



UNIVERSIDAD DEL  
AZUAY

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Escuela de Derecho**

**El Concepto de Reparación Integral a la Víctima del Delito y su Desarrollo en el  
Sistema Judicial Penal Ecuatoriano**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del Título de:  
Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador.**

**Autora: Tatiana Padrón Palacios**

**Directora: Abg. Silvana Tapia Tapia, Mst.**

**Cuenca, Ecuador**

**2013**

## **Dedicatoria**

A mis queridos padres Ramiro y Juana, y amada hermana, Priscila, personas especiales, forjadores silenciosos de mi formación y porvenir.

## **Agradecimientos**

Dejo constancia de mi agradecimiento a Dios, mi Señor y Salvador, por haberme dado la oportunidad maravillosa de culminar con éxito una importante etapa de mi formación intelectual y moral.

Hago extensivo mi reconocimiento especial a la Abg. Silvana Tapia T., Mst., profesional que con su gran capacidad, amplios conocimientos y desinteresada dirección, hizo posible a realización del presente trabajo.

## Índice de contenidos

Dedicatoria .....	ii
Agradecimientos .....	iii
Índice de contenidos.....	iv
Abstract .....	ix
Introducción y Planteamiento del Problema .....	10
Capítulo I.....	13
Conceptos y Nociones Fundamentales.....	13
1. El Delito.....	13
1.1 Conceptos penales.....	14
1.2 Conceptos victimológicos.....	19
2. La Víctima.....	21
2.1 Conceptos penales y criminológicos.....	21
2.2 Conceptos victimológicos.....	23
2.3 Victimización y Revictimización.....	26
3. Daño.....	29
3.1 Generalidades.....	29
3.2 Etimología y semántica.....	29
3.3 Nociones jurídicas.....	31
3.4 Especies de daño.....	32
4. Reparación.....	35
Capítulo II .....	38
El tratamiento de la víctima en la historia del Proceso Penal.....	38
1. Generalidades.....	38
2. La “Edad de Oro”.....	39
2.1 La venganza privada.....	39
2.2 La ley del talión.....	41
2.3 La composición.....	42
3. El Estado Liberal.....	43
3.1 El surgimiento del Estado y el ejercicio del <i>ius punendi</i> .....	44
3.2 La neutralización y el posterior abandono a la víctima.....	45
4. Situación actual de la víctima.....	47

4.1 Transición hasta el actual sistema acusatorio oral público.....	47
4.2 El acusador particular y su protagonismo en el proceso penal.....	51
Capítulo III.....	55
La Reparación Integral Como Un Derecho Humano .....	55
1. Concepto de reparación.....	56
1.1 Concepto restringido de reparación.....	56
1.2 Concepto amplio de reparación.....	57
1.3 Concepto normativo de reparación.....	58
2. Naturaleza jurídica de la reparación.....	59
3. Contenido del Derecho de Reparación a la luz de la Constitución de la República.....	60
3.1 Antecedentes.....	60
La progresiva instrumentalización jurídica de los derechos de las víctimas.....	60
3.2 Coordinadas en el ámbito constitucional.....	63
3.3 Los derechos de las víctimas.....	66
a) <i>Derecho a la Dignidad</i> .....	66
• Medidas tendentes a proteger la intimidad de la víctima y/o de su familia de la publicidad no deseada .....	69
• Medidas específicas en relación a los interrogatorios .....	70
• Medidas relativas a las intervenciones corporales a las víctimas.....	72
b) <i>Derecho a la Asistencia</i> .....	74
• Policía y asistencia .....	76
• Fiscalía y asistencia.....	79
• Administración de justicia y asistencia .....	81
• Personal profesional y asistencia.....	83
• Psicología: .....	84
• Medicina:.....	84
• Asesoría jurídica y legal: .....	84
• Trabajo social: .....	85
c) <i>Derecho a la libertad, seguridad y protección</i> .....	87
• La adopción de medidas cautelares frente al inculpado: .....	88
• Los programas especiales de protección de víctimas y testigos:.....	90
• Medidas que afectan a la publicidad de los juicios. ....	94

d) <i>Derecho a la tutela judicial y acceso a la justicia.</i> .....	95
Derecho a la información .....	99
Derecho a la participación.....	100
e) <i>Derecho a la compensación e indemnización.</i> .....	102
4. Los sujetos intervinientes en la reparación.....	106
Capítulo IV.....	109
Los sistemas de Justicia Penal: Referencias Básicas.....	109
1. Rasgos fundamentales de la justicia retributiva. ....	109
2. Principales lineamientos de la justicia restaurativa. ....	111
3. Comentario acerca de la justicia recreativa. ....	115
Capítulo V .....	118
El examen de fallos judiciales en cuanto al concepto de reparación integral.....	118
- Robo calificado. ....	119
1. Hechos relevantes.....	119
2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:.....	120
3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal. ....	121
- Homicidio – Parricidio. ....	122
1. Hechos relevantes.....	122
2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:.....	123
3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal. ....	124
- Atentado al pudor. ....	126
1. Hechos relevantes.....	126
2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:.....	127
3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal. ....	128
- Latrocinio .....	129
1. Hechos relevantes.....	129
2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:.....	130
3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal. ....	131
- Lesiones.....	132
1. Hechos relevantes.....	132
2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:.....	133
3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal. ....	133

- Violación .....	134
1. Hechos relevantes.....	135
2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:.....	136
3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal.....	136
- Injurias.....	138
1. Hechos relevantes.....	138
2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:.....	138
3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal.....	139
Conclusiones y Recomendaciones .....	141
Conclusiones .....	141
Recomendaciones.....	147
Referencias.....	149

## **Resumen**

Si partimos de una premisa básica según la cual el delito supone un hecho culpable por el cual se infringe un derecho públicamente garantizado, hemos de concluir que el infractor de dicho orden social ha de ser debidamente castigado. Empero los efectos delictivos ciertamente no se agotan en la afección colectiva pues, en la mayoría de casos existe un sujeto que perjudicado directamente por el injusto típico. Bajo esta premisa, la Constitución ecuatoriana plantea un conjunto de derechos víctima-asistenciales respecto de los cuales hemos centrado nuestra investigación, tanto en lo relativo a su significación normativa y doctrinaria, como a su concepción y aplicación práctica por parte de los operadores de justicia locales.

## ABSTRACT

If we start with the premise that a crime means a guilty fact where the public rights are infringed, we must conclude that the offender should be properly punished. However, the effects of the crime remain in the community since in most cases there is someone who is directly affected by unfair resolutions. Under this premise, the Ecuadorian Constitution proposes a group of victim-assistance rights, which is the focus of this study in relation to its regulation and doctrine as well as to its application by the local authorities.



UNIVERSIDAD DEL  
AZUAY  
DPTO. IDIOMAS



Translated by,  
Diana Lee Rodas

## **Introducción y Planteamiento del Problema**

El cometimiento de un delito representa, no solo una infracción a la ley penal, sino también la manifestación de un conflicto jurídico que deriva de un acto ilícito, esto es de una acción u omisión censurada por el Derecho, y que ha podido producir un daño, de diversa naturaleza, especie e intensidad. De esta manera, el hecho punible da lugar a la existencia de un agresor y un agredido.

Es entonces cuando se hace presente la respuesta estatal respecto a la persecución y el castigo del ilícito penal, imponiendo la sanción prevista en la ley a través del proceso penal. Empero, resulta preciso destacar que esta réplica por parte del Estado no puede desatender una doble dimensión a saber: el conflicto que surge entre el delincuente y la sociedad, y el conflicto que se plantea entre el agresor y el agredido, es decir el sujeto que ha sufrido los efectos dañosos de los hechos tipificados como delito.

Sin embargo, la tradicional consideración del sistema penal se ha centrado exclusivamente en la primera de las cuestiones referidas en el párrafo precedente, es decir en un modelo público que se concentra en la disputa entre la sociedad, que se reclama afectada por el delito que ha violentado bienes jurídicos estimados esenciales, y el presunto responsable; configurándose, de esta manera, el proceso penal en la idea de que la reparación de los daños producidos es una cuestión ajena al debate procesal y, atribuyendo, en muchos casos, la discusión reparatoria a un mero carácter patrimonial. Sobre este punto García Pablos, citado por Sampedro (2008), manifiesta que el derecho penal parece hallarse sesgado y unilateralmente dirigido a la persona del infractor, relegando a la víctima al ámbito de la prevención y del derecho civil sustantivo y procesal.

Esta estructura del proceso penal es consecuencia del advenimiento del Estado Liberal, en el cual el control y la pesquisa de los delitos deja de ser una facultad de la víctima para pasar a ser competencia del Estado, el cual se convierte en el único titular de la reacción penal toda vez que, el delito comporta, en primer lugar, una ofensa a la sociedad.

Se evidencia entonces la necesidad de reestructurar el sistema penal, integrando a la víctima. “De esta manera, el juicio justo constituye el espacio institucional en el que conviven valores abocados a preservar un abanico de garantías del victimario con valores tendentes a dibujar un tejido de protección de la víctima” (Consejo General del Poder Judicial, 2007, p.231).

Es así que, en atención a las corrientes victimológicas vanguardistas y al mandato constitucional vigente en nuestro país, hemos podido determinar que el proceso penal no pueda ni deba limitarse a una mera respuesta represiva, sino que ha de procurar lograr una reparación integral del agraviado, pues si partimos de la premisa de que ante todo las víctimas de los delitos encarnan el fracaso del Estado en el cumplimiento de su función esencial de mantenimiento de la paz y la seguridad, la incapacidad estatal para proteger a sus asociados no debe considerarse inocua, sino fuente de una importante responsabilidad institucional que se traduce en la atribución de un conjunto de derechos que han de reconocerse a las víctimas.

Con estos antecedentes, hemos visto la necesidad de tratar más a fondo los temas que han sido brevemente mencionados, razón por cual el presente trabajo tiene por el objeto el análisis de aquel universo de derechos que salvaguardan a la víctima del delito bajo la garantía fundamental de la reparación integral, así como su desarrollo por parte de los

operadores de la administración de justicia, para lo cual recurriremos, en primer lugar, ciertos conceptos y nociones fundamentales, así también haremos una breve referencia acerca del protagonismo de la víctima en el proceso penal, para luego tratar el concepto de reparación integral como derecho humano de la víctima del delito, mencionaremos además los distintos sistemas de justicia penal para finalmente analizar un determinado número de fallos judiciales en los que se admitan o no el derecho a la reparación integral.

## Capítulo I

### Conceptos y Nociones Fundamentales

Atendiendo a la teoría del conocimiento jurídico, como punto de partida, consideramos importante determinar el alcance y las connotaciones de ciertos conceptos jurídico-penales que constituirán el fundamento teórico de nuestra investigación, para lo cual recurriremos a nociones normativas y doctrinarias de los mismos, a efecto de procurar un conocimiento preliminar y primario de los temas que posteriormente serán objeto de nuestro estudio.

#### 1. El Delito.

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua- DRAE- ([www.rae.es](http://www.rae.es)), el vocablo delito proviene de la raíz latina *delictum* y significa:

1. Culpa, quebrantamiento de la ley.
2. Acción o cosa reprobable.
3. Acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley.

Asimismo, el Nuevo Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, atribuye a la palabra delito la siguiente acepción: “culpa, crimen, quebrantamiento de la ley” (1980, p.363)

Una vez sentadas las bases semánticas, es menester indagar en las concepciones planteadas dentro de la dogmática penal y victimológica, a fin de contar con una visión sistemática del referido concepto.

## 1.1 Conceptos penales.

En primer lugar, hemos de evocar lo manifestado por Cerezo Mir quien advierte que:

El Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico al que, según la opinión dominante en la moderna Ciencia del Derecho Penal, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos (2006, p. 25).

Dicho en otras palabras, el Derecho Penal es aquella disciplina jurídica a la cual le corresponde la tutela del orden ético-social en la medida en que sea necesario para la conservación de la sociedad; de allí que su función consiste esencialmente en el fomento del respeto a aquellos bienes que, en las estructuras sociales, jurídicas y políticas, son considerados primordiales. Respeto por el cual el *ius poenale* ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento y de apelar, incluso, a sus intereses particulares por medio de la coacción.

El delito es pues, dentro de este contexto, “una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y constituye una grave infracción de las normas de la Ética-social o del orden político o económico de la sociedad” (Cerezo Mir J., 2006, p.35).

Con estos antecedentes, distinguiremos algunas orientaciones doctrinarias que han surgido en torno al fenómeno del delito.

La **concepción legal** de delito predica que, como consecuencia directa del *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* -principio de legalidad que constituye un límite al poder punitivo del Estado- para que una conducta sea considerada delictiva ha de encontrarse debidamente descrita, esto es tipificada, en la ley penal. Luego, de no hallarse tipificada en la norma pública punible, tal conducta no puede ser considerada delictiva por muy injusta o dañina que pueda ser.

No obstante, el mentado criterio legal ha sido objeto de serias críticas, las más importantes de las cuales haremos una breve referencia. En primer lugar, tal como lo expresa Olaechea U., citado por Serrano Maíllo A., “las leyes penales son irremediabilmente vagas e imprecisas” (2004, p.70); hasta el punto que su ambigüedad y oscuridad han hecho que los operadores de justicia y juristas, en general, no siempre lleguen a acuerdos generalizados y vinculantes sobre su interpretación. Asimismo, la postura legalista ha sido objetada bajo la consideración de que las leyes penales son cambiantes, toda vez que con relativa rapidez se tipifican nuevas conductas. Finalmente, los autores críticos afirman que una concepción legal del delito involuntariamente legitima las diferencias sociales, pues sostienen que las leyes en general y las penales en particular responden a intereses de grupos sociales dominantes.

La **concepción natural** del delito predica que:

“Delito es la lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida en que son poseídos por un comunidad y que es indispensable para la adaptación del

individuo a la sociedad” (Garófalo R. citado por Pavón Vasconcelos F., 2003, p.297)

Luego, el delito natural supone la infracción de ciertos sentimientos morales que resultan fundamentales para una comunidad, independientemente de su tipificación penal (Garófalo R. citado por Serrano Maíllo A., 2004).

Ante todo hemos de advertir que el delito ofende no solo a la piedad y a la probidad, sino a muchos otros sentimientos altruistas que, bajo los criterios expuestos en los párrafos precedentes, constituyen bienes jurídicos, verbigracia el pudor, el respeto a las instituciones de la patria, etc.; asimismo insistimos en que una infracción no puede estar condicionada por un concepto tan ambiguo, impreciso e inestable como es la moralidad. Por todas estas razones la definición del llamado “delito natural” ha sido abandonada.

“Desde el punto de vista jurídico delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena” (Muñoz Conde F., 1990, p.2).

Carrara, considera el delito como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Pavón Vasconcelos F., 2003, p.297).

Hemos de destacar que la noción propuesta por el jurisconsulto italiano se acerca al criterio pentatómico previsto en los postulados de la **Teoría General del Delito**, al poder distinguirse sus cinco elementos integrantes: a) Conducta; b) Tipicidad; c) Antijuridicidad; d) Culpabilidad y e) Punibilidad.

En este mismo sentido, Jiménez de Asúa L. (1980) advierte que el delito está conformado por los siguientes elementos: acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Es menester entonces especificar brevemente las implicaciones de cada uno de los referidos componentes.

a) *El Comportamiento Humano.*

La norma jurídica penal pretende la regulación del comportamiento humano y toma por base precisamente al mismo. Es así como la conducta humana constituye el punto de partida de toda reacción jurídica penal; conducta que puede manifestarse en el mundo exterior a través de dos realidades ontológicas: la acción y la omisión.

“Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad” (Muñoz Conde F., 1990, p.11).

En otras palabras, toda acción supone voluntad, y esta a su vez tendrá siempre una dirección o finalidad, como dato inseparable de la realidad (Zaffaroni E., 2009).

No obstante, es menester recordar que tal como lo indica Muñoz Conde F. (1990), el comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, construido por la omisión. Es así como este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante, toda vez que el Derecho Penal no solo contiene normas prohibitivas, sino también imperativas, cuya infracción es precisamente la esencia de los delitos de omisión.

*b) La Tipicidad.*

“Adecuación del pragma conflictivo al supuesto de hecho legal” (Zaffaroni E., 2009, p. 71). Dicho en otras palabras, la tipicidad no es sino el acondicionamiento del hecho cometido a la descripción prevista en la ley penal. Por tanto, solo los comportamientos subsumibles en ella pueden ser sancionados penalmente.

*c) La Antijuridicidad.*

“La antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico (Muñoz Conde F., 1990, p.40).

La antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y los mandatos del Derecho. Este elemento es por tanto definido como aquel desvalor que posee un hecho típico, toda vez que es contrario a las normas jurídicas, y que resulta de la ausencia de causas de justificación. Luego, cuando no existe ningún precepto permisivo que opere en el caso concreto, la conducta típica también recibe el adjetivo de antijurídica.

*d) La Culpabilidad.*

Para tratar este componente, hemos de partir del hecho de que la norma penal se dirige a los individuos facultados para motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. En este sentido, lo importante es considerar que la norma penal le motiva al individuo para que se abstenga de realizar aquellas conductas que se hallan precisamente prohibidas y sancionadas con una pena.

Con este antecedente, hemos de señalar que la culpabilidad entraña un juicio de reproche al autor de la infracción. El injusto<sup>1</sup> debe serle reprochable al agente en forma personal, toda vez que, no obstante de que éste hubiera podido someterse a los mandatos jurídicos en la situación concreta, no lo hizo, ejecutando el ilícito penal.

*e) La Punibilidad.*

La punibilidad, o también llamada penalidad, no es sino “la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social” (Pavón Vasconcelos F., 2003, p.852).

## **1.2 Conceptos victimológicos.**

De lo expuesto en los párrafos precedentes, podemos colegir que, tal como señala Beristain A. (1999), el delito, en su dimensión conceptual tradicional, ha sido tratado exclusivamente como una dualidad necesaria entre el infractor y el aparataje estatal punitivo, dejando a la víctima de lado, dándole un papel muy secundario o tratándola muy marginalmente, a tal punto que en muchas ocasiones ni siquiera es mencionada o tomada en cuenta; toda vez que si acudimos a la concepción penal primaria del delito, diremos que es aquella infracción a la ley del Estado protectora de la seguridad pública y privada, mediante un acto humano intencional (vislumbrándose así la ausencia de la víctima). De allí que hayamos visto la necesidad de modificar

---

<sup>1</sup> La conducta típica y antijurídica es un injusto o ilícito penal.

este concepto tradicional a la luz de los postulados de la Victimología, para expresar ahora que el delito no es sino la comisión de un hecho antijurídico y típicamente punible que genera afección a un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, y cuyo titular, la víctima, a partir de tal infracción, se ve menoscabada en su integridad jurídica, asistiéndole entonces una gran gama de derechos básicos que tienen por objeto la protección y tutela de sus libertades fundamentales frente al fenómeno delictual.

Una vez que admitimos la inserción de derechos personales en muchos bienes jurídicos penalmente tutelados (vida, salud, integridad, libertad, honor, propiedad) hemos de propiciar en reciprocidad que la víctima vea reconocida su legitimación procesal para intervenir activamente en el proceso penal con base en la subjetividad de su situación y de su interés, sin perjuicio de que en la mayoría de los casos la promoción de la acción penal incumba al Ministerio Público (Bidart Campos G., s.f., p.288).

En este contexto Von Henting, citado por Tamarit Sumalla J. (2006), señala que “el delito es consecuencia de la combinación de un proceso de criminalización y victimación” (p.29) (sobre este punto volveremos más tarde).

Finalmente, hemos de tener presente que, tal como lo expresa Marchiori H. (2009), el delito quiebra, fractura y conmueve la vida de una persona, a tal punto que se gesta un cambio existencial en los hábitos, costumbres y formas de relacionarse de la víctima para con su entorno social. La conmoción que desencadena el delito llega a tener, generalmente, consecuencias físicas,

psicológicas y sociales de tal gravedad que modifican y transforman la vida de la víctima y su familia incluso de manera irreversible. De ahí la necesidad forzosa de que la víctima se vea debidamente asistida y reparada.

## **2. La Víctima.**

Evidentemente, el punto de partida de cualquier estudio sobre la situación jurídico-social de la víctima, una vez perpetrado el hecho delictivo, necesariamente ha de ser el de la propia definición. Razón por la cual, en primer lugar, apelaremos al DRAE, fuente primordial para quien pretenda iniciarse en el campo de la investigación y según el cual la respuesta académica de víctima corresponde a:

- a. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio.
- b. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra.
- c. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.
- d. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito.

Es oportuno hacer notar que no existe un concepto universal, único e indubitado de qué debe entenderse por víctima, motivo por la cual, indagaremos con algún detalle en las distintas ramas que integran la ciencia penal, así como en los criterios expuestos por algunos juristas que se han pronunciado al respecto; a fin de obtener un concepto más acabado y completo acerca del referido término.

### **2.1 Conceptos penales y criminológicos.**

De conformidad con las premisas del Derecho Penal material tradicional, víctima será únicamente el sujeto pasivo del delito, esto es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en objetivo peligro.

En este mismo sentido De la Cuesta, citado por Galain Palermo P. (2010), expone que:

Víctima es el sujeto individual o colectivo titular del bien jurídico (vida, integridad, honor, propiedad, salud pública, orden público...) que a través de la prohibición penal se intenta salvaguardar y proteger, sujeto en ocasiones genérico pero que habitualmente coincide con el llamado sujeto pasivo de la acción, víctima directa, en su propia carne, del actuar delictivo (p.119).

Acerca de esta definición, hemos de comentar que desde un punto de vista político-criminal se ha considerado que todos los miembros de la sociedad pueden ser víctimas de determinados delitos y, por ello, la orientación del sistema penal ha de ser incluir, a más de la víctima directa, la víctima potencial, como un tema de central interés en la política estatal. No obstante de lo expuesto en las líneas anteriores, tal como lo afirma Sanz Hermida A. (2008), hemos de recordar que la mayor parte de ordenamientos jurídicos identifican a la víctima con la persona titular del bien jurídico protegido y lesionado como consecuencia del ilícito penal. Luego, víctima no es sino el sujeto pasivo u ofendido por el delito.

Según el Art. 68 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano se considera ofendido:

1. Al directamente afectado por el delito y a falta de este a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

2. A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen;
3. A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses;
4. A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y,
5. A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

Dada la insuficiencia epistemológica que entraña el concepto restringido de víctima propugnado por el Derecho Penal, según el cual, en forma sintética, víctima es el sujeto ofendido; hemos visto la necesidad de adentrarnos en su estudio desde los presupuestos victimológicos, para lo cual hemos consignado en el apartado siguiente.

## **2.2 Conceptos victimológicos.**

Por primera vez, en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, se intentó dar una definición de víctima (en sentido amplio) por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Es por ello que, como punto de partida y por la amplitud de la vinculación jurídica internacional que proporciona, hay que tomar en cuenta lo dispuesto en los mencionados Principios Fundamentales de las N.U., referidos por Sanz Hermida A. (2008), que en su apartado A, señalan:

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos

fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder (p.21).

2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización (p.21).

De esta declaración puede elaborarse un primer marco jurídico para la definición de víctima, sin embargo estimamos apropiado indagar en otras concepciones brindadas por algunos doctrinarios.

Para Webster, citado por citado por Ramírez González (1983), víctima es:

1. Un ser vivo sacrificado a alguna deidad, o en desarrollo de un rito religioso. 2. Alguien sometido a la muerte o a la tortura por otro; una persona sujeta a la opresión, privación o sufrimiento. 3. Alguien engañado, burlado o sujeto a la adversidad. Alguien utilizado en forma maligna o de quien se trata de sacar un provecho (p. 5).

Marchiori (1996), toma una definición del Diccionario Hispánico Universal, según la cual la víctima es la persona que sufre o es lesionada en su cuerpo o en su propiedad, por otra.

La Enciclopedia Jurídica Omeba (1986) indica que “víctima, es el que sufre por la acción de otro” (p. 689).

Litré, citado por Ramírez González (1983), concibe a la víctima como “aquel que es sacrificado a los intereses, a las pasiones de otro (p.7).

Por su parte, Pavón Vasconcelos F. (2003) expone que en la relación delito- delincuente- víctima, es ésta quien sufre en forma directa y objetiva la lesión o destrucción de un bien jurídico objeto de tutela o resiente moralmente su afección. Mas advierte que victima puede serlo una persona física, como en efecto ocurre en la gran mayoría de casos, pero puede serlo igualmente una persona moral o jurídica e incluso la comunidad.

Ahora bien, tomando en consideración las precedentes nociones doctrinarias, hemos de señalar que desde la Victimodogmática, la víctima no solo tiene que relevancia como sujeto titular del bien jurídico protegido y lesionado por el delito, sino también con el hecho de que a raíz del cometimiento del ilícito penal su integridad física y/o psicológica se vio perturbada o incluso afectada, originándose entonces un conjunto de derechos fundamentales a su favor y cuya realización y defensa obliga a un Estado social y democrático de derecho como garante de las libertades, básicas e imprescriptibles de sus asociados.

Finalmente, a manera de corolario, podemos afirmar que, en atención a las nuevas corrientes vanguardistas propuestas por la dogmática penal y victimológica, el concepto de víctima del delito sobre el cual se debe basar el contenido y tratamiento de sus derechos humanos, debe cobijar no solo a aquella

persona que hubiera sufrido menoscabo en su integridad personal tras la comisión del hecho delictivo, esto es, no solo al titular del bien jurídico protegido por la norma; sino también a aquellas personas o grupos que se ven perjudicadas directa o indirectamente con la conducta criminal, con independencia de la relación que tengan con su victimario y del enjuiciamiento, acusación o condena que se produzca en su contra.

En concreto el concepto de víctimas del delito incluye: *el sujeto pasivo de la infracción*, entendido como aquella(s) persona(s) sobre la(s) cual(es) recae la acción del delincuente; *los perjudicados directos*, que son quienes, sin ser titulares del bien jurídico protegido, reciben directamente los efectos del delito, como los familiares de la persona asesinada; y *los perjudicados indirectos*, quienes sin ser titulares del bien jurídico ni perjudicados directos, deben soportar las consecuencias indirectas del delito, tales como los dependientes inmediatos del sujeto pasivo que sufran daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir de la victimación (Sampedro Arrubla J, 2008, p.359).

### **2.3 Victimización y Revictimización.**

Siguiendo el esquema teórico planteado en la presente investigación, en primer lugar, analizaremos el aludido vocablo desde las respectivas bases académicas.

De conformidad con el DRAE, el término “victimización” significa: “Acción de victimizar”. Recurriendo a la misma fuente bibliográfica, respecto del verbo

“victimizar”, obtenemos que este supone: “Convertir en víctimas a personas o animales.”.

Tamarit Sumalla J. (2006) expone: “La victimación es el proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático” (p.29).

Por su parte, Gutiérrez de Piñeres Botero C, Coronel E., Pérez C. (2009) manifiestan que los procesos de victimización incluyen todas aquellas condiciones, situaciones, factores o circunstancias (económicas, políticas, sociales, psicológicas, biológicas) que causan una interrupción en la vida de alguien y que dan lugar al sufrimiento.

El carácter complejo del proceso de victimización (también llamada “victimación”) explica que sea habitual distinguir entre las llamadas victimizaciones: primaria, secundaria y terciaria:

- La victimización primaria deriva directamente de un acontecimiento dramático; luego, es el proceso por el que una persona padece, directa o indirectamente, daños físicos, psíquicos y/o sociales que se presentan a raíz de un hecho criminal o traumático. Respecto de esta categorización, Tamarit Sumalla J. (2006) precisa que los daños no se limitan a la afcción del bien jurídico protegido, toda vez que, a su criterio, así ocurre por ejemplo, con los daños psíquicos derivados de los delitos sexuales, ajenos a la ofensa contra el bien jurídico libertad sexual; o de delitos patrimoniales como el robo en el domicilio.

- La victimización secundaria o también denominada “**revictimización**” se deriva de las relaciones de la víctima con las instituciones de servicios: sociales, sanitarios, jurídicos, medios de comunicación, entre otros, quienes brindan una mala o inadecuada atención a la víctima.

En este punto, es menester destacar que los autores coinciden en recalcar que en este segundo estrato del proceso de victimación se destaca el sufrimiento producido por un deficiente servicio público de administración de justicia.

Según Beristain (1994), la victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe la víctima una vez entra en contacto con el sistema de justicia.

Siguiendo esta línea, Gutiérrez de Piñeres Botero C, Coronel E. y Pérez C. (2009), afirman que la victimización secundaria supone aquellas consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que deja el contacto de la víctima con el sistema jurídico penal; toda vez que se da un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional que entraña lentitud, burocracia e ineficiencia; dejando – a la víctima- desolada e insegura, situación que a la postre, puede llegar incluso a incrementar el daño causado por la primera experiencia victimal.

- Por último, encontramos al victimización terciaria, la cual, según Tamarit Sumalla J., implica “el conjunto de costes de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros” (2006, p. 33). Este concepto tiene que ver con idea de que los costes del delito sobre las personas y sobre la sociedad deben ser ponderados con los costes de la penalización del infractor para el mismo y para terceros.

Son, en este sentido, estudios victimológicos los que versan sobre los niveles de ansiedad de los internos de los centros penitenciarios, sobre los hijos de las mujeres encarceladas que conviven con sus madres en prisión o sobre el impacto de encarcelamiento sobre las personas que dependen

económicamente o emocionalmente del penado (Tamarit Sumalla J., 2006, p.33).

### **3. Daño.**

#### **3.1 Generalidades.**

Inicialmente, hemos de recordar que el Derecho, entendido como aquel orden normativo e institucional, está concebido en razón de la persona humana. En este sentido, el Derecho Positivo se encamina a proteger la persona y sus bienes dentro de las múltiples relaciones sociales, con una última finalidad que no es sino la de hacer feliz al hombre para que llegue al logro de su máxima perfectibilidad.

A efecto de lograr tal pretensión, el Derecho Positivo contiene reglas que trazan la conducta humana en sociedad, un hacer o no hacer ciertos actos; de manera que toda manifestación positiva o negativa que sea contraria a sus mandatos o prohibiciones, necesaria y consecuentemente entraña una sanción.

Luego, la ejecución de un acto contrario a la norma, no hace sino producir un daño al Derecho objetivo, considerado en su totalidad, toda vez que este, tal como lo hemos advertido previamente, protege la integridad de las personas, sea en su aspecto físico, espiritual y moral.

#### **3.2 Etimología y semántica.**

“Daño proviene del latín *damnum*, y alude a: perjuicio, pérdida, gasto” (Couture E., 1976, p.197).

La Enciclopedia Jurídica Omeba (1986) señala que la palabra *danno* denota: menguar, disminuir, quitar.

“Acción y efecto de dañar, es decir, de destruir, inutilizar, hacer desaparecer o, de cualquier modo, perjudicar” (Diccionario de Derecho Penal y Criminología, 1983, p. 184)

De acuerdo con el DRAE, el término daño denota: “efecto de dañar”; por lo que atendiendo a la lógica, hemos indagado en el significado del referido verbo dañar. Recurriendo a la misma fuente, esto es, el DRAE ([www.rae.es](http://www.rae.es)), obtenemos que dañar significa:

1. Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.
2. Maltratar o echar a perder algo.
3. Condenar a alguien, dar sentencia contra él.
4. Dicho de un aparato, un objeto, etc.: estropearse, deteriorarse.

Por otra parte, Cabanellas G. (1979) expone que dañar es: “Producir un mal material o moral. Ser causa de perjuicio o detrimento; de dolor, vejamen, molestia u ofensa. Echar a perder algo. Maltratar una cosa. Condenar, sentenciar a un acusado” (p. 471).

Finalmente, a partir de estas referencias léxicas y doctrinarias, apelando al lenguaje común y en términos generales, diremos que daño entraña todo perjuicio, detrimento, menoscabo o lesión que una persona sufre en su integridad física, reputación o bienes; cualquiera sea la causa y quienquiera sea el causante, aunque se lo produzca el propio lesionado o suceda por fenómeno natural.

Por lo expuesto, hemos de concluir en la idea que la expresión daño siempre arrastra en su seno elementos jurídicos, de ahí que debamos ir caracterizando el significado de la palabra en su estricta connotación técnica-jurídica.

### **3.3 Nociones jurídicas.**

Jurídicamente, la palabra daño parte del -mentado- concepto vulgar, empero tiene una acepción más restringida, toda vez que comprende todos los perjuicios que el individuo, sujeto del derecho, sufra en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irroge el propio perjudicado (Fischer, referido por Enciclopedia Jurídica Omeba, 1986).

“En sentido jurídico, Arturo Rocco entiende al daño como sustracción o disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés ajeno que la norma jurídica garantiza (...). Para Carnelutti el daño no es sino la lesión de un interés (...); en consecuencia, el daño es la disminución o afección de interés” (Pavón Vasconcelos F., 2003, p.276).

Ahora bien, es imperioso destacar en que en Derecho la palabra daño se la utiliza en un doble sentido, es decir que jurídicamente está dotada de una doble acepción: una amplia y otra restringida o estricta.

#### *Significación amplia:*

En sentido amplio, daño supone toda suerte de mal, sea material o moral (sobre esta distinción volveremos más tarde); en otras palabras, el daño se halla implícito en todo acto ilícito, y existe por el solo hecho de haber injuriado un

derecho o interés ajeno, aún cuando no se haya lesionado sus valores económicos ni afectado su honra o decoro.<sup>2</sup>

*Significación restringida o estricta.*

La acepción restringida de daño, a contrario del alcance genérico, entiende que el mismo existe cuando el ilícito provoca un detrimento, perjuicio o menoscabo que será susceptible de reparación, toda vez que exige como condición *sine qua non* la efectividad del daño en el aspecto material o moral del patrimonio de la persona.

El daño que según el Código Civil debe resarcirse, tiene justamente una acepción más restringida, pues además de la ilicitud del acto, deben existir agravios económicos o patrimoniales o lesiones al honor y demás afecciones legítimas de la persona que hubiere resultado damnificada. Concepción estricta que se halla prevista dicho cuerpo normativo en su Art. 2214 al disponer:

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”<sup>3</sup>

### **3.4 Especies de daño.**

Teniendo en cuenta la naturaleza del bien jurídico menoscabado, podemos distinguir entre: daño material, daño moral y daño social.

---

<sup>2</sup> En estos casos, la jurisprudencia argentina se ha pronunciado declarado que no corresponde la acción resarcitoria, pues para que haya condenación no basta acreditar la violación del contrato o de la ley; debe probarse además la existencia de un daño cierto.

<sup>3</sup> Para efectos de nuestra investigación hemos de entender por cuasidelito, un acto ilícito cometido con culpa, esto es, con violación del deber objetivo de cuidado; toda vez que el infractor hubiere actuado con negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley. Destacar que el término "cuasidelito" es más usado en el ámbito del Derecho Civil, mientras que el término "delito culposo o imprudente" lo es dentro del Derecho Penal.

### *Daño material.*

“El que recae sobre cosas u objetos perceptibles por los sentidos”  
(Cabanellas G., 1979, p.473).

“En Derecho Penal, lesión causada a los bienes por la acción del delincuente; perjuicio ocasionado en el patrimonio de la víctima por el hecho del agente”  
(Goldstein R., 1983, p. 184).

En otras palabras, daño material es aquel que consiste en la disminución del patrimonio de la persona afectada; toda vez que la acción delictiva ocasiona un desmedro en las cosas o bienes que lo componen. En este caso, tal como lo afirma Coello H. (2010), puede decirse que la víctima se ha hecho menos rica que antes, entendiéndose la expresión “menos rica” a la luz del sentido legal; es decir, que su fortuna a raíz del injusto se ha visto desmejorada.

### *Daño moral.*

“Lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos, por acción culpable o dolosa de otra” (Cabanellas G., 1979, p.473).

“Es el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales que cuentan con protección jurídica” (Goldstein R., 1983, p. 185).

Daño moral, es aquel que afecta alguno de los derechos inherentes a la personalidad, transgrediendo a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley. En este supuesto, en cambio, no existe una lesión patrimonial, ni una pérdida pecuniaria, porque el patrimonio de la víctima, generalmente, permanece intacto; sino que más bien a raíz del acto ilícito se produce en la víctima dolor, pesar, molestia, sufrimiento.

El Código Civil ecuatoriano faculta a la persona agraviada moralmente a realizar la reclamación correspondiente, así lo prevé el Art. 2231 que dispone: “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”.<sup>4</sup>

#### *Daño social.*

El delito, además de un perjuicio material o moral, provoca la vulneración del ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal) y produce un daño social (antijuridicidad material), unas veces, contra una víctima determinada, y otras veces, en perjuicio de víctimas difusas, pero siempre en menoscabo de la sociedad en general, titular del ordenamiento jurídico penal (Galain Palermo P., 2010, p.109-110).

Este daño que la teoría interpreta como perteneciente a la generalidad contempla tanto el daño individual que sufre una víctima determinada (interés particular), como también la lesión a un valor que atañe a toda la sociedad (interés colectivo). De esta manera, el daño social causado por el delito puede ciertamente afectar a una persona en particular, quien tendrá la posibilidad de intervenir en el proceso penal en defensa de sus derechos, pero esencialmente también supone un menoscabo que atenta contra la colectividad, toda vez que el ordenamiento jurídico, entendido como aquel conjunto sistemático de reglas,

---

<sup>4</sup> Civilmente la indemnización de perjuicios comprende dos aspectos a saber: el lucro cesante y el daño emergente. “Se llama lucro cesante a todo lo que el acreedor deja de percibir por el incumplimiento del deudor; y daño emergente, la disminución efectiva que el acreedor sufre en su patrimonio por tal incumplimiento” Coello H., 2010, p.136).

principios y directrices a través de las cuales se regula la organización social, se ve violentado.

Luego, el delito provoca un daño que interesa al Derecho Penal porque no solo lesiona a una víctima concreta (en algún bien de su exclusivo interés), sino porque el daño genera un ataque contra el interés general en la protección de un determinado estado de las cosas (bienes jurídicos).

No obstante de lo expuesto en líneas anteriores, hemos de destacar que el axioma del daño social ha sido criticado en el sentido de que, muchas de las veces, se centra exclusivamente en intereses públicos y abstractos, y no repara en los intereses concretos de la víctima del delito (agravando su abandono). Al respecto diremos que si bien tomaremos en cuenta la noción de daño social, sobre todo a la hora de precisar el concepto de la llamada “Reparación Integral como Derecho Humano de las Víctimas”; empero, hemos de precisar que esta investigación se centrará en la víctima individual y en los derechos y facultades que le asisten a aquella.

#### **4. Reparación.**

El DRAE señala varias acepciones respecto del término “reparar”, empero, atendiendo al objeto de nuestra investigación, destacaremos las siguientes:

1. Enmendar, corregir o remediar.
2. Desagraviar, satisfacer al ofendido.
3. Remediar o precaver un daño o perjuicio.
4. Atender, considerar o reflexionar.

Cabanellas G. (1979) indica que “reparar” es: arreglar, componer, enmendar. Subsanan una falta o un defecto. Desagraviar, satisfacer al ofendido. Indemnizar, resarcir al perjudicado.

Vasconcelos F. (2003) opina que en sentido lato la expresión “reparación del daño” se refiere al deber que la ley pone a cargo del delincuente, de resarcir al ofendido del menoscabo patrimonial sufrido por el delito.

De todas estas referencias académicas, se deduce claramente la connotación de carácter civil que entraña el concepto tradicional de reparación, a tal punto que se lo ha llegado a identificar como sinónimo de resarcimiento económico y, por tanto, se le ha dotado de igual similitud a la de una indemnización civil. Empero, en este punto de nuestra investigación nos es imperioso aclarar que si bien, en su momento oportuno, nos referiremos al derecho de la víctima a ser monetariamente resarcida por los perjuicios patrimoniales que dejó la infracción; no utilizaremos a la reparación como término análogo del mismo; sino como aquel proceso integral que tendrá por objeto atender a la víctima y buscar la superación del trauma delictivo por parte de aquella a través del reconocimiento y efectivo goce de un conjunto de derechos victimoasistenciales.

En este contexto, tomaremos el pensamiento del CEPAM (Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer), entidad según la cual:

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 afectados, 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 (p.24).

## Capítulo II

### El tratamiento de la víctima en la historia del Proceso Penal

#### 1. Generalidades.

Como punto de partida de este capítulo, hemos de evocar a Vaca Andrade R. (2003), quien oportunamente advierte que cualquier análisis histórico ha de mantener una estrecha relación con la dinámica de la sociedad en el decurso de los tiempos, esto es, con las transformaciones políticas y sociales que han operado en el mundo en virtud de la evolución del pensamiento humano; teniendo presente ante todo que los procedimientos no son estables ni inmutables, toda vez que deben ajustarse a las necesidades de la colectividad que demandan modificaciones a ser introducidas por la autoridad o ente estatal de un momento determinado.

Con esta breve observación introductoria, diremos que la evolución histórica de la situación jurídica de la víctima y su protagonismo en el proceso penal se ha resumido como una transición desde la pretérita Edad de Oro en donde la víctima era dueña y señora de su conflicto a través de la venganza individual; pasando por el Derecho Penal Liberal, en el que el Estado como construcción socio-jurídica asume el monopolio del *ius punendi*; hasta la contemporánea doctrina de la reparación social-integral de la víctima.

Corresponde entonces, a continuación, explicar someramente cada una de estas etapas, a fin de contar con el esquema histórico acerca de la participación de la víctima en la pesquisa y el juzgamiento de las infracciones.

## **2. La “Edad de Oro”.**

Según Ferreiro Baamonde X. (2005), es común hablar de una Edad de Oro de la víctima, periodo que podría situarse como una etapa comprendida desde los orígenes de la vida en sociedad hasta la baja Edad Media, momento en el que el monarca comienza a centralizar en su persona el poder punitivo disperso en la sociedad. Durante esta época, la víctima sería el eje de la reacción jurídico-penal, bien a través de la venganza, de la composición o de la capacidad exclusiva de instar la intervención de la comunidad. Es por tanto, en los albores del Derecho Penal cuando la víctima era el sujeto principal, y en ocasiones único, de la reacción social contra el delito.

### **2.1 La venganza privada.**

“El hombre primitivo no rigió su conducta según los principios de causalidad y de conciencia del yo. Estudios antropológicos, etnográficos, sociológicos y psicológicos revelan la vinculación de la retribución a la magia y a la psicología colectiva del clan” (Neuman E., 2001, p.255). Es a partir de este pensamiento mágico-religioso que va a surgir el llamado “tabú”, entendido éste como aquella construcción social primitiva que entraña una serie de prohibiciones de infringir las leyes consagradas por la divinidad. El tabú constituirá el principio de retribución en vida, toda vez que la penalidad por la desobediencia de estos mandatos no implicaba sino el retiro del poder protector de los dioses, razón por la cual el infractor debía ser castigado. Es así como la evolución de las penas en las estructuras sociales antiguas se origina en la sistemática penal que se remonta al tabú.

El tabú violado exige la expiación. Los dioses, de lo contrario podrían irrumpir con sus calamidades en el seno social. Es preciso entonces purificar el ambiente que

ha dejado el hecho y el autor con su acto, y será la víctima y sus familiares los que ejerzan en todos los casos el castigo (Neuman E., 2001).

Es, por tanto, en esta primera etapa en donde se hace presente la auto-tutela como mecanismo único y exclusivo de respuesta del cual disponía la víctima para reprimir la agresión. Ella misma o, bien, la familia, tribu o clan, decidían qué hechos eran merecedores de castigo y aplicaban el mismo a través de la venganza. La venganza fue, en los primitivos sistemas penales, el medio socialmente aceptado de reacción contra el delito.

En principio la reacción vindicativa de la víctima no se sometió a patrón alguno de proporcionalidad con respecto a la ofensa. Nadie podía poner en tela de juicio la legitimidad de la venganza privada ante el hecho delictivo, motivo por el cual tampoco se tomaban como elementos valorativos la naturaleza y la extensión del daño sufrido. No había relación de magnitud. Dicho en otras palabras, la venganza privada estaba justificada pero no importaba su adecuación y, por tanto no se controlaba, su exceso.

Al quedar la justicia en manos de la víctima se producía una nueva lesión a la comunidad, generalmente mayor a la inferida por el agresor. Se iniciaban reacciones en cadena entre los inicialmente agredidos por el injusto y los nuevos grupos que hubieren sufrido las extralimitaciones que conllevaba el ejercicio de la venganza privada. De esta manera, se originaron una serie de problemas que movieron a las sociedades antiguas a procurar métodos de composición diferentes, limitando la venganza, en primer lugar, y sustituyéndola por otros sistemas, posteriormente.

## **2.2 La ley del talión.**

El autor argentino Neuman (2001) nos cuenta que:

La ley del talión vino a poner límite a la falta de proporcionalidad existente entre la lesión y la venganza privada y, a la vez, a sentar el poder político de los muy incipientes pueblos. Se trata de restaurar el daño inferido arreglando aritméticamente la situación ante la ofensa (p. 258).

En virtud de esta ley, ya no será la víctima (o su familia) quien determinará la extensión de la lesión y el mal que, so pretexto del castigo, correspondía aplicar. “La gravedad de la lesión jurídica infligida se compadece exactamente con la pena a aplicar” (Neuman E., 2001, p. 258). Luego, se desliga a la víctima y a los suyos del manejo y ejecución del castigo para traspasarlo a un juez imparcial, que somete a prueba los hechos y está exento de perjuicios contra el infractor.

De ahí que la primera intervención de derecho de los primitivos legisladores fue para defender al delincuente. Y, valga destacar, no podía ser de otra forma toda vez que los derechos de víctima eran hasta entonces absolutos, ilimitados e incontrovertibles, mientras que los derechos del delincuente eran prácticamente inexistentes.

La *Leges Talionis* ha sido muy criticada pues se ha dicho que se trataba de un régimen perverso y cruel; empero, contrariamente a aquel pensamiento, estos preceptos suponían implícitamente nociones de proporcionalidad (ojo por ojo, diente por diente, animal por animal...) y de ecuanimidad al dar a un juez la potestad de proceder objetivamente, principios inexistentes hasta ese momento.

### **2.3 La composición.**

A medida que la historia de la humanidad va avanzando, la violenta reacción que terminaba con el sanguinario aniquilamiento del ofensor, se va atenuando y la víctima asume otro rol. Una profundización en los medios de pacificación social exigía no solo limitar la venganza, sino sustituirla en lo posible por otros mecanismos. Se advierte entonces la aparición de dos circunstancias complementarias en el imaginario social de la época:

- Se vislumbra el sinsentido de la reacción violenta de la víctima, que no conduce a ninguna relación propicia y que no hace sino perpetuar la relación de conflicto, en lugar de zanjarla.
- Se encuentra en la compensación o composición monetaria entre la víctima y el ofensor, una aceptable fórmula de resarcimiento.

Se produce, en palabras de Herrera Moreno (Ferreiro Baamonde X., 2005), una mercantilización de la venganza. Ésta es reemplazada por cantidades dinerarias que dependen de la gravedad de la ofensa, aunque la víctima no pierde, aún, la iniciativa en la persecución del injusto y ni siquiera la posibilidad de ejercer la venganza de sangre en caso de que no se vea total y adecuadamente satisfecha. La elección de la cantidad le correspondía a la víctima. Tal transformación introdujo cierta objetividad a la respuesta frente al delito, aminorando la carga emocional y sentimental y proporcionando una vía más eficiente a la hora de solucionar los conflictos.

Rigió entonces hasta ese momento el denominado “sistema acusatorio”, el cual es considerado como la forma privada de los juicios criminales, toda vez que el proceso iniciaba únicamente en virtud de la acusación, es decir por iniciativa del

ofendido o de su familia. Luego de la citación, el acusado podía confesar, en cuyo caso se dictaba sentencia inmediatamente. Caso contrario, se recibían las pruebas, principalmente la testimonial y documental. Finalmente, la sentencia, condenatoria o absolutoria, era dictada por la asamblea o jurado popular. Cabe destacar que, tal como lo hemos mencionado, la composición era un medio de finalizar el proceso (Vaca Andrade 2003).

En síntesis, nos resulta trascendental advertir la importancia que se asignaba a la víctima desde la antigüedad hasta bien entrado en Medioevo, puesto que esta era la titular de la acción. No obstante, en los siglos posteriores esta figura quedará ignorada frente a la aparición del Derecho Penal Liberal que centrará su atención en el delincuente.

### **3. El Estado Liberal.**

El Estado Liberal comprende los sistemas políticos propios del comienzo de la edad contemporánea que surgen como resultado de los postulados propuestos por el contrato social y el liberalismo político, en sustitución del régimen absolutista que suponía la Monarquía. Recordemos que en este momento de transición histórica, la Revolución Francesa, como conflicto político y social, constituirá el detonante que marcó el final definitivo del absolutismo real, y que dio a luz a un nuevo modelo de sociedad y estado - de corte liberal- en virtud del surgimiento de la República; sistema político fundamentado en el imperio de la ley, en la igualdad ante la ley y en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales y las libertades civiles.

El Estado Liberal se define, por tanto, como un Estado de Derecho, en el cual el individuo goza de seguridad jurídica al no estar sometido a la arbitrariedad del poder. En

este sentido, el Estado como orden jurídico-político, se presenta como el elemento coercitivo de la sociedad, de allí que asumirá el control de los procedimientos y formas reguladoras de la conducta social, entre ellas el delito.

### **3.1 El surgimiento del Estado y el ejercicio del *ius punendi*.**

A medida que las formas de organización social se van haciendo más complejas, la comunidad reserva para sus instituciones un mayor número de funciones y prerrogativas. En el campo de la represión penal, tal arrogación de funciones se traduce en el detrimento de las facultades de represión de los delitos por los sujetos ofendidos, acaparando para sí el Estado la persecución y castigo de los delitos (Ferreiro Baamonde X., 2005).

Al tiempo que surge el Estado Moderno, nacen el Derecho y el proceso penal como instituciones públicas. Paralelamente, la víctima se ve disminuida en su papel protagónico a la hora de solucionar los conflictos. Las instituciones privadas van cediendo paso a la respuesta pública frente al ilícito penal, de modo que la neutralización de la víctima aparece como consecuencia lógica del surgimiento de la justicia oficial, justicia que no buscará sino proscribir una habitual política criminal vengativa que, a la postre, era dañina para el conglomerado social. De esta forma, es como el Estado asume el *ius punendi* que surge como verdadero poder de penar, ya sometido a regulación.

El primitivo sistema acusatorio resulta entonces incompatible con los nuevos postulados que rigen la construcción social. Surge, por tanto, el llamado sistema inquisitivo, sistema en el cual el proceso podría iniciarse no solo en razón de una acusación, sino también por una denuncia, o incluso de oficio por parte del juzgador,

sujeto en el cual se concentran las funciones de: acusar, investigar y juzgar. El procedimiento es escrito, secreto y no contradictorio. No existe, pues, debate oral y público. Todo ello so pretexto de evitar la fuga o el soborno (Vaca Andrade R., 2003).

Según los estudiosos el proceso inquisitivo se volvió necesario para que la represión de la delincuencia no quedara a merced de acusadores privados. En este sentido Carmignani, citado por Leone G. (1963), expone que la principal premisa inquisitiva parte de que: “no se puede hacer depender la defensa del orden de la buena voluntad de los particulares” (p.24). Hemos de recordar que en este momento histórico el Derecho Penal pasa de una formulación privada a una concepción pública, de allí que resulta inconcebible que el castigo de los delitos sea sólo una prerrogativa de los particulares.

Por otra parte, el sistema acusatorio, en múltiples ocasiones, llegó a constituir medio legal para el desahogo de odios civiles y rivalidades ciudadanas, de allí que como base de este nuevo sistema de juzgamiento está la reivindicación para el Estado del poder de promover la represión de los delitos, que no puede ser encomendado ni delegado a manos privadas (Leone G., 1963).

### **3.2 La neutralización y el posterior abandono a la víctima.**

De acuerdo con Seelman (Galain Palermo, 2010, p.34): “El Estado Liberal adoptó, como principal objetivo preventivo del Derecho Penal, la protección de la víctima potencial, y concentró la función del Derecho Penal en la protección de bienes jurídicos, desprotegiendo, como contrapartida, a la víctima directa”.

El Estado, tras la asunción del ejercicio del *ius punendi* y como garante de la paz jurídica, asume la función de prevención de la lesión de los bienes e intereses de mayor importancia para la subsistencia de la vida en sociedad. A partir de aquí, no se hablará más de prevenir la lesión de derechos individuales, sino de prevención general de daños sociales pues, como toda fundamentación basada en el contrato social, la lesión del delito ofende a la comunidad antes que a una víctima en particular.

El bien jurídico no se construye en amparo de la víctima, sino en torno a la defensa de las libertades frente a la ilegitimidad del control jurídico penal. De las víctimas agraviadas se extrae una figura potencial de víctima protegible, cuya existencia se hace meramente condición o expediente previo a la delimitación de un bien jurídico abstracto (Herrera Moreno citado por Ferreiro Baamonde X., 2005, p. 27).

En este sentido, el delito rompe con el consentimiento social básico, el delincuente no solo ataca a una víctima directa sino a todos los demás sujetos regidos por el mismo ordenamiento jurídico. La agresión cometida se despersonaliza, para convertirse en un atentado contra determinados valores abstractos que el Estado debe proteger. El daño infligido a la víctima, e incluso las características personales de ésta son tomadas en cuenta, únicamente, como una medida de la responsabilidad penal del autor a la hora de imponer la pena.

Bajo estas premisas, a criterio de Ferreiro Baamonde X., (2005), el proceso penal -ante todo- se convierte en un instrumento de custodia de los derechos del imputado; toda vez que en virtud de la creación de órganos oficiales de acusación penal –llámese Ministerio Público o Fiscalía, que aunque puede defender los

intereses de la víctima no la representa— el sistema ha de preservar los derechos individuales del ofensor, quien a su vez se ve obligado a defenderlos durante el proceso. De esta forma, el proceso penal en su formulación moderna olvida los derechos de la víctima y llega a suponer para aquella un instrumento ineficiente para satisfacer sus pretensiones e intereses subjetivos. El propio enjuiciamiento criminal puede ser una gran fuente de perturbación para la víctima, debiendo sufrir los efectos una victimización ulterior derivada del proceso. Tal situación se debe a que los sistemas penales se han ocupado de descubrir, capturar, juzgar, castigar y rehabilitar al delincuente sin prestar demasiada atención a las víctimas de los hechos criminales, a quienes se les hace cooperar incluso en contra de su voluntad, sin tener en cuenta sus intereses o necesidades, y desde luego, sin dar entrada a sus opiniones o puntos de vista de una manera vinculante, vislumbrándose así el abandono para con aquellas, desamparo que no solo abarca la administración de justicia, toda vez que la víctima no ha sido objeto de preocupación social, denegándosele el acceso a las prestaciones públicas básicas y que tradicionalmente han ignorado la situación victimal.

“Así las cosas, la víctima no pierde su vinculación con el concepto de delito, aunque deberá compartir su lugar con la comunidad —que también ha sido lesionada- y se ubica en un sitial de preferencia ante la circunstancia de exigir cuentas al delincuente” (Galain Palermo P., 2010, p.37).

#### **4. Situación actual de la víctima.**

##### **4.1 Transición hasta el actual sistema acusatorio oral público**

Tras el fracaso del sistema inquisitivo (fracaso que encuentra su razón de ser en la ausencia de garantías procesales, en la falta de seguridad jurídica, en el “tortugismo” del aparataje judicial y en el hermetismo que implicaba el enjuiciamiento penal), surge a consecuencia de las ideas filosóficas del siglo XVIII y el triunfo de la Revolución Francesa, el llamado “sistema mixto”. Proceso en el cual “se mantiene el procedimiento inquisitivo para la primera fase del proceso, que es previa, escrita, secreta y no contradictoria; y en la segunda fase, se toman elementos de las leyes revolucionarias, cuyo procedimiento es oral público y contradictorio” (Vaca Andrade R., 2003, p.118).

El sistema mixto fue implementado en el Ecuador el 10 de junio de 1983; no obstante, éste en lugar de rendir los resultados positivos que se esperaban, presentó serias deficiencias. En palabras de Vaca Andrade R. (2003): “Los procesos penales en trámite se acumulaban sin límite en los juzgados penales de la República ya que los jueces no alcanzaban a despacharlos con oportunidad” (p.119). Hemos de recordar que bajo este sistema al juzgador le correspondía no solo administrar justicia, absolviendo o condenando al acusado; sino también, habría encargarse de la búsqueda, adquisición, selección y valoración de las pruebas (Leone G., 1963). Una vez más el tortugismo, la pasividad y la indiferencia por parte de los operadores de justicia y fiscales se hizo presente tanto en la primera etapa instructoria –del Sumario-, como en la segunda de juzgamiento –del Plenario-.

La incertidumbre que en la práctica entrañaba el sistema mixto ciertamente afectaba los intereses y las pretensiones del imputado y más aún de la víctima cuya situación de abandono se vio agravada. “Así las cosas no podían mantenerse por más tiempo” (Vaca Andrade R., 2003, p.120).

Se introducen entonces en el Código de Procedimiento Penal (CPP) reformas que están vigentes desde el año 2000, siendo una de ellas la aplicación del **nuevo proceso acusatorio oral**, sistema en el cual los sujetos procesales han asumido nuevos roles.

En apretada síntesis y siguiendo los lineamientos planteados por Vaca Andrade R. (2003) diremos que, tratándose de delitos de acción pública, el Fiscal es titular de la acción penal, y en auxilio de la policía judicial indagará previamente los hechos presumiblemente delictuales de manera prolija, técnica y apropiada, a efecto de establecer elementos de convicción sobre la comisión de un delito y la responsabilidad por él. De contar con las bases suficientes para sustentar la resolución fiscal de iniciar el proceso penal, dará a conocer al juez de garantías penales, al imputado y al ofendido dicha resolución para que todos los sujetos procesales puedan participar en el desarrollo de la instrucción fiscal. En este punto hemos de recalcar que el ofendido ha de constituirse imperiosamente en acusador particular para poder ser parte procesal. Fenecido el plazo previsto para la instrucción fiscal y de haber dictamen fiscal acusatorio, tiene lugar la etapa intermedia, en la cual el fiscal mediante audiencia oral pública fundamentará su dictamen y solicitará que se pase a la etapa de juicio. Por su parte el imputado y su defensor podrán contradecir la postura acusatoria del fiscal y del acusador particular (si lo hubiere). Le corresponde entonces al juez, quien esencialmente cumple un papel garantista de los derechos fundamentales, dictar el auto de sobreseimiento (que puede ser provisional o definitivo) o, en su defecto, el respectivo auto de llamamiento a juicio. De encontrarnos en este último supuesto, en audiencia oral pública y contradictoria ante el tribunal de garantías penales que corresponda, se

tendrán que evacuar todas las pruebas de cargo y de descargo que se estimen pertinentes para sustentar una audiencia condenatoria o absolutoria.

En delitos de acción privada, el medio de ejercer la acción penal es la acusación privada contenida en una querrela en la que fundamentalmente se expresa la voluntad del agraviado de acudir al órgano jurisdiccional para pedirle, de modo categórico, que inicie el proceso penal y que se lo sustancie hasta que los responsables sean condenados a las penas previstas en la ley y al pago de las indemnizaciones correspondientes (Vaca Andrade R., 2003). La presentación de la querrela resulta, por tanto, imprescindible para que se inicie el juicio penal. Recordemos que en estos procesos penales no interviene ni la Policía Judicial ni la Fiscalía, toda vez que el ejercicio de la acción penal corresponde únicamente al ofendido. Luego, hemos de advertir que la querrela es una de las pocas figuras procesales que permite a la víctima decidir en forma autónoma sobre la iniciación y continuación de un proceso penal, sin estar subordinada a la decisión del fiscal; ostentando, de esta manera, de un estatus jurídico superior y en virtud del cual la persecución y enjuiciamiento de dicha categoría de delitos será una prerrogativa exclusiva del agraviado.

Como podemos apreciar, el sistema adjetivo vigente al momento en el Ecuador pretende fomentar los principios procesales de concentración, publicidad, inmediación y contradicción en favor de todas las partes procesales, pudiendo precisamente ser una de ellas la víctima en calidad de acusador particular o acusador privado. Empero, hemos de concentrarnos en la primera de estas categorías, pues aquella evidenciará el papel secundario que asume la víctima en la sustanciación de la causa penal.

## **4.2 El acusador particular y su protagonismo en el proceso penal.**

De acuerdo al Art. 52 del Código de Procedimiento Penal puede proponer acusación particular el ofendido, pudiendo éste estar incluido en alguna de las calidades previstas en el citado Art. 68 del mentado cuerpo normativo. Así también podrán proponer acusación particular los representantes de los órganos de control facultados por la ley para intervenir en los procesos penales.

La acusación particular puede ser presentada desde el momento en que el juez de garantías penales notifica al ofendido con la resolución del fiscal de iniciar la instrucción, hasta antes de que ésta concluya. Tal como lo señalamos con anterioridad, hemos de advertir que de no proceder así el ofendido, no será considerado parte procesal y, por tanto, se verá impedido de impulsar el proceso hasta conseguir que se hagan efectivas las acciones punitivas y resarcitorias a que hubiere lugar; es decir, no podrá llevar a cabo un papel activo en las causas penales. Las consecuencias que esta imposibilidad procesal significa serán analizadas oportunamente en el apartado correspondiente al derecho de acceso a la justicia por parte de la víctima.

Respecto del contenido de la acusación, el Art.55 del CPP señala que ésta será escrita y deberá contener:

- 1.- El nombre, apellido, dirección domiciliaria y número de cédula de identidad del acusador si la hubiere obtenido;
- 2.- El nombre y apellido del acusado, y si fuere posible su domicilio;
- 3.- La determinación de la infracción acusada;
- 4.- La relación de las circunstancias de la infracción, con determinación del lugar, el día, mes y año en que fue cometida;

5.- La justificación de la condición de ofendido y los elementos en los que éste funda la atribución de la participación del imputado en la infracción; y,

6.- La firma del acusador o de su apoderado con poder especial. En este poder se hará constar expresamente el nombre y apellido del acusado y la relación completa de la infracción que se quiere acusar.

Diremos entonces que la acusación particular supone aquella expresión de voluntad del sujeto afectado por el delito, en virtud de la cual ejerce el derecho de constituirse en parte procesal e intervenir activamente en las distintas etapas que entraña el proceso penal y, de esta forma, aportar evidencias, indicios o elementos probatorios; participar en las diligencias que se practiquen; exhibir una pretensión punitiva y de resarcimiento; y, en definitiva, impulsar el trámite de la causa.

Por último, consideramos imperioso referirnos a un hecho determinante en el proceso penal y que, por tanto, afectará forzosa e inevitablemente la situación jurídica del ofendido, sobre todo si este se hubiera constituido en acusador particular; de conformidad con el Art. 226 CPP, en caso de que el fiscal estime que no hay mérito suficiente para promover un juicio contra el procesado, emitirá su dictamen absteniéndose de acusar. Empero, si el delito objeto de la investigación está sancionado con pena de reclusión mayor extraordinaria o especial, si se trata de un delito contra la administración pública, o si se hubiera presentado **acusación particular**, el juez de garantías penales ordenará que se remitan las actuaciones del fiscal inferior al fiscal superior a efecto de que éste revoque la abstención, es decir, emita el dictamen acusatorio; o, en su defecto, ratifique el pronunciamiento del inferior. Si el pronunciamiento del inferior es ratificado, el juez deberá admitir el dictamen no acusatorio y, en consecuencia, dictar el auto de sobreseimiento.

Lo dispuesto en la ley penal adjetiva implica dos hechos determinantes:

- Por un lado, el fiscal no puede simplemente desentenderse del trámite, dejarlo de lado en forma arbitraria o archivarlo unilateralmente, so pretexto de no contar con los fundamentos necesarios para pasar a la segunda etapa del proceso penal. Ha de intervenir siempre el juez penal en calidad de garante del debido proceso y de los derechos fundamentales.
- Por otro lado, la abstención fiscal de acusar y el posterior auto de sobreseimiento judicial, no le suponen al ofendido sino la imposibilidad formal y material de continuar con la sustanciación de un proceso penal que tenga por fin la imposición de la pena prevista en la ley sustantiva y la obtención de un resarcimiento pecuniario a su favor. Luego, el ofendido se verá absolutamente impedido de satisfacer dichas pretensiones, toda vez que no es titular de la acción penal.

Concluiremos el presente capítulo señalando que del desenvolvimiento histórico del proceso penal (brevemente analizado en las líneas precedentes) resulta sencillo advertir que los distintos sistemas procesales han adoptado formas cambiantes en cuanto a su estructura, principios y procedimientos a la hora de juzgar las infracciones; cambios que han respondido a la aspiración humana, a los imaginarios sociales y a la ideología política dominante en la época. Si bien en un principio imperaba la concepción privada del Derecho penal, en cuanto el castigo del culpable era un derecho privativo del ofendido, a medida que el concepto de libertad fue adquiriendo mayor importancia y fuerza, los tradicionales moldes procesales fueron evolucionando hasta adquirir el rango institucional. A partir de entonces, el estudio del Derecho penal sustantivo y adjetivo se centrará en la relación entre el

delincuente y la sociedad. La víctima se ve entonces desplazada por una relación jurídico-procesal básica que, en el orden penal, se constituye con el Ministerio Público, el imputado y su defensor, y sobre ellos el juez penal. Sus derechos son notablemente reducidos en la iniciación y prosecución de la acción penal.

Frente a esta situación de abandono, en las últimas décadas ha surgido un movimiento de carácter mundial en pro de la recuperación de la víctima, no solo como objeto de estudio, sino también como blanco de atención social; reconociéndosele un conjunto de derechos asistenciales que no se agotan en su participación en el proceso penal y que tendrán por objeto su reparación integral.

## Capítulo III

### La Reparación Integral Como Un Derecho Humano

En razón de lo expuesto en el capítulo anterior, podemos colegir que al abordar el tema de los derechos humanos de las víctimas del delito, surge como necesario punto de referencia el abandono al que han estado sometidas por parte del excluyente sistema penal moderno que con toda precisión define el estatus del inculpado, sin que dicho garantismo a favor del presunto responsable tenga como lógico correlato una inquietud semejante por los derechos de las víctimas; de ahí que la preocupación por la víctima de delito y particularmente por la adopción de medidas dirigidas a atenderla y protegerla constituya uno de los mayores logros de la Victimología. Actualmente, podemos afirmar que de alguna manera, se ha llegado a un consenso general en un punto fundamental, a saber, que la política criminal oficial tiene por objeto no solamente ni principalmente infligir al delincuente una sanción apropiada para restablecer el orden jurídico violado, sino también y ante todo lograr que la víctima se beneficie de la seguridad ofrecida por las disposiciones sociales y estatales a fin de que sea reparada en los perjuicios que haya sufrido y recobre su integridad (Beristain A., 2000). Además el Estado, debe intervenir para prevenir las victimizaciones secundarias. La implantación de programas de asistencia a las víctimas y, de manera especial, el reconocimiento del derecho a ser integralmente reparadas cuando han sido lesionadas por un acto ilícito, supone uno de los objetivos más importantes de la contemporánea corriente victimológica.

El objeto de esta investigación es precisamente el análisis y reflexión acerca del propuesto concepto de reparación integral como un derecho fundamental continente de

un conjunto de prerrogativas a favor de la víctima del delito, estudio que lo haremos desde un enfoque jurídico, económico y social; y que tendrá por objeto procurar una visualización completa de lo que el conflicto subyacente al delito supone para la víctima.

## **1. Concepto de reparación.**

A continuación nos corresponde analizar el concepto de reparación, tomando en consideración aquella advertencia que fue realizada en el capítulo primero de la presente investigación.

### **1.1 Concepto restringido de reparación.**

El concepto restringido de reparación, propuesto por un importante sector de la contemporánea doctrina alemana, propugna que esta figura se relaciona única y exclusivamente con la satisfacción del ofendido en el ámbito del Derecho Civil. En concordancia con este planteamiento, el autor alemán Hirsch considera que la reparación tiene naturaleza únicamente civil y, en consecuencia, no debe ni puede ocupar un espacio de interés en el sistema penal (Galain Palermo P, 2010).

Los postulados de esta posición limitan, por tanto, el campo de acción de la reparación a una cuestión de naturaleza civil y de contenido meramente pecuniario. La reparación es concebida como una consecuencia extrapenal del delito a la que se niega toda relación directa con el injusto penal y sus secuelas.

De esta forma, el sistema obliga al Derecho Penal a desinteresarse de la persona sobre la que recae la obligación de indemnizar o a que le sea indiferente quien efectivamente cumpla con la obligación civil de resarcir a la víctima. Pero lo que resulta aún más grave es que bajo esta concepción, la reparación se circunscribe en

forma exclusiva al ámbito de la satisfacción de los aspectos indemnizatorios propios del Derecho Civil, y se agota con el pago o solución de los mismos, dejando de lado aquel abanico de derechos asistenciales que revisten el estatus jurídico de la víctima. Además, hemos de decir que los intereses de quien ha sufrido un hecho injusto no pueden ser ajenos a un Estado que se define constitucionalmente como social, constitucional y de derechos que predica la justicia y la igualdad como valores superiores y que eleva la dignidad humana a fundamento del orden y la paz social: “La dignidad de la víctima exige al Estado una protección de la misma para prevenir el riesgo de que sea burdamente instrumentalizada al servicio de los intereses colectivos” (Tamarit J., 2006, p.43).

## **1.2 Concepto amplio de reparación.**

Un concepto amplio de reparación considera a ésta como “el restablecimiento, dentro de lo posible, del orden jurídico perturbado por la comisión de una infracción penal” (Galain Palermo P., 2010, p. 99).

La amplitud de un concepto como éste permite una mayor libertad de movimiento dentro del campo de los Derechos Humanos, puesto que no puede ser emparentado exclusivamente con una concepción civil que la limite a la indemnización de daños al ofendido. De esta forma diremos que el contenido de la reparación va más allá de la responsabilidad civil y permite abarcar un conjunto de medidas que van desde la restitución, asistencia, indemnización, satisfacción, rehabilitación, hasta la prevención de una nueva victimización. La compensación económica a que da lugar a responsabilidad civil no agota el derecho de la víctima a ser reparada, pues esta figura

comprende también otras dimensiones que pueden concretarse en distintas formas de satisfacción moral y material. Así, de acuerdo con Galain Palermo P.:

La declaración oficial de la verdad de los hechos, las sentencias judiciales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, la publicidad de la verdad de los hechos, las medidas de satisfacción y la garantía de no repetición pueden entenderse todas ellas como formas de reparación (2010, p. 102).

### **1.3 Concepto normativo de reparación.**

Un concepto normativo de reparación responde a la idea de que una sociedad determinada ha decidido reglar específicas conductas y actividades con el objetivo final de conservar armónicamente el estado de las cosas existente. Teóricamente la disminución de la criminalidad y la restitución del *statu quo* anterior al delito es el ideal que toda sociedad pretende lograr a través de sus normas jurídicas. En este contexto, la reparación no sería sino el intento de volver las cosas a su estado inicial, como si el delito no se hubiera cometido. Por este motivo, la restitución del *statu quo* no puede ser interpretada en un sentido civilista como la exclusiva indemnización de la víctima, porque el retorno al estado de cosas anterior al delito incluye la solución al conflicto causado por el delito y la pacificación social, y este objetivo va más allá de la reparación patrimonial del ofendido.

“La reparación en sentido normativo (reparación del ordenamiento jurídico) pretende devolver el equilibrio roto por el delito a través de la imputación de una consecuencia jurídico-penal al autor (pena), que compense el injusto y repare el daño social” (Galain Palermo P., 2010, p.104).

Ahora bien, en virtud de lo manifestado en las líneas precedentes nos resulta necesario expresar que si bien podría llegar a considerarse que la imposición de una condena al infractor constituye una forma de reparación<sup>5</sup>, la pena no necesariamente asegura la satisfacción de todos los intereses y expectativas de la víctima, lo propio puede ocurrir con la referida compensación patrimonial que pudiere eventualmente recibir el ofendido. Por estas razones estimamos que, ateniéndonos a nuestro objeto de estudio, adoptaremos el concepto amplio de reparación como referencia rectora, toda vez que de acuerdo a sus premisas, los actos de reparación no han de vincularse exclusivamente con la entidad patrimonial del daño y/o con la reacción punitiva, sino con la gravedad de la infracción desde la perspectiva de la dañosidad personal del agredido.

## **2. Naturaleza jurídica de la reparación.**

Galain Palermo P. (2010) al tratar sobre este punto nos dice que:

Del sistema penal y de sus instituciones se pretende:

- Que se solucione jurídicamente el conflicto imponiendo el Derecho sobre el injusto;
- Que se prevenga a los autores potenciales y a las víctimas potenciales (generalmente a través de una sentencia);

---

<sup>5</sup> Sobre este punto, hemos de referirnos a algunos cuestionamientos que en el plano académico y social se han planteado en torno a esta afirmación. En primer lugar, estudios empíricos muestran que muchas veces para el restablecimiento emocional de la víctima no es tan importante el castigo del autor (esto especialmente en casos violencia de género e intrafamiliar), sino la posibilidad de que se termine una situación continuada de violencia. Por otra parte, resulta un tanto polémico, desde el punto de vista ético, ver a la sanción como una forma reparación; el castigo no deja nunca de ser una retribución, “el que hace mal debe recibir un mal”. Resulta por tanto importante no perder de vista estas objeciones pues, según ellas, la imposición de una pena no necesariamente supondrá un medio de pacificación jurídica y social.

- Que se “enmiende” al autor con la ejecución de la pena y, además, cada día con mayor exigencia;
- Que se componga el problema social causado por el delito; y,
- Que se reconozca al ofendido como sujeto de derechos (p. 91).

Al respecto, el mentado autor uruguayo expresa que todas estas pretensiones y exigencias van mucho más allá del resarcimiento patrimonial de la víctima o de una simple sentencia de condena que impone una pena. De esta forma, precisaremos que si bien la reparación en un momento puede llegar a combinar aspectos penales con reglas de indemnización civiles (Müller Dietz, 1987), ante todo ésta ha de ser entendida como aquel derecho en el cual se hallan depositadas las libertades, y garantías subjetivas públicas relativas a la reivindicación de los bienes jurídicos que hubieren sido vulnerados a consecuencia de la ejecución del hecho delictivo, facultades que no suponen sino aquel cúmulo de prerrogativas víctima-asistenciales garantes de una vida digna. Luego, hemos de insistir en que la reparación no tiene naturaleza jurídica civil, ni debe entenderse en los mismo términos que el resarcimiento o compensación de los daños (objetivos jurídicos del derecho privado), sino como un derecho fundamental absoluto.

### **3. Contenido del Derecho de Reparación a la luz de la Constitución de la República**

#### **3.1 Antecedentes.**

##### **La progresiva instrumentalización jurídica de los derechos de las víctimas.**

Tal como lo hemos manifestado oportunamente, en las últimas décadas la tutela a las víctimas de los delitos ha ido adquiriendo una gran relevancia en la

política criminal de los distintos Estados. Ello ha sido, sin duda, fruto de una larga y lenta evolución en la que la relevancia del papel de víctima en el ámbito penal ha sufrido un proceso cambiante, desde su papel central en los orígenes del Derecho Penal, hasta su desplazamiento en la evolución posterior de esta rama del ordenamiento. Es recientemente cuando se apuesta por una recuperación de su presencia en el proceso penal aunque con distinto alcance y significación en los distintos ordenamientos jurídicos. De acuerdo con García Pablos de Molina:

Este creciente interés y preocupación han venido inducidos por factores de muy diversa índole y naturaleza, tanto estrictamente ideológicos, como académico-científicos y de carácter político-criminal, cuyo origen se sitúa probablemente en la situación social originada tras la Segunda Guerra Mundial (1996, p.38).

Como consecuencia de este fenómeno, se inicia una política legislativa tendiente a establecer medidas para reactivar la intervención de la víctima en el proceso penal y otorgarle la debida protección, pretensión que alcanza una especial fuerza a partir de la década de los ochenta y se concreta en la elaboración de importantes declaraciones e instrumentos jurídicos de reconocimiento, apoyo y protección de estos sujetos tanto en el ámbito de las Naciones Unidas, como del Consejo de Europa y en el seno de la Unión Europea. Entre ellos se destacan: la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, adoptada por Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas –en adelante, PFNU-; la Recomendación R (87) 21, de 17 de diciembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre

asistencia a las víctimas y prevención de la victimización; la Decisión de Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2011, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; la Declaración sobre Justicia y Asistencia a las Víctimas (Declaración SIV) , de la Sociedad Internacional de Victimología; entre otros instrumentos que buscan sentar un respaldo globalizado a favor de las víctimas del delito como sujetos de derechos humanos.

A criterio de Sanz Hermida A. (2009), en todos estos instrumentos, se marcan ciertos ámbitos de actuación que responden a problemas y necesidades comunes que existen en los diversos ordenamientos y pueden sintetizarse, según la mentada autora, de modo siguiente:

- La necesidad de elaborar un concepto normativo y vinculante de víctima.
- La formulación de un catálogo de derechos de la víctima, entre ellos y de modo especial, la activación de la participación procesal de la víctima, el reconocimiento del derecho a la reparación del daño y con ello la protección de sus derechos a la información, a la libertad, a la integridad, etc.; así como la adopción de mecanismos jurídicos adecuados que garanticen su efectividad.
- La instauración de instrumentos que sirvan para evitar la denominada “victimización secundaria” dentro y fuera del proceso penal.
- El establecimiento de cauces o instituciones de apoyo y de ayuda a la víctima, públicos y/o privados.

En pocas palabras, diremos que el objetivo esencial de tales documentos creados por los distintos sujetos y entidades existentes en la comunidad internacional, es atender los intereses y aspiraciones de la víctima en el marco del

proceso penal o fuera de él; así también, procurar establecer formas de asistencia a las víctimas encaminadas a paliar los efectos del delito y, finalmente, regular el ámbito de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En atención a estas nuevas corrientes, en el sistema ecuatoriano también se han introducido paulatinamente diversas medidas de mejora de la tutela jurídica de los derechos de las víctimas; sin embargo, aunque no es objeto de la presente investigación analizar con detalle todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano en cuanto se refiera a la víctima, consideramos imprescindible referirnos a los lineamientos que la Constitución de la República da al respecto en su calidad de norma suprema.

### **3.2 Coordinadas en el ámbito constitucional.**

Partiendo de la base de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra enmarcado dentro del modelo de Estado constitucional, social y democrático de derechos y justicia, según la declaración consignada en el artículo primero de la Constitución de la República de 2008; hemos de explicar brevemente las implicaciones y los postulados básicos de esta condición jurídica.

Al referirse al Estado social y democrático de derecho, Peces-Barba G., citado por Sampedro-Arrubla J. (2008), afirma que se “trata de un modelo que pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, la dignidad del hombre como dinámica de la libertad, a través de la creación de una organización social adecuada estos objetivos” (p.356). En otras palabras, tal como nos lo explica Sampedro-Arrubla J. (2008), esta forma de organización estatal se fundamenta en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran,

teniendo como una de las finalidades esenciales garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales por parte del Estado. Luego, la persona humana y su dignidad constituyen el principio y fin de este modelo estatal, modelo que no supone sino la estructuración de una forma de organización política y jurídica que promueva permanentemente el ejercicio pleno de los derechos fundamentales en favor de sus asociados.

Un sistema penal que pretenda ser coherente con el modelo de Estado constitucional de derechos y justicia debe buscar la humanización del derecho penal, humanización que, según Sanz Hermida A. (2009), exige una nueva orientación que reconozca, a más de los derechos y garantías en favor del imputado o acusado (consideradas como una de las mayores conquistas jurídicas de los modernos sistemas penales), un mayor protagonismo de las víctimas en el drama criminal.

Es precisamente en concordancia con esta nueva visión del sistema penal que la carta magna ecuatoriana, dentro del capítulo denominado “Derechos de protección”, consigna una serie de garantías y prerrogativas en favor de las víctimas de infracciones penales, elevando, de esta manera, a carácter constitucional el deber público de asistencia y reparación. Propiamente el Art. 78 del referido cuerpo normativo nos dice:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá,

sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

Es así como a la luz de la norma constitucional, la situación de la víctima deja de ser considerada como incidente individual y pasa a ser un problema de política social, un problema de derechos fundamentales.

Si bien el Código de Procedimiento Penal en su Art. 69 se refiere a los derechos del ofendido (los cuales serán tratados en detalle más adelante), podemos afirmar, de un modo general, que la legislación local no consagra en forma autónoma un catálogo de derechos referidos específicamente a las víctimas del delito, de acuerdo con las coordenadas expuestas en el capítulo I de la presente obra.

No obstante de lo expuesto sobre este punto, no es imperioso destacar que al momento se halla tramitando en la en la Asamblea Nacional, un Proyecto de Código Orgánico Integral Penal propuesto por el ejecutivo; y, en el cual, tal como lo tenemos entendido a partir del documento electrónico del proyecto que reposa en los archivos digitales de la legislatura, se prevé un apartado en el que efectivamente se consagran un conjunto de derechos en favor de las víctimas de las infracciones. Empero, no emitiremos ningún juicio de valor al respecto, toda vez que, nuestro trabajo se encuentra enfocado al análisis y reflexión de la normativa vigente relativa a la protección de la víctima y su aplicación por parte de los operadores de justicia locales.

En definitiva, más allá de la aclaración precedente, diremos que un sistema penal en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia, debe reconocer y garantizar el pleno ejercicio y cumplimiento de, al menos, un cúmulo de derechos humanos en favor de las víctimas a efecto de obtener tanto la reparación integral como la resolución real del conflicto subyacente al delito, derechos para los cuales hemos consignado el apartado siguiente.

### **3.3 Los derechos de las víctimas.**

#### *a) Derecho a la Dignidad.*

Uno de los derechos básicos y primarios que, con carácter general, aparece expresa o implícitamente reconocido tanto en las legislaciones de los distintos Estados, como en la normativa internacional relativa a la materia en cuestión, es el derecho a la dignidad. Referencias a este derecho fundamental se encuentran siempre presentes en los instrumentos fundacionales del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos –en adelante DDHH- ; en tal sentido, se destaca, ante todo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que invoca en su Preámbulo la “dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana”, para luego afirmar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Art. 1°). Por otra parte, los PFNU establecen que “las víctimas serán tratadas con compasión y respeto a su dignidad” (apdo. A. 4.) La Constitución de la República del Ecuador de 2008 consagra como uno de los derechos de libertad:

“El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo,

empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios” (Art. 66, numeral 2do).

No obstante de la indiscutible validez e importancia que entraña el reconocimiento de este derecho en los mencionados instrumentos jurídicos, hemos de convenir que evidentemente el respeto a la dignidad es una expresión amplia y de contenido indeterminado, de allí que trataremos de establecer brevemente qué entendemos por dignidad y así como los alcances de sus componentes.

La dignidad de la persona es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales (Sanz Hermida A., 2008, p.28). Luego, la dignidad ha de definirse como aquel valor, calidad o bondad superior, intangible, primaria e inherente al ser humano por la cual, en auténtico ejercicio de la autonomía de su voluntad y libre albedrío, ha de gobernarse a sí mismo y tomar sus propias decisiones en miras lograr el pleno desarrollo de su personalidad, sin tener otro límite que el respeto a los derechos de los demás. De esta manera, la dignidad humana supone una doble dimensión: una subjetiva y otra objetiva. La primera de ellas, corresponde a la libertad irrestricta de la persona a la hora de manejarse en su diario vivir a fin de alcanzar sus ideales de felicidad; y la segunda, se halla vinculada con las condiciones de vida que tiene la persona para obtener dicha felicidad; condiciones que no suponen sino aquellas prestaciones básicas y públicas que han de ser necesariamente proporcionadas por un Estado constitucional, social y democrático.

Por otra parte, desde el punto de vista victimológico, el derecho a la dignidad comprende el respeto a la víctima y la necesidad un trato adecuado, trato que

imperiosamente ha de tomar en consideración la situación particular de cada sujeto, la misma que a su vez, implicará varios factores, entre ellos: la edad, el género, la salud, la índole del crimen (en especial cuando éste entrañe violencia sexual, de género o intrafamiliar), etc. A criterio de Sanz Hermida A.:

La obligación de respeto a la dignidad incumbe a los poderes públicos quienes, por un lado, deben velar porque aquellos de sus miembros integrantes que estén en contacto directo con las víctimas reciban una formación adecuada a estos efectos y, por otro lado, deben procurar las condiciones prácticas para velar por la situación de las víctimas durante las actuaciones (2008, p.28).

Luego, el principio genérico de respeto a la dignidad humana será la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado constitucional y democrático de derechos y justicia, toda vez que la dignidad constituye un mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover, y que no puede ser desconocido en ningún caso. Es así como, en adelante, tomaremos a la dignidad como aquel presupuesto primario para el reconocimiento, ejercicio y defensa de los derechos de las víctimas.

A continuación, en consonancia con lo manifestado en los párrafos precedentes, hemos de hacer una breve referencia a algunas medidas que se hallan vinculadas al respeto a la dignidad de las víctimas y que supondrán directrices para prevenir una revictimización o victimización secundaria:

- **Medidas tendentes a proteger la intimidad de la víctima y/o de su familia de la publicidad no deseada**

La intimidad de las personas es un derecho fundamental reconocido en numerosos Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, así como en la mayor parte de los textos constitucionales de los Estados democráticos y cuyo respeto es preciso garantizar. Así, la Constitución de la República del Ecuador establece como uno de los derechos de libertad: “el derecho a la intimidad personal y familiar” (Art. 66, numeral 20).

La protección de la intimidad de las víctimas en este ámbito se erige en una necesidad a la que deben atender los poderes públicos con el fin de salvaguardar la vida privada y la dignidad de las víctimas. El Art. 14 de la Recomendación (85) 11 sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, se refiere ampliamente a la protección de la intimidad estableciendo:

La política de información y de relaciones con el público en el marco de la instrucción y el juicio de las infracciones deberá tomar debidamente en cuenta la necesidad de proteger a la víctima de toda publicidad que implicara un ataque a su vida o a su dignidad. Si el tipo de infracción, el estatuto particular; la situación o la seguridad personal de la víctima requieren de especial protección el proceso penal anterior a la sentencia debería tener lugar a puerta cerrada o la divulgación de los datos personales de la víctima debería ser objeto de restricciones adecuadas.

Se anuncian así medidas que pueden ir referidas, en primer lugar, a restringir la publicidad que los medios de comunicación dan de los distintos asuntos penales cuando se entienda que puede afectar la vida privada de la víctima y/o de los suyos. En este caso, se hace necesario procurar un equilibrio de intereses entre el derecho a la información y la libertad de expresión y de prensa, y el derecho a la intimidad; debiendo, a nuestro parecer, primar este último en aquellos supuestos en los que el órgano jurisdiccional entienda que hay que adoptar especiales medidas de protección. En concordancia con esta advertencia traída por la normativa y doctrina internacional, el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano dispone en el inciso segundo del Art. 255 que: “No se admitirá la transmisión de la audiencia, a través de los medios de comunicación”; resguardando así la intimidad de los intervinientes.

En segundo lugar, se busca incluir aquellas medidas tendentes a restringir el acceso a las audiencias del juicio penal oral, mediante sesiones que se celebren a puerta cerrada, en atención a las circunstancias del caso y de las víctimas; medida ésta que se encuentra prevista en gran parte de ordenamientos jurídicos, incluido el ecuatoriano, especialmente cuando se trata de delitos sexuales o en los que los menores han sido víctimas de delitos. Trataremos este último tópico desde lo dispuesto por la legislación ecuatoriana un poco más adelante.

- **Medidas específicas en relación a los interrogatorios**

Tal como lo hemos advertido, las declaraciones de las víctimas son un instrumento esencial, tanto como medio de conocimiento de la comisión de un delito por los órganos encargados de la investigación, como fuente de prueba durante el desarrollo del juicio oral. Pero a su vez, el hecho de que la víctima pueda verse sometida a diversos y sucesivos interrogatorios a lo largo del proceso penal, así como preguntas que puedan incomodarle o que puedan afectar su intimidad personal, pueden ser un nuevo instrumento de activación de la llamada victimización secundaria.

Marchiori H. (2009) afirma que los testimonios-interrogatorios constituyen nuevas victimizaciones, citando como ejemplo los comentarios vertidos por los abogados patrocinadores del inculpado respecto de las víctimas de violaciones en caso de que no hubieran opuesto resistencia o no se hayan defendido en mayor grado, particularmente si no se presentan lesiones somáticas visibles.

Es así como el respeto a la dignidad de la víctima en este punto implica observar ciertas cautelas en la formulación de los interrogatorios, cuidado que ha de ser mayor aun cuando se trata de víctimas de determinados delitos, especialmente los denominados delitos sexuales, delitos en los cuales el modo de realización del interrogatorio, tipo de preguntas, así como los comentarios que puedan realizarse en torno a las respuestas, pueden afectar gravemente la dignidad de la persona agredida.

Por último, Sanz Hermida A. (2008), trae a colación algunas medidas de protección de las víctimas y límites del enjuiciamiento de los

delitos sexuales que son tomadas en consideración en el ámbito del Derecho Penal Internacional, entre las que destacan:

1. La imposibilidad de inferir el consentimiento de la víctima de sus declaraciones o conductas cuando la fuerza, la amenaza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento libre y voluntario, ni del silencio o la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia.
2. La imposibilidad de cuestionar la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de dichos sujetos.
3. Se prohíbe además pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

- **Medidas relativas a las intervenciones corporales a las víctimas**

No cabe duda de que en muchas ocasiones, especialmente en el caso de delitos violentos<sup>6</sup> o contra la libertad sexual, resulta de gran utilidad para la investigación y enjuiciamiento penal la búsqueda y recogida de vestigios biológicos provenientes del delincuente (saliva, semen, cabellos, etc.). En tales supuestos, se hace preciso el reconocimiento médico especializado de la víctima. La práctica de estos procedimientos de investigación que implicarán un registro en el cuerpo de las víctimas

---

<sup>6</sup> Entiéndase por “delitos violentos” aquellos en los que, en virtud de la brusquedad de la infracción las víctimas viven episodios altamente traumáticos, de manera que se ven lesionadas en sus bienes jurídicos fundamentales, tales como: la vida, la integridad física y emocional, libertad sexual entre otros; y que son indispensables para su desarrollo integral (Ordoñez B., Tapia S., Padrón T. y Ordoñez A., investigación no publicada).

puede resultar, no obstante, una problemática toda vez que tales actuaciones pueden afectar tanto su integridad física como su dignidad e intimidad. Convendremos entonces que las pericias criminalísticas son fundamentales para el esclarecimiento del delito y la identificación de autor, circunstancias estas que han de ser imperiosamente comunicadas a la víctima. Empero, hemos de hacer una necesaria distinción en cuanto la víctima preste o no consentimiento para la realización de tales pesquisas. Si el afectado no muestra su consentimiento, según González Cuéllar, citado por Sanz Hermida A. (2008), solo podrán tolerarse aquellas prácticas que busquen las huellas del delito “sobre el cuerpo” o “entre las ropas” pero no “en el cuerpo”.

De existir tal consentimiento, los reconocimientos médicos legales han de llevarse a cabo por personal profesional especializado y, de ser necesario, con el acompañamiento de familiares o personas de confianza de la persona sometida a examinación. Por demás está decir que en tales diligencias, las autoridades competentes deberán velar por el estado físico y emocional de la víctima, de allí que dichas intervenciones han de realizarse en la forma más respetuosa posible para con la intimidad y dignidad de la persona examinada.

Sobre este derecho, el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano dispone:

Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento de la Jueza o Juez de

Garantías Penales para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido de la fiscal o el fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o a la impunidad del delito (Art. 82).

Asimismo, el inciso tercero del Art. 95 del mismo cuerpo normativo, al tratar sobre los informes periciales, prevé la posibilidad de que tratándose de exámenes corporales, la mujer a la cual deban practicárseles podrá exigir que quienes actúen como peritos sean personas de su mismo sexo.

*b) Derecho a la Asistencia.*

La víctima sufre física, emocional, familiar, económica y socialmente, a consecuencia de la acción delictiva. La conmoción que desencadena el delito llegan a tener, generalmente, consecuencias de tal gravedad que modifican y transforman la vida de la víctima y de su familia, en numerosos casos, de manera irreversible (Marchiori H., 2009, p. 87).

Según Marchiori H. (2009) en la labor victimológica se debe comprender prioritariamente que la víctima sufre a causa de la acción delictiva, toda vez que el delito, al implicar daño en la persona o en sus pertenencias, genera en el agredido y en su familia sentimientos de temor, vulnerabilidad, angustia, desconfianza, inseguridad individual y social. De allí que, resulta un pilar

fundamental en el proceso de reparación integral, la respuesta institucional brindada por el Estado a través del derecho a la asistencia.

Tamarit Sumalla J. (2006) expresa que la víctima tiene derecho a obtener asistencia psicológica y en su caso psiquiátrica y a beneficiarse de programas de apoyo social, a través de oficinas públicas o de servicios independientes no gubernamentales, además de asistencia jurídica.

El derecho a la asistencia a las víctimas es otro de los derechos fundamentales de las víctimas cuya efectividad, además, ha de quedar debidamente garantizada. Conocer todos sus derechos, poder utilizar todos los mecanismos jurídicos legalmente previstos para la defensa de sus intereses o tener un adecuado tratamiento médico, terapéutico y psicológico por el tiempo necesario, son instrumentos imprescindibles para que el sistema de justicia funcione y para que la protección de las víctimas sea, más que una declaración de principios o una relación de normas jurídicas en abstracto, real y efectiva (Sanz Hermida A., 2009, p.69).

A partir de estas consideraciones doctrinarias, diremos entonces que la asistencia supone aquel derecho en virtud de cual la víctima ha de recibir una adecuada y oportuna atención médica, psicológica, psiquiátrica, jurídica y social, por parte de los organismos estatales y/o entidades pertenecientes a la sociedad civil, a fin de que el trauma de la victimización sea abordado desde cada una de las disciplinas que deban intervenir luego de la comisión del acto delictivo.

Los PFNU no determinan un modelo cerrado de atención sino, en su lugar, señalan (en el apdo. A) algunas directrices a ser tomadas en consideración por los Estados en éste ámbito, como:

- a. La necesidad de que las víctimas reciban asistencia de toda índole (material, médica, psicológica y social) (apdo. 14).
- b. La necesidad de que sean informadas de la posibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, facilitando el acceso a los mismos (apdo.15).
- c. La necesidad de prestar especial a determinadas víctimas en función de la naturaleza y entidad de los daños sufridos o de otros factores de consideración (raza, sexo, edad, religión, etc.) (apdo. 17).
- d. No se hace concreción alguna de qué o quién debe prestar dicha atención, remitiéndose en forma genérica a medios gubernamentales, comunitarios y voluntarios; especificándose, no obstante, la necesidad de que el personal que trabaje en este campo deba poseer una capacitación tal que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y reciba directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

En este contexto, Marchiori (2009) señala que serán encargados de brindar asistencia victimológica “en la primera línea”: el personal policial, fiscales, médicos, psicólogos, trabajadores sociales y el personal de la administración de justicia. Hemos entonces de hacer mención a algunas medidas que a criterio de la mentada autora argentina, han de ser tomadas en cuenta por los mencionados sujetos encargados de la intervención asistencial.

- **Policía y asistencia**

La policía suele ser la primera institución en tomar conocimiento de la situación de la víctima y establecer el primer contacto con quienes hubieren

sufrido la acción delictiva. La víctima puede tomar contacto con la policía en dos momentos a saber:

- ✚ En el mismo lugar en donde se hubiera suscitado el hecho delictivo; o,
- ✚ Al acudir a las oficinas de la institución policial para presentar su relato victimológico o, en términos procesales, la llamada “denuncia”.

Por ello, la policía será la entidad que se encuentra en una posición predilecta a la hora de evaluar las necesidades de la víctima de carácter urgente, y sus actuaciones serán determinantes en la recuperación de aquella. El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano en su Art. 209 numeral cuarto, prevé el deber de la Policía Judicial de “Auxiliar a las víctimas del delito.” En esta línea, Marchiori H. (2009) nos dice que:

La policía puede cumplir una función vital no solo para prevenir la victimización sino para reducir las consecuencias del delito. La denuncia, su recepción, es una parte importantísima en la relación víctima – institución policial. Se trata del rompimiento del silencio de los procesos de victimización, base esencial para el esclarecimiento del hecho y la recuperación de la víctima (p. 92).

Sin perjuicio de lo expuesto, hemos de convenir que la realidad disiente de estas aspiraciones político-sociales. En la gran mayoría de las ocasiones, los agentes policiales no han recibido las capacitaciones adecuadas y con procedimientos torpes y bruscos abordan el padecimiento de la víctima y su familia, agravando aún más el trauma de la victimización. Ordoñez B., Tapia S., Padrón T. y Ordoñez A., afirman que durante la investigación de campo realizada por el mentado equipo investigador durante los meses de julio y septiembre de

2012, se observó que los principales obstáculos y problemas que enfrenta la Unidad de Víctimas y Testigos, radican en una inadecuada concepción, por parte de los otros departamentos y dependencias de la Fiscalía, acerca de cómo prestar un servicio de asistencia y protección a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal (investigación aún no publicada hasta la fecha). En consonancia con este pensamiento, el Fondo de Justicia y Sociedad (s.a.) señala que lamentablemente los miembros de la policía judicial no han recibido capacitaciones apropiadas en el tema procesal, en conceptos básicos del debido proceso, causas de detención, auxilio a víctimas y temas similares. En este orden de ideas, a fin de evitar esta nueva forma de victimización, hemos de sostener que el trato policial ha de procurar brindar a la víctima:

- Respeto a su dignidad como persona, evitándole tratos o procedimientos ofensivos, molestos e innecesarios tanto a la víctima como a su familia.
- Seguridad y tranquilidad al garantizarle protección a su integridad física. De ser necesario, el custodio policial ha de acompañar a la persona que ha sufrido la agresión a que reciba los servicios médicos de emergencia, acompañamiento que lejos de intimidar o amedrentar a la víctima, la conforte y afiance su seguridad en el sistema de justicia penal.
- Información acerca de los derechos que le asisten. Información sobre la importancia procesal de proteger la evidencia y pruebas del delito.
- Informar y/o derivar a la víctima a las unidades judiciales que correspondan para la recepción de la denuncia. Asimismo los agentes receptores han de procurar obtener el relato de los hechos con la debida celeridad, sutileza y objetividad, sin empeorar la situación de victimización por medio de preguntas o comentarios

repetitivos, ultrajantes y hasta humillantes sobre el agresor, la forma de ejecución de la infracción y su reacción personal frente a la agresión; situación que se evidencia mucho en los delitos contra la libertad sexual o producto de violencia intrafamiliar.

- Darle a conocer, en la medida de lo posible, la ubicación, la dirección, los contactos y/o el número telefónico de los centros socio-asistenciales más cercanos.

- **Fiscalía y asistencia**

Los PFNU puntualizan que, aunque las leyes y procedimientos de cada jurisdicción y región proporcionan distintos modos de iniciar la acción penal, la Fiscalía requiere estar preparada para comprender las complejas circunstancias que envuelven el drama criminal.

La Fiscalía es también una institución que interviene en la respuesta de la primera línea y uno de sus objetivos primordiales no puede ser sino tratar a todas las víctimas y testigos con respeto y dignidad a efecto de prevenir, especialmente en esta etapa, la victimización secundaria.

Muchos países en Latinoamérica han desarrollado programas de asistencia a víctimas y testigos con la intervención de la Fiscalía por ejemplo los programas del Ministerio Público de Chile, México y Argentina. En el caso ecuatoriano, el mandato constitucional dispone que la Fiscalía General del Estado dirija el sistema nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Otros Participantes en el Proceso Penal (Art. 198). Sin perjuicio de que más tarde volvamos sobre este punto, por el momento diremos que estos programas

consideran la importancia de que la víctima sea informada sobre sus derechos, sobre el estado de la causa y sobre las demoras que ocurran en el proceso penal, además de custodiar la integridad física y psicológica de ella y su familia frente a posibles agresiones.

En atención al esquema planteado, corresponde ahora hacer mención de aquellas responsabilidades de los fiscales frente a la víctima (sin importar que ella se encuentre amparada o no bajo el sistema de protección a víctimas):

- Informar y explicar en términos sencillos y por medio de un lenguaje elemental sobre el sistema penal.
- No perturbar la intimidad personal y familiar de la víctima en la práctica de diligencias de reconocimiento material para establecer la existencia del delito e identificar a los posibles responsables. Para lograr este cometido, el Fiscal ha de impartir las instrucciones pertinentes a la Policía Judicial, como cuerpo auxiliar de la Fiscalía, a fin de que los medios y técnicas de investigación a aplicarse para la obtención de evidencias no resulten perjudiciales o dañinas para el agredido. Recordemos que el uso de medios violatorios de los derechos humanos para efectuar averiguaciones o indagaciones, o cumplir actuaciones atrabiliarias que afecten los derechos fundamentales que forman parte de la garantía del debido proceso, solo acarreará nulidades y la imposibilidad de que la sociedad pueda sancionar a los infractores. Para evitar que esto acontezca, es de suprema urgencia que la Fiscalía y la Policía Judicial instruyan adecuadamente a todos y cada uno de sus miembros sobre las reglas del debido proceso, las garantías que incluye y la ley procesal penal.

- Proveer a las víctimas de los servicios básicos de: transporte, información y notificación sobre las decisiones de la Fiscalía, el estado del procesamiento penal, la libertad o detención del imputado, la resolución de la causa, etc.
- Asistir al perjudicado en la restitución de los objetos de su propiedad y que estuvieren relacionados con la infracción, una vez que hubieren sido debidamente utilizados en la causa penal, a menos que exista una razón fundada para no hacerlo.
- Proveer información sobre servicios relacionados a acciones preventivas, de manera especial en los casos de delitos sexuales por ej. servicios médicos orientados a evitar el contagio de enfermedades infecciosas, embarazos no deseados, etc.
- Brindar, en lo posible, salas de espera diferentes para víctimas, familiares y testigos de las víctimas, de aquellas en donde se encuentre el imputado del delito.

- **Administración de justicia y asistencia**

Según Marchiori H. (2009), para la administración de justicia la cooperación de la víctima resulta de suma importancia porque su intervención indudablemente permite:

- Conocer la comisión de un delito;
- Conocer al delincuente;
- Conocer la comunidad, región o sector donde se cometió el delito;
- Aplicar las medidas penales, punitivas, correccionales y preventivas pertinentes; y,

- Evitar la comisión de nuevos actos ilícitos.

Sin embargo, paradójicamente, en la gran mayoría de las ocasiones la víctima carece de toda información sobre la estructura orgánica y funcionamiento de la administración de justicia, sobre los mecanismos jurídicos que le amparan, sobre el proceso penal en general; de ahí surge, como lo indican las investigaciones victimológicas, víctimas y testigos intimidados y confundidos que abandonan sus legítimas aspiraciones de obtener el resultado esperado del proceso penal. En este punto, es preciso recordar que el proceso penal tiene numerosas y diversas implicaciones que para la víctima significan:

- El conocimiento público su situación personal e historia familiar (delitos sexuales, conductas delictivas en el grupo familiar, violencia doméstica reiterada, etc.)
- Humillación social a través de la prensa, en muchas ocasiones también por parte de los defensores de los autores/imputados de los delitos.
- Estigmatización, marginación familiar y/o social.
- Culpabilización de la víctima del comportamiento delictivo responsabilizándola de la agresión.
- Temores frente a represalias, etc.

Frente a esta situación se vislumbra la necesidad de mejorar la situación de la víctima durante el proceso penal. Los cambios y reformas criminológicas-jurídicas tendientes a una mayor comprensión y consideración de la víctima han puesto de manifiesto los siguientes aspectos que se sugieren sean tomados en cuenta por los operadores de justicia:

- Que las víctimas y testigos sean provistos con información sobre sus derechos, sobre el estado de la causa, sobre las fechas y lugares en donde han de practicarse las diferentes pesquisas y diligencias judiciales, sobre datos en cuanto a la libertad del imputado, sobre la decisión de tribunal en cuanto a la sentencia, etc.
  - Procurar, en lo posible, la participación de la víctima en todas las instancias del proceso penal (se haya constituido o no como parte procesal).
  - Impedir que se lleven a cabo prácticas atentatorias a la dignidad de los involucrados. Proteger a las víctimas particularmente vulnerables: niños, víctimas de abuso sexual, ancianos, familias de víctimas de asesinato, personas discapacitadas, etc.
  - Promover, cuando sea pertinente, la mediación entre la víctima y el autor; etc.
- **Personal profesional y asistencia**

A más de los servicios que han de ser prestados por las referidas entidades y organismos públicos, consideramos indispensable que, para un positivo y exitoso proceso de recuperación integral, la víctima se vea fortalecida en virtud de la oportuna asesoría y acompañamiento brindado por sujetos individuales o por centros de atención integral a víctimas, los cuales sin perjuicio su naturaleza pública o privada, han de estar basados en un modelo de atención interdisciplinario. Ya sea que la víctima opte por un modelo de asistencia de carácter particular o institucional, estimamos pertinente que ésta reciba atención especializada desde cada una de las siguientes ramas del conocimiento, y en las cuales se procurará:

- **Psicología:**

- Estabilizar la situación emocional de la víctima.
- Identificar necesidades afectivas, preocupaciones, traumas, trastornos de ansiedad, desordenes de la personalidad, niveles de interacción social, familiar y de pareja.
- Determinar la psicoterapia adecuada en razón del diagnóstico victimológico.
- Impedir el recrudecimiento de la traumatización, poniendo bases de una guía ulterior de comportamiento y de asunción de los problemas por parte de la víctima y su familia.

- **Medicina:**

- Brindar los servicios sanitarios de emergencia interfiriendo con el progreso del padecimiento, previniendo las complicaciones y, en última instancia, posponiendo la muerte.
- Determinar el diagnóstico de enfermedades así como a su tratamiento.
- Intervenir en la prevención de enfermedades.

- **Asesoría jurídica y legal:**

- Orientar jurídicamente a la víctima, advirtiéndole los derechos que le asisten.

- Explicar a la persona perjudicada el trámite a seguir, las posibilidades e implicaciones de una intervención penal o de una solución mediadora alternativa.
  - En caso de que la víctima tome la decisión de formar parte de la causa penal, su abogado ha de informarle debidamente acerca de la marcha del proceso. En este momento, el profesional del Derecho deja de ser un simple asesor legal que cumple su actividad con un consejo intrascendente o con la mera expresión de su opinión versada; sino que ha de convertirse en un sujeto activo dentro del proceso penal, debiendo dirigir toda su participación procesal hacia la consecución de las aspiraciones de su patrocinado: actuando pruebas; solicitándolas con inteligencia y oportunidad, o interviniendo en las pedidas u ordenadas a petición de sus oponentes, o en sus evacuaciones; presentando alegatos; interponiendo fundadamente los recursos que le franquea la ley, etc.
- 
- **Trabajo social:**
    - Identificar las características del grupo familiar, la situación económica-social, el nivel de educación, el grado de afectividad, el estado de salud de sus integrantes.
    - Determinar estrategias de protección: salir del entorno violento-delictivo, cambiar de domicilio, realizar seguimientos, mantener contactos telefónicos, etc.
    - Realizar las gestiones pertinentes ante organismos de apoyo económico-social, etc.

Finalmente, concluiremos este apartado señalando que en toda intervención asistencial han de ser tomados en cuenta los siguientes aspectos básicos y fundamentales de la tarea victimológica, esto son:

- a. El respeto a la integridad de la víctima en todo momento.
- b. La asistencia debe procurar proveer información real y clara sobre todos los derechos y posibilidades de las víctimas, así como facilitar el acceso a los mismos
- c. Los profesionales, técnicos y demás operadores que representan las instituciones gubernamentales y no gubernamentales y que intervienen en los primeros momentos en el conocimiento, asistencia médica, emocional, jurídica y social de la víctima, necesitan estar preparados y sensibilizados sobre la problemática y las graves consecuencias de la victimización.
- d. La asistencia integral a las víctimas debe ser un requerimiento esencial del sistema, apoyo que además debe tener un contenido específico para determinadas víctimas en atención a sus circunstancias particulares.
- e. Iniciativas públicas y privadas pueden (y deben) actuar en este ámbito.
- f. El Estado debe proporcionar capacitación al personal de la fuerza pública, de justicia, de salud, organizaciones no gubernamentales, etc. para responder en forma adecuada y eficaz las necesidades de las víctimas. Además ha de fomentar la creación de oficinas de asistencia multidisciplinar, de voluntariados y consultorías universitarias, a través de las cuales los miembros de la sociedad asuman responsabilidad y concientización en cuanto a la situación de las víctimas.

*c) Derecho a la libertad, seguridad y protección.*

El apdo. 6A.d) de los PFNU señala que “los Estados deben adoptar medidas para garantizar la seguridad de las víctimas, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.”. En un sentido más amplio el Art. 8.1 de la Decisión de Marco del 2001 advierte que los Estados garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, de proceder, a sus familiares o personas que se encuentren en situación equivalente, siempre que la autoridad competente considere que existe un riesgo grave de represalias o indicios de una clara intención de perturbar su vida privada.

Con el reconocimiento de este derecho, se pretende otorgar amparo a las víctimas contribuyendo, como señala Delgado M. citado por Sanz Hermida A. (2009), en sentido amplio, a que se incremente su nivel de seguridad y, en sentido restringido, a evitar la reiteración delictiva. En definitiva, se trata de impedir la intimidación de las víctimas y procurar que presten libremente su testimonio. A estos efectos, tomaremos como referente la Recomendación R (97) 13, la cual en su aparatado primero nos dice que debe entenderse por intimidación como “toda amenaza directa, indirecta o potencial ejercida sobre un testigo y que pueda conducir a una injerencia en su deber de testificar”.

Sanz Hermida A. (2008) toma como referente la mencionada Recomendación R (97) 13, y consagra como principios básicos de todo marco de protección de testigos los siguientes:

- a. La adopción de medidas legislativas y prácticas apropiadas que permitan a los testigos testificar libremente y sin ser sometidos a maniobra alguna de coacción o intimidación.

- b. La importancia de organizar la protección de testigos tanto antes, como durante y después del proceso.
- c. La punición formal y material de cualquier acto de intimidación de testigos.
- d. La necesidad de propiciar y reforzar el compromiso de los testigos a comunicar a las autoridades competentes cualquier información relativa a un hecho punible, y que acepten testimoniar acerca del mismo delante de un juez o tribunal.
- e. La posibilidad de que los órganos jurisdiccionales competentes puedan tomar en consideración el efecto de la intimidación de los testigos, con respecto al principio procesal de la libre valoración de la prueba o sana crítica.
- f. La necesidad de que el personal que trabaja en la justicia penal reciba una información adecuada para tratar los casos en los que los testigos son susceptibles de ser sometidos a intimidación.

Con carácter general podemos afirmar que las referidas medidas de protección de la seguridad de las víctimas y testigos están presentes en la mayor parte de los ordenamientos –incluido el ecuatoriano-, a través del establecimiento de distintos instrumentos jurídicos tales como:

- **La adopción de medidas cautelares frente al inculpado:**

Una de las finalidades más importantes que, desde el punto de vista victimológico, puede concederse a las medidas cautelares de carácter personal es la protección de la víctima/testigo y, en su caso, la de sus familiares y personas allegadas. El objeto esencial es impedir precisamente que durante las fases de investigación y la de juicio oral el inculpado pueda

llevar a cabo determinados actos de intimidación contra aquellos sujetos con el fin de evitar que la víctima/testigo realice un testimonio que resulte incriminatorio para dicho imputado en la causa penal. Siguiendo esta línea tutelar, el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano en su Art. 160, prevé en los numerales pertinentes las siguientes medidas cautelares de carácter personal:

- La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares (núm. 1).
- La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas (núm. 2).
- Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos (núm. 5).
- Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos (núm. 6).
- Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia (núm. 7).
- Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica (núm. 8).
- Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6 del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia (núm. 9).
- El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial (núm. 11).

- La prisión preventiva (núm. 13)

- **Los programas especiales de protección de víctimas y testigos:**

El establecimiento de programas especiales de protección a víctimas y testigos ha de tener como objetivo esencial la salvaguarda de la vida y la seguridad de los testigos y de sus allegados (Sanz Hermida A., 2008). Para alcanzar dichos objetivos, el Estado debe ofrecer, a través del órgano competente, diversos tipos o parámetros de protección, entre los que cabe destacar:

- Evitar que en las diligencias judiciales y/o administrativas consten los datos generales de la persona protegida, así como cualquier otro dato que permita su identificación. Dadas las circunstancias, puede incluso ser considerado el cambio de identidad, provisional o permanentemente.
- La prohibición de que el sujeto protegido sea fotografiado o se capte su imagen por cualquier medio.
- La ocultación del domicilio o lugar de residencia del sujeto implicado. De ser imperioso, han de practicarse cambios de residencia o domicilio, bien con carácter provisional mientras dure la tramitación de la causa, bien con carácter permanente, si permanece el riesgo para la seguridad del protegido y/o su familia.

- La posible prestación de testimonios a través de la utilización de medios audiovisuales o telemáticos de modo que se evite su confrontación personal con el inculpado.
- Brindar custodia policial mientras se mantengan las circunstancias de peligro.
- Facilitar la salida del país y residencia en el extranjero del protegido, etc.

De conformidad con la Constitución de la República del Ecuador,

La Fiscalía General del Estado dirigirá el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, para lo cual coordinará la obligatoria participación de las entidades públicas afines a los intereses y objetivos del sistema y articulará la participación de organizaciones de la sociedad civil.

El sistema se regirá por los principios de accesibilidad, responsabilidad, complementariedad, oportunidad, eficacia y eficiencia (Art. 198).

El sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, dirigido por la Fiscalía General del Estado, no constituye otra cosa que un conjunto de acciones positivas, interinstitucionales y vinculantes, cuya finalidad es proteger la integridad física, psicológica y social de aquellas personas que se hallen amparadas por él, facilitando su intervención en el proceso penal y evitando que el delito perseguido quede en la impunidad.

Los beneficiarios de este programa son -como su nombre lo indica- las víctimas, testigos y otros participantes, entre los cuales encontramos: jueces, fiscales, miembros de la policía judicial, etc., así como sus familias. Para su ingreso, se requiere que el participante en cuestión, haya colaborado o pueda colaborar con la justicia y que por esa colaboración haya sido o pueda ser amenazado o agredido (Sanz Hermida A. 2008).

Por otra parte, los servicios que han de prestarse son: protección policial, acogida inmediata; manutención y ayuda económica por una sola vez; asistencia psicológica, médica y social; ayuda a conseguir un empleo, estudio para niños, jóvenes, etc.

Ahora bien, pese a la loable labor que ha de atribuirse a la Fiscalía como ente director del referido sistema, tal como lo señala el Fondo de Justicia y Sociedad (s.f.), dicho organismo todavía no cuenta con una política estructurada en la materia y posee pocos recursos, lo que le impide afrontar a cabalidad esta misión institucional. De hecho en distintas jurisdicciones de país no existe un departamento encargado de la protección a las víctimas, y en aquellas en las que existe, los miembros policiales suponen un recurso totalmente limitado y excepcional. En la ciudad de Cuenca, de conformidad con lo expuesto por “La Víctima del Delito” (investigación aún no publicada), se han identificado dos problemas fundamentales: la falta de personal y la excesiva carga de trabajo que les supone para aquel existente; y, la insuficiencia de espacio en las instalaciones asignadas para el efecto.

Adicionalmente, hemos de evocar lo expuesto por el Fondo de Justicia y Sociedad (s.f.):

Se debe tener presente que sin la colaboración de ellas (las víctimas) es muy difícil que la Fiscalía consiga impulsar una causa hasta la etapa de juicio. Incluso dejando de lado el aspecto humano, debe tenerse plena conciencia que desde el punto de vista pragmático, es imprescindible que se preste un servicio público de calidad a las víctimas capaz de constituir un medio de publicidad del sistema y conseguir su participación e impulso decidido del proceso penal (p115).

Finalmente, cabe mencionar que existe controversia en cuanto a la conveniencia de que sea el propio órgano que persigue el delito, el que tenga a su cargo la protección de víctimas y testigos, su asistencia y la prestación de servicios especializados que requieran la intervención de un personal multidisciplinario; ello bajo la consideración de que probablemente estén mejor implementados por una institución cuya finalidad sea exclusivamente ésta. Un ejemplo de esta iniciativa privada lo encontramos en México, país en el cual la Sociedad Mexicana de Criminología y el Instituto Nacional de Ciencias Penales han desplegado sus acciones conjuntamente con instituciones civiles en todo el territorio mexicano a fin de que dichas entidades privadas respondan a un modelo de centros de atención integral dedicados exclusivamente al apoyo de las víctimas; de allí que oficinas como estas no dependen del Ministerio Público mexicano, ni de ninguna dependencia estatal, procurando de esta manera que la asistencia al trauma de la victimización sea especializada, técnica e independiente (Neuman E., 2001).

- **Medidas que afectan a la publicidad de los juicios.**

Si bien la Carta Magna ecuatoriana prevé como una garantía del derecho a la defensa la publicidad de los procedimientos, prevé asimismo que dicha garantía pueda ser limitada de acuerdo a las excepciones previstas en la ley; y son precisamente estas limitaciones las que, en su momento, constituirán mecanismos para resguardar la intimidad de la víctima. En este contexto, la ley penal adjetiva ecuatoriana consagra este principio y su restricción en los siguientes términos:

Art. 255.- Publicidad.- La audiencia del tribunal penal será pública; pero será reservada cuando el proceso tenga por objeto el juzgamiento de los delitos comprendidos en los Títulos I y VIII del Libro Segundo del Código Penal, y se realizará con la sola presencia del acusado, del acusador particular si lo hubiere, de los defensores, del Fiscal, y del secretario, y si fuere del caso, de los peritos y de los testigos, sin que pueda violarse la reserva, durante o después de la audiencia.

Cabe recalcar que los delitos a los que hace alusión la citada disposición normativa son aquellos que se cometen contra la seguridad del Estado y que hacen referencia a la rufianería y corrupción de menores, percibiéndose el carácter protector de la norma, de manera más evidente, en los últimos supuestos delictivos, toda vez que en estos casos nos encontramos frente a víctimas especialmente vulnerables cuyos bienes jurídicos primarios fueron agraviados de la forma más violenta posible.

En conclusión, diremos que la protección de la víctima demanda al Estado la adopción de numerosas medidas dirigidas a minimizar el impacto del proceso penal sobre la misma y sus allegados, especialmente en sus comparencias y declaraciones en calidad de testigo antes, durante e incluso luego de la sustanciación del proceso penal; protección que además reclama velar por su seguridad frente a amenazas o represalias que puedan llegar a poner en riesgo su integridad. Solo en la medida en la víctima se sienta auxiliada por las entidades oficiales, colaborará en la investigación, persecución y condena de las infracciones.

*d) Derecho a la tutela judicial y acceso a la justicia.*

La Constitución de la República de 2008, proclama en su Art. 75 como un derecho de protección que:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

No obstante de este reconocimiento constitucional, uno de los problemas fundamentales que, durante años, ha afectado a las víctimas ha sido el acceso a la justicia con el objeto de lograr una tutela adecuada de sus derechos. “La construcción del sistema de garantías del proceso penal se ha hecho en

algunos ordenamientos jurídicos pensando básicamente en el imputado, olvidando a las víctimas del delito” (Solé Riera, citado por Sanz Hermida A., 2009, p.59). En efecto, tal como lo hemos venido repitiendo, desde que el Estado asumió el monopolio del ejercicio del *ius punendi*, el papel de la víctima ha quedado reducido, en muchos casos, al ámbito civil, considerándose su actuación en el proceso penal como innecesaria, e incluso, negativa por ser una forma de dar cabida a eventuales sentimientos represivos, alejados de la idea de un Derecho Penal preventivo y resocializador. Se teme que una mayor relevancia al papel de la víctima sirva para devaluar el sistema de garantías fundamentales que tutelan la posición del imputado en el moderno proceso penal.

Nada más lejos de la realidad. Si bien, tradicionalmente, el proceso penal ha sido entendido como un instrumento de realización del *ius punendi* del Estado, y si bien esto es así, ya que el derecho de castigar por la comisión de un ilícito penal solo puede llevarse a cabo a través del proceso; el contexto jurídico característico de los Estados sociales y democráticos de Derecho, junto con la existencia de un importante elenco internacional de instrumentos de protección de los Derechos Humanos, lleva a hacer una reinterpretación de dicha finalidad en el sentido de concebir al proceso penal como un instrumento de garantía, de salvaguarda del régimen de valores, derechos y libertades fundamentales reconocidos. Garantía, en primer lugar, para el imputado o acusado de una causa penal que no podrá ser condenado sino con apego al principio de legalidad y en virtud de la destrucción del principio de presunción de inocencia a través de un debido y justo proceso.

Garantía en segundo lugar, para el resto de ciudadanos que, en su caso, podrán ver realizado el *ius punendi* ante la existencia de un ilícito penal. Pero también ha de ser garantía para las víctimas de delitos que han de verse adecuadamente protegidas y tuteladas en sus derechos. Luego, si partimos de la concepción del proceso penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales, y que como tal, ampara a todos los ciudadanos, su protección no puede, ni debe agotarse en la custodia al imputado/acusado que se mantiene resguardado por numerosas garantías constitucional e internacionalmente reconocidas: el in dubio pro reo, la presunción de inocencia del imputado mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada, el derecho al silencio, la invalidez de las pruebas de cargo obtenidas con violación a las normas, el derecho a contar con un abogado pagado por el Estado -mientras que la víctima tiene que sufragar los honorarios de su abogado defensor-, etc.; dicho sistema de justicia penal ha de amparar también a la víctima que, como ciudadano en condiciones de igualdad, debe ser debidamente protegida por un cúmulo de derechos en su favor. En un esfuerzo por lograr dicha asistencia, el Art. 69 de Código de Procedimiento Penal consagra como “Derechos del ofendido” los siguientes:

1. A intervenir en el proceso penal como acusador particular;
2. A ser informado por la Fiscalía del estado de la indagación preprocesal y de la instrucción;
3. A ser informado del resultado final del proceso, en su domicilio si fuere conocido, aun cuando no haya intervenido en él;

4. A presentar ante la fiscal o el fiscal superior quejas respecto de la actuación del agente de la Fiscalía, en los casos siguientes:

a) Cuando no proporcione la información sobre el estado de la investigación dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en el que fue solicitada;

b) Cuando de la información se desprenda falta de diligencia en la actividad investigativa;

c) Cuando la inadecuada actuación de la fiscal o el fiscal ponga en riesgo la obtención o la conservación de vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba; y,

d) En general cuando hubiere indicios de quebrantamiento de las obligaciones de la fiscal o el fiscal.

5. A solicitar a la jueza o juez de turno que requiera de la fiscal o el fiscal que, en el término de quince días se pronuncie sobre si archiva la denuncia o inicia la instrucción. Para el ejercicio de este derecho se requiere haber interpuesto previamente la queja a la que se refiere el numeral anterior y, que ésta no hubiera sido resuelta en el término de quince días;

6. A que se proteja su persona y su intimidad, y a exigir que la policía, la fiscal o el fiscal, la Jueza o Juez de Garantías Penales y el Tribunal de Garantías Penales adopten para ello los arbitrios necesarios, sin menoscabo de los derechos del imputado; y,

7. A reclamar la indemnización civil una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, conforme con las reglas de este Código, haya propuesto o no acusación particular.

De las prerrogativas antes señaladas, se desprenden, básicamente, tres derechos victimo-asistenciales a saber: derecho a la información, derecho a la participación y derecho a la protección. En razón de que este último ya lo hemos analizado con algún detalle en las líneas precedentes, hemos de centrarnos en los dos primeros.

### **Derecho a la información**

El objetivo esencial del reconocimiento de este derecho es garantizar que la víctima tenga acceso de forma efectiva y por los medios que considere adecuados, a la información pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información necesariamente deberá provenir de la autoridad competente, pudiendo ser en su caso: la autoridad judicial, la policía o la Fiscalía.

El apartado A6 de los PFNU, bajo la rúbrica, “acceso a la justicia y trato justo”, establece que se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, informándolas, entre otras actuaciones, de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves/violentos y cuando hayan solicitado información.

Diremos entonces que la víctima tiene derecho a recibir información, por parte de los servicios públicos oficiales, respecto al curso del proceso penal; propiamente, lo pertinente al lugar y modo en el que puede presentar una denuncia; el curso de la denuncia presentada; las

actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de ellas; a conocer los elementos que le permitan, caso de enjuiciamiento, seguir el desarrollo del proceso penal; los recursos y prestaciones a que tiene derecho; los requisitos para recibir una indemnización; la resolución de finalización del proceso, etc.

“En la medida que la información es poder, es presupuesto de la capacidad de ejercicio de otros derechos” (Tamarit Sumalla J., 2006, p. 44).

### **Derecho a la participación**

En el nuevo sistema procesal, la definición conceptual de la acción se ha orientado hacia un claro predominio del interés público frente al privado, coincidiendo, en este sentido, con la atribución exclusiva del ejercicio de la acción penal -tratándose de delitos de acción pública- a un ente estatal (Fiscalía), el cual solo pretende la realización del derecho objetivo y no tanto la tutela de un interés individual. Sin embargo, no puede desconocerse que el ofendido es sujeto coadyuvante, casi siempre necesario, del ejercicio de la acción penal, y que relegarlo en una posición procesal marginal puede llevarlo al ajusticiamiento por mano propia, con lo cual incurriremos en el error que se quiso salvar (Vaca Andrade, 2003).

Si partimos del hecho de que el cometimiento de una infracción perjudica en primer lugar y principalmente a quien sufre el perjuicio tras la acción delictiva, hemos de encontrar como consecuencia lógica y necesaria, la facultad de dicho perjudicado de intervenir en el posterior

enjuiciamiento, de haberlo, como sujeto procesal a fin de hacer efectivas sus pretensiones, ya sean estas vindicativas y/o indemnizatorias. Para lograr tal cometido, de conformidad a la norma penal adjetiva, el ofendido deberá presentar en el momento oportuno su acusación, de acuerdo a los citados Arts. 52 y 55 del Código de Procedimiento Penal; oportunidad a la que se refiere, en cada caso, el Art. 57 del mentado cuerpo legal, según asuma el papel de acusador particular o de acusador privado, en delitos de acción pública o privada respectivamente.

En este punto, hemos de volver a recalcar que, tratándose de delitos de acción privada, el derecho de la víctima a intervenir en el proceso penal se vuelve real y efectivo toda vez que, tal como lo expresamos anteriormente, para el ejercicio de la acción penal privada resulta imprescindible la querrela del ofendido. Luego, será la exclusivamente la víctima la que decida acerca de la iniciación, sustanciación e impulso del proceso penal; puesto que, al ser sujeto principal e indispensable, sin su intervención, simplemente no hay proceso, ni por tanto enjuiciamiento. No así en los delitos de acción pública, en los cuales, de no existir dictamen fiscal acusatorio no se continuará con la tramitación de la causa penal y, en consecuencia, la víctima se verá absolutamente imposibilitada de ejercer el derecho a actuar, intervenir, gestionar y alegar como parte procesal; no pudiendo, por tanto, intervenir en las diligencias, ser notificado con las distintas providencias, pedir al juez que se cumplan ciertas actuaciones, impugnar decisiones, aportar elementos de prueba, intervenir en la etapa intermedia y de juicio, preguntar y repreguntar a los

testigos, presentar alegatos, interponer recursos etc. En concordancia con ello, el Código de Procedimiento Penal dispone que: “La etapa del juicio se sustanciará a base de la acusación fiscal. Si no hay acusación fiscal no hay juicio” (Art. 251). Luego, el ejercicio del mentado derecho victimo-asistencial se halla supeditado a la decisión de un tercero, de un agente ajeno al drama criminal padecido por la víctima.

La expropiación de la acción penal que ejerce el Estado, salvo en los delitos de acción privada, importa en la práctica una limitación de los derechos y garantías de la víctima, aun cuando asuma el rol de parte querellante -devaluada- en el proceso penal, y desnaturaliza los conceptos de debido proceso e igualdad ante la ley (Lorences V., 2012, p. 76).

A manera de corolario, hemos de recordar que la función esencial del sistema penal de administración de justicia en un Estado constitucional de derechos y justicia debe ser la de atender las necesidades de las víctimas, tratarlas con comprensión y respeto a su dignidad, salvaguardar sus intereses así como aumentar la confianza en la justicia penal y alentar su cooperación; para ello, es preciso diseñar los mecanismos necesarios para suministrarles información suficiente acerca del rol que pueden desempeñar en el proceso, del desarrollo del mismo, del contenido y alcance de las decisiones judiciales, además de garantizar que sus opiniones y solicitudes serán tenidas en cuenta y decididas sin dilaciones, en las etapas adecuadas de la actuación.

*e) Derecho a la compensación e indemnización.*

El proceso penal puede acarrear responsabilidades que no se agotan con el dictado de la pena para el autor; sino que puede determinar consecuencias de naturaleza patrimoniales, a favor de aquel que fuera perjudicado por la actuación del agente delictivo; con ello, nace la figura del actor civil, persona que se considera perjudicada por el hecho investigado, y que endereza una acción con contenido pecuniario respecto de quien entiende responsable por los daños y perjuicios que subjetivamente manifiesta haber padecido, en búsqueda de un resarcimiento patrimonial diferente a la condena penal, la que se dicta en interés general (Lorences V., 2012).

Los PFNU, así como otros textos y convenios internacionales en este ámbito reconocen el derecho a la restitución, compensación e indemnización como uno de los derechos básicos y como un aspecto capital de la política de protección de las víctimas. En este sentido, el Apartado A. 8. de tal instrumento jurídico, prevé que los delincuentes resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Se señala además que ese resarcimiento, comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de los servicios y la restitución de derechos. Luego, el objetivo es tratar de paliar, aminorar y resarcir los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito.

A criterio de Saampedro-Arrubla J. (2008), el fundamento político-criminal de la indemnización tiene como punto de partida el reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad ante las víctimas. Por ello, el órgano jurisdiccional competente, al declarar la existencia de

responsabilidad civil, deberá determinar el alcance y cuantía de la misma. En esta valoración se deberá tener en cuenta el alcance y la magnitud del daño, perjuicio o lesión, a cuyo efecto se pueden designar los peritos que correspondan y también deberán considerarse las alegaciones efectuadas por los interesados en el proceso (Sanz Hermida A., 2008).

En este contexto, el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal incluye como uno de los requisitos de la sentencia, “la condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción en la determinación del monto económico a ser pagado por el sentenciado al ofendido haya o no presentado acusación particular” (numeral 5).

Por lo tanto diremos que luego de culminado el juicio penal con sentencia firme el ofendido, se hubiere constituido o no en acusador particular, tiene derecho ser indemnizado. “Este sistema constituye un avance del nuevo régimen procesal para conseguir un trato más adecuado a las víctimas” (Fondo Justicia y Sociedad, s.f.).

El legislador no estableció una vía específica o especial para tramitar la demanda del ofendido en materia de reparaciones. En tal virtud, se tramita por un procedimiento subsidiario establecido en materia civil, el trámite ejecutivo, iniciándose el mismo con el llamado “auto al pago”, concediéndosele al demandado el término de tres días para que pague o dimita bienes y continuándose, de esta forma, con la llamada vía de apremio en los términos previstos por el Código de Procedimiento Civil. Empero, hemos de recalcar que dicho trámite, pese a su denominación es un trámite escrito y demorado. Asimismo, no existe la posibilidad de demandar los perjuicios de forma

paralela o independiente al juicio, tampoco si el imputado o acusado ha sido sobreseído o haya recibido sentencia absolutoria. El procedimiento elegido es un mecanismo tortuoso y poco efectivo. Por otra parte, los montos indemnizatorios suelen ser muy bajos y hasta irrisorios.

Un aspecto importante que desalienta a las víctimas al presentar reclamos civiles es la difundida tendencia entre nuestros jueces a subvalorar las indemnizaciones. En nuestro país, los montos que se fijan comparados a los de otras realidades son ínfimos (Fondo Justicia y Sociedad, s.f.).

En atención a todas estas dificultades que se presentan al momento de efectivizar y materializar dicho derecho, la corriente victimológica contemporánea ha propuesto que la reparación económica se incluya dentro del tipo penal, en esta línea Saampedro-Arrubla J. (2008) opina que “se debe procurar la inclusión de la reparación como sanción penal autónoma en el contexto penal” (2008, p. 364).

Para terminar el presente apartado, en el cual hemos desarrollado con algún detalle los derechos victimo-asistenciales; concluiremos que, de lo expuesto, se puede apreciar dos cuestiones fundamentales: la primera implica la necesidad de acabar con la denominada victimización secundaria, considerada como cualquier incremento innecesario del daño producido en la víctima de un delito o en distintas personas ligadas afectivamente, así como de los testigos, como consecuencia de sus relaciones con el sistema público y que se traducen en la producción de daños de dimensión psicológica o patrimonial derivados de la

inadecuada asistencia e información por parte del sistema institucional. La segunda de las cuestiones supone la consideración de que el derecho al debido proceso ya al respeto de las garantías del imputado en una causa criminal son compatibles con otorgar a las víctimas una posición protegida frente al agresor, entendiendo a tal actitud como una obligación del Estado constitucional de derechos y justicia.

#### **4. Los sujetos intervinientes en la reparación.**

A fin de que la reparación sea efectivizada desde el punto de vista patrimonial, resulta preciso que en la sentencia queden perfectamente delimitados el o los responsable/es civiles y los sujetos que ostentan el derecho al resarcimiento. En estos supuestos de ejercicio de la pretensión civil por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito, en principio tendrán derecho al resarcimiento, las víctimas de dicho hecho, mientras que estarán obligados a su prestación aquel o aquellos sujetos a los que les atribuye su comisión. No obstante, esta afirmación no es del todo precisa de acuerdo a los postulados de la nueva corriente victimológica, en tal sentido los PFNU hablan de que los delincuentes o terceros responsables de su conducta (en cuanto al sujeto activo de la reparación) y de la necesidad de resarcir, junto a la víctima, a otros sujetos como sus familiares a las personas a su cargo (Apdo 8).

Efectivamente, el derecho al resarcimiento en estos efectos no tiene por qué corresponder exclusivamente a la víctima/titular del bien jurídico lesionado, sino que se extiende a toda persona que ha sufrido un daño como consecuencia del ilícito, toda vez que junto a las víctimas “directas” (personas contra quien se ha dirigido el delito), coexisten otros tipos de víctimas cuyo derecho al resarcimiento no siempre está

reconocido, estas son las llamadas “víctimas dependientes” (personas que accidentalmente son alcanzadas por el hecho delictivo).

Además, por lo que se refiere a las personas civilmente responsables, en los ordenamientos jurídicos se viene designando como tales no sólo a aquellos sujetos responsables criminalmente, sino a aquellos sujetos que, bien por un imperativo legal (por ej. personas sobre las que recae algún deber especial de guardia o vigilancia sobre el infractor), bien como consecuencia de la autonomía de la voluntad (ej. las compañías aseguradoras), los cuales están llamados a responder de dichos daños a título subsidiario o solidario.

Más allá de estas nuevas consideraciones propuestas principalmente por la nueva doctrina victimológica, hemos de precisar que, tal como lo afirmamos en su momento, la reparación supone un contenido amplio que puede abarcar a más de prestaciones materiales (elementos propios de la responsabilidad civil), prestaciones inmateriales tales como: disculpas públicas, la dedicación de tiempo o trabajo en favor de las víctimas, etc. Prestaciones que han de ser imperiosamente cubiertas, en primer lugar, por el responsable del delito a fin de mitigar y reparar los efectos de la criminalidad (recordemos que una de las fuentes de las obligaciones, de acuerdo al Código de Civil, es precisamente el delito y el cuasidelito). Empero en este punto hemos de evocar a Neuman E. (2001), autor argentino quien expone que:

La abrumadora cantidad de crímenes deben convencer a los Estados de la urgente necesidad de encarar en lo vivo medidas de prevención, por un lado, y, por el otro, los medios para un rápido resarcimiento económico de las víctimas (p.268).

Dentro de las circunstancias que judicial y socialmente impiden el resarcimiento de daño a la víctima, según lo que se observa en las legislaciones y en la realidad práctica, el mentado autor argentino señala las siguientes:

- a. Casos en los que si bien el daño se encuentra legislado como pena pública, y así se recoge en la sentencia condenatoria, rara vez es efectivizado por el sentenciado;
- b. En los casos en que se efectiviza, sólo suele ser una parte de lo decretado en la sentencia y no su totalidad;
- c. Los códigos de procedimiento penal no ofrecen formas de ejecutar la sentencia;
- d. El condenado no posee medios o se insolventa para hacer estéril el cumplimiento de la sentencia condenatoria;
- e. La duración de los juicios civiles suele ser extensa; etc.

Frente a esta realidad, hemos de advertir que el resarcimiento en materia de daños y perjuicios es poco menos que nulo. De ahí que el Estado debe subrogar a los victimarios insolventes, además de brindar los servicios asistenciales necesarios para la recuperación física y psicológica de las víctimas.

Uno de los fines del proceso penal debe ser lograr que los delincuentes sean responsables de resarcir a las víctimas, sus familiares y personas a cargo, compensación a la cual está igualmente obligado el Estado, ya que si este asume como una de sus funciones sociales la defensa, debe ser el responsable de acudir en su auxilio por el daño ocasionado por su falta de defensa. El Estado debe fomentar la creación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas del delito, buscar la rehabilitación del medio ambiente, así como la reconstrucción de la infraestructura y la reposición de instalaciones afectadas por los atentados terroristas (Sampedro-Arrubla J, 2008, p. 364).

## Capítulo IV

### Los sistemas de Justicia Penal: Referencias Básicas

De acuerdo al pensamiento de Beristain A. (1994), actualmente, en líneas generales, se puede decir que la ciencia total del Derecho Penal, incluyendo a la Criminología, avanza principalmente por dos autopistas:

- a. La denominada justicia criminal retributiva, que comienza su camino en la culpabilidad y tiene como meta la pena, en cuanto sufrimiento estigmatizante contra el delincuente, y
- b. La justicia criminal restaurativa, que dirige sus pasos principalmente hacia el análisis de los daños que la criminalidad causa en el sujeto pasivo de los delitos (la víctima) para otorgarle su justa reparación.

Con temor a que nuestros comentarios olviden algunos importantes aspectos relativos al sistema retributivo y restaurativo de la justicia criminal, a continuación haremos una somera referencia respecto de tales visiones en cuanto a sus componentes, su impacto y la utilidad que reportan las mismas en atención a los postulados de la corriente victimológica de vanguardia.

#### **1. Rasgos fundamentales de la justicia retributiva.**

En términos generales podemos decir que la justicia retributiva se centra en el reproche y la culpabilidad del delincuente tras haber infringido la norma penal pública. La acción criminal es vista como un acto en contra del orden estatal, una violación a la ley cuya consecuencia se traduce en la imposición de la pena prevista en la norma. La

punición, es por tanto la reacción (natural) de la generalidad en contra del delincuente, toda vez que éste a raíz de su falta se encuentra en deuda para con la sociedad.

El delito se percibe como un conflicto (ataque) del individuo contra el Estado, desconociéndose así su dimensión personal y conflictiva. “El delito –con apego a esta doctrina- se define a tenor de la formulación legal, sin tomar en consideración las dimensiones morales, sociales, económicas y políticas” (Beristain A., 1994, p.341).

Se reconoce, de esta manera, una relación de adversarios que procuran someter al contrario en un proceso normativo-legal (se promueve el talante competitivo y valores individuales). En este contexto, el sistema de justicia retributiva no supone sino un carácter abstracto a la hora de probar el delito, establecer la culpa y aplicar el castigo respecto del agente del delito (Hidalgo Huerta J. s.a.).

Bajo estas premisas retributivas, la justicia penal, que se define como un “debido proceso”, es privativa de las autoridades gubernamentales, la cual además tiene como protagonistas procesales al infractor y al Estado, marginando a la comunidad y, de forma especial, a la víctima a un papel muy secundario. En razón de que, en palabras de Beristain A. (1994), “el estigma del delito es imborrable” (p.341) y la tras imposición de la amonestación legal – que tratándose de delitos implica la privación de la libertad ambulatoria-, al responsable de la infracción poco le importa solucionar el problema, esto es, el trauma de la victimización que generó con su accionar. En consecuencia, la víctima se verá absolutamente insatisfecha en cuanto a la reparación que le correspondería.

A partir de estas consideraciones, la noción retributiva ha sido objeto de múltiples críticas. Al respecto, Lonrences V. (2012) manifiesta que “el delito origina efectos de diferente tipo, extensión y alcance, teniendo en cuenta si se trata de la víctima, el

victimario o la sociedad; la coerción estadual, aplicada como mera retribución no alcanza” (p.115). Por otra parte, siguiendo a Zaffaroni E. (2004), puede consignarse que el poder punitivo es una forma de ejercicio de poder para decidir sobre un conflicto; pero de ninguna manera debe entenderse como la solución efectiva del mismo, porque deja fuera de las actuaciones a una de las partes, la víctima, sea que se imponga o no una pena; por ello, de ninguna forma alcanza para paliar los resultados de la infracción sobre quien es el titular del bien jurídicamente protegido.

El rol del Estado acusador/juzgador lejos de servir para garantizar las pretensiones de las partes, se presenta como expropiador del conflicto, dejando librada a su suerte a la víctima, la cual, si está en condiciones de esperar, tal vez en algún momento obtenga alguna compensación; caso contrario jamás será alcanzada por la resolución judicial.

Frente a estas objeciones surge en contraposición la llamada justicia restaurativa como un cambio superlativo en el espíritu meramente retribucionista de las leyes y el sistema penal, y procurando convertirse en un verdadero medio de pacificación social.

## **2. Principales lineamientos de la justicia restaurativa.**

La noción restaurativa es una teoría de justicia que enfatiza la composición del daño causado por el comportamiento delictivo a través de procesos cooperativos en los que toman parte las personas involucradas en el mismo. La concepción del delito, como ruptura de las relaciones humanas y sociales, antes que como una violación a la ley, es percibido como un conflicto interpersonal (Tamarit Sumalla J., 2006).

La justicia restaurativa -o también llamada componedora- alude a procesos que tienden a la búsqueda de la solución de las consecuencias que el delito ha originado, a fin de retrotraer o minimizar sus efectos, y a procurar su solución temprana. Para la

obtención de esa finalidad deberá reconocerse la autonomía procesal, igualdad y libre disponibilidad de la víctima a entablar procesos voluntarios que permitan a las partes negociar y conciliar sus intereses.

Podemos decir entonces que la caracterización componedora debe efectuarse en base de las siguientes notas propuestas por Tamarit Sumalla J. (2006):

- El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de la ley. Entre otras consecuencias, de esta premisa deriva una tendencia a considerar el delito más por lo que supone de lesión o perjuicio en los bienes de las personas y de la paz social que por la dimensión objetiva de la infracción.

- La respuesta restaurativa ante el delito tiene como principios: la mínima coerción, la cooperación, el restablecimiento de relaciones humanas, el protagonismo y la participación de las partes en la expresión de sus necesidades y la adopción de compromisos.

- La intervención restaurativa abordará como prioridad la atención a la víctima primaria y en segundo lugar las víctimas secundarias. Para el ofensor, se abre la oportunidad de incidir sobre el mismo para mejorar su interacción con la comunidad.

- El acuerdo reparador pone término a un proceso exitoso, con compromisos razonables, proporcionados y respetuosos con la dignidad humana.

Desde el plano jurídico supranacional, vale la pena destacar que el apdo. 7 de los Principios Fundamentales de la ONU (1985) dispone que se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas. En concordancia con lo previamente manifestado por la ONU, nuestra legislación penal interna, tras la

incorporación de recientes reformas, contempla la posibilidad de que la respectiva causa penal sea archivada en razón del llamado “acuerdo reparatorio”. Al respecto el Código de Procedimiento Penal dispone que:

Art. 37.1.- Acuerdos de Reparación.- Excepto en los delitos en los que no cabe conversión según el artículo anterior, el procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo y, sin más trámite, se remitirá al Juez de Garantías Penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verificare que el delito en cuestión es de aquellos a los que se refiere este inciso y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria.

El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el Tribunal de Garantías Penales avoque conocimiento de la causa.

En la resolución en la que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo solo procederá cuando el Juez de Garantías Penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo.

La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y si no se cumpliere, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal.

Los jueces de Garantías Penales llevarán un registro de los acuerdos de reparación aprobados, y se ingresarán en el sistema informático para conocimiento de todos los operadores de justicia.

Corresponde entonces precisar aquellos delitos en los que, de acuerdo al Código de Procedimiento Penal, no procede esta figura. No cabe la celebración de un acuerdo reparatorio:

- a. Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el orden social;
- b. Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado;
- c. Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio;
- d. Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o,
- e. Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión.<sup>7</sup>

Luego, estos acuerdos restauradores/reparadores buscan otorgar fundamental importancia a los derechos de la víctima, la reinserción del victimario y la paz social. Empero, tal como nos lo advierte Sanz Hermida A. (2008), es preciso no olvidar algunas de las críticas de que han sido objeto dichos instrumentos, como: la escasa transparencia y publicidad de estos mecanismos calificados como “desjudicializadores” o “desformalizadores”, lo que puede traducirse en la ausencia de muchas de las garantías mínimas de cualquier proceso judicial; una idea criminal exageradamente individualista de la causación del delito; y, que con la introducción de la reparación se atenta contra el carácter público del Derecho Penal y contra el principio de igualdad, ya

---

<sup>7</sup> Sobre este punto, podemos destacar algunos delitos tipificados en la ley penal sustantiva y en los que, contrariamente a lo expuesto, cabe la celebración de los referidos acuerdos reparatorios, toda vez que no concurren las circunstancias previstas en lo literales precedentes; encontramos de esta forma: el aborto preterintencional (Art. 442), el homicidio inintencional (Art. 460), la muerte producida en riña (Art.461), las lesiones inintencionales (Art.472), el hurto (Art.547-548), el abigeato (Art. 554-555), entre otros.

que la reacción frente al delito estaría condicionada a la capacidad de pago del culpable.

Frente a la inconformidad que generaban estos dos sistemas de justicia entre algunos sectores doctrinarios, surge una nueva corriente teórica que propugna una noción de justicia penal innovadora, la llamada “justicia recreativa”.

### **3. Comentario acerca de la justicia recreativa.**

En palabras de Beristain A. (1994) “nuestra definición embrionaria concibe al delito –desde la visión recreativa- como el comportamiento del delincuente y también de sus circunstancias y circunstancias, que causa daño a personas concretas y/o a la sociedad” (p.342).

A la luz de esta concepción, en cierto sentido, el delito no es una acción; es un desvalor, una omisión de la creación conveniente para el autor y para otro; comportamiento omisivo que causa daño al sujeto pasivo y a otras víctimas. Nótese que se prefiere hablar de víctimas (en plural) mejor que de víctima (en singular) pues, salvo excepciones, todo delito afecta negativamente a varias personas además del sujeto pasivo del delito.

Corroborando las primeras líneas expuestas en este punto, Beristain A. (1994) agrega que: “cuando define el delito, la justicia recreativa presta especial y mayor atención a la criminalidad y a las estructuras sociales injustas” (p.344). De esta manera, el recreativismo se centra, más que en la reacción de la pena, en la comprensión (y el eventual perdón) y en la creación de un nuevo orden, de una nueva relación entre víctimas y victimarios. Luego, los operadores de justicia deberán aplicar la sanción

debida, empero ésta mirará hacia el futuro procurando no agravar las circunstancias de los involucrados en la omisión delictual.

Ahora bien, una vez expuestas las bases que sustentan los referidos sistemas de justicia penal, corresponde realizar una última reflexión acerca de los mismos. Efectivamente, uno de los puntos centrales de las nuevas corrientes jurídico-penales es la búsqueda de nuevas alternativas a la solución de conflictos y el establecimiento de mecanismos tendentes a otorgar una mayor participación y protección de la víctima, todo ello sin descuidar las garantías intangibles que componen el debido proceso. Entre aquellos mecanismos se incluye, como objetivos político-criminales, la conciliación autor víctima y la recreación de una nueva realidad a raíz de la comisión del delito.

En cuanto al primer punto, y en conciliación con los postulados retributivos -tal como lo manifestamos en su momento- la legislación penal ecuatoriana ha incorporado recientemente un conjunto de reformas entre las cuales se encuentran los mencionados “acuerdos de reparación”, propuesta que supone la utilización de métodos alternativos de conciliación entre la víctima y el victimario, y que tiene por fin procurar resarcir los efectos dañinos de ilícito en la etapa pertinente del proceso penal conservando la actuación formal y el carácter público que éste incumbe. Reformas respecto de las cuales estamos a favor, puesto que éstas constituyen una importante innovación en la sustanciación de las causas, revalorizando el protagonismo de víctima y resguardando las garantías procesales.

Finalmente, respecto al segundo punto, hemos de expresar que si bien la noción recreativa trata de crear un nuevo ambiente de convivencia entre la víctima y el agente delictivo en virtud de la ejecución, por parte de este último, de obras tendientes a enmendar el trauma de la victimización y no agravar su situación de culpabilidad; nos

es importante recalcar que disentimos con su posible aplicación práctica, toda vez que la imprecisión y ambigüedad de sus postulados –que pueden incluso llegar a ser atentatorios del debido proceso-, la ilegítima.<sup>8</sup> El juzgamiento de una infracción no puede nunca ser subjetiva, pues, en tal caso, no estaríamos sino destruyendo, a más del principio –universal- de legalidad, uno de los caracteres elementales de las normas jurídicas: la generalidad.

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, concebimos que a la luz de la doctrina recreativa la tipificación del delito de asesinato podría ser la siguiente: “Será asesinato el homicidio cometido con intención de dar la muerte y con la concurrencia de ciertas circunstancias que a consideración del juzgador lo califiquen como tal. La pena a imponerse buscará el restablecimiento de un nuevo orden armónico entre los sujetos intervinientes que no agrave sus situación y atenderá las condiciones particulares de cada caso, con la mira constante hacia la reconciliación”.

## Capítulo V

### **El examen de fallos judiciales en cuanto al concepto de reparación integral**

La formación integral de todo jurista requiere, entre otras habilidades, lograr idoneidad en el manejo de todas las fuentes del Derecho; en tal virtud, hemos consignado como último capítulo de nuestra investigación “El examen de fallos judiciales en cuanto al concepto de reparación integral”; capítulo en el cual aspiramos complementar las perspectivas tradicionales de investigación, desarrolladas en los capítulos precedentes y que normalmente centran sus estudio en la ley y la doctrina, con los criterios manejados por los operadores de justicia locales a la hora de tomar su decisión en cada caso concreto.

En este sentido, hemos seleccionado un número determinado de sentencias expedidas durante el año 2011 por los respectivos órganos jurisdiccionales con competencia en materia penal en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, a efecto de analizar la forma y dimensión en la que conciben el derecho a la reparación integral en favor de las víctimas del delito.

Insistimos en el hecho de que nuestro objetivo último implica entender el imaginario del sistema judicial penal en cuanto el tema reparador, razón por la cual nuestro análisis no formulará reparo alguno en cuanto a aspectos ajenos al mismo (tales como: la acertada o desacertada evaluación de los medios probatorios, el establecimiento o no conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, la procedencia o no de los recursos interpuestos, etc.); sino que, se centrará exclusivamente en el mencionado criterio rector, la reparación como derecho fundamental.

En su orden, describiremos de manera sucinta los hechos acaecidos en las causas que hubieran sido extraídas del universo judicial, puntualizando las particularidades a las que hubiera lugar; nos referiremos a la parte resolutive en sí, toda vez que es en ésta en la que se consignan las llamadas medidas de reparación; y, por último realizaremos un breve análisis que partirá del marco teórico determinado en los capítulos anteriores.

Asimismo, hemos de advertir que el criterio de selección de los casos a ser examinados obedeció al nivel de afección que produce en la víctima el actual delictivo. Dicho en otras palabras, dado el enfoque victimológico de esta investigación, hemos considerado inútil abarcar aquellos casos en los que el ofendido no está representado por una persona a quien los efectos del delito afecten aparatosamente a su integridad física y moral, como ocurre, por ejemplo, en los delitos tributarios.

Bajo esta consideración, presentamos a continuación, un caso representativo de los llamados delitos violentos en los que el contexto de participación de la víctima varía tanto en el proceso penal, como en su situación de vulnerabilidad.

- **Robo calificado.**

**1. Hechos relevantes**

El día martes quince de junio del dos mil diez, siendo las 17h50, Laura Lorena Pintado Jumbo transitaba por la Avenida de las Américas, sector “El Arenal”, cuando es abordada por cinco individuos quienes proceden a sustraer su teléfono celular y empleando una arma punzo monocortante (cuchillo) causan, de conformidad a la pericia médico-legal pertinente, una herida no permanente en el

muslo derecho de la mentada agredida; luego de lo cual, los agentes delictivos se dan a la fuga. En eso, la policía que patrullaba por el sector, se percata de tres individuos que arrojan en un sitio baldío un objeto, ante esto los agentes del orden se acercan a recoger dicho objeto, constatando posteriormente que se trataba del teléfono celular sustraído momentos antes, puesto que tras a hacer una llamada al último número marcado, contesta quien resultó ser el empleador de la ofendida. Tras este hecho, los agentes policiales toman conocimiento del acto delictivo perpetrado con anterioridad y detienen a los implicados. Tiempo después la ofendida reconoce tanto el teléfono recuperado, confirmando conforme a derecho ser de su propiedad, como a dos de los detenidos: Juan Pablo Chuchuca Pulla y César Facundo Saavedra Méndez en calidad de responsables del hecho, junto con un menor de edad (Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

## **2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:**

Tras el análisis pertinente, el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, con fecha 16 diciembre del 2010, dicta sentencia condenatoria en contra de Juan Pablo Chuchuca Pulla y César Facundo Saavedra Méndez, por el delito de robo calificado, tipificado en el Art. 550 y sancionado por el antepenúltimo inciso del Art. 552 del Código Penal, por ser cometido causando una herida no permanente a la ofendida Laura Lorena Pintado, en la vía pública y en pandilla, por lo que se les impone la pena atenuada de cuatro años de prisión correccional. Inconformes los sentenciados, rebaten dicho fallo mediante apelación, recurso que es concedido por

el Tribunal a quo, radicándose la competencia en la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la cual en cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 345 del C. de P. Penal, en fecha 11 de enero de 2011 “confirma en todas sus partes la sentencia impugnada” (Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

### **3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal.**

Con los antecedentes anotados en los párrafos precedentes corresponde ahora formular ciertas observaciones a saber:

Como punto de partida, hemos de recalcar que los fallos expedidos tanto en primera como en segunda instancia obedecen evidentemente a un concepto normativo de reparación en su sentido más estricto; pues, se desprende que al entender de cada órgano jurisdiccional que conoció el caso en su momento, el ordenamiento jurídico violentado solo será restaurado en tanto se imponga al transgresor la consecuencia jurídica-penal contemplada en la norma pertinente, no siendo, por tanto, necesaria ninguna otra medida reparadora de la paz social.

Asimismo, la presente figura penal (robo calificado) es tomada en su dimensión conceptual tradicional, toda vez que ésta aparece como una dualidad exclusiva entre el infractor y el aparataje estatal punitivo. No se inserta a la víctima en el fundamento del *ius punendi*. Ésta es marginada y hasta ignorada al punto que nada se dice, en ninguna de las partes resolutivas debidamente citadas, respecto de la adopción de mecanismos dirigidos a efectivizar su derecho constitucionalmente consagrado relativo a la reparación integral.

En esta misma línea, nótese que tanto la Sala como el Tribunal respectivo dictaminan su resolución, haciendo caso omiso a las disposiciones previstas en el Art. 69 numeral 7, en cuanto al derecho del ofendido a reclamar la correspondiente indemnización civil aun cuando no se hubiere constituido en acusador particular - como ocurre en el presente caso-, y Art. 309 numeral, 5 en virtud del cual, compone uno de los requisitos de la sentencia la condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción al ofendido, ostente o no éste calidad de acusador particular. Como consecuencia de estas inobservancias legales, no se le concede a la víctima ni aun la reparación de carácter patrimonial que por derecho le corresponde.

Finalmente diremos que se trata de un caso en el que el reproche y la culpabilidad del delincuente, tras haber infringido la norma penal pública, determinan la resolución del mismo, nos encontramos por tanto frente al clásico sistema de justicia retributiva.

- **Homicidio – Parricidio.**

**1. Hechos relevantes**

El día 12 de marzo de 2010, siendo las 23h30, tiene lugar una reunión familiar en el domicilio de los cónyuges Miguel Albino Cabrera Ávila y Sandra María Sarmiento Sarmiento; ubicado en las calles Hurtado de Mendoza y José Joaquín Olmedo de la ciudad de Cuenca. Tras servirse la merienda y tomar algunas copas de licor, se retiran a descansar en las habitaciones de la planta superior, Mercy Sarmiento Guamán, cuñada de Sandra Sarmiento S., en compañía de sus hijos menores y sus dos sobrinos, quedando en la cocina del lugar el procesado, Miguel

Cabrera Ávila, sus dos cuñados Milton y Carlos Sarmiento Sarmiento y su cónyuge Sandra Sarmiento Sarmiento, quien también después de unos momentos sube a su habitación. Luego de que abandonan el domicilio Carlos y Milton Sarmiento; Miguel Cabrera Ávila ingresa a su dormitorio, el cual se encuentra contiguo al de sus dos hijos, en ese momento su cónyuge Sandra Sarmiento le habría reclamado el por qué no había dormido en casa la noche anterior, tras fuerte un cruce de palabras entre los mencionados cónyuges, Miguel Cabrera Ávila extrae de sus pertenencias una arma de fuego y dispara contra Sandra María Sarmiento, escena que es presenciada por uno de los hijos del matrimonio, el adolescente Marlon Cabrera Sarmiento, quien junto con su tía Mercy Sarmiento, que se encontraba en la habitación adyacente, piden auxilio y trasladan a su madre al Hospital Vicente Corral Moscoso, lugar en el que fallece a consecuencia de un colapso vascular, shock hipovolémico, hemorragia aguda y estallido del riñón derecho, perforación de colon descendente, laceraciones de pulmón derecho y diafragma, causa determinada según el correspondiente informe médico-legal (Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

## **2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:**

En primera instancia, el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, declara la culpabilidad de Miguel Albino Cabrera Ávila, por ser autor y responsable, del delito de uxoricidio, tipificado y sancionado en el Art. 452 del Código Penal. Se le impone, en consecuencia, una pena atenuada de dieciséis años de reclusión mayor especial. Disconforme con el fallo, el procesado interpone conjuntamente los

recursos de apelación y nulidad, fundamentando los recursos en el numeral 2 del Art. 309, en el numeral 2 del Art. 330, y en el numeral 2 del Art. 343 del Código de Procedimiento Penal. Atendiendo al Art. 335 del Código de Procedimiento Penal, la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay que conoce los recursos resuelve: respecto del primer recurso, que no existen causales de nulidad de la causa ni de la sentencia, motivo por el cual declara la validez de todo lo actuado; y, en cuanto al segundo, el juzgador considera que la sentencia apelada está acorde a los presupuestos legales, puesto que con la prueba documental y testimonial aportada, se ha comprobado conforme a derecho tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad de acusado, razón por la cual desecha el recurso de apelación y confirma la sentencia condenatoria subida, modificando la pena de dieciséis a doce años de reclusión en virtud de las atenuantes justificadas (Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

### **3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal.**

Siguiendo el esquema planteado, a continuación realizaremos algunos comentarios en cuanto a la llamada reparación integral y su aplicación en la praxis penal.

En primer lugar, llama la atención que, tal como ocurrió en el caso anterior, el órgano juzgador del primer y segundo nivel concibe también a la reparación desde una visión meramente normativa; puesto que, en miras a lograr la restitución del *statu quo* anterior a la comisión del delito, únicamente imponen al responsable la pena correspondiente, sin contemplar obligación o prestación alguna a que deba

someterse o cumplir el infractor para con la víctima y que tenga por objeto enmendar, en la medida de lo posible, el trauma de la victimización ocasionado por su accionar. Luego, bajo este razonamiento, manejado tanto por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay como por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la reacción punitiva será la única medida idónea que restablecerá el orden social.

Como consecuencia del punto anterior, el delito es entendido desde la dogmática penal tradicional, esto es, como una conducta, que al lesionar un bien jurídico públicamente tutelado, constituye una grave infracción a las normas de orden ético, político o económico que rigen la comunidad. Por esta razón se desprende claramente que los citados fallos infieren como principal objetivo – preventivo- del Derecho Penal, la defensa de la víctima potencial, desamparando, en consecuencia, a la víctima directa y mucho más aún a las llamadas “víctimas secundarias” que tras intervenir en el hecho delictivo para asistir a la víctima o para prevenir la victimación, se ven también gravemente afectadas por el drama criminal; perjudicado indirecto que en el presente caso -sin perjuicio de la concurrencia de otros familiares- lo representa notoriamente el hijo de la víctima, Marlon Cabrera Sarmiento, adolescente quien, pese a su evidente situación de vulnerabilidad y posible afección psicológica tras el trauma sufrido, no se le concede forma alguna de atención o asistencia.

Asimismo, tal como ocurrió en el primer caso analizado en este capítulo, al no presentarse acusación particular, el órgano jurisdiccional no reconoce el estatus de ofendido en favor de los familiares de la víctima y en tal virtud, transgrediendo las

normas adjetivas expresas, no dispone pago alguno por concepto de indemnización civil.

Siendo la punición el objeto último del proceso, el sistema de justicia penal aplicado en esta causa no es otro sino el retributivo.

- **Atentado al pudor.**

**1. Hechos relevantes**

En fecha 16 de octubre de 2010, alrededor de las 19h00, la niña Karina Alexandra Salazar Belicela, de once años de edad, se encontraba en el lugar de trabajo sus padres, el local de comidas denominado “Chilangos” situado en el Centro Comercial Milenium Plaza, ubicado en la calle José Peralta de la ciudad de Cuenca. Posteriormente, se dirige a buscar a su hermana menor que se encontraba en los juegos infantiles del negocio continuo denominado “KFC”, tiene entonces la necesidad de ir al baño de ese local, lugar en donde tras ser encerrada por el señor Wilmer Patricio Morocho Zhunio, éste procede a manipular su cuerpo, específicamente sus partes pudendas (senos y nalgas), luego de lo cual la amenaza a fin de que no refiera a nadie lo sucedido. En esos momentos, su madre Rosa Isabel Belicela llega a buscarla y al comprobar que la puerta estaba cerrada, llama a su hija, a lo que ella contesta desde el interior diciendo que no ocurría nada, pero la madre insiste al observar por las rejillas inferiores de los servicios higiénicos que había alguien más. Al abrirse la puerta, el procesado Wilmer Patricio Morocho Zhunio sale corriendo hasta el interior de las dependencias del KFC en donde permanece hasta ser detenido por policías pertenecientes a la DINAPEN.

Resulta importante mencionar que del reconocimiento médico legal debidamente practicado, “se ha observado en una de las extremidades superiores de la ofendida una equimosis ocasionada por el pulpejo de los dedos” (Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

Por otra parte, en razón de la pericia psicológica realizada a la ofendida, fueron detectados en su psiquis numerosos indicadores de abuso sexual, a más ansiedad, nerviosismo, miedo, entre otros trastorno de la conducta. Finalmente, cabe destacar que la niña Karina Alexandra Salazar Belicela rindió testimonio urgente ante la Jueza Primera de Garantías Penales (Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

## **2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:**

El Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, estima que habiéndose cumplido con el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, declara la culpabilidad de Wilmer Patricio Morocho Zhunio por considerarlo autor responsable del delito de atentado al pudor tipificado y sancionado en el Art. 9 de la Ley Reformatoria al Código Penal publicada en el Registro Oficial 45 de 23 de Junio del 2005, (Art. 504.1 del C.P.) en relación con la Ley Interpretativa publicada en el Registro Oficial 350 de 6 de septiembre del año 2006; imponiéndole la pena de cinco años de reclusión mayor ordinaria. Agrega además que no se aplican atenuantes a favor del sentenciado, por concurrir la agravante de haber conocido con anterioridad a la víctima (Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

### **3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal.**

Una vez conocida se secuencia fáctica y la decisión judicial procederemos a formular algunas reflexiones u objeciones estimadas trascendentes:

Una vez más el principio rector que, a juicio del juzgador, prevalece al momento de definir el concepto de reparación, no es otro que el normativo. En consecuencia, habiéndose centrado la sustanciación del proceso en el castigo al delincuente, éste no ha sido sino regido por las reglas retributivas.

No existe, en absoluto, un análisis formulado por parte del órgano jurisdiccional en cuanto al daño que habría de ser objeto de reparación; daño que en el caso estudiado, cabe agregar, supone un evidente desmedro en el honor, reputación, afectos y más intereses morales inherentes a la personalidad de la víctima<sup>9</sup>. Desatención esta que resulta ser más grave aún al tratarse de una niña cuya situación de indefensión y vulnerabilidad es mayor. Como resultado de lo expuesto, no se contempla en el correspondiente fallo, la adopción de ningún tratamiento o forma de atención posterior a la victimación, transgrediendo, de esta manera, al precepto constitucional que prevé a la “rehabilitación” como un componente de la “reparación integral” (Constitución de la República, 2008).

Nuevamente evidenciamos la inadvertencia normativa en la que incurre, en este caso, el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, al no disponer el pago de una indemnización justa y adecuada por los perjuicios sufridos en favor de la persona lesionada por la infracción, independientemente de haberse constituido o no en sujeto procesal.

---

<sup>9</sup> Aseveración que la fundamentamos en el referido informe pericial psicológico.

Por último, hemos de recalcar la oportuna observancia del Art. 119 del Código de Procedimiento Penal por parte de la señora jueza titular del Juzgado Primero de Garantías Penales de Cuenca; quien, al disponer la recepción del testimonio urgente de la niña Karina Salazar Belicela -bajo el miramiento de estimarla como una víctima de violencia sexual- no hace sino precautelar la integridad y entereza moral de la ofendida, impidiendo, así, que ésta se vea forzada a revivir una y otra vez el drama criminal. Al respecto, agregaremos además que la aplicación de esta disposición supone un importante avance hacia el reconocimiento de, al menos, uno de los llamados derechos víctima-asistenciales, el derecho a la dignidad, en virtud del cual se ha llegado a comprender que el sometimiento a diversos y sucesivos interrogatorios puede llegar a constituir una nueva forma de victimización.

- **Latrocinio**

**1. Hechos relevantes**

En fecha 30 de noviembre de 2010, los señores Marcelo Andrade Caicedo, Rómulo Andrade Moncayo y Christian Molina, emprenden un viaje con motivo de su negocio -venta de lingotes de oro-, teniendo como destino Portovelo; empero, realizan una parada en la ciudad de Cuenca para servirse alimentos, lugar en donde Christian Molina es asfixiado por Marcelo Andrade Caicedo y Rómulo Andrade Moncayo, quienes en horas de la noche abandonan su cuerpo sin vida en el sector de Ricaurte, acto que tras haber sido observado por el conscripto Miguel Tigua, hace que Rómulo Andrade, al verse descubierto, ingresé apresuradamente a su vehículo y arranque de forma abrupta rozándolo con la vereda existente en el sitio. Momentos después los procesados, Marcelo Andrade Caicedo y Rómulo Andrade Moncayo,

son interceptados por agentes de la policía a quienes les manifiestan que un amigo que viajaba con ellos habría desaparecido, por lo que se les informa que debían denunciar el hecho en la Fiscalía; empero, en el trayecto se da aviso por radio de que en la vía a Ricaurte se habría encontrado un cadáver con las mismas características proporcionadas, por lo que, junto con la policía los procesados acuden al lugar y reconocen que el cadáver se trataba de su amigo desaparecido, siendo en este mismo lugar que la policía observa que la llanta del carro de los acusados estaba rozada, por lo que son trasladados a la Policía Judicial en donde además, al revisar el vehículo, encuentran el dinero que pertenecía a Christian Molina dentro de un maletín perteneciente a Rómulo Andrade (Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

## **2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:**

En primera instancia, el Primer Tribunal de Garantías Penales del Azuay declara a Marcelo Miguel Andrade Caicedo y Rómulo Marcelo Andrade Moncayo, autores y responsables del ilícito tipificado en el Art. 550 y sancionado en el último inciso del Art. 552, en relación con el Art. 451 del Código Penal, imponiéndoseles la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. Asimismo, declara con lugar la acusación particular, y de acuerdo con el numeral 5 del Art. 309 de la Ley Adjetiva Penal, en relación con el Art. 78 de la Constitución de la República se

ordena pagar los daños y perjuicios<sup>10</sup> determinados en la suma de ciento trece mil cuarenta y ocho USD.

La causa sube en grado en virtud de los recursos de nulidad y apelación interpuestos por los procesados, sin embargo la Primera Sala Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay que conoce de los mismos, los desestima, en su orden, por considerarlos improcedentes y confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal a quo. (Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

### **3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal.**

En primer lugar, llama la atención que en el presente caso la figura de la reparación deja de hallarse asociada única y exclusivamente con la imposición de la sanción penal provista en la norma sustantiva, para abarcar un aspecto extra punitivo, el resarcimiento económico.

En efecto, tal como podemos apreciar en los fragmentos resolutivos incorporados en esta investigación, el órgano jurisdiccional como consecuencia del ataque al régimen social, no solo aplica los preceptos jurídicos sancionadores en contra del agente delictivo, sino que además le impone la obligación de indemnizar al ofendido en el ámbito del derecho patrimonial. Por tanto, el concepto de reparación que es manejado en estos supuestos no es otro que el restringido, toda vez que, el juzgador, al no disponer ningún otro mecanismo asistencial no hace sino

---

<sup>10</sup> Para cuya fijación fue considerada la edad de la víctima a la fecha de la comisión de la infracción, agregado a ello, que una persona es activamente económica hasta los sesenta y cinco años de edad, y tomando en cuenta la remuneración básica unificada del trabajador en general.

circunscribir y agotar la reparación en la satisfacción de los aspectos indemnizatorios propios del Derecho Civil.

Por otro lado, hemos de hacer hincapié en el hecho de que el ofendido<sup>11</sup>, en legítimo ejercicio de su derecho a la participación, presentó oportunamente su acusación particular, constituyéndose, por tanto, en parte procesal. Frente a este escenario, resulta lógico, procedente y hasta “natural” que, habiendo sido dictada la respectiva sentencia condenatoria, se hubiere consignado en la misma el pago de los daños y perjuicios reclamados; sin embargo, cabría preguntarnos si el juzgador hubiera actuado de la misma forma, esto es, si hubiera dispuesto el pago de la indemnización correspondiente aun cuando el mentado ofendido no ostentara la calidad de acusador particular.

Sin perjuicio de estos reparos, consideramos muy meritorio que el órgano jurisdiccional, con su accionar, reconoce y efectiviza -al menos- la facultad del ofendido a ser monetariamente resarcido, lo cual ciertamente constituye un avance en los parámetros de valoración y protección a la víctima del delito.

- **Lesiones.**

**1. Hechos relevantes**

El día 14 de octubre de 2009, en horas de la noche, encontrándose Edison Tuba Morocho esperando a su enamorada, señorita Viviana Vélez, en las afueras de su residencia ubicada en el sector Chaullayacu de la parroquia Tarqui del cantón Cuenca, es súbitamente atacado por Víctor Hugo Quizhpi Cochancela quien procede agredirlo con un madero, golpeándolo repetidamente en la cabeza. Tras el

---

<sup>11</sup> Representado por el padre de la víctima.

hecho, Edison Tuba Morocho es trasladado a una casa de salud en donde es sometido a una cirugía de emergencia. Corresponde precisar que del reconocimiento médico legal practicado en la persona del agredido, se desprende que las lesiones le hubieren producido una incapacidad de trabajo por cincuenta días y que, de no haber sido intervenido a tiempo, dichas lesiones podrían haberle ocasionado la muerte. Por otra parte, es menester indicar que no se presentó acusación particular en el momento procesal oportuno (Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

## **2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:**

El procesado, señor Victor Hugo Quizhpi Cochancela, amparado en el Art. 309 numeral 2 y Art. 343 numeral 2, interpone recurso de apelación respecto de la sentencia dictada en su contra por el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay. Radicada la competencia en la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, ésta considera que, no habiéndose fundamentado debidamente el recurso planteado, lo desecha y confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada en contra de Victor Hugo Quizhpi Cochancela, por la cual se le impone la pena de 1 año de prisión y multa de 20 dólares (Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

## **3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal.**

Una vez conocida se secuencia fáctica y la decisión judicial emitida en torno a estos sucesos, procederemos a hacer hincapié en los hechos más relevantes al objeto de nuestra investigación:

Al igual que en muchos de los casos precedentes, es notorio que en el raciocinio de los integrantes de la respectiva judicatura, se hace presente la significación formal de delito, según la cual el delito no es sino la infracción a la ley del Estado promulgada para tutelar la seguridad de los ciudadanos, y resultante de la ejecución de un acto prohibido conminado por la amenaza penal. Por tanto, desde este punto de vista abstracto, la reparación no podrá ser otra que la normativa.

Resulta ocioso volver a mencionar los preceptos normativos en los cuales se consigan las prerrogativas víctima-asistenciales relativas tanto la reparación integral como la prestación económica en beneficio del perjudicado de un hecho delictivo, por lo que sencillamente diremos que, no obstante de la gravedad de las lesiones sufridas por el agraviado -cuyo coste y tratamiento habría sido asumido por el mismo-, la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, contrariando sus deberes formales, expide su decisión sin contemplación alguna hacia los derechos del ofendido, limitándose aplicar la pena o represión como único remedio a la violación del orden social.

Las consecuencias del acto antijurídico y culpable se agotan, desde esta perspectiva, con la aplicación de la disposición jurídica punible en vigor. Luego, en razón de que la decisión presenta un carácter meramente represivo, hemos de colegir que ha sido empleada la denominada justicia criminal retributiva positiva.

- **Violación.**

## 1. Hechos relevantes

En fecha 2 de julio del 2011, al tiempo en que Jenny Maribel Aucancela Carchipulla, de catorce años de edad, ingresaba a su domicilio, es tomada de su brazo y llevada por la fuerza a la habitación ocupada -en ese entonces- por Wilson Jamil Morán Laje, quien luego de tirarla sobre la cama existente en el lugar, procede a violentarla introduciendo, en contra de la voluntad de la menor, su miembro viril por vía anal y vaginal. No obstante de los intentos de la menor en defenderse, éste persiste en los actos violentos (Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

Del examen ginecológico debidamente practicado, se observó presencia de heridas superficiales en la vulva y desgarros en el interior del ano, ultimando que estas lesiones son producto un contacto sexual violento reciente. Asimismo, la pericia psicológica concluye que existen y se cumplen con criterios y diagnósticos de trastornos de ansiedad por estrés agudo, observándose indicadores psicológicos afectivos, cognitivos y conductuales vinculados a abuso sexual. La pericia destaca además que la víctima sufre de una afección psicológica severa previa al trauma delictivo (Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

En la presente causa, no se practica el testimonio urgente de la víctima, Jenny Maribel Aucancela Carchipulla, quien además en su declaración testimonial manifestó haber sido también violada por su padrastro algún tiempo atrás. Asimismo hemos de mencionar que en primera instancia la ofendida propone,

conforme a derecho, acusación particular; empero en segunda instancia su falta de comparecencia determina su abandono<sup>12</sup>.

## **2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:**

La Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de La Corte Provincial de Justicia del Azuay resuelve que, habiéndose comprobado tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad del procesado, ésta acepta el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y revoca la sentencia absolutoria dictada a favor de Wilson Jamil Morán Laje, declarando su culpabilidad en el tipo penal contenido en el artículo 512 numerales 2 y 3 del código penal; a quien tomando en consideración las circunstancias atenuantes se le impone la pena de ocho años de reclusión (Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

## **3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal.**

De los hechos mencionados podemos realizar las siguientes apreciaciones:

Primariamente, salta a la vista que el concepto formal de delito, aludido en previamente y en reiteradas ocasiones, vuelve a hacerse presente en la decisión del órgano jurisdiccional. La ejecución del acto prohibido por la ley, perturbador del orden exterior de la sociedad, solamente implica someter a quien lo comete a la pena establecida para el efecto. El sistema no presta cuidado alguno al antagonista de infractor, esto es, al sujeto que se ve perjudicado tras dicho actuar delictivo.

---

<sup>12</sup> Art. ...(326.1) Código de Procedimiento Penal.

Como correspondencia lógica, ha de utilizarse el método represivo en la imposición de la respectiva pena criminal.

Por otro lado, en cuanto al daño generado a causa de la perpetración del hecho delictuoso, hemos de apreciar que éste supone, en el particular analizado, una doble afección en la víctima, toda vez que la ofendida no solo sufre un padecimiento físico (lesiones corporales), sino también soporta trastornos en su personalidad como consecuencia del abuso sexual al que fue sometida, lesión psicológica que además agrava su estado de salud mental, el cual se hallaba previamente alterado tras una afección anterior permanente y que fue detectada por la pericia pertinente. Sin embargo, no obstante de la evidente situación de vulnerabilidad y riesgo que presenta la realidad personal y social de la víctima, determinada en su orden por: su desequilibrio somático y psíquico; y, por la cercanía que mantenía con el agresor<sup>13</sup> (ello sin considerar la posibilidad de que hubiera sido violada en más de una ocasión), el órgano jurisdiccional desobedeciendo abierta y manifiestamente el Art. 78 de la Carta Magna, no prevé ninguna medida que tenga por objeto su amparo, tutela y recuperación; mucho menos ordena el pago de carácter pecuniario al que tiene derecho la persona ofendida según el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano. Sobre este punto, recordemos que su falta de comparecencia y posterior abandono de la instancia no puede ser utilizado como pretexto para no favorecer a la víctima con la indemnización adecuada.

Luego, a la luz de este planteamiento, la víctima es únicamente vista como “sujeto pasivo” de la infracción, mas no como titular de una gama de derechos

---

<sup>13</sup> Quien vivía en la misma residencia.

asistenciales que tengan por objeto la defensa de sus libertades fundamentales frente al fenómeno delictual.

- **Injurias**

**1. Hechos relevantes**

Esmeralda del Pilar Tirado Pesantez, propone querrela en contra de Teresa de Jesús Guartambel Lazo, en razón de los hechos siguientes: el día miércoles 6 de octubre de 2010, a eso de aproximadamente las 17h30, encontrándose la querellante, en su lugar de trabajo, ingresa intempestivamente al mismo la señora Teresa De Jesús Guartambel Lazo, quien señalando a la acusadora privada, a gritos y viva voz procede a irrogar en su contra las siguientes injurias calumniosas: “Vos Esmeralda Tirado sois una puta abortadora, pasas con los mozos, cargando el cuy asado y rogando al uno y al otro, vos has abortado y mandado a los niños por el baño, sois una bruja”. Acto seguido, Teresa de Jesús Guartambel Lazo, comienza a agredir a Esmeralda del Pilar Tirado Pesantez de obra (Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

**2. Resolución del Órgano Jurisdiccional:**

El Juez Segundo de Garantías Penales de Cuenca, con fecha 19 de Diciembre del 2010, dicta sentencia declarando con lugar la acusación particular propuesta por Esmeralda Del Pilar Tirado Pesantez, en contra de Teresa De Jesús Guartambel Lazo, como autora responsable del delito tipificado en el Art.489 parte final, en relación con el Art. 490 No.1 y 2 del Código Penal, condenándola a un mes de

prisión correccional, pena que en razón de las circunstancias atenuantes es reducida a ocho días de prisión. Se ordena el pago daños y perjuicios y se regulan los honorarios del defensor de la acusadora en la suma equivalente a dos salarios mínimos vitales del trabajador en general.

Inconforme con esta resolución, Teresa de Jesús Lazo Guartambel Lazo, rebate dicha sentencia mediante apelación, recurso que le es concedido por el señor Juez a quo, radicándose al competencia en la Primera Sala Especializada de lo Penal y Transito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la cual no hace sino confirmar sentencia condenatoria dictada por el Juez a quo (Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/), recuperado el 5 de abril de 2013).

### **3. Noción de reparación en el sistema de justicia penal.**

Como punto de partida, hemos de entrever que el presente caso disiente ciertamente de los anteriores, toda vez que el delito que juzga es de aquellos en los que el ejercicio de la acción penal corresponde exclusivamente al ofendido.

Con este antecedente podemos decir que, el juzgador de segundo nivel al dictar su decisión, como no puede ser de otro modo, efectivamente dispone la cancelación de una cantidad determinada de dinero en favor de la persona injuriada, todo ello en atención a la querrela que hubiera sido debida y oportunamente presentada; empero hemos de recordar que tal como lo señalamos en el marco teórico de nuestra investigación, el perjuicio ha de ser evaluado no solo desde la materialidad del daño, sino también desde su dimensión extrapatrimonial. Resulta indudable que quien se estima injuriado se sienta de tal modo en razón de que las palabras de las

que hubiera sido depositario hirieron su honra, honor y/o buen nombre; luego, el daño en estos casos entrañará siempre una dimensión moral que habría de ser considerada por el juzgador a la hora de procurar su reparación.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Algunas medida de reparación podrían ser: el ofrecimiento de disculpas, la rectificación de la información proporcionada, la retractación pública de lo dicho, etc.

## Conclusiones y Recomendaciones

### Conclusiones

1. El proceso de transición histórica experimentado por el Derecho Penal determinó, en cada época, la relevancia del papel de la víctima en el conocimiento y juzgamiento de las infracciones; empero, será la aparición del principio de persecución penal pública y la consecuente confiscación estatal del conflicto, que hasta ese entonces obedecía a una concepción privada del Derecho penal en la que la reacción del ilícito quedaba única y exclusivamente en manos del sujeto pasivo del mismo, el punto de inflexión que transformó profunda y completamente el *Ius Poenale* tanto sustantivo como adjetivo. En efecto, bajo la premisa de que un hecho delictivo afecta primordialmente a un interés social antes que a las aspiraciones propias de la esfera privada de los individuos, tiene lugar la conversión del delito en una cuestión pública, conversión que no implicó sino la centralización judicializada del poder en manos del Estado y la exclusión de la víctima en dicha persecución.
2. A partir de los postulados de la dogmática penal pública postmoderna, el delito es definido como aquella conducta (acción u omisión) contraria al orden y a la utilidad social, perpetrada en oposición a las prescripciones señaladas por la ley penal en interés de la sociedad o de los individuos, y cuyo juzgamiento corresponde a la justicia represiva positiva.
3. La violación de la ley penal pública supone, por tanto, un proceso ambivalente de confrontación entre el infractor y el aparato punitivo estatal, proceso en el cual la

víctima se ve confinada a un segundo plano y hasta es impedida de hacer efectivas sus legítimas pretensiones e intereses, toda vez que ésta cuenta con facultades muy limitadas para poder intervenir en el mismo –si es que se da lugar a su pedido de participación. Recordemos que tratándose de delitos de acción penal pública, el fiscal cumple el papel principal dentro del proceso penal al ejercer privativamente la acción penal pública; y, si bien por mandato constitucional éste debe defender los derechos de la víctima, finalmente no la representa a ella, sino al Estado al actuar en virtud de una facultad que éste mismo le ha otorgado, a esto se le debe agregar la alta carga de procesos con la que debe lidiar el Fiscal. Así, la opinión e interés de la víctima dentro de la causa penal no revisten de importancia central, sus pretensiones están supeditadas a la discrecionalidad del Fiscal. Depende enteramente de la acusación fiscal para ver reconocida su legitimación procesal y continuar con la sustanciación de la causa. No tiene, de esta manera, una total independencia procesal para poder darle el impulso que ella pretendiera

4. No existe un concepto universal, único, vinculante e indubitado de qué debe entenderse por víctima. El Ecuador se limita, en su ordenamiento jurídico interno, a enumerar taxativamente los individuos que serán considerados como los ofendidos del acto delictivo, enumeración esta que resulta insuficiente e incompleta toda vez que admite un concepto restringido de víctima, según el cual aquella se identificará exclusivamente con el sujeto pasivo del injusto típico.
5. El concepto de víctimas del delito incluye, pero supera, al sujeto pasivo. Las definiciones de víctimas del delito que se proponen desde la Victimología y que son

acogidas en el ámbito internacional, guardan mayor coherencia con un modelo de Estado social y democrático de derechos y justicia pues, superan la consideración individual de la víctima y, además de al titular del bien jurídico protegido, alcanzan a otros muchos perjudicados, directos e indirectos, que sufren las consecuencias de los procesos de victimización.

6. Como consecuencia del principio jurídico procesal del “debido proceso”, la sociedad se ve obligada a observar irrestrictamente los derechos humanos del imputado/delincuente a fin de que éste sea juzgado conforme a las reglas, procedimientos y garantías establecidas por el constituyente en un Estado democrático; no obstante, en contraposición y en igualdad de condiciones, ha de respetar y desarrollar también los derechos humanos de las víctimas, adoptando para el efecto, las medidas legislativas, jurídicas y sociales necesarias que procuren su reparación integral como un derecho fundamental absoluto.

7. El concepto de reparación integral, la *restitutio in integrum*, contempla una fórmula de resarcimiento amplio en favor de la víctima, la cual no puede tener en mira la sola imposición de la respectiva amonestación legal o un simple interés pecuniario. Si se piensa en los alcances de la reparación, ella debe tender a saldar todas las afecciones y consecuencias que el infractor ocasionó con su accionar a la víctima.

De esta forma, la reparación integral ha de procurar:

- La rehabilitación y recuperación de la víctima respecto de los padecimientos físicos y psicofísicos originados a causa del delito.

- La satisfacción pasiva en sus dos alcances básicos: uno vinculado a cuestiones materiales, tales como una entrega dineraria o real, a fin de resarcir las pérdidas materiales generadas a consecuencia del hecho delictivo -en cuyo caso estaríamos hablando de la llamada indemnización-; y otro dirigido a las consecuencias subjetivas, esto es, a la compensación moral a la víctima, compensación que puede ser obtenida en virtud de: la solicitud de disculpas personales o públicas, la realización de acciones, declaraciones, presentaciones, la entrega de documentos, el reconocimiento de la verdad de los hechos, entre otras medidas ejecutadas por parte del victimario en favor de la víctima y que tengan por objeto devolverle su dignidad o ayudarle a superar las secuelas personales y/o sociales que dejó el injusto.

- El presupuesto de no reiteración, vinculado tanto con la no impunidad del hecho, como con la garantía de que las entidades públicas encargadas de mantener el orden y la armonía social cumplan, en adelante, con sus deberes con diligencia y eficacia.

- La prestación oportuna de los servicios públicos de atención sanitaria, psicológica, jurídica, social, etc.

8. En suma, la *restitutio in integrum* no implica sino el pleno ejercicio de aquel conjunto de derechos víctima-asistenciales consagrados intrínsecamente en el Art.78 de la Constitución de la República y entre los cuales se encuentran: el derecho a la dignidad; a la libertad, seguridad y protección; a la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia; a la información, a la participación, a la compensación e indemnización, entre otros que se hallen referidos al esclarecimiento, prevención, sanción y restauración de los efectos que deja en la víctima la criminalidad.

9. Resulta importante tener en cuenta las nuevas vías de justicia restaurativa y recreativa que surgen en contraste al proceso penal ordinario. Éstas al, sustancialmente, proponer un reconocimiento superior a la víctima concediéndole un rol prevalente en el manejo de una negociación pecuniaria compensatoria provista de legalidad y cuyo objetivo ulterior suponga un acuerdo satisfactorio en el que aquella sienta que se han respetado sus derechos y se ha hecho justicia (objetivos de altísima importancia que muy pocas veces son alcanzados en el proceso criminal formal), implican un canal de valor superlativo que le permite a los implicados en la causa penal comprender los alcances de lo sucedido y comenzar el proceso de inserción social inmediata, en lugar de esperar una sentencia tardía y con un mínimo de efecto reparador. Sin embargo, más allá de las bondades que pueda conllevar estos sistemas, hemos de precisar que no todos los delitos son susceptibles de mediación penal, ni en todas las ocasiones la víctima, el juez -o incluso el victimario- se hallarán dispuestos a proceder en los términos propuestos por estas llamadas justicias consensuadas; de allí que debamos ser muy prudentes al momento de su aplicación.

10. Del análisis practicado en el capítulo último de nuestra investigación, se desprende claramente que no existe en el imaginario judicial local la noción de reparación integral como una prerrogativa y atributo fundamental de la víctima del delito. No se le concede a ésta el estatus jurídico de sujeto de derechos, a menos que dentro de la respectiva causa se hubiere constituido en parte procesal y, en tal virtud, muy casualmente es beneficiaria de la medida pecuniaria de reparación. A pesar de la

delicada realidad que afrontan en cada caso las víctimas, el administrador de justicia competente, inobservando los expresos preceptos normativos víctima-asistenciales previstos en el Derecho Público ecuatoriano, no dispone en absoluto medidas idóneas de reparación. Ciertamente diremos que en ocasiones se presentan intentos judiciales por proteger a agredido; sin embargo, podemos asegurar que la decisión judicial, por lo general, se agota en la reacción punitiva.

11. En relación a la hipótesis que fue debidamente planteada al inicio de esta investigación, diremos que ésta ha sido confirmada. Tras el estudio practicado, consideramos que la víctima ha sido la gran ausente al momento de la aplicación de las normas penales de fondo y de forma. Generalmente toda elaboración legislativa se hace en función del delincuente o en principio de aquel individuo que es imputado de cometer un delito. No podemos negar que ha habido esfuerzos por darle a la víctima una relevancia adecuada (esfuerzos que sobretodo se materializan con la Constitución de la República vigente a la fecha), pero aún hoy en día –en los albores del siglo XXI- sigue estando relegada, toda vez que el sistema penal actual continúa centrándose en un modelo público que se concentra en la disputa entre la sociedad y el presunto responsable; configurándose, de esta manera, el proceso penal en la idea de que la reparación de los daños producidos es una cuestión ajena al debate procesal penal.

12. Finalmente, debe quedar claro que las reflexiones críticas planteadas en este trabajo, no pretenden en absoluto satanizar la naturaleza pública del derecho penal o intentar

regresar a la época de la venganza privada, sino redefinir el concepto de víctima, en el actual proceso penal público, en atención a sus derechos fundamentales.

### **Recomendaciones**

- a. Podría ser objeto de una nueva investigación, la generación de un concepto básico, actual, formal, y más amplio de víctima del delito que apele no solo a la doctrina penal; sino que también tome en consideración, como fuentes principales, los postulados propuestos desde la Criminología, la Victimología y las Declaraciones de las Naciones Unidas.
  
- b. Sería procedente la elaboración de un manual de atención a víctimas del delito que contenga protocolos que desarrollen y efectivicen aquellos principios fundamentales consagrados en el Art. 78 de la Constitución de la República y que, además, sean vinculantes para todas las entidades públicas y privadas que intervengan, tras la comisión del injusto típico, asistiendo a la víctima, sin perjuicio de que la misma hubiera ingresado en el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, dirigido por la Fiscalía General del Estado.
  
- c. Podría ser de gran utilidad el hacer extensivo a todos los sujetos intervinientes en una causa judicial penal (jueces, fiscales, defensores, acusadores, etc.), los ideales víctima-asistenciales contemporáneos, relativos a los derechos de las víctimas, a las formas y a los medios para asegurar su protección, tratamiento humano y

compensatorio por los daños sufridos; todo ello en mira a que el jurista se encuentre a la vanguardia de los cambios que operaren en el acontecer jurídico.

## Referencias

- Beristain, A. (1994). Nueva criminología desde el Derecho Penal y la Victimología. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Beristain A. (1999). Criminología y Victimologia. Bogotá. Grupo editorial Leyer.
- Beristain A. (2000). Victimología: nueve palabras clave. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- Bidart Campos G. (s.f.) *Familia y Derechos Humanos*. (p. 273-289) Recuperado el 20 de febrero de 2012 de <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/1998/10.pdf>
- Cabanellas G. (1979). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Argentina. Tomo V. 12<sup>a</sup> Edición. Editorial Heliasta S.R.L.
- Cerezo Mir J. (2006). Derecho Penal General. Perú, ARA Editores, Editorial UBIJUS.
- Código Civil*. (2005). Registro Oficial – S No. 46.
- Código Penal*. (2001). Registro Oficial – S No. 360-S
- Código de Procedimiento Civil*. (2005). Registro Oficial – S No. 58.

*Código de Procedimiento Penal*. (2000). Registro Oficial – S No. 360.

Coello H. (2010). *Contratos*. Cuenca, Ecuador. Tomo I. Fundación Chico Peñaherrera.

Couture E. (1976). *Vocabulario Jurídico*. Uruguay. Ediciones Depalma Buenos Aires.

*Declaración Universal de Derechos Humanos* (2012). Organización de las Naciones Unidas ONU . Recuperado el 3 de abril de 2012 de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Ferreiro Baamonde, X. (2005). *La Víctima en el Proceso Penal*. España: La Ley-Actualidad S. A.

Función Judicial del Azuay (2013). Recuperado el 5 de abril de 2013 de [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/),

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH. Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM. (2000). *El derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal*. Recuperado el 30 de octubre de 2012 de <http://www.inredh.org/descargas/inredh/reparacion.pdf>

Galain Palermo P. (2010). *La Reparación del Daño a la Víctima del Delito*. Valencia. Tirant lo Blanch

Goldstein R. (1983). Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires. Segunda Edición. Editorial Astrea.

Gutiérrez, C., Coronel, E. y Pérez, C. (2009). *Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*. Recuperado el 22 Febrero 2012 de [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1729-48272009000100006](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006)

Jiménez de Asúa L. (1980). La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial sudamericana.

Lorences V. (2012). La revalorización de los derechos de la víctima: *la aplicación de fórmulas de justicia restaurativa en todas las etapas del proceso penal*. Buenos Aires. Zavalia Editor.

Marchiori H. (1996). *La Víctima del Delito*. Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba.

Marchiori, H. (1997). La Víctima en la Prevención Integral del Delito. *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México, D.F., Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos ILANUD y Comisión Europea.

Neuman E. (2001). El Rol de la Víctima en los Delitos Convencioanles y No Convencionales. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.

Nuevo Diccionario Ilustrado de la Lengua Española (1980). Barcelona. Ediciones Grijalbo S.A.

Omeba (1986). Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomos I, XXVI. Buenos Aires, Argentina, Editorial Driskill S.A.

Pavón Vasconcelos F. (2003). Diccionario de Derecho Penal. México. Tercera Edición. Editorial Porrúa.

Ramírez González R. (1983). *La Victimología. Estudio de la Víctima del Delito. Su función en la prevención y control de la criminalidad.* Bogotá, Colombia. Editorial TEMIS, S.C.A.

Sanz Hermida A. (2008). *La Situación Jurídica de la Víctima en el Proceso Penal.* Valencia, Tirant lo Blanch.

Sanz Hermida A. (2009). *Víctimas de Delitos: Derechos, Protección y Asistencia.* Madrid, España, Iustel.

Saampedro- Arrubla J. (2008). Los Derechos Humanos de las Víctimas: Apuntes para la reformulación del Sistema Penal. Recuperado el 15 de mayo de 2012 de [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/12LOSDERECHOSHUMANOSDELASVICTIMA.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/12LOSDERECHOSHUMANOSDELASVICTIMA.pdf)

Serrano Maíllo A. (2004). *Introducción a la Criminología.* Buenos Aires. ARA Editores.

Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos (2010). Estadísticas.

Recuperado el 6 de febrero de 2012 de

<http://www.victimasytestigos.fiscalia.gob.ec/index.php?Itemid=38>

Tamarit Sumalla, J. y otros (2006). La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas. *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vaca Andrade R. (2003). Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II.

Zaffaroni E. (2009). Estructura Básica del Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina. Ediar.

Zavala Baquerizo J. (2004). Tratado de Derecho Procesal Penal. Guayaquil. Edino.