

# 46

Fecha de presentación: mayo, 2020  
Fecha de aceptación: julio, 2020  
Fecha de publicación: septiembre, 2020

## LA PREJUDICIALIDAD Y SU APLICACIÓN PROCESAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA **PRE-JUDICIALITY AND ITS PROCEDURAL APPLICATION IN ECUADORIAN LEGISLATION**

Juan Alberto Rojas Cárdenas<sup>1</sup>

E-mail: [up.juanrojas@uniandes.edu.ec](mailto:up.juanrojas@uniandes.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9026-4402>

Edmundo Enrique Pino Andrade<sup>1</sup>

E-mail: [up.edmundopino@uniandes.edu.ec](mailto:up.edmundopino@uniandes.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4381-8788>

Danilo Rafael Andrade Santamaría<sup>1</sup>

E-mail: [up.daniloandrade@uniandes.gob.ec](mailto:up.daniloandrade@uniandes.gob.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1405-5710>

Oscar Fabián Silva Montoya<sup>1</sup>

E-mail: [up.oscarsilva@uniandes.gob.ec](mailto:up.oscarsilva@uniandes.gob.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6100-8749>

<sup>1</sup> Universidad Regional Autónoma de Los Andes. Ecuador.

### Cita sugerida (APA, séptima edición)

Rojas Cárdenas, J. A., Pino Andrade, E. E., Andrade Santamaría, D. R., & Silva Montoya, O. F. (2020). La prejudicialidad y su aplicación procesal en la legislación ecuatoriana. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(5), 366-375.

**RESUMEN:** A la prejudicialidad y su aplicación en la legislación ecuatoriana, estudiaremos su importancia y relevancia en la conexión desde la lógica y jurídica con el objeto proceso, pues es de pronunciamiento jurisdiccional antes de iniciar el proceso civil, durante el proceso civil o antes de la sentencia respecto del tema de fondo conocido jurisdiccionalmente. Se utilizará varios criterios jurídicos recogidos en nuestro sistema actual, en donde de acuerdo al nivel de competencia, discrecionalidad y obligatoriedad y que deban pronunciarse jurisdiccionalmente; las cuestiones prejudiciales devolutivas, con una bien marcada observación por el sistema de resolución pueden ser devolutivas o excluyentes, no devolutivas cuando deben ser resueltas por el mismo juez.

**Palabras clave:** Prejudicialidad, obstáculo legal, competencia, cosa juzgada.

**ABSTRACT:** To the preliminary ruling and its application in Ecuadorian legislation, we study its importance and relevance in the logical and legal connection with the object of the process, since it is a jurisdictional decision before starting the civil process, during the civil process or before the judgment regarding the jurisdictionally known underlying issue. Various legal criteria collected in our current system will be used, where according to the level of competition, discretion and obligation and which must be pronounced jurisdictionally. The preliminary questions of return, with a well-marked observation by the resolution system, can be return or exclusion, not return when they must be resolved by the same judge.

**Keywords:** Prejudice, legal obstacle, competition, res judicata.

## INTRODUCCIÓN

La prejudicialidad constituye un tema clásico y a la vez complejo en el estudio del derecho procesal. La mayor dificultad para su análisis proviene de la convergencia de elementos de derecho sustantivo y procesal en los problemas que suscita. En un análisis etimológico, la palabra prejudicial deriva de la voz latina *praejudicium*, que significa 'prejuicio, juicio previo o prematuro' (de 'prae-' 'antes', *judicium* <juicio>) (Romero, 2015).

Como figura jurídica se encontraba presente en el proceso romano, lo que hace que, traído a derecho actual, se vea presente una marcada evolución. Entre los temas que determinan los rasgos del sistema de prejudicialidad en un determinado ordenamiento jurídico están: los atinentes al mecanismo de distribución de competencia entre los distintos jueces que conforman el órgano jurisdiccional; la eficacia que la ley le atribuye a un fallo en relación con la intervención de otros jueces y tribunales que integran la jurisdicción, en procesos posteriores o que se tramitan simultáneamente; el régimen de ejercicio de la acción civil y penal; la posibilidad de suspender obligatoria o facultativamente la tramitación de un proceso, en espera de la conclusión de otro, cuando entre los objetos procesales se presentan relaciones de conexión o de prejudicialidad.

Desde la doctrina, para tratar de delimitar qué es una cuestión prejudicial existen varias explicaciones. En lo general la prejudicialidad se refiere a toda cuestión que debe resolverse antes de decidir sobre el objeto del proceso (Romero, 2015).

En lo particular cambio, la prejudicialidad surge en temas que por su conexión lógica y jurídica con el objeto proceso deben ser fallados por el mismo juez u otro tribunal, antes de la decisión de fondo del conflicto sometido a su conocimiento.

Lo que introduce al proceso una cuestión prejudicial proviene de alguna situación de derecho sustantivo, que obliga a emitir un pronunciamiento que forma parte del objeto del proceso. Aparecen tres clases de cuestiones prejudiciales en la legislación ecuatoriana, las mismas que son identificadas y clasificadas:

Por el sistema de resolución pueden ser devolutivas o excluyentes, cuando deban ser resueltas por órgano distinto de la jurisdicción de la que se trata; y, no devolutivas cuando deben ser resueltas por el mismo juez que conoce del asunto principal, catalogándola como resolución previa.

Por la naturaleza de la ley sustantiva esto es, de acuerdo con la ley que disponga las cuestiones prejudiciales. En

este sentido podemos hablar de cuestiones prejudiciales de lo penal a lo civil, de lo civil a lo civil y de lo administrativo a lo civil.

Por los efectos procesales aparecen las subespecies que los tratadistas lo dividen en cuestiones prejudiciales a la acción y en cuestiones prejudiciales a la sentencia. Las primeras deben ser resueltas en sede distinta a la civil o por esta misma antes de la demanda; y, la segunda es aquella que debe ser resuelta por el mismo juez, como incidente.

Esta figura jurídica se encuentra recogida y reconocida en el derecho positivo actual, pues forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y como tal se constituye una figura jurídica clásica y compleja a la vez su aplicación en el derecho procesal ecuatoriano.

Analizaré desde la etimología la palabra prejudicial, pues esta proviene del latín *praejudicium*, que significa prejuicio, juicio previo o prematuro (de *prae-* antes, *judicium* juicio). Este concepto me permitirá proyectarme en una variedad de actuaciones e instituciones procesales.

Como institución jurídica, la prejudicialidad se ve presente desde el derecho romano, las mismas que para mantenerse hasta la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico ha evolucionado y adentrado en las legislaciones actuales, haciendo presente desde diferentes factores.

En un plano general, la reglamentación de esta materia impone al legislador realizar varias opciones técnicas, dentro de un amplio marco de posibilidades. Revisaré también si existe eficacia en la ley, dando la posibilidad de suspender de manera obligatoria o permitiendo la sustanciación de un proceso, mientras pende la conclusión de otro, cuando entre los objetos procesales se presentan relaciones de conexión o de prejudicialidad.

Desde la doctrina buscaré delimitar cuando se presenta una cuestión prejudicial, pues para ello me remitiré a algunos de los tratados existentes.

Partiendo de un universo general, la prejudicialidad como institución jurídica se refiere a los obstáculos legales que se deben ser resueltos antes de decidir sobre el objeto del proceso, pues en sí puede llegar a constituir un incidente en el proceso que debe ser resuelta antes de resolver el juicio en sí.

En sentido restringido, puede presentarse la prejudicialidad en temas determinados porque se conecta desde la lógica y jurídicamente con el objeto procesal, y esto permite que pueda ser fallado por él por el mismo juez u otro tribunal, previo al pronunciamiento sobre el fondo del problema puesto a su conocimiento.

Dejaremos nuestra opinión indicando que la prejudicialidad como institución jurídica nace del derecho sustantivo y es así que se ve en una obligación judicial la emisión de un pronunciamiento que forma parte del proceso como objeto.

## MATERIALES Y MÉTODOS

El presente trabajo de investigación fue desarrollado desde el campo doctrinario, alcanzando a realizar un análisis comparativo con legislaciones que no sean únicamente la de Ecuador, lo que hemos podido obtener en base a la aplicación de los métodos y técnicas de la investigación científica como son:

Método inductivo. - consiste en partir de eventos particulares para llegar a la formulación de leyes generales, relativas a los hechos, acontecimientos y fenómenos observados.

Método deductivo. - parte del desconocido para llegar al hecho concreto conocido, con lo cual, a partir del análisis de la ley general, me permite llegar a descubrir y analizar detalladamente los componentes, principios y normas referentes a la prejudicialidad.

Método analítico. - El análisis de las características de un hecho, objeto o fenómeno que se esté estudiando. Permite distinguir los elementos de un fenómeno, hecho o situación a revisar de manera ordenada cada uno de ellos.

Método sintético. - Permite relacionar hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diferentes elementos.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La prejudicialidad es una figura jurídica que se encuentra recogida en la legislación ecuatoriana vigente, tanto en la ley civil como en la ley penal, y su aparición data de la codificación del Código Civil (Ecuador. Congreso Nacional, 2005a), cuerpo normado que, siendo una copia del Código Civil Chileno, mantiene su vigencia hasta la actualidad.

El modelo chileno tiene como originalidad el haberse separado de la propuesta seguida en otros códigos, que tomaron como piedra angular la regla atribuida al jurista francés Merlin, en virtud de la cual «lo criminal domina o paraliza a lo civil» (le criminal tient le civil en état).

La propuesta francesa llevó a reconocer, como principio rector del tema, que la judicatura penal adquiriera prevalencia sobre la judicatura civil, en relación con el juzgamiento de hechos con elementos comunes. Las razones invocadas para sustentar esta opción de coordinación en

la actuación entre jueces suponen que el interés en la represión se antepone al de la reparación civil, por un lado, y en el pretendido mayor rigor en el establecimiento del hecho que se garantizaría en el pronunciamiento de la sentencia penal.

En cuanto al sistema seguido, el régimen general de prejudicialidad proviene de las opciones incorporadas por nuestro legislador en las normas sobre la distribución de competencia entre los distintos jueces de igual jerarquía y en la regulación de los efectos de la cosa juzgada, en los términos que pasamos a explicar. En lo que respecta a la competencia, se optó por configurar un modelo mixto o ecléctico, al reconocer competencia al juez penal para resolver las cuestiones prejudiciales civiles que pudieran presentarse en la decisión de los asuntos penales, salvo que se tratase de alguna de las delimitadas como cuestiones prejudiciales civiles absolutas y devolutivas. En este último caso, ellas debían ser enviadas a un juez civil o al órgano administrativo –en el caso de las cuentas fiscales–, para su resolución, paralizando mientras tanto la tramitación de la causa penal.

Sin embargo, en la introducción del modelo acusatorio se han introducido algunos cambios que han afectado el sistema de prejudicialidad. Se trata de problemas que no surgieron durante la vigencia del modelo inquisitivo, simplemente porque la competencia del juez penal le permitía conocer ampliamente de todas las acciones civiles, con lo cual los temas de prejudicialidad estaban subsumidos en esa solución legal. En nuestra jurisprudencia lo anterior ha tenido acogida, al diferenciar la Corte Suprema entre la cosa juzgada y lo que denomina respecto de terceros «la eficacia del fallo». En el otro extremo, que la sentencia civil no produzca efecto en el ámbito penal se debe a la opción legislativa por evitar que en la decisión del proceso penal pueda influir cualquier prejuzgamiento.

Discusión de resultados: ¿Vale preguntarse si se presenta como un problema legal o un obstáculo en la sustanciación de un proceso la prejudicialidad?, pues amerita examinar desde perspectivas diferentes y como aplicar esta institución jurídica sin que pueda considerarse que permite inaplicar principios legales al juzgador o que conlleva en su aplicación la vulneración de un derecho.

Jurisdiccionalmente cabría disponer la acumulación de procesos, esto en una actuación jurisdiccional apegada y aplicando las normas legales vigentes, sean estas generales o especiales, pues se presenta en procesos sustanciados ante jueces o tribunales multicompetente en la investidura de la competencia que les es atribuida, o cuando se utilizan procedimientos diferentes, pues se pueden presentar como elemento común que permita

conocer acciones vinculadas en las que aparezca o se presente una cuestión prejudicial. Entonces es preciso que sea advertida que la prejudicialidad alegada en un proceso, constituye un riesgo procesal objetivo, conllevando a que las juezas y jueces puedan emitir fallos contradictorios.

Procesalmente se constituye en un problema la tramitación de procesos paralelos por la presencia alegada de una cuestión prejudicial, pues cuando legalmente no le es posible acumular los procesos, estas han sido solucionadas dando amplitud a la prejudicialidad, admitiendo otras manifestaciones junto a los criterios clásicos, como la prejudicialidad de lo civil a lo civil, a la administrativa o la penal. En el ordenamiento jurídico recogido en Código Orgánico General de Procesos (Ecuador. Asamblea Nacional, 2015), la prejudicialidad permite ser presentada con la existencia de una excepción previa y probada que sea la misma en la etapa procesal que corresponda, pondrá fin al proceso, esta es la excepción de litispendencia impropia o por conexión.

La admisión en auto resolutivo de la excepción previa de litispendencia, obliga a poner fin al proceso de una anticipada sin que sea posible pronunciarse jurisdiccionalmente sobre el objeto principal de la causa. Pues para evitar la presencia de decisiones jurídicamente inconciliables opera esta excepción. La prejudicialidad se presenta en un proceso civil como un problema, atendiendo a la proliferación de procedimientos y por la fragmentación de la competencia que se viene dando entre diversos jueces y tribunales, que muchas veces están llamados a conocer de temas conexos.

Por lo anotado, se debe entender que la solución a este problema se presenta cuando una jueza o juez acepta a trámite la excepción previa de litispendencia y como consecuencia de ello opera la terminación anticipada del proceso de manera anticipada, dejando el camino legal abierto para que sea revisada judicialmente la prejudicialidad en otro proceso.

Para analizar con detenimiento este tema es indispensable conocer a cabalidad los conceptos de Jurisdicción, Competencia y Acción penal, fundamentales instituciones del Derecho Procesal Penal, de lo cual se concluye que tanto Jurisdicción como Acción penales tienen como características fundamentales las de ser autónomas, públicas y obligatorias.

Ello se traduce, en términos concretos, en la forma en que se inician los procesos penales ordinarios, los que no dependen de la voluntad o decisión del juzgador, menos aún en un sistema acusatorio; por el contrario, producida una conducta punible, delito de acción pública, y llevada

a conocimiento del Fiscal o Policía Judicial, surge, de manera ineludible la obligación de dar curso a la acción penal haciendo viable la iniciación del proceso penal; esto, aclaramos, tratándose del cometimiento de delitos de acción pública, en los que no hace falta la manifestación expresa de voluntad de las partes y menos aún del ofendido, ya que la acción penal es pública y obligatoria para la Fiscalía General del Estado, en un sistema penal en el que el titular de la acción penal es el ente que representa a la sociedad.

Estos son, desde luego, los principios generales a los que se sujeta el ejercicio de la acción penal pública. No obstante, en casos excepcionales, surgen situaciones especiales y complejas que afectan al curso normal de los acontecimientos en el orden procesal penal, debido a la incidencia de otros factores, también jurídicos o legales que, no siendo necesariamente de tipo penal, impiden u obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción penal.

Dicho, en otros términos, mientras no se diluciden determinados aspectos relacionados con la conducta supuestamente delictiva, o mientras no exista un procedimiento jurídico definitivo por parte de otros integrantes del órgano jurisdiccional, en la misma o superiores instancias, no se puede dar vía a la acción penal instaurando el proceso correspondiente. Por esta razón es que Llore Mosquera (Vaca, 2020): dice que no siempre la acción penal puede constituirse libremente y seguir de la misma manera su ulterior desarrollo. Hay veces en las que el cumplimiento previo de ciertas condiciones o la aparición de proposiciones que deben ser también resueltas previamente obstaculizan ya sea la iniciación, ya el desenvolvimiento mismo del proceso. Es lo que se conoce con el nombre genérico de prejudicialidad.

En lo que se refiere a cuestiones prejudiciales, según Asamblea Nacional del Ecuador a través del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014), en su Art. 414, textualmente manda:

Prejudicialidad. - En los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial. La disposición legal transcrita, instituyó en nuestra legislación procesal penal la Prejudicialidad al ejercicio de la acción penal, que es la única Prejudicialidad que en la práctica tiene vigencia.

Es indudable que unos de los temas más controvertidos por su complejidad son de la prejudicialidad, por lo que es necesario por comenzar a entregar una noción de lo

que se ha de entender por prejudicialidad, para ello me es importante traer la definición de Manzini (1951), quien expresa que *“la prejudicialidad es toda cuestión jurídica que se constituye en un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio”*.

Definición que se refiere a la prejudicialidad y a la sentencia más no al ejercicio de la acción, sin embargo, retomando la definición invocada, debemos entender que la prejudicialidad es toda cuestión de carácter jurídico que debe ser como presupuesto necesario, o para el ejercicio de la acción o para la sentencia.

Noción que nos ayuda a llegar a una definición particular de la prejudicialidad civil en materia penal, es así como el Dr. Jorge Zavala Baquerizo (2004), expresa: “que la prejudicialidad civil en materia penal está dada por toda cuestión de carácter jurídico – civil que debe ser previamente resuelta por el órgano jurisdiccional civil como presupuesto necesario para la procedencia del ejercicio de la acción penal o la sentencia”. De ahí que legalmente la prejudicialidad constituye un obstáculo legal para el ejercicio de la acción penal.

En la definición dada encontramos la necesidad de que la cuestión jurídico – civil debe ser resuelta previamente, pues de lo contrario no se puede ejercer la acción penal, por cuanto nuestra legislación considera que el órgano jurisdiccional civil, debe emitir una resolución firme sobre la cuestión planteada y que incide en el hecho constitutivo de delito, sin cuya resolución es imposible que pueda entrar en actividad el órgano jurisdiccional, por expreso mandato de la ley.

Por regla general se puede decir que cometido el delito cuyo ejercicio de la acción es pública, se puede iniciar un proceso penal, sea porque el fiscal lo inicia de oficio, sea porque recibe el anuncio de la comisión del delito a través de una denuncia.

Así también es importante entender que una vez que ha sido cometido un acto típico y tipificado que la ley penal lo recoja y clasifique como de acción privada, esta da inicio con la presentación de la respectiva querrela.

Existen ocasiones en que la ley no permite el inmediato ejercicio de la acción penal en cuanto se ha cometido el delito, sino que exige que previamente se resuelvan vía de otro órgano jurisdiccional extra-penal ciertas cuestiones que inciden en el delito, porque están íntimamente ligados con el mismo.

Surge entonces la prejudicialidad el caso de la prejudicialidad civil, es decir el sometimiento de la cuestión civil al respectivo órgano jurisdiccional civil para que la resuelva y mientras no se dicte sentencia civil no se puede

iniciar el proceso penal, por cuanto existe un obstáculo de la cuestión previa.

Y es así que se presenta el caso de la falseada en instrumentos público, acto que, siendo constitutivo del delito, no puede dar lugar al ejercicio público de la acción penal, mientras no exista una sentencia civil que declare falso el instrumento.

En el caso de la prejudicialidad entre la acción y su ejercicio no solo es necesario que exista la infracción, sino que además de la infracción se debe remover el obstáculo que significa la cuestión civil prejudicial, pues si no se remueve dicho obstáculo entonces es imposible ejercer la acción penal y como consecuencia de ello no se puede iniciar el proceso penal.

Por regla general cuando en el desarrollo de un proceso penal se plantea un problema de naturaleza extra penal, el juez se encuentra en una cuestión prejudicial. Pero también se debe advertir que, de legue lata, no toda cuestión extra-penal, el juez se encuentra en una cuestión prejudicial, pero también se debe advertir que de legue lata, no toda cuestión extra-penal necesariamente es prejudicial, pues para que tal se considere, es necesario que tal cuestión sea sometida por el mandato de la ley u otro órgano jurisdiccional ajeno al penal, en consecuencia entre la cuestión prejudicial y la cuestión previa existen diferencias que deben destacar para evitar confusiones.

Toda cuestión prejudicial es previa pero no toda cuestión previa es prejudicial, así, es prejudicial y por ende previa la declaración sobre la existencia jurídica del primer matrimonio que debe hacer el juez que conoce el caso. Es así que el proceso penal no puede iniciarse sino luego que el órgano jurisdiccional civil dicta la resolución y esta queda firme, declarando la falsedad en el segundo.

La cuestión prejudicial es independiente del proceso penal, sin perjuicio de que en un momento dado incida sobre el mismo, la cuestión previa forma parte del objeto del proceso penal, pues tiene relación directa con el mismo y de acuerdo con la declaración que sobre ella se haga, es que toma vigencia el objeto del proceso penal del que forma parte. Si la cuestión prejudicial es resuelta en sentido negativo, entonces no es problema que se inicie el proceso penal y, en consecuencia, no puede tener relación de ningún proceso penal, pues este no existe, pese a haber existido el juicio previo sustanciado en el ámbito civil. Si la cuestión previa es considerada negativamente, el proceso penal puede concluir de forma anormal, pues dicha conclusión es consecuencia de cuestión previa. Así si un juez civil declara que un instrumento civil no es falso, el proceso por falsedad de instrumento público no podrá iniciarse, pero si el penal declara que jamás existió

jurídicamente el matrimonio contraído aparentemente por el acusado, el proceso penal concluye o por sobreseimiento definitivo o por sentencia ratificatoria del estado de inocencia, pues el pronunciamiento sobre la cuestión previa ha incidido de manera directa en el objeto del proceso.

Según Vaca (2020), existe prejudicialidad: en el sentido en que nuestra ley las consigna, cuando en un proceso penal, además de la pretensión punitiva, se pretende la actuación de una pretensión no punitiva prejudicial a aquella, o cuando se interpone en el mismo para que se traslade su conocimiento a otro titular no penal hasta la resolución de la prejudicial. Se ha dicho acertadamente, que una pretensión es prejudicial respecto a otra cuando deba decidirse antes que ella, y debe decidirse antes cuando la resolución que sobre ella recaiga ha de tenerse en cuenta en la resolución sobre la segunda.

Determinando que se presentan este tipo de cuestiones surge una crisis en el tratamiento procesal de la pretensión punitiva, puesto que es necesaria la previa resolución de la prejudicial por la influencia que esta resolución ha de tener en la punitiva, y es que en ocasiones, una misma conducta puede tener repercusiones jurídicas en el campo penal y en otros campos, de tal forma que estando sometida esa conducta a resolución de distintos jueces o autoridades administrativas podrían darse distintos u opuestos pronunciamientos oficiales y válidos sobre el mismo asunto.

Frente a la eventualidad de que pronunciamientos de otras autoridades competentes puedan influir en el efectivo ejercicio de la acción penal de tipo netamente punitivo, el legislador ha considerado conveniente exigir que previamente al inicio de la acción penal se resuelva definitivamente la cuestión prejudicial, ya que, de otro modo, la declaración de culpabilidad o inocencia que se dé en lo penal podría ser contraria u opuesta a la que se pronuncie por parte de las otras autoridades en las deferentes ramas del Derecho.

Los requisitos prejudiciales se dan, cuando es necesario esperar el pronunciamiento previo, oficial y definitivo de otra autoridad competente por norma, es decir, dar una resolución de carácter jurisdiccional o administrativa básica para la búsqueda del ilícito; con esto concluiríamos diciendo que las cuestiones prejudiciales son obstáculos que deben despejarse o superarse, o, mejor aún, presupuestos que deben cumplirse necesariamente, antes de que el juez resuelva disponer la iniciación de la acción penal. Por esta razón, se ha dicho que lo prejudicial es una verdadera acción no punitiva que permite obtener un pronunciamiento anticipado a manera de un juzgamiento

anterior y previo al juicio penal que, de todas formas, incide de modo determinante en la iniciación y continuación de la acción penal.

La doctrina distingue tres sistemas para resolver problemas prejudiciales, los cuales son:

Imperio de la jurisdicción penal o sistema germánico. - Según este sistema, todas las situaciones jurídicas que tengan relación o conexión con el asunto principal de carácter penal tienen que ser resueltas por el mismo Juez Penal, permitiendo así que tenga jurisdicción total en todos los campos para resolver el asunto controvertido en su totalidad y no solamente en lo que dice relación con la aplicación de sanciones.

Separación jurisdiccional absoluta o sistema francés. - Con este sistema se pretende, que los asuntos penales y no penales sean considerados, tratados y resueltos en forma independiente por el juez o autoridad al que le corresponda la competencia en razón de la materia; así, el Juez penal deberá resolver el asunto penal en el campo de su exclusiva competencia, y el Juez o Autoridad no penal, los asuntos que se originen o tengan relación con el delito.

Separación jurisdiccional relativa.- Con este sistema se trata de mantener separado el ámbito no penal del penal, de tal manera que las resoluciones en uno y otro campo se produzcan de modo autónomo, originándose, cada una, tanto en el Juez o Autoridad no penal como en el Juez penal, pero tan solo en aquellos casos en que la ley así lo disponga de manera expresa, o, también, cuando el Juez penal considera prudente, según su propio juicio, que los aspectos no penales del asunto sometido a su conocimiento, y, por lo tanto, extraños a su competencia y resolución, deben ser dilucidados previamente por el juez o autoridad correspondiente, a fin de evitar que existan resoluciones o fallos contradictorios sobre el mismo asunto o hecho controvertido.

En mérito a lo dicho, queda claro que el Fiscal no puede dictar resolución de inicio de instrucción en tanto no exista fallo previo del Juez civil, en los casos expresamente señalados en la ley. De la misma manera y por las mismas razones, el Juez penal no podría dar trámite a la Instrucción Fiscal, si es que en la Audiencia de Formulación de Cargos se le hace conocer que hay un caso de prejudicialidad; como tampoco podría dictar el auto resolutorio si es que, en la Audiencia preparatoria del Juicio, en la etapa Intermedia se le hace conocer que hay un caso de prejudicialidad pendiente de resolución en el ámbito civil.

Los criterios determinantes para que surja una cuestión prejudicial que se estime de resolución previa en el ámbito no penal, bien entendido que no toda infracción penal que tenga posibles vinculaciones con otros asuntos de índole no penal constituye cuestión prejudicial. Estos son:

a. Se considera que existe prejudicialidad cuando la decisión en el campo no penal constituye un presupuesto lógico e indispensable para que el Fiscal y el Juez penal adopten la decisión tan delicada como importante de iniciar un proceso penal o resolver en contra de una persona determinada a quien se imputa desde el auto inicial.

b. Para que exista prejudicialidad es indispensable también que la situación que debe resolver previamente el Juez civil esté íntimamente vinculada con los elementos estructurales del tipo legal, o, cuando menos, con sus condiciones de punibilidad. Dicho de otro modo, debe haber una estrecha relación entre las connotaciones no penales del asunto y los elementos del tipo, que, según la Teoría del Delito, son: conducta (acción y omisión), tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; o, con las exigencias previstas en la ley para que una conducta sea considerada como delictiva o al menos presumiblemente punible.

Anteriormente se ha manifestado que la prejudicialidad se puede dar tanto como obstáculo al ejercicio de la acción penal, o como condición necesaria y previa a la resolución o fallo que dicte el Juez penal. De esto se desprende que puede haber dos clases de prejudicialidad:

A la Acción: Se presenta cuando no es posible que iniciar el proceso penal a menos que previamente se resuelva la cuestión prejudicial por parte del Juez Civil según el COIP o como hemos mantenido por parte de una autoridad competente así sea de carácter administrativo como en el caso del peculado.

Según el COIP vigente, en los casos expresamente señalados por la Ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial.

A la Sentencia: Es la que se presenta cuando la cuestión o asunto prejudicial surge o aparece una vez que se ha iniciado el proceso penal y éste se encuentra en trámite. En este evento, el Juez o Tribunal Penal no puede declarar la culpabilidad o inocencia del procesado a menos que previamente se hubiere resuelto de manera firme, es decir, en sentencia ejecutoriada, la cuestión prejudicial en el ámbito no penal. La legislación procesal penal ecuatoriana no ha previsto este tipo de prejudicialidad. Hay que tener en cuenta que el delito que se estudia es

considerado por el COIP como contra el régimen de desarrollo, es decir cuestiones tributarias según el Código Tributario (Art. 23; 24; y 25) (Ecuador. Asamblea Nacional, 2005b), Ley de Régimen Tributario Interno (Art. 23; 40-A; 41) (Ecuador. Congreso Nacional, 2014), con su reglamento (Art. 44; 46) (Ecuador. Presidencia de la República, 2015ab); Y demás artículos innumerados agregados en la reforma del Decreto Ejecutivo 539, Ecuador. Presidencia de la República, 2015); ya que son la normativa que regula el incremento patrimonial, dándoles la potestad al Servicio de Rentas Internas.

Por tanto en materia tributaria, es importante establecer si el sujeto activo ha incurrido en alguna infracción tributaria, y por ende su resultado es objeto de una acción penal, en nuestro sistema jurídico ecuatoriano, el organismo de controlar las recaudaciones tributarias y que controla el incremento patrimonial es el Servicio de Rentas Internas, con los funcionarios especializados en realizar tales controles, al momento de que al sujeto pasivo, se le está haciendo una acción administrativa, este debe presentar todas las documentaciones requeridas por el Servicio de Rentas Internas, en estas recopilaciones de información el funcionario de detectar que existen presunciones del cometimiento de un delito contra el régimen de desarrollo, elaborará las actas administrativas y una vez que estén concluidas en un acto administrativo firme pero por la autoridad administrativa competente, entonces se debe proceder a la denuncia en la Fiscalía, puesto que por lógica existiría la comisión de un delito.

Como es de nuestro conocimiento que cuando existe la presunción del cometimiento de un delito, se denuncia en la Fiscalía, para que inicie la etapa investigación previa, la investigación debe realizarla el Servicio de Rentas Internas, que ya vienen con el acto administrativo en firme, y el Fiscal analizando todos los elementos de juicio correspondientes, deberá formular cargos para iniciar la instrucción fiscal correspondiente.

Junto a la posible reacción penal, coexiste una principal incidencia de carácter procesal. La determinación de la cuota no cumplida exige comprobar la realización del hecho imponible y su cuantificación económica, lo cual obliga remitirse a las normas tributarias que disciplinan el impuesto o declaración eludida. Y esta remisión plantea el surgimiento de una cuestión prejudicial en el proceso penal por delito de defraudación tributaria contra el régimen de desarrollo (Art. 275 y 276 de la CRE) cuyo tratamiento es discutible por cuanto la prejudicialidad pueda calificarse de no devolutiva o devolutiva.

Sistemas para el ordenamiento de las cuestiones prejudiciales, cosa juzgada y la teoría de división de funciones

Los tratadistas también han reconocido la existencia de dos sistemas, que tienen que ver con el ordenamiento de las cuestiones prejudiciales, estos son, los “absolutos” y “relativos”.

El primer sistema, que es de naturaleza independiente, indica que el juez de la causa debe resolver todo lo relacionado a la misma “el juez de la acción, es el juez de la excepción”, es por esto que, bajo este sistema, en materia penal especialmente, el juez de la causa deberá resolver todo lo concerniente y que se derive de aquel enjuiciamiento, como son las causas civiles y administrativas concurrentes. El ejemplo más claro tenemos en la legislación alemana, que reconoce plenamente este aforismo.

De otra parte, en el sistema relativo, el juez en razón de sus facultades legales, obligatoriamente o de forma potestativa, procederá a remitir al órgano jurisdiccional competente para la resolución de los incidentes que se deriven de la causa. No obstante, existen otras posibilidades que se convierten en sistemas mixtos, así tenemos como muestra, a la causa administrativa que debe ser resuelta después de una acción penal, como es el caso, en nuestra legislación, del sumario administrativo en el delito de peculado; y, cuando de una causa administrativa se deriva una acción penal, donde volvemos a citar al procedimiento de sumario, del cual se presume la existencia de responsabilidad penal, demostrando que tanto la materia penal, como la administrativa, se ven vinculadas en diferentes formas en razón de su naturaleza punitiva.

Ergo, estos sistemas, no solo derivan a un problema doctrinario en lo relacionado a la cosa juzgada, sino que también conflictúan lo referente a la garantía del non bis in ídem y la separación de funciones. Las escuelas francesa e italiana, establecen, coincidentalmente, la primera, que cosa juzgada constituye aquella causa que está relacionada con las acciones jurisdiccionales exclusivamente, por tanto, no existe una vinculación con el tema administrativo; en tanto que la segunda, no reconoce cosa juzgada en los temas que hayan sido resueltos en materia administrativa. Sin embargo, escuelas como la alemana y la austriaca, consideran que la cosa juzgada si se produce en temas administrativos, ya que no han realizado una diferenciación entre la acción jurisdiccional y la administrativa, a las dos las considera como parte de la administración de justicia.

Por otra parte, en lo relacionado a la teoría de la separación de funciones, esto es, el desarrollo de la acción administrativa y la jurisdiccional, independientemente, en varios sistemas, se ha establecido que el gobierno no puede tener injerencia en lo relacionado a la judicatura, el francés es un ejemplo, pues cree en la separación

absoluta de funciones. En otros sistemas, sin embargo, se reconoce a la acción jurisdiccional como complemento de la acción administrativa, como modelos están las legislaciones italiana y sueca. Con estas consideraciones, en lo que se refiere, más concretamente, a las materias administrativa y penal, objeto de nuestro análisis, diremos que hay legislaciones como la argentina que considera que la decisión del juez, en sede jurisdiccional, no obliga al administrativo. En nuestra legislación no lo podríamos denominar juez administrativo, por cuanto está lejos de la facultad jurisdiccional, salvo el juez contencioso administrativo, que si está dentro del ámbito de competencia judicial.

No obstante, reconoce que, en el caso de la presunción del delito de peculado, para que el Juez Penal conozca del hecho, al menos debe tener una indicación de los errores de la administración pública, esto por medio del informe de la instancia de cuentas. Bielsa en cambio, considera que, respecto de las resoluciones de la Instancia de cuentas, *“la resolución dictada por la misma, en el juicio de cuentas, hace cosa juzgada sobre la responsabilidad administrativa y los efectos de ésta, sobre el hecho o acto, dependerán del alcance de la resolución”*.

Sin embargo, esto no excluye al servidor del juzgamiento penal o civil que corresponda, pero no podrá ser juzgado nuevamente en sede administrativa. En el Ecuador, si bien, en la legislación no existe una definición de la prejudicialidad administrativa, sin embargo, en lo que se refiere al delito de peculado, mediante Resolución sin número, publicada en el Registro Oficial número 154 de 19 de marzo de 2010, la Corte Nacional de Justicia en uso de sus facultades se pronuncia respecto del oficio del señor Contralor General del Estado No. 24237, de 28 de diciembre del 2009, que solicita se determine “si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos, contra el funcionario a cargo de éstos”. Para dictar el mencionado documento, considera al artículo 212 numeral 2 de la Constitución de la República, que manda como función de la Contraloría General del Estado, entre otras, la determinación de responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal de los servidores públicos, disposición concordante con lo que mandan los artículos 39, 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Ecuador. Congreso Nacional, 2002).

No obstante, distingue que la Contraloría determinará los indicios de responsabilidad penal, en tanto que a la Fiscalía le corresponde ejercer la acción penal, lo que demuestra una vez más que existe un reconocimiento a la

división de funciones que hemos explicado. Además, esta Resolución, resalta que la sustanciación de los procesos de peculado y enriquecimiento ilícito sin que previamente se hayan incorporado los informes con indicios de responsabilidad penal, emitidos por la Contraloría General del Estado, ha contribuido a la inseguridad jurídica, así como a la impunidad de los procesados por estos delitos.

Por lo que manda, que es necesario exista informe previo de la misma Contraloría General del Estado, en el ejercicio de la acción pública penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; sin embargo, de llegar primero a conocimiento de la fiscalía en la indagación previa, la misma deberá poner en conocimiento de la Contraloría General del Estado para que proceda con el examen especial y remitir el mismo para el inicio de la instrucción fiscal. Esto último, en virtud de las potestades establecidas en la Constitución de la República para la función jurisdiccional, no se constituyen en prejudicialidad, sino más bien como una cuestión previa, que siendo de carácter administrativo deben solventarse dentro o antes del proceso penal, o suspenderlo si es necesario para poder obtener el informe, pero como requisito de procedibilidad más no como prejudicialidad. El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 180 de lunes 10 de febrero del 2014, ya ha incorporado la disposición, que, para el ejercicio de la acción penal en el delito de peculado, exista un informe previo sobre indicios de responsabilidad de la Contraloría General del Estado, pero lo califica como requisito de procedibilidad y no como prejudicialidad.

## CONCLUSIONES

La prejudicialidad como institución jurídica recogida en nuestra legislación ecuatoriana, merece ser observada y de aplicación obligatoria, esto cuando exista la observación procesal realizada, a través de una alegación que constituya una excepción, pues no procede de oficio.

La doctrina nos proporciona desde diferentes pensamientos la importancia y marca la presencia en el reconocimiento de la norma, lo que conlleva a que la prejudicialidad como institución jurídica sea de aplicación obligatoria.

La jurisprudencia como fuentes del derecho nos obliga y nos reconoce como un derecho, reconoce el campo de acción de la prejudicialidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N. 180. [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT\\_CEDAW\\_ARL\\_ECU\\_18950\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf)
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial N. 506. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>
- Ecuador. Congreso Nacional. (2002). Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial 595. [https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5\\_ecu\\_ane\\_cge\\_23\\_ley\\_org\\_cge.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cge_23_ley_org_cge.pdf)
- Ecuador. Congreso Nacional. (2005a). Código Civil. Registro Oficial N. 46. <https://www.hgdc.gob.ec/images/BaseLegal/Cdigo%20Civil.pdf>
- Ecuador. Congreso Nacional. (2005b). Código Tributario. Registro Oficial N. 38. <https://www.ces.gob.ec/lotaip/2018/Agosto/Anexos-litera-a2/CODIGO%20TRIBUTARIO.pdf>
- Ecuador. Congreso Nacional. (2014). Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial N. 463. <https://www.sri.gob.ec/BibliotecaPortlet/descargar/70575a5b-9c26-4ef4-9cd6-97e2de3285ce/160429+LORTI.pdf>
- Ecuador. Presidencia de la República. (2015a). Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Decreto No. 374. Registro Oficial 448. <https://www.sri.gob.ec/BibliotecaPortlet/descargar/2f052de7-67ff-43b0-bfe2-65f42db24c93/REGLAMENTO+APLICACION+DE+LA+LEY+DE+REGIMEN+TRIBUTARIO+INTERNO.pdf>
- Ecuador. Presidencia de la República. (2015b). Reglamento a Ley Orgánica de Incentivos a La Producción y Prevención Fraude Fiscal. Decreto No. 539. <http://www.sri.gob.ec/BibliotecaPortlet/descargar/c82ecec0-1590-449f-942d-7d29a0d5d9d1/Reglamento+a+la+Ley+Org%E1nica+de+Incentivos++a+la+Producci%F3n+y+Prevenci%F3n+del+Fraude+Fiscal+%281%29.pdf>
- Manzini, V. (1951). Tratado de derecho procesal penal. tomo I. *Buenos Aires: El Foro*.
- Romero Seguel, A. (2015). La prejudicialidad en el proceso civil. *Revista chilena de Derecho*, 42(2), 453-482.

Vaca Andrade, R. (2020). La prejudicialidad. Recuperado de: <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/la-prejudicialidad/>

Zavala Baquerizo, J. (2004). Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II. Edino.