilizar la experiencia femenina con el fin de lograr una visión más integral del género humano.”⁶⁸

⁶⁶ Facio, Alda. Cuando el género suena cambios trae. 2ª. Edición. San José, Costa Rica. ILANUD. Año 1.996. Pág. 39.

⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 74.

⁶⁸ Facio, Alda. Manual en módulos : Caminando hacia la igualdad real. ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género. UNIFEM. 1ª. Edición. Año 1.997. San José, Costa Rica. Lectura de apoyo #4: Sexismo en el derecho de los derechos humanos. Pág. 263.

La concepción de derechos humanos tiene que ser inclusiva, posibilitar mayor participación de nuevos/as actores/as y en este proceso de inclusión tiene importancia la Declaración y Programa de Acción de Viena, realizada en la conferencia mundial de derechos humanos en 1.993.

Dicha Declaración en su primera parte, parágrafo 5 señala “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.” Lo indicado se relaciona con el parágrafo 18 que reconoce los derechos humanos de la mujer y la niña también, como “parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales.” El planteamiento de este instrumento propone una rectificación conceptual sobre el tema de los derechos humanos, es decir se establece que no existe una división entre los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal y además considera a los derechos humanos de las mujeres como parte integrante de los mismos.

Por tanto, no solo el tomar en cuenta los hechos de violencia que sufren las mujeres en cárceles o por ser desplazadas significa manejar una visión de derechos humanos con perspectiva de género, porque no se trata solo de incluir a la mujer, en el ámbito público, midiéndola con parámetros masculinos, equiparándola al varón. Esto sería caer “en la concepción androcéntrica de lo que es una violación, porque si bien es cierto miles de mujeres sufren este tipo de violaciones a sus derechos humanos, solo son consideradas violaciones porque los hombres también las sufren...”⁶⁹ y no se toman en cuenta las constantes violaciones a los derechos humanos de las mujeres dentro del ámbito privado.

El reconocimiento de la violencia contra la mujer como una violación a los derechos humanos, está ratificado por las convenciones internacionales. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW- por primera vez “ingresa al espacio doméstico para proteger a las mujeres. Reconocer como actos violentos los que se presentan también en el ámbito privado, no desresponsabiliza al Estado. Todo

⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 270.

lo contrario. De lo que se trata es de que existan mecanismos estatales suficientemente ágiles para vencer la impunidad existente”.⁷⁰

Sin embargo, el debate para delimitar la responsabilidad del Estado en las violaciones a los derechos de las mujeres en el ámbito privado se ha iniciado recientemente, y aunque, desde los preceptos generales se reconoce que la falta de mecanismos para reducir y eliminar la violencia en los espacios privados implican un grado de responsabilidad estatal, no se avanzado lo suficiente para determinar las condiciones, parámetros, vías y formas en las que pueda efectivizarse la reparación por éstas vulneraciones al derecho a una vida sin violencia.

3.1. El derecho a la reparación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En este acápite iniciamos haciendo referencia a normas de instrumentos internacionales de derechos humanos que de manera general hablan del «recurso efectivo» como mecanismo de protección de los derechos humanos, así:

Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

«Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.»

Art. XVIII. De la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

«Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales, consagrado constitucionalmente.»

⁷⁰ Acosta Vargas, Gladys. Evolución de los Derechos Humanos de las Mujeres en Memorias del Seminario Latinoamericano: La Institución Policial y los Derechos Humanos de las Mujeres. UNIFEM. Quito 1.995. Pág. 41.

Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

«Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.»

Los artículos citados, aluden a la obligación del Estado para determinar vías legítimas y eficaces que permitan procesar adecuadamente las violaciones a los derechos humanos.

A continuación haremos referencia a normas internacionales que se refieren directamente al derecho a obtener una reparación frente a violaciones de derechos humanos:

Art. 9 No. 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

«Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación»

Art. 14 No.6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

«Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia debe ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.»

Art. 6 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

«Los Estados asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos huma-

nos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo el daño de que pueden ser víctimas como consecuencia de tal discriminación»

Art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

«Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial»

Art. 63 Nro. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos

«Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.»

Art. 4 de la Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer

Deberes de los Estados:

Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición ni consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con ese fin deberán:

d. Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a remedios justos y eficaces del daño que hayan padecido, Los Estados deberán informar de sus derechos a las mujeres que busquen resarcimiento por medio de esos mecanismos».

Art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belén do Pará)

“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos,

Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño y otros medios de compensación justos y eficaces».

Art. 12 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del Art. 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos”

Art. 14 Nro. 1 de la Convención contra la Tortura

“1. Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado del acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

De las normas internacionales de derechos humanos citadas se desprende la obligación del Estado de dotar de mecanismos de reparación a las víctimas en los casos de detención ilegal, error judicial (prisión de persona inocente), discriminación racial, violencia contra la mujer y tortura.

Desde nuestro punto de vista, en los casos de daño ilegítimo provocado a particulares dentro del procesamiento penal, esta normativa otorga un amplio marco de referencia que permite inferir que, en tales casos, la valoración del daño deberá efectuarse en consideración a las condiciones y calidades específicas de los sujetos afectados, así como con respecto a las circunstancias en las que se produjo el daño, de modo que las formas de reparación reflejen la voluntad del Estado de resarcir al sujeto concreto en todas las formas y dimensiones que le corresponden específicamente.

Aunque el ordenamiento jurídico ecuatoriano en su diseño constitucional y en el nuevo Código de Procedimiento Penal incluyen ya las nociones de indemnización y rehabilitación como formas de reparar los daños, no alude, expresamente a las demás formas de reparación. Por otra parte, el Estado ecuatoriano, no ha desarrollado mecanismos y vías eficaces, que permitan procesar adecuadamente el daño causado, así como tampoco se cuenta con criterios definidos que permitan valorar integralmente el daño de acuerdo a las condiciones específicas de los sujetos afectados y a las circunstancias en que se produjo el perjuicio

A continuación, ponemos a consideración algunos conceptos desarrollados por el Dr. Theo Van Boven en su calidad de Relator Especial de la Comisión Especial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que son comentados por Alejandro Kawabata⁷¹, los cuales desde nuestra perspectiva aportan elementos relevantes en la problemática de valorar el daño y determinar las formas de reparación. Nociones que han sido integradas en el estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, reparar significa remediar o precaver un daño o perjuicio; enmendar corregir o remediar; desagraviar, satisfacer al ofendido; reparación significa desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.

⁷¹ KAWABATA Alejandro, “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales, compiladores Abrego Martín y Courtis Christian, CELS, Ediciones del Puerto, Buenos Aires 1997.

«La reparación debe tanto como sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiere existido si aquel acto no hubiese sido cometido»⁷²

De acuerdo al estudio mencionado, las formas de reparación pueden ser organizadas de la siguiente forma: i) restitución; ii) la indemnización; iii) la rehabilitación; iv) la satisfacción y las garantías de no repetición.

La restitución procura restablecer, de ser ello posible, la situación en que se hallaba la víctima antes de sufrir la violación a los derechos humanos. Esto es restablecer el statu quo ante.⁷³

La indemnización (reparación en sentido estricto) corresponde por los daños resultantes del ilícito que puedan «evaluarse económicamente». El Sr. Van Boven enumera entre éstos: a) los daños físicos o mentales; b) los dolores o sufrimientos físicos o psicológicos; c) la pérdida de oportunidades, incluso la posibilidad de realizar estudios; d) la pérdida de ingresos y de la capacidad de ganarse la vida; e) los gastos médicos y otros gastos razonables para la rehabilitación; f) los daños a los bienes o comercios, incluso el lucro cesante; g) los daños a la reputación o dignidad; h) los gastos y honorarios razonables de asistencia letrada o de expertos para interponer un recurso.⁷⁴

La rehabilitación abarca las prestaciones (sean médicas, psicológicas o jurídicas o de otra índole) que deberá suministrarle el Estado a las víctimas así como las medidas para restablecer la dignidad y la reputación de las víctimas.

La satisfacción y las garantías de no repetición, conforme lo sugerido

⁷² Caso “Chorzow Factory” CPJI, 1928, SA, n 17, 29 y 47

⁷³ La restitución así concebida se enmarca dentro de aquel concepto que desde nuestra perspectiva es la reparación natural, por la cual se consigue la restitución del derecho vulnerado en los casos que esto es posible, es decir por ejemplo, se deja en libertad a quien la perdió ilegítimamente.

⁷⁴ Desde nuestro punto de vista la indemnización económica no alude excluyentemente al pago en dinero que tiene que hacer el Estado por el daño causado, sino que también comprende toda erogación patrimonial que realice el Estado para resarcir los perjuicios materiales que le causó al afectado. Tal el caso, de un afectado que no demanda una indemnización por los bienes que perdió a causa de un obrar dañoso del Estado, sino que demanda la reposición de esos bienes en concreto (reconstrucción de su casa, devolución de piezas de arte familiares, etc.)

por el Relator Especial, abarcan un amplio abanico de medidas dentro de las que se encuentran: a) la cesación de las violaciones existentes; b) la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad; c) el dictado de una sentencia declaratoria en favor de la víctima; d) una disculpa, incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad; e) el enjuiciamiento de las personas a quienes se considere responsables de las violaciones; f) la celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas; g) la inclusión de datos exactos sobre las violaciones a los derechos humanos en los planes de estudios y el material didáctico; h) la prevención de la repetición de las violaciones —a cuyo fin se deberá: someter a las fuerzas militares y de seguridad a un control efectivo de la autoridad civil; limitar las competencias de los tribunales militares; reforzar la independencia del poder judicial; proteger a los abogados y a quienes trabajan en pro de los derechos humanos; enseñando a respetar y conocer los derechos humanos, especialmente a los oficiales encargados de aplicar la ley, fuerzas militares y de seguridad.

Hasta aquí la categorización propuesta en el citado proyecto de principios y directrices básicos. Sin duda existen formas adicionales que encuadrarían en estas categorías, como por ejemplo la creación de órganos gubernamentales encargados no sólo de la memoria histórica de lo ocurrido, sino también de la defensa y protección de los derechos humanos a futuro, el fortalecimiento de las ONG a través de políticas de cooperación, la prioridad de empleo a víctimas de violaciones a los derechos humanos, etcétera.

No resulta posible efectuar una enumeración taxativa en esta materia, dado que se dependerá de las características de las violaciones cometidas, los bienes jurídicos violentados, la cultura del pueblo sometido, los recursos que cada Estado pueda destinar al efecto, etc. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es, indudablemente un derecho en constante evolución, por tanto, las reparaciones que deban ir reconociéndose, también estarán sujetas a dicha evolución”.

Sin duda los aportes recogidos por Kawabata del estudio de Van Boven proporcionan elementos valiosos para determinar la valorización del daño y las formas de reparación correspondientes, sin embargo, queremos insistir sobre la necesidad de que se valoren los condicionamientos subjetivos de las víctimas en los ámbitos de la valoración y reparación del daño, en la medida que los atributos por razones de edad, género, salud, orientación sexual, ori-

gen étnico, entre otros, pueden magnificar o diversificar el daño haciéndolo especialmente relevante.

En el conjunto de elementos que tienen que valorarse para cuantificar la indemnización de daño, la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reconocer:

- i) El lucro cesante, estimado pecuniariamente de acuerdo a las reglas generales del derecho civil y específicamente referido al daño patrimonial causado; para ello la Corte ha determinado coeficientes por los cuales se actualiza al momento de la reparación el monto que hubiere percibido, por su desempeño laboral la persona que sufrió el daño, en el caso de menores de edad que hubieran fallecido o desaparecido, se hace una estimación de lo que hubieran podido percibir a partir de los 18 años, hasta el momento de su muerte natural, la que se estima se hubiera producido en el margen del promedio de edad (expectativa de vida) del país al que pertenece la víctima.
- ii) El daño emergente, que comprende la indemnización por aquellos gastos que ha originado la causación del daño ilegítimo, en este sentido Kawabata al hacer un análisis de algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala:

El daño emergente

Está conformado por los gastos que los peticionantes o familiares debieron realizar a fin de reclamar en pos de una reparación con todos sus alcances.

Los gastos a considerar, entonces, pueden darse en tres etapas: a) por actuaciones, gestiones y diligencias a nivel interno, con o sin asesoramiento de profesionales; b) para actuar ante la CIDH; c) para actuar ante la Corte.

Respecto de estos últimos –actuación ante la Corte–, y atento a que no se le reconoce al peticionario *locus standi*⁷⁵ ante dicho tribunal, no habría, en principio, gastos que reconocer.

⁷⁵ *Locus standi*, implica la presencia física de quien demanda reparación

La Corte ha reiterado su posición en el sentido de que el funcionamiento de los órganos del sistema (CIDH y Corte) es soportado por los Estados miembros mediante el pago de su cuota anual y, por lo tanto, aun cuando se hayan efectuado gastos de contratación de expertos ad hoc y de viajes por parte de funcionarios al país de que se trate, éstos no pueden ser reembolsados a través de la imposición de costas.

Respecto de los gastos por gestiones a nivel interno en los países, la Corte IDH ha estimado adecuado «... que se reintegren a los familiares de las víctimas los gastos efectuados para obtener informaciones acerca de ellas después de su asesinato y los realizados para buscar sus cadáveres y efectuar gestiones ante las autoridades...», actualizando su valor.

Sin embargo, ello debe ser requerido y deberán acreditarse los gastos efectuados. Asimismo, sería posible el reconocimiento de sumas por pérdida o robo de bienes originados en la actuación de los funcionarios públicos.

Por último, con relación a los gastos en que se incurra por la actuación ante la CIDH, la Corte IDH no se ha expresado en forma favorable ya sea por haber rechazado solicitudes en ese sentido, por haber omitido considerarlo, o por entender que el profesional que interviniera ante la CIDH, al asesorarla luego durante el proceso ante la Corte, en realidad no implicó erogación a los peticionantes, etc. En definitiva, la Corte ha adoptado como práctica el no hacer lugar o no referirse a estos gastos.

El funcionamiento concreto del sistema ha ido marcando la tendencia de que en la abrumadora mayoría de los casos, los peticionantes han acudido a organismos no gubernamentales especializados que los patrocinaron sin costo a los denunciantes. Sin dudas, ello ha incidido en esta falta de consideración de parte de la Corte sobre las costas por la actuación ante la CIDH. No obstante, esto deberá ser puesto en discusión por varias razones: a) la mayor difusión que va adquiriendo el sistema va ampliando la cantidad de usuarios, disminuyendo los porcentajes de casos patrocinados por ONG; b) esta práctica obliga a dichas organizaciones a tener que seleccionar los casos a presentar ante el sistema, dada la escasez de recursos con que cuentan; c) en los casos en que no se acuda a las ONG, de persistir esta línea jurisprudencial, se obstaría al real acceso a la jurisdicción internacional, violándose el principio de igualdad, sólo podrían acudir en busca de la tutela internacional quienes cuenten con recursos para hacerlo, desvirtuando por completo la finalidad del sistema.

- i) El daño moral, comprende los sufrimientos ocasionados en las víctimas, sucesores y dependientes, a consecuencia de daño concreto que ocasionó ilegítimamente el Estado al afectado. Como a continuación se verá, la Corte incluye la posibilidad de indemnizar por daño moral a los dependientes, categoría que desde nuestro punto de vista engloba, no solo a familiares directos de la víctima, sino a personas directamente relacionadas con ella, tal el caso de un hijo de crianza, una pareja con la cual no se haya establecido vínculo formal de matrimonio, las parejas de los homosexuales, etc. Este aporte, nos parece especialmente relevante para que se traslade la misma noción de dependientes, a los casos de reclamación indemnizatoria que se sigan por daños ocasionados dentro del procesamiento penal ecuatoriano.

Desde esta perspectiva, Kawabata recoge la tendencia en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos valora el daño moral para efectos indemnizatorios:

El daño moral

El principio sostenido en este sentido por la Corte ha quedado claro desde sus primeras sentencias: «En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad»

Respecto al mismo debe discriminarse entre la propia víctima, sus sucesores y los «dependientes».

Respecto de las víctimas se sostuvo: «El daño moral infligido a las víctimas, a criterio de la Corte, resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión»

En cuanto a los sucesores, tampoco se discute su procedencia. Se ha llegado a admitir la reparación en este concepto respecto de los padres aún sin la aportación de pruebas; «... se puede admitir la presunción de que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la

naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo». No obstante la regla sería la de la necesidad de acreditarlos. «Los daños morales están demostrados en los documentos periciales... La Corte considera evidente que, como resultado de la desaparición de Manfredo Velásquez, se produjeron consecuencias psíquicas nocivas en sus familiares inmediatos, las que deben ser indemnizadas bajo el concepto de daño moral».

En cambio, «La Corte estima que, al igual que en el caso de la reparación por perjuicios materiales alegados por los dependientes, el daño moral, en general, debe ser probado. En el presente litigio, a criterio de la Corte, no existen pruebas suficientes para demostrar el daño en los dependientes»

Cuando entre los dependientes se encuentran familiares directos, tales como los padres, que no han sido declarados aún sucesores, se les aplica igualmente la regla para éstos.

Al momento de calcular el daño, se tiene en cuenta los padecimientos concretos a que haya sido sometida la víctima cuantificándolos en función de su mayor o menor intensidad”.

Por otra parte la noción del “proyecto de vida” como criterio para estimar el daño sufrido, ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta al daño emergente o lucro cesante. No corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el daño emergente o al lucro cesante, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mesurables y objetivos, el denominado proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (caso Loayza Tamayo, sentencia n° 42, 147).

Este concepto se relaciona a lo referente al desarrollo y realización personal profesional de un ser humano, basado en oportunidades y/o opciones que una persona pueda tener para forjar su destino. “en rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad, difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su exis-

tencia y llevarla a su natural culminación. esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta corriente”(caso Loayza Tamayo, sentencia n°42, 148).

3.2. Arreglos amistosos del Estado ecuatoriano por violaciones a derechos humanos en el Sistema Regional de Protección

Durante 1998 y 1999 el Estado ecuatoriano por medio de la Procuraduría General del Estado ha suscrito varios arreglos amistosos con las víctimas de violaciones de derechos humanos. En efecto, el presente análisis está relacionado con 20 arreglos amistosos que corresponden a 31 víctimas de violaciones de derechos humanos.

En todos estos casos existía una denuncia internacional sobre violaciones de derechos humanos ya sea ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, o ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

La mayor parte de estos casos se encontraban en trámite, sin embargo, en 5 casos existía ya un pronunciamiento por parte de las instancias internacionales de protección en la que se declaraba la responsabilidad del Estado frente a las violaciones de derechos humanos. En este sentido, 2 casos son Acuerdos de cumplimiento del dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2 casos corresponden a acuerdos de cumplimiento de recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y un caso corresponde a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que entre otros, se aprueba el acuerdo entre el Estado ecuatoriano y los familiares de la víctima en cuanto a la naturaleza y monto de las reparaciones.

Los arreglos amistosos en general incluyen antecedentes del caso, los comparecientes, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado y el allanamiento frente a la denuncia internacional sobre violaciones de los derechos humanos, la determinación de una indemnización económica, el compromi-

so de sanción a los responsables, una cláusula sobre el derecho a la repetición del Estado frente a los responsables individuales de las violaciones de derechos humanos, una cláusula relacionada con la exención de impuestos y mora en el incumplimiento, el compromiso de informar a la instancia internacional correspondiente los avances en el cumplimiento del arreglo amistoso, la base jurídica del arreglo amistoso, la cláusula de notificación y homologación del arreglo ante la instancia internacional correspondiente, la aceptación de las partes de los contenidos del arreglo amistoso y el detalle de los documentos habilitantes.

3.2.1. Derechos Violados

Del análisis de los 20 arreglos amistosos se desprende que el derecho más frecuentemente violado es el derecho a la libertad personal y las garantías judiciales. Es también alto el número de violaciones al derecho a la integridad personal y a no ser torturado así como el derecho a protección judicial. Sin embargo, cabe señalar que las demandas de reparación no se han motivado exclusivamente en la lesión de uno de los derechos humanos violentados, es frecuente encontrar que aunque la demanda ha sido encasillada en la violación a un derecho específico, en el desarrollo del procesamiento se nota que han sido conculcados y violados otros derechos y libertades.

En el caso de 10 de las 31 víctimas de violaciones de derechos humanos se conculcó el derecho a la vida.

En menor proporción existe la denuncia de la violación del derecho a un trato digno a las personas privadas de la libertad, el derecho a la honra, la libertad de expresión y de reunión, derecho de protección a los niños, derecho a la igualdad ante la ley y derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

En la mayor parte de los arreglos amistosos ante la Comisión Interamericana se reconoce la violación al Art. 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos que dice relación con la obligación general de los Estados Parte de respetar y garantizar los derechos humanos.

“Los Estados Partes de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por

motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Derechos violados

Víctimas

Derecho a la Vida	10
Derecho a la Integridad personal	23
Derecho a la libertad personal	28
Garantías	27
Derecho de Protección Judicial	16
Derecho a trato digno a personas privadas de la libertad	2
Derecho a la honra	12
Libertad de expresión	1
Libertad de reunión	1
Derecho a la protección a niños	1
Derecho a que declaraciones obtenidas por medio de la tortura no sean consideradas prueba	1
Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica	1
Derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación	1

Es claro que al momento de existir la violación de uno de los derechos consagrados en instrumentos internacionales, el Estado incurre en la violación de las obligaciones fundamentales de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos.

“Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además el restablecimiento si es posible del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”

3.2.2. Formas de reparación

En todos los casos que analizamos el Estado incumplió tanto con la prevención, como con la investigación y la sanción de violaciones de derechos humanos. Los arreglos amistosos tienen como objeto el reparar el daño acarreado a las víctimas y sus familiares por el incumplimiento de estas obligaciones en materia de derechos humanos.

En efecto, la mayor parte de los arreglos amistosos analizados contienen en el acápite de los Antecedentes el siguiente texto:

“El Estado ecuatoriano en estricto cumplimiento de sus obligaciones adquiridas con la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos de derecho internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, constituyendo la indemnización pecuniaria y la sanción penal de los responsables la forma más justa y equitativa de hacerlo...”

Todos los arreglos amistosos analizados contienen dos formas de reparación:

- Indemnización compensatoria por el lucro cesante, daño emergente y daño moral irrogados y sufridos por la víctima y sus familiares, la misma que se fija en un monto en dólares estadounidenses.
- La sanción a los responsables de las violaciones de derechos humanos mediante el enjuiciamiento penal, civil, administrativo de las personas que se presume participaron en las violaciones de derechos humanos, excitando al Ministerio Fiscal y a la Función Judicial así como a los organismos públicos y privados para que estos últimos aporten con información

En cuanto a los veinte arreglos amistosos se prevén otras formas adicionales de reparación, así:

Caso Restrepo:

- Compromiso del Estado de realizar una nueva búsqueda de los cuerpos de las víctimas en la Laguna de Yambo facilitando los buzos de la Armada

Nacional.

- Compromiso del Estado de no interferir en el derecho de expresión y reunión de la familia de las víctimas, simpatizantes y organismos de derechos humanos en las conmemoraciones en memoria de las víctimas.
- Declaración de desagravio por parte del Estado en el sentido de que no existen acusaciones por acciones ilegales o inmorales contra Pedro Restrepo y su familia y el reconocimiento público de su honorabilidad y su contribución como extranjero al progreso del país.

Caso Benavides:

- Compromiso del Estado de oficiar al Ministerio de Educación y a los Municipios del país para que peremnicen el nombre de Consuelo Benavides en las calles, plazas o escuelas.

Caso Putumayo:

- El Estado deja constancia pública de que los campesinos del Putumayo fueron víctimas de detención ilegal, tortura, incomunicación, atentado a la presunción de inocencia, por acusaciones infundadas.
- Exhortación a las Fuerzas Armadas del Ecuador y a la Policía Nacional a que observen las garantías del debido proceso a que tienen derecho las personas que por cualquier razón son acusadas de infracciones penales.

Caso Congo:

- En el caso de que los familiares de la víctima no aparezcan en los seis meses siguientes a la firma del arreglo amistoso a recibir el monto de indemnización económica, ese monto será entregado por la CEDHU a favor de instituciones de enfermos mentales de las cárceles de Quito.

Beneficiarios de la indemnización económica

En el caso de 21 de las 31 víctimas de violaciones de derechos humanos, fueron las mismas víctimas, en algunos casos representadas por medio de apoderados, las beneficiarias de la indemnización económica . En 10 casos

los beneficiarios de la indemnización fueron familiares de la víctima, pues éstas fueron asesinadas.

3.2.3 Base Jurídica

Los arreglos amistosos o acuerdos de cumplimiento firmados entre el Estado y las víctimas de violaciones a los derechos humanos analizados presentan como base jurídica las siguientes normas:

El Art. 63.1 de la Convención Americana que dice:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado, la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”

El Art. 48 1 f) de la Convención Americana de Derechos Humanos

El Art. 49 de la Convención Americana

El Art. 45 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El Art. 5 párrafo 4 del Protocolo Adicional del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

El Art. 22 de la Constitución Política del Ecuador

El Art. 24 de la Constitución Política del Ecuador

Art. 1045 del Código Civil

Art. 1052 del Código Civil

3.2.4 Criterios en la determinación de la indemnización económica

Una duda que queda planteada es cuáles fueron los criterios para la determinación de la indemnización económica, pues de los documentos de arreglos amistosos este dato no aparece. Existen casos que nos plantean dudas sobre la uniformidad de los criterios de valoración del monto de indemnización.

De una parte las indemnizaciones fijadas en el Caso Restrepo y Caso Benavides que guardan similitudes en los derechos violados, en la denegación de justicia, en el prolongado tiempo sin que se haga justicia (más de 10 años), son las más altas y corresponden a un millón de dólares por cada víctima.

En el caso de los 11 campesinos del Putumayo el monto de la indemnización asciende a USD 100.000 por cada uno, por el daño sufrido por la violación a la integridad personal, libertad personal, presunción de inocencia, garantías judiciales, utilización de declaraciones obtenidas por medio de la tortura como prueba.

Estos tres casos, en los que los montos de indemnización son los más elevados que ha contemplado el Estado ecuatoriano, existe una característica común, que es la de haber sido al mismo tiempo, los casos que más han trascendido en la opinión pública nacional e internacional, lo que nos deja la sensación, de que al faltar criterios claros para fijar la indemnización, los montos fijados se relacionan más con la posibilidad de limpiar la imagen del Estado públicamente, en los demás casos, los criterios de valoración, han sido, a falta de otra evidencia, fijados desde las pretensiones de los demandantes y de la subjetividad del que tiene la responsabilidad de indemnizar.

Por ejemplo en el caso de Freddy Oreste Cañola, Luis Enrique Cañola, y Santo Enrique Cañola quienes sufrieron la violación al derecho a la vida, entre otros derechos violados, se les fija una indemnización por USD 15.000 a cada uno.

De otra parte, en los casos en que se violó el derecho a la integridad personal, libertad, garantías judiciales, protección judicial se fijan montos desde USD 7.000 hasta de USD 100.000.

Lo que queremos evidenciar es que la fijación del monto de indemnización en cada caso no ha respondido a criterios unificados de valoración del daño y que

en ciertos casos habiendo sufrido una violación más grave como es el derecho a la vida se reciben montos más bajos que frente a la violación de otros derechos.

Este hecho nos plantea la necesidad de trabajar a todos los actores involucrados en esta problemática, sobre la fijación de criterios de valoración de los daños sufridos frente a la violación de un derecho que eviten discriminaciones arbitrarias en cuanto al pago de indemnizaciones.

Más aún si consideramos que “La doctrina, en particular Piza Rocafort, observa que el “principio de equivalencia” entre la reparación y el perjuicio vale hasta ahora tanto para el derecho internacional como para el derecho interno de los Estados”

3.2.5. Efectividad del derecho a la reparación por vía internacional

Sin dejar de reconocer que constituye un avance en materia de derechos humanos, el hecho de que el Estado ecuatoriano se haya allanado a las denuncias internacionales de violaciones de derechos humanos y haya asumido la responsabilidad de reparar los daños causados, por medio de arreglos amistosos, no es menos cierto que a pesar de la suscripción de los arreglos amistosos y el reconocimiento de la responsabilidad estatal frente a las violaciones, el cumplimiento efectivo de estos arreglos aún presenta un saldo negativo.

De acuerdo a información proporcionada por la CEDHU de las 28 víctimas cuyas denuncias se iniciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solo en tres casos se ha sancionado a los responsables de las violaciones, en los casos restantes la impunidad sigue siendo la norma. En cuanto al pago efectivo de las indemnizaciones se ha cumplido en el caso de 10 de las 28 víctimas.

No obstante, a la fecha, la vía internacional para demandar reparación al Estado ecuatoriano, ha sido la más eficaz, ya que no se cuenta con mecanismos legales e institucionales internos expeditos y eficaces para cumplir con dicho fin.

Ahora bien, no podemos dejar de señalar que desde el momento en que se presentó la denuncia internacional hasta la fecha de la firma del arreglo amis-

toso, en los 20 casos analizados existe un promedio de 5 años. En otras palabras acudir a instancias internacionales demanda bastante tiempo. Además cabe destacar que el desconocimiento general de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos, determina que esta vía sea utilizada restrictivamente y que por lo mismo beneficie solo a un mínimo porcentaje de quienes sufren violaciones de derechos humanos.

La obligación de sancionar a los responsables

Es importante resaltar que si bien los arreglos amistosos y acuerdos de cumplimiento contienen el derecho de repetición del Estado contra los responsables individuales, este derecho no puede efectivizarse en la mayor parte de los casos ya que no se cumple con la obligación de sancionar a los responsables.

Por lo tanto la impunidad es un problema crucial relacionado con la falta de ejercicio del derecho de repetición. Más aún si consideramos que los montos de las indemnizaciones son asumidos con fondos públicos, es decir, fondos que pertenecen a toda la sociedad. La impunidad y consecuentemente la falta de ejercicio del derecho de repetición le resta el factor disuasivo al procesamiento de estas violaciones.

La situación específica de las mujeres víctimas

De las 31 víctimas de violaciones de los derechos humanos únicamente 3 fueron mujeres y 28 fueron varones. Cabría decir que todas las violaciones de derechos humanos que son objeto de los arreglos amistosos que analizamos, son violaciones a derechos civiles y ligados a la privación de la libertad.

Un hecho que es importante resaltar es que de los 20 arreglos amistosos revisados podemos evidenciar que no existe un análisis de la situación específica de las mujeres que sufrieron violaciones a los derechos humanos. Específicamente, en el caso de Carmen Bolaños, la única mujer en el Caso Putumayo, habiendo sufrido tortura de carácter sexual y daños relacionados con la situación de su hijo pequeño, estos daños se invisibilizan (léase se pierden) en la generalidad de las violaciones de derechos humanos que todos sufrieron, pues en efecto, también los varones sufrieron tortura sexual, pero el análisis de la especificidad para valorar el daño en cada caso no existe.

En general los arreglos amistosos no contienen un análisis de los daños sufridos en cada caso. Si bien al momento de fijarse el monto de indemnización se señala que éste busca compensar el daño moral, el lucro cesante y el daño emergente, esto constituye solo una mención retórica. Por lo mismo, del análisis de estos casos no podemos desprender que hayan existido elementos expresamente incorporados en la noción de daño desde la perspectiva de género.

Del análisis de los arreglos amistosos de reparación frente a violaciones de derechos humanos, podemos a manera de conclusión señalar que existe la necesidad urgente de fortalecer mecanismos nacionales que garanticen el derecho a la reparación. Estos mecanismos deben ser ágiles y efectivos, porque el retraso en su aplicación agudiza aún más los daños ya sufridos como consecuencia de las violaciones de derechos humanos.

Se hace necesario trabajar con los operadores de justicia en la importancia del derecho a la reparación frente a violaciones de derechos humanos, y el carácter prioritario y preferente que debe tener su tramitación.

La determinación de criterios unificados para la fijación de los montos de indemnización económica frente a violaciones de los derechos humanos constituye una tarea pendiente que no puede ser aplazada.

Otro reto constituye el profundizar en la noción del daño en materia de violaciones de derechos humanos y las formas de reparación para cada caso.

Obviamente estas tareas urgentes requieren la incorporación de una perspectiva de género en su análisis.

3.3. Matrices de casos

En este acápite se consignan las matrices que resumen individualmente los casos de arreglos amistosos llevados a cabo entre el Estado ecuatoriano y las víctimas de violaciones de derechos humanos. Dichas matrices contienen el nombre de la víctima, los derechos violados, las formas de reparación y la base jurídica.

1. José Luis García Fuenzalida

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Integridad personal (Art. 7 párrafo del PDCP)b) Derecho a trato humano y respeto a la dignidad de personas privadas de la libertad (Art. Del PDCP)c) Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, derecho a que un tribunal superior conozca de la sentencia condenatoria (Art. 14 párrafo 3 y párrafo 5 del PDCP)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de la víctima por USD 25.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral)sufrido por la víctima y sus familiaresb) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que éstos últimos provean información
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Acuerdo de cumplimiento del dictamen Nro. 480/91 emitido por el comité de derechos humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos el 12 de julio de 1996, firmado el 11 de junio de 1999b) Art. 5 párrafo 4 del protocolo Adicional del Pacto de Derechos Civiles y Políticosc) Art. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuador.d) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	4 -11- 1.991
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-6- 1999
TIEMPO TRANSCURRIDO	7 años y 7 meses

2. Consuelo Benavides

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3 CADH)b) Derecho a la vida (art. 4 de la CADH)c) Derecho a la integridad personal (Art. 5 de la CADH)d) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)e) Garantías judiciales (Art. 8 de la CADH)f) Derecho a protección judicial (art. 25 ACDH)g) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (art. 1.1. CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de padres de la víctima por el monto de USD 1.000.000 por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral sufridos por la víctima y sus familiares.b) Impulsar y concluir los procesos judiciales suspendidos por la fuga de sindicados y patrocinar acciones judiciales judiciales contra las personas responsables de delitos conexos, que no hubieran sido sancionadosc) Oficiar al Ministerio de Educación y a los Municipios del país para que perennicen el nombre de Consuelo Benavides en calles, plazas o escuelas.

BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none"> a) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 19 de junio de 1999 en la que reconocida la responsabilidad del estado de las violaciones de derechos humanos denunciadas, aprueba el acuerdo entre el Estado Ecuatoriano y los familiares de la víctima en cuanto a la naturaleza y monto de las reparaciones, firmado el 20 de febrero de 1998. b) Art. 63.1 de la CADH c) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuador d) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador e) Art. 1045 y 1052 del Código Civil.
FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	22-8-88
FECHA ARREGLO AMISTOSO	20-2-98
TIEMPO TRANSCURRIDO	9 años y 6 meses

3. Jorge Oswaldo Villacrés Ortega

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Integridad personal (art. 7 del PDCP)b) Derecho a trato humano y respeto a la dignidad de personas privadas de la libertad (art. 10 párrafo 1 del PDCP)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de la víctima por USD 25.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral) sufrido por la víctima y sus familiaresb) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la Función Judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información.
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Acuerdo de cumplimiento del dictamen Nro. 481/91 emitido por el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos el 8 de abril de 1997, firmado el 25 de febrero de 1999.b) Art. 5 párrafo 4 del Protocolo Adicional del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.c) Art. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuador.d) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	4 -11-91
FECHA ARREGLO AMISTOSO	25 -2-999
TIEMPO TRANSCURRIDO	7 años y 3 meses

4. Víctor Rosario Congo

<p>DERECHOS VIOLADOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Derecho a la vida (Art. 4 de la CADH) b) Derecho a la integridad personal, al respeto de la integridad física, psíquica y moral, a no ser torturado, al respeto de la dignidad de la persona privada de la libertad (art. 5(1), (2) de la CADH) c) Derecho a protección judicial (art. 25 CADH) d) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (art. 1.1 CADH)
<p>FORMAS DE REPARACION</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Indemnización a favor de familiares de la víctima (por medio de un fideicomiso) por el monto de USD 30.000 por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral sufridos por la víctima y sus familiares. b) Si los familiares no aparecen en los seis meses siguientes el monto será entregado por CEDHU a favor de instituciones de enfermos mentales de cárceles de Quito, c) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información
<p>BASE JURIDICA</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Acuerdo para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 29/99 de 9 de marzo de 1999 en el caso 11.427, firmado el 7 de abril de 1999. b) Art. 51 y 63.1 de la CADH c) Art. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuador d) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador.

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	9-11-94
FECHA ARREGLO AMISTOSO	7-4-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	4 años y 5 meses

5. Ruth del Rosario Garcés

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la integridad personal, a no ser torturada, al respeto de la dignidad de la persona privada de la libertad (art. 5 (2) de la CADH)b) Derecho a la libertad, a no ser sometida a detención o encarcelamiento arbitrarios, a ser informada de las razones de la detención y notificada con los cargos en su contra, a ser puesto a órdenes de un juez y a que se la juzgue en un tiempo razonable, derecho a recurrir ante un juez para que decida sobre la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención fuere ilegal. (art. 7 Numeral 1,3,4,5,6 de la CADH)c) Derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable por un juez imparcial, independiente, derecho a la presunción de inocencia, a no ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos cuando ha obtenido una sentencia absolutoria firme. (art. 8 numerales 1.2 y 4 de la CADH)d) Derecho a protección judicial (art. 25 CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de la víctima por USD 73.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por la víctima y sus familiares)b) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información.

BASE JURIDICA	a) Acuerdo para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 8/99 dentro del caso 11.778, firmado el 22 de marzo de 1999. b) Art. 51 y 63.1 de la CADH c) Art. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuador d) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador
FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	28 -7-97
FECHA ARREGLO AMISTOSO	22 -2-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	1 año y 8 meses

6. Andrés y Santiago Restrepo

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana sin discriminación alguna (art. 1.1 CADH)b) Derecho a la vida (art. 4 de la CADH)c) Derecho a la integridad personal (art. 5 de la CADH)d) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)e) Garantías judiciales (art. 8 de la CADH)f) Derecho de protección a los niños (art. 19 de la CADH)g) Derecho a protección judicial (art. 25 CADH)h) Derecho a la honra y buen nombre, derecho a no sufrir injerencias en su vida privada ni ataques ilegales contra su honra y reputación (art. 11 de la CADH)i) Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13 de la CADH)j) Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13 de la CADH)k) Derecho de reunión (art. 15 de la CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor del padre de las víctimas por el monto de USD 2.000.000 por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral sufridos por la víctima y sus familiares.b) Compromiso del Estado de realizar una nueva búsqueda de los cuerpos de las víctimas en la Laguna de Yambo facilitando los buzos de la Armada Nacional.

	<ul style="list-style-type: none"> c) Compromiso de no interferir en derecho de expresión y de reunión de la familia, simpatizantes y organismos de derechos humanos en conmemoraciones en memoria de las víctimas d) El Estado manifiesta que no existen acusaciones por acciones ilegales o inmorales contra Pedro Restrepo y su familia y reconoce públicamente su honorabilidad y su contribución al progreso del país e) Patrocinar acciones judiciales contra las personas responsables de violaciones que no hubieran sido juzgados
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none"> a) Arreglo amistoso firmado el 14 de mayo de 1998 dentro del trámite del caso 11.868 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos b) Art. 48 1 f), Art. 49 de la CADH c) Art. 63.1 de la CADH d) Art. 45 del Reglamento de la CADH e) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuador f) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador g) Art. 1045 y 1052 del Código Civil
FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	NO HAY DATOS
FECHA ARREGLO AMISTOSO	14 -5-88
TIEMPO TRANSCURRIDO	

7. Manuel Stalin Bolaños

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la vida (art. 4 de la CADH)b) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)c) Garantías judiciales (art. 8 de CADH)d) Derecho a la protección judicial (art. 25 CADH)e) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (Art. 1.1. ACDH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de la madre de la víctima de USD 30.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral) sufrido por la víctima y sus familiaresb) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 25 de febrero de 1999, dentro del trámite del caso 10580 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.b) Art. 48.1 f), Art. 49 de CADHc) Art. 63.1 de la CADHd) Art. 45 del Reglamento de la CADHe) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorf) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuadorg) Art. 1045 y 1052 del Código Civil.

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	29-8-88
FECHA ARREGLO AMISTOSO	25-2-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	10 años y 6 meses

8. Freddy Oreste Cañola Valencia

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la vida (art. 4 de CADH)b) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)c) Garantías judiciales (art. 8 de CADH)d) Derecho a protección judicial (art. 25 CADH)e) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (Art. 1.1 CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de familiares de la víctima por USD 15.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral) sufrido por la víctima y sus familiaresb) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de 1999, dentro del trámite del caso 11626 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanosb) Art. 48 1f) Art. 49 de la CADHc) Art. 63.1 de la CADHd) Art. 45 del Reglamento de la CADHe) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorf) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuadorg) Art. 1045 y 1052 del Código Civil

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	7-11-94
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-6-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	4 años y 7 meses

9. Carlos Alberto Juela Molina

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la integridad personal, a no ser torturado (art. 5.2 de la CADH)b) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de la víctima por el monto de USD 15.000 por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral sufridos por la víctima y sus familiaresb) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información.
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 25 de febrero de 1999 dentro del trámite del caso 11584 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanosb) Art. 48 1 f) Art. 49 de la CADHc) Art. 63.1 de la CADHd) Art. 45 del Reglamento de la CADHe) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorf) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador.

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	1-3-96
FECHA ARREGLO AMISTOSO	25-2-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	2 años y 11 meses

10. Luis Enrique Cañola

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la vida (Art. 4 de la CADH)b) Derecho a la libertad personal (Art. 7 de la CADH)c) Garantías judiciales (art. 8 de la CADH)d) Derecho a protección judicial (art. 25 CADH)e) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (art. 1.1 CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de los hermanos de la víctima de USD 15.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por la víctima y sus familiares)b) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de 1999, dentro del trámite del caso 11.626 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.b) Art. 48 1 f), art. 49 de la CADHc) Art. 63.1 de la CADHd) Art. 45 del Reglamento de la CADHe) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorf) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuadorg) Art. 1045 y 1052 del Código Civil

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	7-11-94
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-6-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	4 años y 7 meses

11. Santo Enrique Cañola González

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la vida (art. 4 de la CADH)b) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)c) Garantías judiciales (Art. 8 de la CADH)d) Derecho a protección judicial (art. 25 CADH)e) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (Art. 1.1 CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de madre de la víctima por USD 15.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por la víctima y sus familiares)b) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de Febrero de 1999, dentro del trámite del caso 11.626 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.b) Art. 48 1 f), art. 49 de la CADHc) Art. 63.1
FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	7-11-94

FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-6-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	4 años y 7 meses

12. Angelo Javier Ruales Paredes

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la integridad personal, a no ser torturado (art. 5,2 de la CADH)b) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)c) Garantías judiciales (art. 8 de la CADH)d) Derecho a protección judicial (art. 25 CADH)e) Violación a la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (art. 1.1 CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de la víctima por el monto de USD 15.000 por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral sufridos por la víctima y sus familiares.b) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información.
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de 1999, dentro del trámite del caso 11.445 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanosb) Art. 48 1 f), Art. 49 de la CADHc) Art. 63.1 de la CADHd) Art. 45 del Reglamento de la CADHe) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorf) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	NO HAY DATOS
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-6-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	

13. Lida Angela Rodríguez

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)b) Garantías Judiciales (art. 8 de la CADH)c) Derecho a la protección Judicial (art. 25 de la CADH)d) Violación a la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos a la convención Americana (art. 1.1 CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de la víctima de USD 20,000 (Lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por la víctima y sus familiares)b) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin que estos últimos provean información.
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de 1999, dentro del trámite del caso 11512 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.b) Art. 48 1 f) Art. 49 de la CADHc) Art. 63.1 de la CADHd) Art. 45 del Reglamento de la CADHe) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorf) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador.

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	NO HAY DATOS
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-6-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	

14. Byron Cañavera

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la integridad personal, a no ser torturado (art. 5 de la CADH)b) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)c) Garantías judiciales (art. 8 de la CADH)d) Derecho a protección judicial (art. 25 CADH)e) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (art. 1.1. CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de la víctima por USD 7.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por la víctima y sus familiares)b) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información.
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de febrero de 1999, dentro del trámite del caso 11.439 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.b) Art. 48 1 f). Art. 49 de la CADH.c) Art. 63.1 de la CADHd) Art. 45 del Reglamento de la CADHe) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorf) Art-215 de la Constitución Política del Ecuador.

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	13-03-95
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-06-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	4 años y 3 meses

15. Manuel Inocencio Laluay Guamán

<p>DERECHOS VIOLADOS</p>	<p>a) Derecho a la integridad personal, a no ser torturado (Art. 5,2 de la CADH)</p> <p>b) Derecho a la libertad personal (Art. 7 de la CADH)</p>
<p>FORMAS DE REPARACION</p>	<p>a) Indemnización a favor de la víctima por el monto de USD 25.000 por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral sufridos por la víctima y sus familiares.</p> <p>b) Compromiso del estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información.</p>
<p>BASE JURIDICA</p>	<p>a) Arreglo amistoso firmado el 25 de febrero de 1999, dentro del trámite del caso 11.466 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p> <p>b) Art. 48 1 f), art. 49 de la CADH</p> <p>c) Art. 63.1 de la CADH</p> <p>d) Art. 45 del Reglamento de la CADH</p> <p>e) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuador</p> <p>f) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador.</p>
<p>FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL</p>	<p>18-4 95</p>

FECHA ARREGLO AMISTOSO	25-2-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	3 años y 10 meses

16. Edison Patricio Quishpe

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la vida (art. 4 de CADH)b) Derecho a la libertad personal (Art. 7 de la CADH)c) Garantías judiciales (Art. 8 de la CADH)d) Derecho a protección judicial (art. 25 CADH)e) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (Art. 1.1 CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor del padre de la víctima por USD30.000(lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por la víctima y sus familiares)b) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información.
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de 1999, dentro del trámite del caso 11.421de la Comisión Interamericana de Derechos Humanosb) Art. 48 1 f), Art. 49 de la CADHc) Art. 63.1 de la CADHd) Art. 45 del Reglamento de la CADHe) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorf) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuadorg) Art.1045 y 1052 del Código Civil

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	11-94
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-06-94
TIEMPO TRANSCURRIDO	4 años y 7 meses

17. José Patricio Reascos

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a) Derecho a la libertad personal (Art. 7 de CADH)b) Garantías judiciales (Art. 8 de la CADH)c) Derecho a la protección judicial (Art. 25 CADH)d) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (Art. 1.1 CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">a) Indemnización a favor de la víctima por USD 20.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por la víctima y sus familiares)b) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">a) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de febrero de 1999, dentro del trámite del caso 11.779 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanosb) Art. 48 1 f), Art. 49 de la CADHc) Art. 63.1 de la CADHd) Art. 45 del Reglamento de la CADHe) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorf) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	28-7-97
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-6-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	1 año y 11 meses

18. Kelvin Vicente Torres Cueva

<p>DERECHOS VIOLADOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Derecho a la integridad personal, a no torturado (art. 5 de la CADH) b) Derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH) c) Garantías judiciales (art. 8 de la CADH) d) Derecho a protección judicial (art. 25 de la CADH) e) Derecho a la igualdad ante la Ley e igualdad protección sin discriminación (art. 24 de la CADH) f) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (Art. 1.1 CADH)
<p>FORMAS DE REPARACION</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Indemnización a favor de la víctima por el monto de USD 50.000 por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral sufridos por las víctimas y sus familiares. b) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información.
<p>BASE JURIDICA</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de 1999, dentro del trámite del caso 11.991 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos b) Art. 48 1 f), Art. 49 de la CADH c) Art. 63.1 de la CADH d) Art. 45 del Reglamento de la CADH e) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuador f) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador.

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	10 /12/97
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-6-99
TIEMPO TRANSCURRIDO	1 año y seis meses

19. René González Cruz

DERECHOS VIOLADOS	<ul style="list-style-type: none">a. Derecho a la vida (art. 4 de la CADH)b. Derecho a la libertad personal (Art. 7 de la CADH)c. Garantías judiciales (Art. 8 de la CADH)d. Derecho a la protección judicial (Art. 25 CADH)e. Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (Art. 1.1.CADH)
FORMAS DE REPARACION	<ul style="list-style-type: none">f) Indemnización a favor de la madre de la víctima por USD 30.000 (lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por la víctima y sus familiares)g) Compromiso del Estado de enjuiciar civil, penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministerio Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información.
BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none">h) Arreglo amistoso firmado el 11 de junio de 1999, dentro del trámite del caso 11.605 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanosi) Art. 48 1 f), art. 49 de la CADHj) Art. 63.1 de la CADHk) Art. 45 del Reglamento de la CADHl) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuadorm) Art. 1045 y 1052 del Código Civil.

FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	No hay dato
FECHA ARREGLO AMISTOSO	11-6 - 99
TIEMPO TRANSCURRIDO	

20. Campesinos del Putumayo: Carmen Bolaños, Clímaco Cuellar, Froilán Cuellar, Carlos Cuellar, Alejandro Aguinda, Leonel Aguinda, Demetrio Pianda, Henry Machoa, Harol Paz, Josué Bastidas, Otilio Quinayas

<p>DERECHOS VIOLADOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Derecho a la integridad personal a no ser torturados (Art. 5 de la CADH) b) Derecho a la libertad personal (Art. 7 de la CADH) c) Garantías judiciales (Art. 8 de la CADH) d) Derecho al respeto de su honra y reconocimiento de su dignidad (Art. 11 de la CADH) e) Declaración obtenida por medio de la tortura no puede ser admitida como medio de prueba (Art. 10 Convención para prevenir y sancionar la tortura) f) Violación de la obligación del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana (Art. 1.1. CADH)
<p>FORMAS DE REPARACION</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Indemnización a favor de las víctimas por USD 1.100.000 (USD 100.000 a cada uno/a) por lucro cesante, daño emergente y daño moral sufrido por las víctimas b) Compromiso del estado de enjuiciar penal y administrativamente a responsables de las violaciones excitando al Ministro Fiscal, a la función judicial y los órganos públicos y privados con el fin de que estos últimos provean información c) Constancia de que los campesinos del Putumayo fueron víctimas de detención ilegal, tortura, incomunicación, atentado a la presunción de inocencia, por acusaciones infundadas. d) Exhortación a las Fuerzas Armadas del Ecuador y a la Policía Nacional a que observen las garantías del debido proceso a que tienen derecho las personas que por cualquier razón son acusadas de infracciones penales.

BASE JURIDICA	<ul style="list-style-type: none"> a) Arreglo amistoso firmado el 24 de junio de 1998 dentro del trámite del caso 11.473 de la Comisión Interamericano de Derechos Humanos b) Art. 48 1 f), Art. 49 de la CADH c) Art. 63.1 de la CADH d) Art. 45 del Reglamento de la CADH e) Arts. 22 y 24 de la Constitución Política del Ecuador f) Art. 215 de la Constitución Política del Ecuador.
FECHA DENUNCIA INTERNACIONAL	8-11-94
FECHA ARREGLO AMISTOSO	24-6-94
TIEMPO TRANSCURRIDO	3 años y 7 meses

CAPITULO IV
Aportes Diversos

El presente estudio integra la información levantada sobre los conocimientos y percepciones acerca del derecho de reparación, que tienen diferentes actores vinculados a esta problemática. Para tal efecto, se aplicaron cuatro instrumentos diferentes; puntualmente se realizaron entrevistas y encuestas a detenidos y detenidas de dos Centros de Rehabilitación Social: el de Varones N° 2 y el Femenino de la ciudad de Quito; se entrevistó a un conjunto de personas que actualmente se desempeñan como operadores de justicia en diferentes materias e instancias y a profesionales del derecho cuyo trabajo los ha acercado a casos de violaciones de derechos humanos por parte del Estado; y, un rastreo de casos en diferentes instancias judiciales, para ubicar relaciones estadísticas que son de interés para este estudio, ya sea porque implican demandas de indemnización al Estado o sus funcionarios, o porque evidencian ciertas prácticas de la administración de justicia.. En adelante se consigna los resultados y reflexiones más relevantes con respecto a la información levantada.

4.1. Aporte de los operadores de justicia y abogados

Bajo un esquema unificado de preguntas se entrevistó a cuatro operadores de justicia y dos abogados, sobre los siguientes aspectos del derecho a la reparación:

a) Definiciones

El conocimiento de los entrevistados con respecto a la definición de reparación, tiene dos abordajes conceptuales que son complementarios. De una parte la mayoría de los entrevistados coincide en señalar que **la reparación es una obligación del Estado** que se origina en la vulneración de ciertos derechos, o en la causación de daños y perjuicios a los particulares, a consecuencia de actos u omisiones de quienes ejercen autoridad pública o prestan servicios públicos.

“La reparación es una obligación del Estado, de buscar la forma de resarcir los

*daños que ha causado a una persona por la acción u omisión de sus agentes durante el ejercicio de sus funciones*⁶⁸

Concurrentemente se señala que **la reparación es un derecho constitucional de las personas** que se ejerce bajo los mismos presupuestos jurídicos: causación de daño y vulneración de derechos.

*“Es un derecho que concede la Constitución a los particulares que han recibido indebidamente perjuicios del Estado”*⁶⁹

b) Fundamentos

La mayoría de los entrevistados señalan que los fundamentos del derecho a la reparación radican en:

El pacto social:

El Estado se ha constituido para normar la convivencia y proteger a las personas y los bienes, es decir para brindar seguridad a sus asociados; el Estado tiene sentido y razón legítimos de ser solo cuando sirve para estos propósitos que se resumen en la noción de bien común.

“El Estado ha sido constituido para preservarnos, preservar a las personas y los bienes, y para darnos seguridad jurídica”^{3 70}

La obligación de respetar y hacer respetar los derechos humanos

Adquirida por el Estado ante la comunidad internacional mediante la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos.

“El Estado se comprometió con sus ciudadanos y a nivel internacional a través de la firma de convenios sobre derechos humanos, a respetar los derechos funda-

⁶⁸ Funcionario CEDHU

⁶⁹ Ministro Juez

⁷⁰ Ex Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales

*mentales de toda persona*⁷¹

Solo una de las entrevistadas al ser interrogada sobre el fundamento de la reparación señaló textualmente:

*“básicamente en violentar los derechos de los seres humanos”*⁷².

Es pertinente señalar que debe distinguirse entre las causas y/o hechos que motivan la demanda de reparación a los que parece aludir esta última respuesta, y los fundamentos que sustentan, jurídica y políticamente, el derecho a la reparación consignados en los numerales uno y dos.

c) Hechos que dan lugar a la reparación

En términos generales algunos de los entrevistados al definir a la reparación ya habían señalado cuales son los presupuestos que dan lugar a ésta: violación de derechos y causación de daño; sin embargo como la entrevista y la investigación están direccionadas a la reparación en la esfera de lo penal, en cierto sentido, al recoger todas las respuestas de los entrevistados, se puede elaborar una tipología de los hechos que, desde su perspectiva, dan lugar a las demandas de reparación, en este sentido se tiene:

- Personas que han sido injustamente privadas de la libertad.
- Personas que estaban mucho tiempo detenidas y que salían sobreesidas, o eran absueltas
- Infracciones al debido proceso.
- Errores cometidos en un proceso penal.

Con relación al cuestionamiento adicional que se plantea a uno de los entrevistados sobre la posibilidad de que el error judicial y las infracciones al debido proceso que dan lugar a reparación y que se señalan en el artículo 22 de la Constitución puedan producirse fuera de la esfera de lo penal, se anota:

“evidentemente podrías creer que esto es posible en cualquier juicio civil, contencioso administrativo, pero yo creo que hay que concatenar con el resto de la frase

⁷¹ Funcionario CEDHU

⁷² Jueza

*que dice “por los actos que haya producido la prisión de un inocente” y nosotros sabemos que la prisión de un inocente o su detención arbitraria, solo pueden producirse dentro de un proceso penal, o concomitantemente con un proceso penal*⁷³

d) Responsables

Todos los entrevistados señalan de manera contundente que la responsabilidad de efectuar la reparación por las violaciones a los derechos humanos, es del Estado. Sin embargo, anotan que, en lo económico al Estado le asiste el derecho de repetición en contra del o los funcionarios que cometieron la acción u omisión por la que se reclama reparación; repetición por la cual el Estado se repone los dineros que pagó por concepto de indemnización al afectado.

*“La Constitución está señalando con claridad que el Estado asume la responsabilidad en cuanto al derecho de reparación en su artículo 22, pero no es menos cierto que este derecho que lo asume el Estado puede ser repetido en contra del funcionario que ocasionó el daño”*⁷⁴

Cabe señalar que independientemente de que el Estado pueda efectivizar su crédito, por la vía de repetición, está obligado al pago de indemnizaciones a que fuere condenado en la sentencia correspondiente.

Por otra parte, ninguno de los entrevistados ha aludido a la necesidad de que el derecho a la repetición, se sustente en un obrar negligente o doloso del funcionario en contra del cual se busca repetir, ya que hacerlo en contra de todos los funcionarios sin ningún tipo de criterio o consideración previa, significaría trasladar la responsabilidad del Estado en cuanto a las indemnizaciones a cualquier funcionario público, en todos los casos en que se haya producido un daño ilegítimo a consecuencia de su obrar, lo que como hemos dicho carece de coherencia jurídica en términos generales y sobre todo en los casos de falla anónima de un servicio público que produce un

⁷³ Ex Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales

⁷⁴ Jueza

daño ilegítimo.

Partiendo de que es el Estado el responsable de efectuar la reparación, uno de los entrevistados plantea que se debería dirigir la demanda de reparación en contra del representante legal de la institución estatal, así como en contra de sus delegatarios y/o concesionarios cuando *“la violación de los derechos humanos se ha producido en algo que no llega a ser delito”*; mientras que en los casos en que *“linda con la responsabilidad penal o se ha originado en medio de un proceso penal”*⁷⁵ debe demandarse al Estado mismo a través de su Procurador General.

La singularización que hace el entrevistado sobre la institución estatal que debería ser demandada en los casos que el hecho que genera el daño no constituye delito, es desde la perspectiva de este estudio, poco conveniente, en la medida que se constriñe innecesariamente la responsabilidad del Estado y se la focaliza en una sola de sus instituciones; y, en la medida en que la capacidad presupuestaria de cada institución puede influir perjudicialmente en la efectivización de las indemnizaciones a las que eventualmente se les condene.

e) Vías para efectivizar la reparación

Aunque las respuestas fueron sumamente diversas y muy poco precisas en cuanto al señalamiento de las vías para demandar reparación, se puede agrupar las opiniones de los entrevistados en dos tendencias: aquellos que señalan categóricamente la existencia de vías para demandar la reparación; y, otros que sostienen que formalmente hay ciertos mecanismos para procesar las demandas indemnizatorias (reparación), pero en la práctica éstos no funcionan, porque resultan ineficientes para procesar las demandas de reparación.

Por parecernos representativas de la primera tendencia recogemos las siguientes afirmaciones:

*“Fundamentalmente se ha hecho **a través de un juicio verbal** sumario que se hace en diferentes juicios para poder reclamar las indemnizaciones civiles que se producen, en los últimos juicios tuvimos los tres casos muy conocidos de los her-*

⁷⁵ Ex Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales

manos Restrepo, Benavides y el caso Putumayo y se hizo directamente en la de Derechos Humanos, son los casos que se han conocido»⁷⁶

En un esfuerzo por contextualizar la percepción de la entrevistada, consideramos que alude a las indemnizaciones (no a las demandas de reparación) a las que hay lugar en los procesos judiciales, que deben ser tramitadas a través de un juicio verbal sumario; y, las violaciones a los derechos humanos, deben ser impulsadas a través de la vía internacional de reparación. Si esta interpretación es correcta, cabe señalar, que la funcionaria judicial considera que, en los casos de violaciones a derechos humanos no existe vía de reparación en el ordenamiento jurídico nacional, porque desde su experiencia los casos mencionados (Restrepo, Benavides, Putumayo) fueron procesados en la vía internacional.

“a nivel nacional tenemos las diferentes instancias judiciales y además el derecho que le da el juez al sindicado al momento de dictar una sentencia absolutoria y dictar un sobreseimiento definitivo, calificando de maliciosa y temeraria la acusación, y este a su vez puede reclamar los daños y perjuicios emanados por esos improperios”⁷⁷

La afirmación anterior, se circunscribe al caso de privación injusta de la libertad de una persona que termina con sentencia absolutoria y/o sobreseimiento definitivo, dejando por fuera toda consideración con respecto a las vías para procesar otros daños causados por la administración de justicia penal, y por supuesto todos los demás daños ilegítimos que eventualmente podría causar el Estado. Y es en este campo específico, que señala la vía ordinaria del procesamiento penal, para iniciar acciones indemnizatorias en contra del acusador particular declarado como malicioso o temerario; lo que implica que no vincula la responsabilidad del Estado en estos hechos y consecuentemente tampoco identifica la vía, para dirigir acciones de reparación en contra de éste.

“Se ha instituido el recurso de Amparo Constitucional como una de las medidas más expeditas, urgente y efectivas de reparación de los daños, principalmente en función de los actos administrativos; otra fórmula de reparación, es el reconoci-

⁷⁶ Ministra Jueza

⁷⁷ Jueza

*miento del Estado de los crímenes de Estado que se llamarían a partir de los juicios tramitados a nivel internacional en los tribunales internacionales*⁷⁸

Si bien el recurso de Amparo Constitucional, tiene el efecto, en cuanto a reparación se refiere, de volver las cosas al estado anterior a la violación (remediar) y ordenar que se haga lo que el Estado está obligado hacer con respecto al caso concreto, no abarca las otras formas de reparación, sobre todo la indemnizatoria por el daño ilegítimo causado.

Y por otra parte, se reitera la alusión a la vía internacional como aquella que ha posibilitado la tramitación y resolución de las demandas de reparación.

Nos parece interesante la referencia al Amparo Constitucional, como un mecanismo que de ser aceptado y resolverse favorablemente, ya por sí mismo evidencia la producción de un daño ilegítimo por parte del Estado, que de no ser rápidamente procesada, acatando lo dispuesto en la resolución del Amparo Constitucional, da lugar a un daño que amerita reparación, desde nuestra perspectiva, la resolución de amparo desacatada por la autoridad correspondiente constituye título de imputación, en base al cual, el afectado quedaría en aptitud de demandar indemnización al Estado.

La otra tendencia en cambio señala que las vías aparentemente son dos:

a.- El trámite señalado en el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que permite al afectado reclamar ante el máximo representante de ésta función la indemnización por los perjuicios y daños causados por sus funcionarios, y en caso de falta de respuesta o una respuesta negativa, el afectado queda en aptitud de demandar la indemnización ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

*(la vía para la reparación) “está regulada en el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, claro que esto se refiere al ámbito de la función ejecutiva simplemente”*⁷⁹

Precisamente éste es el gran obstáculo que presenta esta vía, solo regula aquello

⁷⁸ Jueza

⁷⁹ Ministro Juez

que tiene que ver con los funcionarios que dependen del ejecutivo, por lo que cuando la vulneración de los derechos o el daño producido, es causado por funcionarios del Estado que no pertenecen al ejecutivo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se declara incompetente para conocer el caso, dejando por fuera la posibilidad de reclamar indemnizaciones (léase reparación) por fallas al debido proceso, prisión de un inocente y error judicial, que son actos que en su mayoría son cometidos por los operadores de justicia.

Uno de los entrevistados al narrar su experiencia en demandas por indemnizaciones presentadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuenta:

“Claro, ellos decían únicamente los hechos: se narra que intervino en la detención ilegal la policía, que posteriormente el proceso pasó a la función judicial y que estos funcionarios no son dependientes de la función ejecutiva sino de la función judicial, y que el estatuto jurídico de la función administrativa establecía obligación únicamente respecto de los funcionarios dependientes de la función ejecutiva

- *¿Es decir que las vías a nivel nacional para al reparación han sido ineficaces?*
- *No existían simplemente, o sea no tanto que sean eficaces ... Lo que nos decían es que NO EXISTE EL CAMINO LEGAL⁸⁰*

Abundando en las críticas al Estatuto Jurídico de la Función Ejecutiva otro de los entrevistados señala:

“El Estatuto de la Función Ejecutiva es no sólo restrictivo sino inconstitucional... como parte de ese estatuto está aquello que se llama indemnizaciones en contra del Estado y son restrictivas las normas que ahí están, y en vez de ayudar a reclamar, más bien impide que se reclame... El Tribunal Contencioso normalmente se niega a admitir una demanda de esa naturaleza porque dice: un estatuto no nos confiere competencia, la competencia nace de la ley, y el estatuto no es ley⁸¹

⁸⁰ Funcionario CEDHU

⁸¹ Ex Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales

b.- El trámite recientemente establecido en el Código de Procedimiento Penal, sobre el que, ninguno de los entrevistados ha expresado con precisión en que consisten los inconvenientes de esta nueva normativa, sino que uno de ellos se ha limitado a señalar que esta vía resulta ineficaz

“Al momento esa nueva norma del procedimiento penal sigue siendo ineficaz”⁸²

Al respecto es pertinente señalar que en el acápite correspondiente a las vías operantes para efectivizar la responsabilidad del Estado ecuatoriano en los daños ocasionados dentro del procesamiento penal, ya se ha efectuado un análisis crítico de las dificultades y potencialidades que implica la utilización del nuevo Código de Procedimiento Penal

f) Percepciones acerca de la efectividad de las vías de reparación

La mayoría de los entrevistados coinciden en generalizar la ineficacia de las vías para la reparación, sin embargo señalan que el mayor o menor éxito que se logre en la consecución de indemnizaciones que pueden reclamarse al Estado, dependen en gran medida de los siguientes factores extra normativos que se dan en estos casos:

- El interés público que se pueda generar alrededor del caso
- La presión social y de los medios de comunicación para resolver el caso

g) Obstáculos para efectuar la reparación

En relación con los obstáculos mencionados por los entrevistados, podríamos efectuar una distinción entre aquellos que son estructurales y los que tienen que ver con la situación o actitud de los afectados:

Obstáculos Estructurales

- Falta de claridad normativa en cuanto a la vía y el procedimiento para demandar la reparación.

⁸² Funcionario CEDHU

- Deficiencia de los operadores de justicia (técnicas y éticas) para canalizar las demandas de reparación.

“yo pienso que hay un poco de recelo de parte de los jueces debido a que se les dice que hay prevaricato, siempre se dice que hay prevaricato, entonces los jueces tienen dificultades de funcionar con el artículo 24 del debido proceso”⁸³

- El juicio puede durar mucho tiempo por su propia dinámica; o dilatarse por factores externos (presiones políticas, económicas, influencias personales de los involucrados); y en función de esos mismos factores externos influir en las decisiones judiciales.
- No conocen de casos concretos en los que se haya obtenido la libertad de un inocente a consecuencia de haber interpuesto el recurso de revisión.

Obstáculos Personales

- Una vez obtenida su libertad los afectados buscan alejarse de todo lo que este vinculado a la administración de justicia
- No pueden o no quieren pagar los elevados costos (económicos, de tiempo, etc.) de sostener un juicio en contra del Estado.
- La percepción de que luchar contra el Estado en estos casos es absolutamente infructuoso y demorado.

h) Requisitos

En referencia a los requisitos que existe o deberían existir para una demanda de reparación, los entrevistados no han llegado a detallarlos sino a efectuar señalamientos generales, y distinguen aquellos que son propios del ámbito nacional y los que corresponden al plano internacional:

En lo nacional señalan:

- La comprobación de la violación de un derecho constitucional o del ocasionamiento del daño. Al respecto cabe anotar que ninguno de los entrevistados ha señalado como se debe formalizar tal comprobación,

⁸³ Ministra Jueza

es decir que no se ha establecido si la violación o daño tiene que ser previamente declarada por una autoridad y/o juez para que sea procedente la demanda de reparación.

- El sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria

Cabe señalar, que los entrevistados no han aludido ni a la declaración del daño, ni al nexo de causalidad que debe guardar éste con el obrar estatal, así como tampoco, a la verificación de que el daño ilegítimo no haya sido propiciado por el afectado. Por otra parte, el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, que desde nuestra perspectiva constituyen títulos de imputación, es un requisito específico en los casos de privación injusta de la libertad por la que se puede demandar reparación al Estado.

En lo internacional:

- Haber agotado la vía interna o demostrar que ésta no existe
- Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emita un informe favorable del caso
- Adjuntar la documentación correspondiente a la demanda que se presente ante la Corte Interamericana

Es necesario puntualizar, que los entrevistados manejan nociones generales y poco precisas sobre los requisitos para iniciar una acción de reparación en los ámbitos nacional e internacional.

i) Formas de reparación

Aunque todos los entrevistados coinciden en que **la finalidad de la reparación es el desagravio y resarcimiento del afectado**, han identificado formas específicas de reparación, que sin constituir una enumeración taxativa, permitiría el ejercicio integral del derecho a la reparación:

- Reconocimiento de la existencia de la violación por parte del Estado
- Reconocimiento de la responsabilidad del Estado en esa violación
- Compromiso del Estado, si hasta el momento no se ha hecho, de investigar el caso y sancionar a los responsables de la violación
- Restitución del derecho del que se le ha privado o desconocido
- Reparación económica

- Eliminación de la información (antecedentes penales) que reposa en los archivos de los cuerpos de seguridad sobre las personas que han sido declaradas inocentes; y lo ideal es que se lo haga de otras bases de datos públicas y privadas.

j) Percepción del daño y criterios de compensación

Uno de los entrevistados señala que el daño puede ser “*moral, físico, económico y material*” y aunque no se puede describir todos las conductas dañosas considera que “*de principio todos los daños son reparables*” en lo que tiene que ver al ámbito pecuniario:

“Yo creo que la forma de reparación tendría que ser pecuniaria”⁸⁴

Desde este enfoque, otro de los entrevistados da cuenta de las categorías jurídicas que existen para cuantificar la compensación económica de un daño causado por el Estado, y que son: lucro cesante, daño emergente y daño moral.

“La Corte Interamericana ha establecido para esto del derecho a la reparación, lo dividió en el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral”⁸⁵

En opinión de este entrevistado existen reglas y parámetros que permiten cuantificar el daño emergente y el lucro cesante, sin embargo, se presentan serias dificultades para cuantificar el daño moral, básicamente por que los hechos que ocasionan el daño no tienen las mismas consecuencias para unas personas que para otras, dependiendo de sus características o condiciones específicas, como el sexo, la edad, el estado de salud, el estado de indefensión y/o vulnerabilidad por ejemplo.

“tú puedes cuantificar el daño emergente, tú puedes cuantificar el lucro cesante, pero no puedes cuantificar el daño moral. Ya sí a un hombre le pegan un puñete, sí a una mujer le pegan un puñete, pero no sufrieron igual. Un insulto a un hombre no le puede parecer nada grave, pero un insulto a una mujer le puede doler muchísimo”⁸⁶

⁸⁴ Todas las frases citadas en este párrafo fueron tomadas de la transcripción hecha a la entrevista realizada a un Ex Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales

⁸⁵ Funcionario CEDHU

⁸⁶ Funcionario CEDHU

Sin embargo de lo expresado, también existen opiniones acerca de la reparación pecuniaria del daño que no se alinea con lo afirmado al respecto hasta ahora:

“esas indemnizaciones económicas son muy complejas, y creo que son muy difíciles de establecer, yo creo que porque le den una cantidad específica no van a reparar la problemática: la falta de un ser querido o la violación de una mujer.. o u niño, yo no creo que se pueda reparar económicamente”⁸⁷

Como se ha señalado en el acápite correspondiente a la normativa internacional relacionada con el derecho a la reparación, las indemnizaciones son solo una forma de reparar el daño causado, que comprenden no solamente los perjuicios ocasionados por dicho daño, sino también todo gasto o erogación patrimonial efectuado en la defensa y atención del caso en concreto.

k) Sugerencias para efectivizar la reparación

A lo largo de todas las entrevistas se han formulado un conjunto de sugerencias para efectivizar la reparación, y en este espacio hemos tratado de agruparlas:

- Que la ley establezca un trámite especial para demandar reparación
- Que la Defensoría del Pueblo asuma el patrocinio de las demandas de reparación en los órganos competentes nacionales e internacionales
- Establecer las reglas básicas pero suficientes para determinar el monto de las indemnizaciones
- Capacitar a los funcionarios públicos en un adecuado cumplimiento de su mandato de servicio
- Educar a la población en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades
- Que los responsables de procesar las demandas de reparación lo hagan con celeridad y con apego a los plazos y términos legales
- Que se haga presión social y por los medios de comunicación para que se admitan y tramiten las demandas legítimas de reparación

En el entendido de que estas son sugerencias, consideramos que no todas

⁸⁷ Jueza

ellas son viables en el contexto jurídico nacional e incluso es preciso discutir sobre la conveniencia jurídica y política de alguna de ellas, concretamente aquella que alude al patrocinio de la Defensoría del Pueblo, en primer lugar, porque la defensa de casos específicos no está dentro del mandato constitucional y legal de la Defensoría, en segundo lugar porque no cuenta con los medios económicos suficientes para hacerlo, y en tercero, porque haría falta una Defensoría plenamente consolidada y eficiente para garantizar un adecuado patrocinio.

En contrapartida, todas las sugerencias que tiene que ver con procesos educativos, nos parecen plausibles, siempre y cuando el Estado y la sociedad civil aporten equitativamente con su esfuerzo para este propósito.

1) Fuentes de financiamiento

Salvando la opción del derecho de repetición que le asiste al Estado, todos los entrevistados se inclinan por procurar una forma de financiamiento pre-determinada para el pago de las indemnizaciones, con la intencionalidad de que el Estado no pueda argumentar que carece de fondos para efectuar el pago de la compensación económica; y en este sentido las opciones de financiamiento que proponen son:

- Creación de un impuesto o tasa para la creación de un fondo de indemnizaciones
- Gravar con una tasa a las indemnizaciones que pague el Estado a los afectados
- Haciendo efectivo el derecho de repetición a favor del Estado
- Crear un fondo o partida en el Presupuesto del Estado

Es discutible la conveniencia socio política y hasta ética de que el Estado vía presupuesto o creando impuestos formalice un fondo permanente para indemnizar a los perjudicados por violaciones a los derechos humanos imputables al Estado. Lo que nos coloca ante un serio cuestionamiento: ¿ se debe asumir la ineficacia y corrupción como una cuestión general y consustancial al funcionamiento del Estado, previsionando para ello fondos públicos?.

Desde nuestra perspectiva, tal previsionamiento equivaldría a una autorización incondicional que ampare las equivocaciones del Estado, pues ya dis-

pondría de los recursos para pagar el costo económico de sus errores, lo cual resulta política, jurídica y éticamente cuestionable, por lo que sugerimos que la responsabilidad patrimonial del Estado, por aquellos daños ilegítimos producidos en el marco del procesamiento penal, provenga de partidas extrapresupuestarias destinadas a la reparación económica del perjuicio ocasionado.

m) Recomendaciones al Procedimiento

En relación a la duración del trámite de las demandas de reparación en el Tribunal Contencioso Administrativo, uno de los entrevistados plantea que se debe efectuar una reforma en la que se enfatice la agilidad del trámite, debido a que la aspiración básica de quien ha sufrido un perjuicio por parte del Estado es que lo indemnicen lo antes posible.

“sería interesante que se haga una ley en la que se regule inclusive el trámite para que sea más ágil... dado el número que tenemos aquí: 2500 causas en cada Sala... Entonces se alargan los trámites, si es gente que ha sufrido ese tipo de perjuicios, sin duda tiene aspiración de que le resarzan los daños, entonces sería muy importante que cambien los trámites.”⁸⁸

Otras recomendaciones al procedimiento que consignan los entrevistados hacen referencia a:

- Reglas claras para la determinación de la cuantía de la indemnización
- El trámite debería ser sumario pero contener dos fases: una de declaración del derecho, no más de un mes; y la otra para fijar la cuantía de la indemnización, que debería durar menos que la primera.
- Que la indemnización se pague del presupuesto de la institución estatal que causó el daño y que el demandado sea su principal representante.
- Debería habilitarse a jueces constitucionales, o que el Tribunal Constitucional conozca de los casos que dan lugar a reparación para que sean ellos quienes declaren el derecho y el Tribunal Contencioso Administrativo el que efectivice la reparación.

Considerando que los entrevistados formulan sus recomendaciones pensan-

⁸⁸ Ministro Juez

do en el derecho a la reparación desde su concepción más amplia y general, nos parece interesante, que estas sugerencias, sobre todo aquellas referentes a la declaración del daño, determinación de las formas de reparación y criterios de cuantificación de las indemnizaciones, sean valoradas a la luz de un estudio más amplio en el que se contemplen todos los casos en que se vulneran derechos fundamentales garantizados por la Constitución, y no solo aquellos derechos inherentes al procesamiento penal, que constituyen el objeto de este estudio

n) Percepciones en la relación de género y derecho a la reparación

Uno de los entrevistados plantea que cuando las personas están privadas de libertad, por acusaciones injustas pero sumamente graves, viviendo condiciones inhumanas en la detención, el daño no se puede valorar de la misma manera en caso de que unos sean hombres y otras mujeres. No sólo por el sufrimiento personal a causa de todas las condiciones descritas sino por las relaciones familiares que se deterioran fuera de los centros de detención.

“por ejemplo estuvieron el mismo tiempo detenidos, se les siguieron el mismo tipo de juicios, cuatro juicios, las mismas violaciones, el mismo tiempo de incomunicación ¿porqué él menos y ella más?, lo que decía: él, en primer lugar era soltero, ella es madre, tiene un hijo.... Él sentía como que el Estado le causo un daño sólo a él. NN (mujer) consideraba que el Estado le causó un daño a ella y a su familia. Yo recuerdo con NN (mujer) cuando conversábamos que decía, mi hijo quedo de tal año y no he tenido la oportunidad de crecer con él, no he visto sus alegrías, sus lloros, no he visto si tiene una enamorada o no la tiene, no he podido estar pendiente de él

En cambio cuando uno conversa con un hombre.... Digamos que no expresan sus sentimientos a profundidad, por lo general guardan sus cosas. Pero de la expresión que daban, siempre era el daño que me causaron a mi, el daño fue a mi”⁸⁹

Por otra parte la opinión de uno de los entrevistados es opuesta a creer que

⁸⁹ Funcionario CEDHU

se deba valorar el daño de una manera diferenciada si se trata de hombres o si se trata de mujeres, literalmente anota:

“realmente diferencias de género en este aspecto, no son muy notorias, las violaciones que se dan, son equiparables tanto en el género masculino como en el femenino”⁹⁰

Esta lectura de las reglas que operan para regular el derecho a la reparación demuestra, que el enfoque de género todavía no tiene cabida en la forma en que se estructuran y visibilizan las normas de derecho, es decir que se sigue concibiendo a la ley como neutra, ignorando que las leyes en nuestro contexto social tienen un sustrato fuertemente androcentrista.

En relación a la necesidad de incluir o no el enfoque de género en el derecho a la reparación las opiniones se han dividido en dos tendencias opuestas, aquellos que consideran que no tiene cabida (tendencia general) y aquellos que creen que resulta imprescindible incluir el enfoque de género (tendencia excepcional). Por considerarlas representativas de la primera tendencia, incluimos las siguientes citas:

Sobre la base de que *“nuestra Constitución dice que no se establecerá diferencia alguna en razón de sexo y... porque todos los ciudadanos somos iguales ante la ley”⁹¹* uno de los entrevistados opina que no debería efectuarse un trato diferenciado en lo tocante al derecho de reparación.

Con respecto al acceso a la justicia la mayoría de los entrevistados consideran que la ley y los procedimientos son neutros, aunque no descartan la posibilidad de que excepcionalmente se vulnere el derecho al acceso de la administración de justicia por razones de género, pero consideran que por regla no hay diferenciación:

“de igual forma tienen acceso el hombre y la mujer, yo me atrevería a decir que como en todo hay su excepción... puede haber dificultades al acceso, pero no se puede generalizar”⁹²

⁹⁰ Jueza

⁹¹ Ministro Juez

⁹² Jueza

En la segunda tendencia, a diferencia del criterio general, uno de los entrevistados señala que la cultura patriarcal y machista dominante efectivamente se expresa en las relaciones que se establecen dentro de la administración de justicia, en este sentido señala:

“En la práctica sí, en los juzgados sí eres hombre te prestan un poco más de atención que si eres mujer, si eres mujer te dicen: espérese estoy ocupado... en el evento de que acudieran con una demanda en contra del Estado por violación de sus derechos yo creo que el caso del hombre se movería más rápido y el caso del hombre recibiría más dinero que el de la mujer.... Si los dos están en igualdad de condiciones considero que la función judicial le daría más dinero al hombre”⁹³

“Si porque de alguna manera la mujer es discriminada, entonces siempre debe haber una protección excepcional a favor de la mujer.... La mujer en las relaciones sociales es desigual, por consiguiente debería haber una protección especial”⁹⁴ ”

En lo referente a la responsabilidad del Estado en la violencia contra la mujer, las opiniones vertidas se inclinan por asignarle a la mujer una condición de especial vulnerabilidad en el contexto social, condición que, según la entrevistada, debería ser compensada por el Estado a través de mecanismos de atención especial para las mujeres y la familia, pero en cuanto a la “culpa” del Estado en la violencia contra la mujer no encuentra sino argumentos marginales para ligar al Estado con este tipo de violencia.

“Sería un poco difícil atribuir toda la culpa al Estado, a pesar de que la tiene, en cuanto no se ha preocupado de la educación de las personas y no ha solventado la desocupación, que generalmente trae como consecuencia violencia, desazón, alteraciones psicológicas y que definitivamente inciden en la vida intrafamiliar, pero no obstante yo entiendo que la violencia que se sufre itinerantemente, también tiene que ver con el fuero interno de las personas, con su formación, con su cultura inclusive”⁹⁵”

Cabe señalar que los entrevistados evidencian un bajo nivel de referencia a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, sobre

⁹³ Funcionario CEDHU

⁹⁴ Ex Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales

⁹⁵ Jueza

todo los que contienen derechos específicos de las mujeres. Además la mayoría de las respuestas encierran concepciones sexistas y androcéntricas, partiendo del supuesto de igualdad, sin considerar que dicha igualdad es solo a nivel formal más no real. En el mismo sentido, es notoria la poca información que los entrevistados manejan con respecto a la concepción de los derechos humanos, en la que el Estado tiene responsabilidades concretas frente a las violaciones de los derechos de las personas, aunque éstas se produzcan en el ámbito privado; de esta situación da cuenta la marginalidad de los argumentos con que se vincula al Estado al problema de la violencia intrafamiliar.

Es preciso ratificar que el Estado está obligado a proporcionar o adoptar los medios apropiados para lograr un cambio de estereotipos, para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer. En donde se valore a las mujeres en su diversidad y no se adopten conductas o formas de sexismo como el familismo que “consiste en la identificación de la mujer-persona humana con la mujer-familia, o sea, en el referirse o tomar en cuenta a la mujer siempre en relación a la familia, como si su papel dentro del núcleo familiar fuera lo que determina su existencia y, por ende, sus necesidades y la forma en que se la toma en cuenta, se la estudia o se la analiza.”⁹⁶

Cabe señalar, que en las opiniones vertidas sobre la responsabilidad del Estado sobre el problema de la violencia intrafamiliar, no se ha incluido el trato marginal que reciben estos casos en la administración de justicia, en tanto siguen considerándoles como eventos “no delictivos” que pertenecen y deben ser procesados en la esfera de lo privado; así tampoco, se visibiliza la responsabilidad del Estado para generar condiciones en los ámbitos público y privado, que permitan el desarrollo de una cultura de equidad y respeto.

⁹⁶ Vigiladas y castigadas. CLADEM. Comité Latinoamericano para la defensa de los derechos de la mujer. 1ª. Edición. Año 1.993. Pág. 34.

4.2. Análisis de las encuestas a detenidos y detenidas

Se ha encuestado a ochenta personas detenidas en los Centros de Rehabilitación Social Femenino de Quito y de Varones N° 2., de las cuales 41 son varones y 39 son mujeres, con el propósito de contar con información relevante vinculada al tema de la reparación.

En este sentido, se ha levantado información acerca de los hechos que podrían dar lugar a una acción reparatoria; las percepciones de los detenidos acerca del derecho a la reparación y la factibilidad de iniciar acciones de reparación; las percepciones sobre el ámbito de incidencia del daño causado, las formas de repararlo y la responsabilidad específica de quien lo causó.

El análisis sobre la información levantada parte de caracterizar a la población objetivo, en esta línea tenemos:

Edad de los internos/as	Porcentaje
De 18 a 30	38.8
De 30 a 40	33.8
De 40 a 50	20
De 50 en adelante	7.5

Como se observa en el cuadro anterior, la mayoría de las personas privadas de la libertad están en la categoría correspondiente a la edad productiva y reproductiva.

En el siguiente cuadro se consigna el nivel de instrucción de los encuestados y su representatividad proporcional en la muestra. Es interesante observar que un 46% de la población tiene niveles de instrucción que van de la secundaria en adelante, lo cual supera la expectativa de vida escolar del promedio nacional que es equivalente al cuarto curso de colegio⁹⁷. Es decir, que existe un importante porcentaje de personas que tienen un grado de instrucción entre aceptable y muy bueno.

⁹⁷ Ver indicador esperanza de vida escolar SIISE, fuente INEC, encuesta de condiciones de vida 1995 – 1998.

Nivel de instrucción de los informantes	% del Total	Hombres	Mujeres
Ninguna y primaria incompleta	13,75%	45 %	55 %
Primaria completa	17,5 %	71,5 %	29,5 %
Secundaria incompleta	22,5 %	44 %	56 %
Secundaria completa	13,7 %	55 %	45 %
Superior incompleta	16,2 %	69 %	31 %
Superior completa	16,2 %	23 %	77 %

En la siguiente tabla se hace una especificación del tipo de delito por el cual fueron privados de la libertad los encuestados, determinando el porcentaje del total de la muestra que los cometió, y de éste porcentaje desagregando la proporción de hombres y mujeres

Delito por el cual fueron detenidos/as	% del total	Hombres	Mujeres
Tráfico de drogas	47,5 %	13,2 %	86,8 %
Delitos contra la propiedad	30,0 %	83,3 %	16,7 %
Delitos contra las personas	6,3 %	100 %	0 %
Delitos sexuales	7,5 %	100 %	0 %
Otros	8,75 %	85,7 %	14,3 %

En una lectura general de la tabla se tiene que la gran mayoría (aproximadamente el 80%) de personas privadas de la libertad, cometen delitos orientados a generar ganancias ilegales, desde una lectura sustentada en la criminología crítica este indicador daría cuenta de las grandes inequidades sociales y económicas que caracterizan a nuestro país y que impulsan a las personas de los estratos económicos más deprimidos a buscar formas ilegales de solventar sus necesidades materiales.

De otra parte, la fuerte carga moral que ha promovido la censura indiscri-

minada de todos los actores que participan en el negocio ilegal de la droga (campesinos, pequeños traficantes, grandes traficantes, consumidores, etc.) ha producido también un trato indiscriminado de los mismos, lo que redundó en reglas jurídicas muy rígidas para el procesamiento penal del tráfico de drogas, así como, un imaginario de venganza y ajusticiamiento direccionado hacia las personas que lo cometen, esto implica generar prácticas culturales, políticas, administrativas, sociales y jurídicas, desde las cuales se vulnera con más facilidad los derechos de los sindicados por esta causa.

Con respecto al mismo tema, cabe señalar, que a tales prácticas, que con alguna frecuencia rayan en lo ilegítimo, se suma el hecho de que aproximadamente el 90% de las personas detenidas por tráfico de drogas que fueron encuestadas son mujeres, lo que en el contexto nacional implica una mayor vulnerabilidad de ellas en el procesamiento penal.

Hechos que podrían dar lugar a una acción reparatoria

En el siguiente cuadro se consignan violaciones a los derechos de los detenidos que fueron identificadas por los encuestados al momento de la detención, y que por sí mismas dan lugar a una acción reparatoria del Estado, aunque en estricto sentido no estén vinculadas al procesamiento penal, entendido como el que asume la administración de justicia para determinar responsabilidades y sancionar de ser el caso, sino que más bien se ejecutan por los agentes estatales que realizaron la detención.

Infracciones cometidas en contra de los detenidos	% del total	Hombres	Mujeres
Uso excesivo e ilegítimo de fuerza durante la detención	37,5 %	83,3 %	16,7 %
Violencia psicológica durante la detención	28,8%	26,0 %	74,0%
Violencia sexual durante la detención	2,5 %	0 %	100 %

Esta tabla muestra que aproximadamente el 70 % de los encuestados sufrió algún tipo de violencia ilegítima, en el sentido de que era injustificada, innecesaria y que violenta derechos. En el caso específico de la violencia psicológica que del porcentaje de detenidos que dijeron haberla sufrido al momento de la detención, el 74% son mujeres; y el 100 % de quienes dijeron haber sufrido violencia sexual son exclusivamente mujeres. En estos dos casos, dado que las afectadas inicien acciones indemnizatorias contra el Estado, es necesario que se valore específicamente, en base a su condición de mujeres, las implicaciones que para ellas ha generado este tipo de violencia, pues, como ya se anotó en el análisis de las entrevistas a operadores de justicia y abogados, el daño de la violencia psicológica no tiene la misma trascendencia e intensidad cuando se produce en varones, que cuando la sufre una mujer.

A continuación se consignan las infracciones al debido proceso en el campo penal, cometidas por agentes estatales en contra de los detenidos o detenidas encuestadas, que darían lugar a acciones reparatorias. En este sentido, la tabla permite leer el porcentaje del total que ha sufrido una u otra violación y de éste grupo saber cuántos son hombres y cuántas mujeres.

La descripción de las infracciones que se consignan en la siguiente tabla, están basadas en lo determinado en el artículo 24 de la Constitución Política en lo que se refiere al debido proceso, sin embargo de que algunas de las infracciones descritas pueden ser cometidas también fuera del marco de un procesamiento penal en estricto sentido, lo que habilitaría a los afectados a optar entre las vías disponibles a fin de canalizar su acción de reparación de la manera que le resulte más conveniente, dependiendo de quien es el autor de la infracción.

Infracciones al debido proceso cometidas en contra de los detenidos	% del total	Hombres	Mujeres
No se exhibió orden de detención ⁹⁸	72,5%	53,4%	46,6 %
No se les informó en su lengua materna	3,8 %	33, 3 %	66,7 %

⁹⁸ Del universo de personas encuestadas, el 3,7 % fueron detenidas presentándoles la respectiva orden judicial; y el 23,7 % fueron detenidos en delito flagrante.

Violencia física durante la investigación	8,7 %	71,5 %	28,5 %
Violencia psicológica durante la investigación	43,8 %	54,3 %	45,7 %
Obligados a declarar en contra de sí mismos.	52,5 %	59,5 %	40,5%
Obligados a declarar en contra de parientes	12,5 %	20 %	80 %
Falta de presencia del agente fiscal en el interrogatorio	46,25 %	70,3 %	29,7 %
Falta de presencia del abogado defensor en el interrogatorio	78,7 %	58,73 %	41,27 %
No conocieron la identidad de quien les interrogó	85 %	47 %	53%
No se les informó de su derecho a guardar silencio	90 %	52,7 %	47,3 %
No se les permitió comunicarse	85 %	47 %	53 %
No conoció la identidad de la autoridad que ordenó la detención	85%	48,5 %	51,5 %

Ciertamente esta tabla muestra una grave situación de los detenidos encuestados, que aunque no es desconocida, para efectos de este estudio tiene serias implicaciones, en primer lugar da cuenta, de que, los elevados índices en que se infracciona el debido proceso muestran la ineficacia del Estado para procesar adecuadamente los conflictos sociales más relevantes de la sociedad, así como, la pérdida de su legitimidad propiciada en un alto índice de impunidad con respecto a los agentes estatales.

Por otro lado, pensemos en la enorme dificultad que representaría para un Estado endeudado y pobre, tener que afrontar demandas indemnizatorias por la actuación indebida de sus agentes, ya sean judiciales o funcionarios dependientes del Ejecutivo.

Esta preocupación, obliga a que el Estado reestructure no solo sus mecanis-

mos de control coercitivo por razones de legitimidad, sino incluso por razones de economía.

Las percepciones de los detenidos acerca del derecho a la reparación y la factibilidad de iniciar acciones reparatorias

Es notorio que solamente el 8,8 % de los encuestados afirman tener algún tipo de conocimiento sobre el derecho a la reparación, y señalan que este derecho hace relación a resarcimiento del daño (1), indemnizar por daños (2), reparar por daño (2), derecho al honor (1), y reparar por sí mismo los daños sufridos (1); del total de personas que dicen conocer algo del derecho a la reparación, el 57,2 % son mujeres y el 42,8% son varones.

En relación a las percepciones de los encuestados, que afirman tener algún conocimiento sobre los hechos que dan lugar a reparación (6 en total) se tiene que: tres personas consideran la violación a juicio justo; una, detención arbitraria o ilegal; una, prisión de un inocente; y, una, daño a terceras personas.

Este mismo grupo de encuestados, al ser preguntados sobre lo que se debe probar para iniciar una acción judicial y obtener reparación se tiene que: cinco personas, señalan que se debe probar la violación de un derecho y la afectación personal; y, una persona considera que es necesario demostrar la afectación familiar y social.

Frente al cuestionamiento planteado a los encuestados sobre las motivaciones que los animaría o desanimaría a entablar una acción de reparación en contra del Estado, el nivel de respuesta es bastante inferior a la mitad de los encuestados, quienes señalan:

Motivaciones para iniciar una acción reparatoria⁹⁹	
Justicia	47,4 %
Remediar el daño	21 %
Sanción a responsables	10,5 %
Obtener la libertad	15,5 %
Venganza	5 %

⁹⁹ A esta pregunta contestaron solamente el 24,3% de los encuestados

Causas que desanimarían para iniciar una acción reparatoria¹⁰⁰	
No lograría nada	28 %
Corrupción en la administración de justicia	28 %
Lentitud judicial	24 %
Represalias	12 %
Falta de recursos	8 %

Con respecto a las causas que desmotivarían a los encuestados a iniciar una acción de reparación se tiene que el 80% de las personas que respondieron considera en términos generales la ineficiencia y corrupción del Estado como el obstáculo principal a cualquier pretensión reparatoria, lo que da cuenta de la ilegitimidad del Estado en el imaginario de los detenidos.

A los encuestados se les presentó un conjunto de opciones para canalizar acciones de reparación, con la instrucción de que entre ellas podrían escoger un máximo de tres, como resultado se tiene que los ochenta encuestados propondrían un total de 149 acciones a fin de resarcirse de los perjuicios ocasionados, las cuales estarían dirigidas a diferentes instancias y actores.

Tipo de acción y accionados	# de acciones
Juicio penal a policías	39
Queja o reclamo contra una institución pública	34
Juicio contra jueces	29
Reclamo de indemnización	27
Censura pública a los responsables	20

¹⁰⁰ A esta pregunta contestaron solamente el 31 % de los encuestados

Si se considera que porcentualmente el total de los encuestados equivale aproximadamente al 0,8 % de la población de detenidos a nivel nacional, y que entre ellos eventualmente podrán formularse 149 acciones de reparación, las proyecciones de las posibles demandas de reparación que recibiría el Estado solamente en el ámbito del procesamiento penal desbordaría, no solo su capacidad para tramitarlas, sino y sobre todo sus posibilidades reales de reparar y particularmente de indemnizar.

Por otra parte, es necesario subrayar que el número de acciones indemnizatorias que registra la muestra, no es el más relevante en relación al número de acciones que podrían proponer los detenidos, sino que, la mayoría de las acciones están orientadas a encontrar formas que eviten la impunidad de los responsables, y que permitan un procesamiento legítimo y eficaz de quienes se ven inmersos en un juicio penal.

Percepciones sobre el ámbito de incidencia del daño causado, las formas de repararlo, y la responsabilidad específica de quien lo causó.

El siguiente cuadro resume las percepciones de la mayoría de los encuestados con respecto al ámbito del daño en su caso específico, entendiendo que éste los afectó de modo individual; individual y familiar; y, solo familiar.

Daño¹⁰¹	% del total que contestan	Hombres	Mujeres
Solo individual	42,5%	76,5 %	23,5%
Individual y familiar	31,2 %	52 %	48 %
Solo familiar	22,5 %	5,5 %	94,5 %

La tabla anterior muestra cierto equilibrio en cuanto a la percepción del daño en los ámbitos individual e individual - familiar, sin embargo, es notorio que el 94,5% de la población que señala que el daño se produjo exclusivamente en el ámbito de lo familiar, lo constituyen mujeres. Esta lectura, nos hace

¹⁰¹ El 3,8 % del universo no contestan (todos son hombres)

pensar que para efectos de la reparación del daño, sobre todo en el caso de las mujeres, es necesario que se valoren especial y específicamente los perjuicios conectados con la esfera de lo familiar, de no ser así, se da carta abierta aún en la reparación a la figura del “familismo”, por la cual las mujeres pondrían por delante el bienestar y daño sufrido por su familia, antes que su propio bienestar y la visibilización de los daños sufridos en carne propia.

Por otra parte, al ser consultados sobre las formas en que se podría efectivizar la reparación en su caso, el 50% de los encuestados no consignaron respuesta, en tanto que el 50% restante identificaron las formas de reparación que se señalan en el siguiente cuadro:

Formas en que debería repararse el daño causado	% del total que contestan	Hombres	Mujeres
Libertad	45 %	50 %	50 %
Indemnización pecuniaria	25 %	50 %	50 %
Nada	10 %	25 %	75 %
Compensar daños sufridos	7,5 %	0 %	100 %
Volver las cosas a estado anterior al daño	5 %	0 %	100 %
Indemnización material	2,5 %	100 %	0 %
Garantía de no repetición de los hechos dañosos	2,5 %	0 %	100 %
Trabajo	2,5 %	100%	0 %

Casi la mitad de los encuestados coinciden en señalar que la forma de reparar los daños sufridos consistiría en la obtención de la libertad, lo que posiblemente se deba a que su prioridad por el hecho de estar privados de la libertad sea recuperarla, aunque también, desde nuestra perspectiva influye el hecho de que cualquier otro tipo de reparación les resultaría difícil de alcanzar debido a las trabas de la propia administración de justicia, de la que generalizadamente desconfían; otra de las formas porcentualmente importantes que se señala por los encuestados es la indemnización pecuniaria, de-

bido, posiblemente a que en el imaginario de los encuestados, sobre todo de los más pobres, contar con una cantidad de dinero en concepto de indemnización, más allá de compensarlos satisfactoriamente por los daños sufridos, aspiran a que la suma de dinero que puedan recibir les libere de problemas económicos o les permita satisfacer necesidades propias y familiares postergadas durante largo tiempo.

Cabe señalar, que una de las opciones incluida por los detenidos alude a que “nada” repararía los daños sufridos; lo que desde nuestro punto de vista significa que para estas personas, no existe manera de ser compensadas por el sufrimiento causado, debido a las pérdidas morales, espirituales y familiares que han tenido que soportar.

Con relación a las personas que en su calidad de funcionarios del Estado les causaron daños ilegítimos, se colige de las acciones que interpondrían los encuestados, que éstas se dirigirían fundamentalmente en contra de: los agentes de la Policía Nacional; las instituciones a las que pertenecen los funcionarios que les ocasionaron el daño; y, contra los jueces y magistrados de la administración de justicia penal.

4.3. Aporte de las entrevistas formuladas a personas que han sido privadas de su libertad.

Bajo un esquema unificado de preguntas se realizaron 10 entrevistas a personas que están o estuvieron privadas de su libertad, cinco a varones y cinco a mujeres, con el objeto de contar con sus percepciones sobre diferentes aspectos del derecho a la reparación

a) Percepción del derecho a la reparación

Cabe señalar, que los entrevistados no han desarrollado estructuralmente una noción del derecho a la reparación, sin embargo, cuentan con un conjunto de percepciones desde el sentido común con respecto a lo que en sus imaginarios particulares implicaría reparar:

“Yo me imagino que quiere decir recuperar algo, o sea algo que le quitaron, que le dañaron, que le destruyeron...”

Esta misma entrevistada, percibe al derecho a la reparación como algo intangible: *“en definitiva no hay algo todavía para mi tangible, en cuanto a la palabra reparación”*.

La noción de lo que es el derecho a la reparación aparece en la siguiente afirmación de una de las mujeres entrevistadas:

“ no conozco que es el derecho a la reparación, por su nombre me imagino que es el derecho que uno tiene a que le devuelvan en cierta medida lo que uno ha perdido”.

Es interesante señalar que en el ejercicio por definir el derecho a la reparación, desde sus saberes cotidianos, las entrevistadas han identificado elementos como: el daño, la pérdida y la posibilidad de recuperar, o remediar.

b) Responsables

De las entrevistas efectuadas, la mayoría de los informantes responsabilizan por los daños sufridos a los funcionarios de la administración de justicia penal y de la fuerza pública (militares y policías), es decir a aquellos agentes estatales que en ejercicio del poder público les irrogaron un daño ilegítimo.

En este sentido dos de los entrevistados señalan:

“Los responsables es el sistema de Administración de Justicia que existe en este país, un sistema de Administración de Justicia corrupto...”

“...yo responsabilizo a los militares más a los militares que a la policía...”

Por otra parte, al indagar sobre la responsabilidad con respecto a la reparación, uno de los informantes establece directamente que ésta le corresponde al Estado y literalmente señala:

“...el Estado Ecuatoriano tendrá que resarcir los daños que me ha ocasionado.”

El afectado tiene la noción de que debe ser reparado por el Estado, ya que desde su perspectiva, los daños ilegítimos causados por el Estado, deben ser

reparados por éste, esta reflexión es relevante en la medida que la mayoría de los entrevistados no aluden a la responsabilidad estatal para efectos de reparación, sino que la centran en las personas que les ocasionaron el daño.

c) Hechos que dan lugar a la reparación

De las entrevistas realizadas es importante resaltar que en todas ellas, las personas señalan que sufrieron violaciones a derechos ligadas al principio del debido proceso. Así, la violación al derecho a la libertad, a conocer las razones de la detención, a que esta detención sea ordenada mediante boleta, a conocer la identidad de quienes le detienen, el derecho a ponerse en contacto con sus familiares y/o abogado/a, el derecho a la defensa, el derecho a permanecer en silencio, etc., derechos que se encuentran estipulados en el Art. 24 de la Constitución.

Así manifiestan:

“a uno jamás le dicen que tiene derecho a permanecer en silencio, ni que tiene derecho a un abogado, ni que tiene derecho a una llamada, ni se presentan los señores cuando le detienen a uno... yo pensé que me estaban secuestrando, yo nunca supe quienes eran ellos, llegamos a un sitio, yo decía porque me están deteniendo y lo único que me contestaban era, usted más tarde va a saber, o sea que abí se violan una cantidad de derechos...”

“no le dejan llamar, no te dejan tener tu abogado, aunque te dicen que puedes tener tu abogado, yo le decía al Mayor... que fue la persona que me dijo Usted mañana va a estar en el interrogatorio y tiene derecho a tener su abogado y le dije explíqueme como voy a tener mi abogado si usted no me deja llamar...».

Dos mujeres entrevistadas, acusadas del delito de narcotráfico, señalaron haber sido expuestas a cámaras de televisión y responsabilizadas por tráfico ilícito de drogas, sin que previamente haya mediado un proceso penal, lo cual constituye una flagrante violación al principio de inocencia, independientemente de que una vez efectuado el juicio se las encuentre inocentes o culpables.

Otra de las entrevistadas señala que a más de ser privada de su libertad ilegalmente, mientras permaneció detenida fue violada por miembros del Ejército y de la Policía; hecho que desde su perspectiva, ha marcado para siempre su vida. Como ya se ha planteado en este estudio, para casos en los que la afec-

tada sea una mujer es necesario efectuar una consideración especial y específica de los daños causados en función de su condición de género.

También se nota que desde la percepción de las personas entrevistadas, la administración de justicia tiene carácter selectivo, en tanto, alcanza solamente a los más débiles y vulnerables en la comisión de delitos como el narcotráfico, en ese sentido se señala:

“narcotraficantes no hay en ninguna cárcel del país... los que están presos ... han sido engañados por los verdaderos... que jamás pisarán una cárcel...”

Si bien las entrevistadas, no efectuaron generalizaciones sobre los hechos que dan lugar a reparación, es notorio, que para ellas cada una de las violaciones antes descritas dan lugar a reparación, y en este contexto, cabe afirmar, que las violaciones a sus derechos fundamentales en el procesamiento penal, deberían ser reparadas.

d) Formas de reparación

Los entrevistados han identificado dos formas en que podrían ser reparados los daños sufridos: la reivindicación pública y la sanción a los responsables de la violación de sus derechos, sobre el primer aspecto uno de los entrevistados anota:

“...que la televisión vuelva a sacar y decir esta señora es inocente ... nos hemos equivocado... hicimos este daño ... ante todos los periódicos y ante todo el mundo, sería la única forma que remediación realmente o repararían en parte este daño moral.”

En relación a la sanción a los responsables de la violación de sus derechos, los entrevistados señalan:

“...deben ser sancionados y juzgados las personas que nos hicieron estos daños.”

“...que sufran, que miren también, como es la cárcel... y que paguen ellos.”

Por otra parte, uno de los entrevistados con una noción más amplia de las reparaciones a las que tiene derecho señala que más allá de proponer sus

acciones reparatorias en el ámbito nacional, considera tener más opciones para procesar su reclamo en el ámbito internacional debido a que en algunos casos esta ha sido la vía que resultó más efectiva por lo menos para efectos indemnizatorios, por lo que a preferido utilizar esta vía para efectivizar su derecho a la reparación, en tal sentido señala:

“ Yo tengo lista mi demanda ante la Corte Interamericana de Justicia..”

Cabe señalar, que en algunos casos ya se ha llegado a acuerdos amistosos con el Estado, en los cuales uno de los compromisos centrales era investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, sin embargo, la impunidad reinante provoca una fuerte desconfianza en los entrevistados, que siente frustrada su posibilidad de encontrar justicia, especialmente en este aspecto.

Por otra parte, cabe destacar que la mayoría de entrevistados coinciden en señalar que la movilización social y la difusión masiva de los casos de violaciones a derechos humanos, le dan mayores opciones a los afectados para que se realice un procesamiento eficaz, oportuno y justo.

e) Potencialidades y obstáculos para iniciar acciones reparatorias

Potencialidades:

Los entrevistados tienen una percepción generalizada de que es necesario iniciar acciones de reparación, no solo para procesar sus casos concretos, sino para sentar precedentes en tres ámbitos: generar una conciencia ciudadana que preventivamente actúe contra la posibilidad de abusos de los agentes estatales; que se frenen los abusos del poder público en contra de las personas; y, que se sancione a los responsables de las violaciones a derechos humanos, en tal sentido, señalan

“...si empezamos algunas personas a exigir esa reparación a otras personas que vienen detrás de uno no les va a pasar lo mismo que a uno le pasó..”

“No permitiendo que lo sigan haciendo con las demás personas..”

Obstáculos:

Los entrevistados mayoritariamente han expresado su poca fe en el ordenamiento jurídico, en tanto lo consideran declaraciones retóricas de derechos que en la práctica no se ejercen; en la misma dirección consideran que la administración de justicia es ineficaz y parcializada para procesar las demandas de ciudadanos comunes y corrientes, y, en esa medida no cumplen con su deber de garantizar el goce integral de los derechos fundamentales. Concomitantemente, han señalado su profunda desconfianza en la fuerza pública, a la que identifican como la mayor vulneradora de derechos, en tal sentido señalan:

“...no existe la justicia, no existe la justicia, no existen derechos...es la verdad...”

“...hay los derechos en la Constitución pero realmente no se aplica... no actúan, porqué, la Constitución lo da pero no la practican ...”

Por otra parte, algunos entrevistados no tienen interés en iniciar acciones de reparación, pues consideran que los daños sufridos responden a la fatalidad de sus destinos, frente a lo cual la única esperanza que tienen se cifra en una etérea noción de justicia divina, por la cual los responsables alguna vez pagarán sus culpas, en tal sentido señalan:

“...Dios es el único juez justo y supremo que va a hacer justicia también con ellos.”

“... no tomar venganza, todo está a la voluntad de Dios...”

4.4. Aportes del rastreo de casos en las instancias judiciales de Quito

En las siguientes tablas se consignan un conjunto de relaciones estadísticas respecto a temas relevantes para el presente estudio.

Causas por daños y perjuicios y causas por daño moral procesadas en diferentes instancias judiciales de Quito¹⁰².

Instancias judiciales	Juzgados de lo Civil de Quito		Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Civil)	
	#	%	#	%
Casos procesados en 1999	26.227		844	
Casos por daño moral	19	0,07	17	2,00
Casos por daño moral en los que se demanda al Estado	2	10,50	1	5,80
Casos de daño moral en los que la accionante ha sido mujer	6	31,50	2	11,60
Casos por daños y perjuicios	11	0,04	19	2,20

¹⁰² No se ha incluido en esta tabla referencias a los casos procesados en la Corte Superior de Quito, debido a que el registro de la Sala de lo Civil no consigna la causal del proceso, sino solo el tipo de trámite que ésta deberá seguir.

Instancias judiciales	Juzgados de lo Civil de Quito		Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Civil)	
	#	%	#	%
Casos por daños y perjuicios en los que se demanda al Estado	3	27,20	3	15,70
Casos de daños y perjuicios en los que la accionante ha sido mujer	1	9,00	2	10,50

Se ha rastreado en los registros de estas instancias judiciales, los casos procesados por daño moral y daños y perjuicios, debido a que son los procesos que por vía ordinaria permiten a los afectados iniciar acciones para obtener indemnización, por los perjuicios ocasionados ya sea por particulares o por el obrar de funcionarios estatales. Desde esta perspectiva, se constata una enorme desproporción entre el número total de casos que procesan estas instancias judiciales con respecto a las causas específicas que se procesan por daño moral y daños y perjuicios; desproporción que resulta todavía más significativa si se observa los porcentajes en los que la acción indemnizatoria se ha dirigido en contra del Estado, así como si se relaciona el número de casos en que las accionantes han sido mujeres.

Desde nuestra perspectiva, la baja proporción de acciones indemnizatorias por daño moral y daños y perjuicios que se realizan en contra del Estado, da cuenta de las dificultades que implican para los afectados iniciar este tipo de acciones a través de la vía civil mediante un trámite ordinario que resulta costoso en términos de tiempo y dinero.

Por otra parte, si se toma como referencia la grave situación de los detenidos encuestados con respecto a los elevados índices en que se infracciona el debido proceso (infracciones que dan lugar a acciones reparatorias que incluyen indemnización), el número de las demandas por daños y perjuicios y por daño moral en contra del Estado debería ser sustancialmente mayor, lo que nos permite inferir que la gran mayoría de estos casos no son presenta-

dos a la administración de justicia, lo que equivale a la institucionalización de la injusticia para estas personas, en la medida en que, por diversas razones, el Estado no logra procesar legítima y eficazmente los conflictos generados por la causación de un daño ilegítimo del cual es responsable.

Causas por daños y perjuicios iniciadas contra jueces y magistrados en diferentes instancias judiciales de Quito

Instancias judiciales	Juzgados de lo Civil de Quito		Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Civil)	
	#	%	#	%
Casos procesados en 1999			844	
Casos de indemnización por daños y perjuicios contra jueces y magistrados	29		6	0,70
Casos indemnización por daños y perjuicios contra jueces y magistrados en los que la accionante ha sido mujer	8	27,50	1	16,60

Cabe señalar, que las acciones indemnizatorias dirigidas por particulares en contra de jueces y magistrados no corresponden a la figura del derecho a reparación que en virtud de la responsabilidad objetiva del Estado, debería a los particulares por la causación de daños ilegítimos, sino que se enmarca dentro de la responsabilidad personal que tienen en este caso, los jueces y magistrados, cuando su obrar ha sido negligente o doloso.

Una lectura descontextualizada de la realidad de la administración de justicia en el país podría llevar a considerar que de acuerdo a los datos consignados en la tabla anterior, menos del 1% de los usuarios del sistema judicial se han visto afectados por el obrar doloso o negligente de los jueces y magistrados, puesto que ese es el porcentaje en que se formulan reclamos indemnizatorios en su contra.

Sin embargo, cuando se cruza este dato con las acciones reparatorias que realizarían los detenidos se tiene que, los 80 encuestados, iniciarían al menos 29 enjuiciamientos a jueces y magistrados y 27 acciones indemnizatorias, lo que supera con mucho al mínimo porcentaje de acciones indemnizatorias que en la práctica se inician en contra estos funcionarios. Esta relación implica, desde nuestra perspectiva, una cifra oculta de gran magnitud sobre los casos en que los jueces y magistrados producen a consecuencia de su obrar daños ilegítimos a particulares, los cuales no se procesan; este hecho constituye un precedente que estimula la ineficacia y la impunidad dentro de la administración de justicia.

Causas de violencia sexual e intrafamiliar procesadas en diferentes instancias judiciales de Quito.

Instancias judiciales	Total de casos 1999	Casos de violación		Casos de acoso sexual		Casos de violencia intrafamiliar	
		#	%	#	%	#	%
Juzgados de los Penal de Quito	21.558	162	0,80	8	0,04	5	0.02
Tribunales de lo Penal en Quito	640	15	2.30	0	0	0	0
Corte Superior de Justicia de Quito (Salas de lo Penal)	1230	51	4,10	0	0	0	0
Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Penal)	1.152	59	5,00	0	0	0	0

Una primera puntualización respecto a los datos consignados en la tabla anterior, es que, en los procesos iniciados por violación en las diferentes instancias judiciales, las víctimas mujeres constituyen el 67,7 %, y, en las causas por acoso sexual y violencia intrafamiliar el 100 % de las víctimas son mujeres.

Por otra parte, cabe destacar, que el delito de violación es proporcionalmente muy poco significativo si se lo relaciona con el total de causas que se procesan en las instancias judiciales penales; y que esta notoria desproporción se enfatiza en los casos de acoso sexual y violencia intrafamiliar, al extremo de que desde los Tribunales Penales hasta la Corte Suprema de Justicia no se está procesando un solo juicio por estas causas.

Es oportuno también tomar en cuenta los datos de las comisarías de la mujer y la familia:

En la comisaría de la mujer y la familia del norte, desde enero a diciembre de 1999 se receptaron 9006 denuncias por violencia intrafamiliar, de las cuales se remitieron a la sala de sorteos de la función judicial por tratarse de delito 109 causas.

Al confrontar esta información con el número de causas que se procesan en los juzgados y tribunales penales, resulta evidente que de la gran mayoría de las causas remitidas no se ha procesado, en las instancias mencionadas o posiblemente se procesaron bajo otros supuestos típicos, como lesiones, tentativa de homicidio, injurias, etc. Provocando con ello la invisibilización de la violencia intrafamiliar como un problema que amerita ser procesado judicialmente.

Desde nuestra perspectiva, estos datos sintomatizan las dificultades de acceso a la justicia sobre todo de las mujeres cuando la causa está vinculada al acoso sexual y a la violencia intrafamiliar, ya sea porque los operadores de justicia consideran que estos hechos no ameritan ser procesados en instancias judiciales (salvando la atención de la Comisaría de la Mujer), por darles una valoración de sucesos domésticos; o ya sea, porque las víctimas sostienen una cultura de la no demanda, ya que temen ser culpabilizadas por estos hechos o porque no perciben a la administración de justicia como una instancia que viabilice legítima y eficazmente su demanda de justicia.

El daño que se produce al negar el acceso a la administración de justicia y al procesar inadecuadamente los casos de violación, acoso sexual y violencia intrafamiliar, constituye, desde nuestro punto de vista, un hecho que por sí mismo amerita reparación, la cual deberá hacer consideraciones específicas de género, tanto al momento de valorar el daño, como cuando se determinen las formas de reparación en los casos concretos.

Recursos de Revisión procesados en la Corte Suprema de Justicia

Instancias Judiciales	#	%
Total de causas penales que conoció la Corte Suprema de Justicia en 1999	1152	100,00
Recursos de Revisión interpuestos en 1999 en la Corte Suprema de Justicia	175	15,00
Recursos de Revisión en trámite	100	57,00
Recursos de revisión resueltos favorablemente	0	0
Recursos de Revisión resueltos desfavorablemente	75	43,00

De los datos expuestos en el cuadro anterior se tiene que un porcentaje importante del trabajo de las Salas especializadas en materia penal de la Corte Suprema de Justicia, se dirige al procesamiento de los recursos de revisión, lo que da cuenta que un número significativo de personas que recibieron sentencia condenatoria considera que ésta fue injustamente dictada.

Por otro lado, es sumamente interesante constatar que ni uno solo de los recursos de revisión interpuestos ante la Corte, ha sido resuelto favorablemente, lo cual es, por lo menos, preocupante. Tal preocupación se motiva en que se podría inferir que el espíritu corporativo de los jueces y magistrados en materia penal favorece prácticas jurídico administrativas en las que no se admite el cometimiento de errores judiciales, cuya consecuencia sea la prisión de un inocente por sentencia condenatoria errónea o injusta; fundados en supuestos tales como: si se admite el cometimiento de errores judiciales tan graves, se generaría rencillas de orden personal, responsabilidad jurídica de quien falló equivocadamente, se afectaría la estabilidad laboral de los juzgadores y se afectaría la imagen pública de la función judicial.

Si esto es así, desde la perspectiva de este estudio es necesario subrayar, que en la medida en que la función judicial desarrolle la capacidad de admitir y procesar adecuadamente las equivocaciones de sus jueces y magistrados, lejos de restarle legitimidad a dicha función, la consolida, puesto que, los ciudadanos en general fortalecerían sus expectativas de encontrar en el procesamiento penal una satisfactoria, imparcial y eficaz administración de justicia.

CONCLUSIONES GENERALES

Conclusiones Generales

1. El fundamento de la responsabilidad del Estado frente a los particulares por los daños y perjuicios que les irroge por las acciones u omisiones de sus funcionarios, está vinculado a la esencia misma de la razón de ser del Estado, que es activar toda su institucionalidad para respetar y hacer respetar los derechos de las personas y procurar su ejercicio pleno; así como los compromisos adquiridos ante la comunidad internacional para estos mismos fines. En este sentido la responsabilidad extracontractual del Estado frente a sus asociados no nace de un acto o contrato específico, sino que se origina en las obligaciones constitucionales de respetar, proteger y promover los derechos humanos; la de prestar servicios de calidad a sus asociados; y, las obligaciones adquiridas mediante la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos.
2. La tendencia doctrinaria actual busca afianzar la responsabilidad objetiva del Estado, entendida como la obligación de reparar los daños ilegítimos causados a consecuencia del obrar estatal sin consideración a la licitud o ilicitud de las conductas que dieron origen al perjuicio; sobre todo por considerar que la persona afectada se encuentra en una situación de desventaja frente al poder público, y por lo mismo la noción de reparación gira principalmente en torno a la víctima del daño y no en torno a los causantes del mismo.
3. La noción de responsabilidad objetiva del Estado ha sido incorporada a todos los regímenes constitucionales estudiados, sin embargo dicha noción no ha podido ser adecuadamente desarrollada en la legislación secundaria y particularmente al procesamiento penal.
4. La concepción y vigencia de la responsabilidad del Estado y consecuentemente el ejercicio del derecho a la reparación pese a estar enunciado constitucionalmente, no está integrado en el discurso oficial, ni interiorizado en las prácticas jurídico administrativas cotidianas de quienes ejercen el poder público, además de que no se cuenta con los canales legales expeditos para su efectiva aplicación. Lo que sumado a la cultura de no demanda de los/as afectados/as y su ignorancia con respecto a las formas de canalizar su reclamación, propicia una ruptura entre el daño

causado por los agentes estatales y las oportunidades reales de procesar los reclamos de reparación legítima y eficazmente. Estas condiciones conspiran contra la legitimidad del Estado moderno y contra la noción de democracia en que éste se funda.

5. Las condiciones para que haya lugar a responsabilidad del Estado por un daño infringido a un particular son: demostrar la existencia del daño; que se establezca el nexo de causalidad entre el obrar estatal y el daño producido; y que el/la afectado/a no lo haya propiciado culposa o dolosamente para beneficiarse de la reparación. Además, cabe señalar que no se puede imputar responsabilidad al Estado en los casos que el daño se haya producido por fuerza mayor o caso fortuito.
6. Cuando se hace referencia, a la valoración del daño, se debe aludir al examen de la integralidad de los perjuicios que se le han ocasionado a la persona afectada; en este sentido, aunque tradicionalmente se considera que el daño causado por error judicial, se circunscribe a la prisión de un inocente, cuya reparación generalmente se limita a una indemnización en la que se considera solo el lucro cesante, excepcionalmente el daño emergente, y, solo en los casos de arreglo amistoso el daño moral. Para reparar estas prácticas habría que considerar que si la privación de la libertad, ocasionó eventualmente otros perjuicios tales como: ruptura de vínculos familiares, sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, vulneración de la honra, entre otros; los que deberían ser reparados.
7. La reparación no debe circunscribirse al daño emergente, lucro cesante y daño moral, sino que debe ser una reparación integral donde se consideren las características del daño, la forma en que se produjo y las condiciones de las personas afectadas, tomando en consideración sus condiciones específicas y dependiendo del caso se reconozca el daño al proyecto de vida, que se refiere a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas; de ahí que las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe ser integral tomando en cuenta la personalidad de la víctima, su realización como ser humano y la restauración de su dignidad, entre otros factores.

8. Aunque no se ha expresado doctrinariamente, desde la perspectiva de este estudio, el daño debe valorarse en determinados casos de acuerdo a los condicionamientos específicos de los/as afectados/as, cuando tales condicionamientos magnifiquen o diversifiquen el daño de una forma lesiva. En este sentido, nos parece relevante y necesario que al momento de valorarse el daño y determinarse las formas de reparación se tome en cuenta por ejemplo: condicionamientos de género, minoría de edad, estado de salud, pertenencia a una minoría sexual, de etnia, etc.
9. En cuanto a las formas de reparación, no existe un catálogo cerrado que las identifique. En esa consideración y desde la perspectiva de este estudio creemos que las formas de reparación deberían estar necesariamente vinculadas a la identificación y valoración integral de los daños causados.
10. Las legislaciones examinadas contemplan una concepción amplia del error judicial; es decir en cualquier materia, así como en cualquier resolución judicial que prive injustamente de la libertad a una persona. Este estudio a optado por considerar técnicamente más conveniente la versión restringida del error judicial, la que señala que el error judicial se refiere solo a la materia penal y se limita a la prisión de un inocente mediante sentencia condenatoria, los otros supuestos que se abarca en la concepción amplia de error judicial, deben por conveniencia jurídico técnica, ser tratados bajos los supuestos de la privación injusta de la libertad o de la inadecuada administración de justicia.
11. La Corte Interamericana de Derechos Humanos incluye la posibilidad de indemnizar por daño moral a los dependientes, categoría que desde nuestro punto de vista engloba, no solo a familiares directos de la víctima, sino a personas indirectamente relacionadas con ella, tal el caso de un hijo de crianza, una pareja con la cual no se haya establecido vínculo formal de matrimonio, las parejas de los homosexuales, etc. Quienes se atribuyan la calidad de dependientes estarán obligados a probar dicha condición para efectos de beneficiarse de cualquier forma de reparación. Este aporte, nos parece especialmente relevante para que se traslade la misma noción de dependientes, a los casos de reclamación indemnizatoria que se sigan por daños ocasionados dentro del procesamiento penal interno.

12. Del análisis de los 20 arreglos amistosos se desprende que los derechos más frecuentemente violados son el de la libertad personal y el de las garantías judiciales. Es también alto el número de violaciones al derecho a la integridad personal y a no ser torturado, así como el derecho a protección judicial. Sin embargo, cabe señalar que las demandas de reparación no se han motivado exclusivamente en la lesión de uno de los derechos humanos violados, es frecuente encontrar que aunque la demanda ha sido encasillada en la violación a un derecho específico, en el desarrollo del procesamiento se nota que han sido conculcados y violados otros derechos y libertades.

13. Todos los arreglos amistosos analizados contienen dos formas de reparación:

- a) Indemnización compensatoria por el lucro cesante, daño emergente y daño moral irrogados y sufridos por la víctima y sus familiares, la misma que se fija en un monto en dólares estadounidenses.
- b) La sanción a los responsables de las violaciones de derechos humanos mediante el enjuiciamiento penal, civil, administrativo de las personas que se presume participaron en las violaciones de derechos humanos, excitando al Ministerio Fiscal y a la Función Judicial así como a los organismos públicos y privados para que estos últimos aporten con información.

Sin embargo, en la mayoría de los casos hasta la actualidad no se ha sancionado a los responsables de las violaciones de derechos humanos. Es evidente que pese a los acuerdos llegados en los arreglos amistosos, no hay un eficaz cumplimiento en sancionar a los responsables de los hechos, de esta forma los funcionarios o agentes públicos quedan en la impunidad.

Vale indicar que el Estado tiene el derecho a repetir contra los funcionarios o agentes públicos que hayan ocasionado el daño ilegítimo pero en la práctica no se lo ejecuta.

14. Del estudio de los arreglos amistosos celebrados por el Estado ecuatoriano se ha establecido que no se establecieron criterios homogéneos para

la determinación de la indemnización económica, pues de los documentos de arreglos amistosos este dato no aparece. Al faltar criterios para fijar la indemnización, los montos determinados se relacionan más con la posibilidad de limpiar la imagen del Estado públicamente. En los demás casos, los criterios de valoración, han sido, a falta de otra evidencia, fijados desde las pretensiones de los demandantes y de la subjetividad del que tiene la responsabilidad de indemnizar.

Lo que ha implicado que la fijación del monto de indemnización en cada caso no responda a criterios unificados de valoración del daño, y que en ciertos casos habiendo sufrido un daño más grave como es la de violación del derecho a la vida se paguen montos más bajos que frente a la violación de otros derechos.

15. Primeramente se debe agotar la vía jurídica interna, sin embargo, en nuestro país, no existen mecanismos para viabilizar el derecho a la reparación por lo que la vía más eficaz ha sido la internacional a través de los arreglos amistosos, cabe puntualizar las limitaciones que su uso tiene: el promedio de duración entre el reclamo y la sentencia favorable es de 5 años, los costos económicos de mantener el litigio son muy elevados; las ONG's que subsidiaron costos en estos casos no pueden hacerlo sostenidamente, pues carecen de recursos económicos; además, existe un desconocimiento general de la existencia de esta vía para demandar reparación.

Por otro lado, en aquellos casos que fueron resueltos por la vía internacional han influenciado factores externos como la presión social que se realizó en relación al caso, la difusión e información del hecho a través de los medios de comunicación; tanto es así que al momento de establecer las indemnizaciones estos factores externos inciden de manera directa.

16. Se evidencia de la revisión de los 20 arreglos amistosos, que no existe un análisis de la situación específica de las mujeres que sufrieron violaciones a los derechos humanos. Específicamente, en el caso de Carmen Bolaños, la única mujer en el Caso Putumayo, habiendo sufrido tortura de carácter sexual y daños relacionados con la situación de su hijo pequeño, estos daños se invisibilizan (léase se pierden) en la generalidad de

las violaciones de derechos humanos que todos sufrieron, pues en efecto, también los varones sufrieron tortura sexual, pero el análisis de la especificidad para valorar el daño en cada caso no existe.

17. Existe la necesidad urgente de fortalecer mecanismos nacionales que garanticen el derecho a la reparación. Estos mecanismos deben ser ágiles y efectivos, porque el retraso en su aplicación agudiza aún más los daños ya sufridos como consecuencia de las violaciones de derechos humanos.

Se hace necesario trabajar con los operadores de justicia en la importancia del derecho a la reparación frente a violaciones de derechos humanos, y el carácter prioritario y preferente que debe tener su tramitación.

Es deber del Estado asumir el respeto de los derechos, garantizar su ejercicio y adoptar mecanismos en todo ámbito: legislativo, administrativo, judicial, etc., para que los derechos no sean vulnerados; siendo necesario establecer medios o vías de acceso efectivas a procedimientos judiciales tomando en cuenta la verdadera situación de hombres y mujeres, cada uno en su diversidad, que permitan sancionar las violaciones de los derechos humanos y a su vez restablecer o reparar los que se han conculcado.

La determinación de criterios unificados para la fijación de los montos de indemnización económica frente a violaciones de los derechos humanos constituye una tarea pendiente y que no puede ser aplazada.

Otro reto constituye el profundizar en la noción del daño en materia de violaciones de derechos humanos y las formas de reparación para cada caso.

Además, profundizar en la nueva propuesta de las mujeres sobre los derechos humanos y analizar los mecanismos de reparación a la violación de los derechos humanos de las mujeres, en el ámbito privado.

18. Es necesario tomar en consideración el principio de debida diligencia de los estados, contemplado en los instrumentos internacionales, a fin de encontrar los mecanismos para su aplicación, siendo la prevención un

componente fundamental para que los estados respeten los derechos humanos en su integralidad.

19. En cuanto al aporte realizado por los operadores de justicia y los abogados vinculados a casos de indemnización, se tiene que su conocimiento sobre la definición, fundamentos, responsables y formas de reparación es homogéneo y suficientemente informado; sin embargo, sus opiniones y afirmaciones sobre los hechos que dan lugar a la reparación, los requisitos y vías jurídicas para procesarla, son bastante imprecisos, disímiles y heterogéneos; igual cosa sucede sobre la percepción del daño, los criterios para su valoración y reparación, las fuentes de financiamiento de las indemnizaciones, las precisiones procedimentales en la tramitación de la reparación.

También es evidente que se reflejan condiciones patriarcales y que se mantienen criterios sobre la igualdad hombre – mujer, considerando que las leyes son neutrales, lo que no es verdad, porque como se ha señalado la igualdad formal establecida en la legislación no es la que se evidencia en la práctica.

20. Las encuestas a detenidos/as evidencian los elevados índices en que las autoridades públicas infraccionan el debido proceso, mostrando la incapacidad del Estado para procesar adecuadamente los conflictos sociales más relevantes de la sociedad, así como, la pérdida de su legitimidad propiciada en un alto índice de impunidad con respecto a los agentes estatales. Lo que significaría una enorme dificultad para un Estado endeudado y pobre, ya que tendría que afrontar un gran número de demandas indemnizatorias por la actuación indebida de sus agentes, ya sean judiciales o funcionarios dependientes del Ejecutivo.

Esta preocupación, obliga a que el Estado reestructure no solo sus mecanismos de control coercitivo por razones de legitimidad, sino incluso por razones de economía.

21. Los resultados de las encuestas aplicadas establecen que el 80% de las personas privadas de la libertad, no inician acciones reparatorias debido a que, en términos generales, atribuyen al Estado ineficiencia y corrupción en la administración de justicia, lo que da cuenta de la ilegitimidad

del Estado en el imaginario de los/as detenidos/as.

22. Las personas privadas de la libertad entrevistadas y encuestadas, no han desarrollado estructuralmente una noción del derecho a la reparación; sin embargo señalan como responsables de las múltiples violaciones a sus derechos y sobre todo del debido proceso a los jueces penales y los agentes de la fuerza pública.
23. Las personas privadas de la libertad entrevistadas, tienen una percepción generalizada de la necesidad de iniciar acciones de reparación, no solo para procesar sus casos concretos, sino para sentar precedentes en tres ámbitos: generar una conciencia ciudadana que preventivamente actúe contra la posibilidad de abusos de los agentes estatales; que el Estado se ocupe de frenar los abusos del poder público en contra de las personas; y, que se sancione a los responsables de las violaciones a derechos humanos.
24. La baja proporción de acciones indemnizatorias por daño moral y daños y perjuicios que se realizan en contra del Estado, y la ninguna acción de indemnización por casos de violencia contra la mujer, en los términos ya señalados, dan cuenta de las dificultades que implican para los/as afectados/as iniciar este tipo de acciones a través de la vía civil mediante un trámite ordinario que resulta costoso en términos de tiempo y dinero.
25. De las estadísticas de una de las Comisarías de la Mujer y la Familia del cantón Quito, se evidencia que en el año 1.999 se enviaron 109 causas a la Sala de Sorteos de la Función Judicial. Pero en los Tribunales Penales, la Corte Superior y la Corte Suprema de Justicia no se ha procesando o registrado durante el año indicado un solo juicio por violencia intrafamiliar.
26. Ni uno solo de los recursos de revisión interpuestos ante la Corte, ha sido resuelto favorablemente en 1999.

Conclusiones del caso ecuatoriano

1. Los supuestos de responsabilidad del Estado según la Constitución y en el ámbito procesamiento penal son: El error judicial desde lo establecido en el artículo 21 de la Constitución, y desarrollado por el artículo 22 en términos generales; la inadecuada administración de justicia (infracciones al debido proceso), también desde el principio general de responsabilidad del Estado, contenido en el artículo 22; la privación injusta de la libertad de un inocente y/o su detención arbitraria, específicamente determinados en este mismo artículo.
2. No en todos los casos en los que se reforma una sentencia a través del recurso de revisión, hay lugar a responsabilidad del Estado, tal como aparentemente lo plantea la norma constitucional. Dicha responsabilidad y la consecuente rehabilitación e indemnización de la persona afectada por parte del Estado, deberían depender no solo de que se haya reformado la sentencia revisada, sino y sobre todo, de que se haya probado la causación de un daño ilegítimo por parte del Estado.
3. Buena parte de las ocasiones en que se recurre a la administración de justicia penal ordinaria, con un caso de violencia intrafamiliar y/o delitos sexuales, operan conductas discriminatorias sustentadas en prejuicios de género, que bloquean la prestación de un servicio de justicia en términos de la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, a la que está obligada el Estado; lo que se expresa por ejemplo: en la negativa de los operadores de justicia para procesar los casos de violencia intrafamiliar (violencia contra la mujer) bajo el argumento de que carecen de competencia; en su negativa a emitir medidas de amparo o emitir las inoportunamente; así como, en la derivación de estos casos a otras instancias, sin que previamente se inicie su procesamiento judicial, situaciones que por sí mismas causan un daño ilegítimo y generan responsabilidad del Estado, lo que implica que las personas afectadas por estas prácticas, pueden iniciar reclamos reparatorios.
4. La responsabilidad del Estado en relación a los casos de privación injusta de la libertad que terminan por sentencia absolutoria y sobreseimiento, está distorsionada en tanto fija un orden de prelación, encabezado por el acusador particular, a fin de determinar quien es el obligado a pagar la

indemnización que se debe al afectado. Desde nuestra perspectiva, éste es un flaco favor que se hace a la legitimidad del Estado, pues en el intento de descargarlo de su responsabilidad indemnizatoria, se grava injustamente a los particulares, que no tienen ni el poder ni la autoridad para efectuar el procesamiento judicial y menos aún la privación de la libertad.

5. En cuanto al sobreseimiento que fundamenta la indemnización en los casos de privación injusta de la libertad que termina por esta causa, es necesario calificar al sobreseimiento como definitivo para que haya lugar a indemnización, de lo contrario, el Estado ante el mero sobreseimiento provisional ya estaría obligado a efectuar la indemnización, lo cual no es compatible con los presupuestos de la responsabilidad del Estado en cuanto a la efectiva causación de un daño ilegítimo.
6. En los demás supuestos que configuran la privación injusta de la libertad no existen mecanismos para efectivizar la reparación bajo la noción de responsabilidad objetiva del Estado. Es decir que no se ha regulado sobre los mecanismos que permitan obtener reparación en los casos de detenciones arbitrarias por: uso indebido del poder público o el auspicio de éste (salvo el caso de funcionarios del ejecutivo para los cuales opera el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva); incumplimiento de requisitos legales para disponer la prisión preventiva o provisional; o permanencia del detenido o detenida por más tiempo del señalado en los casos de la de prisión preventiva. Así como tampoco se ha establecido la forma en que se reparará cuando la privación injusta de la libertad de una persona termina por simple boleta de excarcelación, sin que en el proceso se le haya atribuido responsabilidad penal.
7. El Nuevo Código de Procedimiento Penal establece un reclamo administrativo, que deberá regularse a través de la ley Orgánica del Ministerio Público, para tramitar la indemnización por error judicial y por privación injusta de la libertad en los casos en que ésta termina por sobreseimiento o sentencia absolutoria; sin embargo este reclamo administrativo no está previsto en las disposiciones de la ley Orgánica del Ministerio Público vigente, por lo tanto no se puede viabilizar la indemnización por este canal.

8. La vía judicial para reclamar indemnización, en los casos de error judicial y privación injusta de la libertad que termina por sentencia o sobreseimiento, tal como está planteada en el artículo 418 del nuevo Código de Procedimiento Penal, no es expedita, ni garantiza eficiencia, celeridad, oportunidad e imparcialidad en el procesamiento de las demandas de indemnización.
9. El ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha establecido una vía específica por la cual el Estado concrete su responsabilidad para procesar los daños ocasionados por inadecuada administración de justicia.
10. Desde la perspectiva de éste estudio la forma de viabilizar la reparación de daños ilegítimos, causados por la inadecuada administración de justicia, pasa por crear un mecanismo o recurso que permita declarar la infracción al debido proceso. Con tal resolución, que equivale al título de imputación, el afectado quedaría en aptitud de usar la vía contencioso administrativa para que se efectúe la valoración del daño y se determine las formas de reparación correspondientes.
11. En términos generales, en el procedimiento penal, la forma de efectivizar la responsabilidad del Estado, sigue siendo meramente indemnizatoria, salvando lo que se señala en el artículo 416 del nuevo Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 21 de la Constitución Política de la República, respecto al error judicial, por el cual el Estado tiene la obligación de proporcionar al injustamente condenado un trabajo acorde con sus antecedentes, formación y necesidades.
12. Es necesario señalar que los montos indemnizatorios para los casos de error judicial y privación injusta de la libertad que termina por sobreseimiento definitivo y sentencia absolutoria, cuando no existe declaración de impuesto a la renta, resultan insuficientes para reparar los daños ocasionados. Además, cabe señalar que el cálculo de la indemnización está basado exclusivamente en el lucro cesante, más no incluye los rubros correspondientes al daño emergente ni al daño moral del afectado y de sus familiares o dependientes.
13. Al margen del tiempo que se fije para interponer las acciones de indemnización y los plazos de su prescripción, consideramos que ciertas accio-

nes de reparación no vinculadas a la compensación patrimonial deberían ser imprescriptibles, cuando no impongan al Estado una carga económica y sirvan para desagraviar a los afectados directos e indirectos, así como también para evidenciar una actuación ilegítima del Estado que deberá ser reconocida públicamente.

Bibliografía

ZAKARIA Fareed, *El Surgimiento de la Democracia Liberal*, Programa de Apoyo al sistema de Gobernabilidad Democrática, BID, Quito, 1998.

BACIGALUPO Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1989.

HERNANDEZ Miguel, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Guayaquil, 1991.

HOYOS Ricardo, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Temis, Bogotá, 1984.

SARRIA Eustorgio, *Derecho Administrativo*, Editorial Temis, Bogotá, 1968.

GARCIA Hernán, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado: Indemnización del Error Judicial”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1997.

TAWIL Guido, “La responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia”, Editorial Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1993.

GARRORENA Angel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

TAMAYO Javier, *La responsabilidad del Estado*, Editorial Temis, Bogotá, 1997.

OVIEDO Amparo. *Principios fundamentales del Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso en el Derecho Colombiano*, s/f, s/e.

KAWABATA Alejandro, “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en

La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales, recopiladores Abrego Martín y Courtis Christian, CELS, Ediciones del Puerto, Buenos Aires 1997.

FACIO, Alda, «Cuando el género suena cambios trae». 2da. Edición, San José, Costa Rica, ILANUD

ESPINOZA, Loli y RODRIGUEZ Silvia, Documento de Trabajo: «Derechos Humanos, Género y Acceso a la Justicia. Marcos Conceptuales». 1999

ROMANY, Celina, «La responsabilidad del estado se hace privada», 1era. Edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997

SIISE, indicador esperanza de vida escolar, fuente INEC, encuesta de condiciones de vida 1995 – 1998.

Comisión Andina de Juristas, Protección de los Derechos Humanos, Lima, 1997.

Código Contencioso Administrativo, Bogotá, octubre de 1999, Jurisprudencia, C.E. Sec. Tercera, Sent. Dic. 12/96, Exp. 10.310 M.P.Carlos Betancour Jaramillo.

Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, recogida en los comentarios al Código Contencioso Administrativo, Octubre 1999.

Constitución del Ecuador, 1998

Nuevo Código de Procedimiento Penal, 2000

Constitución de la República de Colombia, 1991

Constitución chilena vigente

Código de Enjuiciamiento Criminal español vigente

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la función Ejecutiva, vigente

Funcionario CEDHU

Ministro Juez

Ex Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales

Jueza

Ministra Jueza

Entrevistas y encuestas a personas privadas de la libertad, Centros de Rehabilitación Social: de varones # 2 y femenino de Quito y del caso Putumayo.

