

LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA SENTENCIA PENAL.

**Trabajo Previo a la Obtención del Grado de Especialista
en Derecho Penal.**

CATEDRATICO: DR. Santiago Andrade Ubidia

AUTORA: Dra. BLANCA ALICIA LEON PACHECO.

CUENCA –ECUADOR

2012

INDICE

Resumen.....	4
Abstract.....	5
Introducción.....	7

CAPITULO I

RESUMEN Y CONSIDERACIONES GENERALES DE LA INDEMNIZACION A LA VICTIMA.

1.- Sujetos procesales; Sujeto pasivo del Ilícito, Perjudicado Víctima.....	12
2.-La Acción Penal y las Indemnizaciones.....	13
3.-Atribuciones de la víctima en el proceso penal.....	15
3.1.- Con Acusación Particular.....	15
3.2.-Sin Acusación Particular.....	16
4.-La Acción Civil y la Víctima.....	16
5.-Consecuencias de la no presentación de Acusación Particular.....	17
6.-La Función de la Víctima como Sujeto Procesal.....	17
7.-La Negociación de la Indemnización.....	21
8.-El Establecimiento de la Indemnización como Pena, su Fundamento Político o como fundamento de castigo.....	22

CAPITULO II

LA INDEMNIZACION EN LA SENTENCIA PENAL.

1. Consideraciones Generales.....	24
2. El contenido de la Indemnización de Daños y Perjuicios en una Sentencia Penal.....	26
2.1 La Restitución.....	26
2.2 La Reparación.....	28
3. La Indemnización de Daños y Perjuicios.....	31

3.1El Daño Material.....	32
3.2EL Lucro cesante.....	32
3.3El daño Emergente.....	33
3.4El Daño Moral e Inmaterial.....	33
3.5La Indemnización por Afección al Proyecto de vida.....	35
3.5Otras Formas de Reparación.....	36
4. La indemnización en la Sentencia Penal Absolutoria.....	37
5. Medidas Cautelares para Garantizar el Pago de los Daños y Perjuicios.....	39
6. La condena a la indemnización en la legislación penal Ecuatoriana.....	40
7. Análisis de Cinco Sentencias respecto al contenido y Motivación de los daños y perjuicios.....	44
8. Conclusiones.....	45
9. Bibliografía.....	48

RESUMEN

El presente trabajo trata de la indemnización de daños y perjuicios a la víctima de un delito, y las diferentes modalidades para la obtención de los mismos. Observará que se hace una breve reseña histórica de la reparación. Se trata de algunas atribuciones de la víctima en el proceso penal ya sea mediante acusación particular o no, o mediante la utilización de la negociación para conseguir la reparación, así como también la facultad que tienen los jueces de los tribunales penales para fijar el monto de la indemnización en la sentencia conforme el numeral cinco del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, tomando en consideración el daño emergente, el lucro cesante, el daño material, el daño inmaterial, la afección al proyecto de vida, las otras formas de reparación. Por último se analiza las medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de la reparación y de cinco sentencias de los tres Tribunales Penales de Cuenca.

ABSTRACT

This paper deals with the compensation of damages to the victim of a crime, and the different modalities for obtaining them. Notice that there is a brief historical review of the repair. These are some powers of the victim in criminal proceedings either by private prosecution or not, or through the use of negotiation to get the repair, as well as to the right of the criminal court judges to determine the amount of compensation in the sentence under paragraph five of Article 309 of the Criminal Procedure Code, taking into account the consequential damages, lost profits, damage to material, non-pecuniary damage, the condition the project life, the other remedies. Finally we analyze the precautionary measures to ensure compliance with the repair and five sentences of the three criminal tribunals of Cuenca.

INTRODUCCIÓN.

Principalmente en la nueva constitución Ecuatoriana del 2008, con los principios que condicionan y orientan, con las nuevas tendencias de la política criminal, con la puesta en boga del minimalismo, el derecho penal garantizador, la última ratio de las normas penales, en el Derecho Internacional “la declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder”¹ se reconoce a la víctima la pronta reparación del daño. La Doctrina afirma que en la “protección privilegiada de las víctimas”² se asigna un papel importante de la víctima, una importancia que durante un largo tiempo no se lo consideraba. Actualmente hay una mayor participación en el conflicto penal por tal razón inclusive la negociación de la indemnización en relación con la función de la víctima en el proceso penal. A lo largo de la historia vemos que había un tiempo en que se aplicaba la “composición en la solución de conflictos, con la inquisición desaparece prevaleciendo el poder del Estado al mando un soberano, sin importar el bienestar de la víctima sino solo el control de los súbditos.”³ En este trabajo, pongo a consideración las que más o menos se aproxima a una conceptualización. Además a la indemnización de los daños y perjuicios se lo considera por parte de algunos autores como una pena adicional y que en muchos casos es más efectiva que la pena privativa de libertad. La indemnización de los daños y perjuicios proviene de la responsabilidad penal principal y viene a ser la responsabilidad civil accesoria. En virtud de la importancia que se da a la víctima en la nueva Constitución y en el Código de Procedimiento Penal, es necesario ver algunas cuestiones importantes referente a la misma como es el caso de la acción penal que emprende la víctima relacionada con la presentación o no de una acusación particular.

En lo referente a la participación de la víctima en el proceso penal, tiene una participación en los últimos tiempos a través de estas nuevas instituciones jurídicas penales y es en el caso de la conversión, de los acuerdos reparatorios, de la renuncia y desistimiento de la acusación particular, de la obligatoria indemnización de los daños y perjuicios para la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento; se observa que ocupa una posición privilegiada la negociación de la indemnización de los daños y los perjuicios.

¹BOVINO, Alberto, Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, página 95

² BOVINO, Alberto, Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, página 95

³ BOVINO Alberto, Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo, página 92.

Si no es posible aplicar las instituciones jurídicas anteriores, hay dos posiciones y dos direcciones que puede seguir una víctima: En el primer caso puede presentar acusación particular durante una etapa determinada del proceso penal, caso contrario la segunda posibilidad es demandar civilmente una vez que se dicta una sentencia penal condenatoria.

La nueva tendencia es que sin necesidad de acusación particular en la misma sentencia penal condenatoria se imponga un monto de la indemnización de los daños y perjuicios por la potestad que confiere el artículo 309 numeral cinco del Código de Procedimiento Penal

Por otro lado se observa que en la práctica en nuestro país en la mayoría de los casos no hay una cultura de acusación particular, muchos de nosotros al ser víctimas del delito o bien somos descuidados o no hacemos nada y en muchos casos por conveniencia no ética, por miedo o temor se deja de acudir a solicitar las indemnizaciones por los daños y los perjuicios. Cabe recalcar que la fijación del monto de la indemnización de los daños y perjuicios el momento mismo en que se declara la responsabilidad en la sentencia penal, tiene respaldo legal y constitucional, y en la Jurisprudencia Internacional.

La indemnización se refiere en general a las responsabilidad civil, que significa: “ ‘*resiudicanda*’ presupone una parte civil que al intervenir en el proceso desdobra su objeto: sus ‘*petita*’ que miran al resarcimiento de los daños o a las restituciones”⁴ “Etimológicamente responsabilidad viene del latín ‘*respondere*’ que quiere decir estar obligado”⁵ Es necesario además considerar que: “Del delito nace la responsabilidad criminal y, en su caso del daño que el delito ocasione puede nacer la responsabilidad civil”⁶

Muñoz Conde trata lo que a continuación se transcribe “De la comisión de un hecho delictivo no se deriva solo la responsabilidad penal, sino también la responsabilidad civil ‘*exdelicto*’”⁷ entendido como que no solo el sentenciado responde por el hecho delictivo al imponerle una pena contra su libertad; sino que responde por el daño causado por el ilícito.

En el Diccionario indemnizar equivale “*a la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales por otro, la perdida causada, el mal inferido o el daño originado.*”⁸

El tipo de indemnización que se trata en este trabajo, se lo considera no como aquella que se

4 FRANCO CORDERO, Procedimiento Penal, tomo II, página 278

5 BARRAGAN ROMERO, Gil; Elementos del daño Moral, página 14.- “Por tanto, su acepción más amplia es dar cuenta de los actos, ofrecer explicación por los hechos que uno ha realizado. Así entendida su sentido es ilimitado y no supone solo la obligación de responder ante los demás, ya que desde el punto de vista ético el hombre tiene en sí mismo un poder espiritual interior que también le demanda cuentas: su conciencia.

6 BARRAGAN ROMERO, Gil; Elementos del Daño Moral, página 14

7 MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal Parte General, página 675.

8 CABANELLAS DE LAS TORRES, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Nueva Edición, página 352.” Aquella en que el resarcimiento de los daños y perjuicios se convierte en la entrega al perjudicado o a sus causahabientes de una cantidad de dinero”

deriva de los contratos sino que se lo considera como una obligación extra contractual, “que nace de un daño producido a otra persona sin que exista una relación jurídica convenida entre el autor del daño y del perjudicado, basta una pura relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido para que haya obligación de indemnizar.”⁹

Por lo tanto se entiende a la indemnización de los daños y perjuicios como una obligación que tiene el responsable del delito o terceros en casos específicos a cubrir o a satisfacer el daño producido a una víctima por un delito cometido en su contra, al mismo tiempo es un derecho del ofendido a reclamarla o a recibirla, a partir del daño que se la causó.

Para Muñoz Conde “*la responsabilidad civil derivada del delito comprende: 1) la restitución; 2) la reparación; y 3) la indemnización de los perjuicios materiales y morales.*”¹⁰

Según la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se verifica una posición amplia respecto a las indemnizaciones, en la cual no solo establece un monto pecuniario sino la “plena restitución (*restitutio in integrum*) que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible se debe determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer la indemnización que compense los daños ocasionados (...) a través de las reparaciones, se procura que cesen los efectos de las violaciones perpetradas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de las violaciones cometidas, del bien jurídico afectado y el daño material e inmaterial ocasionados. No deben implicar enriquecimiento o empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”¹¹ “El Estado obligado, no puede invocar disposiciones de derecho interno para modificar e incumplir la obligación de reparar.”¹²

Creo que nos encontramos en un momento histórico en que se cuestiona la eficacia de la pena privativa de libertad; no previene la comisión de los delitos, no rehabilita ni reinserta al penado, no repara el orden jurídico”¹³. En este sentido se propone la indemnización de los daños como una forma que tal vez sea eficaz para obtener mejores resultados en el área de ejecución de penas. De igual manera a lo largo de la historia vemos que:

“Inicialmente la más elemental forma de verse retribuido es la venganza, existía una atribución connatural de la venganza, que fue una forma característica de los pueblos antiguos que desde un sentimiento de deseo llega a convertirse en un derecho, cuando ya la sociedad da las primeras muestras de organización a través de la familia, el clan, la estirpe, la

9 DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, SIGLO XXI, pagina 1277.

10 MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, pagina 679.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Tibi Vs, Ecuador; 07, Septiembre del 2004. pagina 57,58.

12 Caso Tibi Vs. Ecuador, página 57.

13 Nuevo Sistema Procesal Penal; Guía de Aplicación para el profesional del Derecho, pagina 27.

tribu, etc. para luego ser asumida en forma colectiva por todos los miembros y parientes del grupo social.

La venganza fue considerada como una forma sagrada, privada y desproporcional, la sociedad por estar en sus inicios permitió esta forma, pero conforme avanza va regulándose hasta llegar a un punto en que hay proporcionalidad entre el daño cometido y la venganza que recibe el ofensor a través de la regla ojo por ojo, diente por diente.

El ofendido y sus parientes reaccionaron por el delito o como una de las primeras formas identificadas como la venganza privada luego pública, posterior a la ley del Talión, surge una nueva forma de sanción y, es la expulsión de la paz, consistente en la separación del sujeto del conjunto social al que pertenece”¹⁴

Se entiende como el abandono que hace el grupo al individuo que cometió el delito dejándole a la suerte, como ocurre en un episodio de la biblia en la que “Caín es expulsado del Grupo por haber quitado la vida a su hermano Abel.”¹⁵

Posteriormente aparece la:

“composición que consiste en pagar al ofendido una indemnización, el ofendido podía rechazar o recibir, pero obligatoriamente debía renunciar a la venganza. La composición era un pacto realizado entre el ofensor y el ofendido o entre las familias de cada uno de ellos, se entregaba bienes o dinero, conforme a la gravedad del delito, aunque lo malo fue que dependía de la posición social del ofendido, en la primeras practicas fue voluntaria luego se convirtió en obligatoria”¹⁶

De la venganza, se pasa a la expulsión, y la composición, posterior el pago del daño al ofendido, sin duda es muy tan antiguo como la misma historia del hombre, y actualmente más bien en una sociedad civilizada no se da tanta importancia el pago del daño al ofendido y estamos sometidos a tramites incensarios, largos y tediosos.

Me parece interesante el caso de:

“Alemania con sus aborígenes los germanos no tenían leyes escritas, no se puede buscar justicia penal pues es la violencia la que las distingue tanto con los vencidos como entre sí, posteriormente se recopiló un Código denominado ‘*Líber Judiciorum*’, tiene una serie de instituciones propias de los germanos y del derecho primitivo caracterizado por la

14 GUERRA ALVARADO, Leónidas; Desarrollo Histórico de la Pena en el Ecuador, pagina 7-11.

15 TRADUCCION DEL NUEVO MUNDO DE LAS SANTAS ESCRITURAS, Génesis. 4: versículo del 8- 13.

16 GUERRA ALVARADO, Leónidas; Obra cit. página 16- 18

venganza, la expulsión, la composición y el talión.”¹⁷ Es el lugar donde se aplicaba la composición y luego fue desplazada por la inquisición y según el autor Bovino refiriere a que “ en la inquisición el fundamento de la persecución penal ya no es el daño provocado a un individuo ofendido, en su lugar aparece la noción de la infracción como lesión frente a Dios o la persona del Rey(...) y el soberano se apropia del poder de castigar, que implica la relación del soberano absoluto-súbdito y refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los individuos, no logra ser quebrado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días”¹⁸

En el tiempo de los Israelitas se encuentra que tenían regulaciones legales referentes a los ilícitos que en su pueblo era un pecado, se regulaba y se castigaba conforme a la ley Mosaica de Levítico Capitulo 6: versículos del 1 al 5 de la siguiente manera:

“Y Jehová siguió hablando a Moisés, y dijo: 2 en caso de que peque un alma porque de hecho se porta infielmente para con Jehová, y efectivamente engañe dicho individuo a su asociado a cerca de algo encargado a él o de un deposito en su mano o de un robo, o en defecto defraude a su asociado, 3 o de veras halle algo perdido y en efecto se haga engañoso en cuanto a ello y de hecho jure falsamente sobre cualquiera de todas las cosas que el hombre pudiera hacer y pecar por ellas; 4 entonces tiene que ocurrir que en caso de que peque y en realidad se haga culpable , tiene que devolver la cosa robada que haya robado o la cosa extorsionada que haya obtenido por fraude o la cosa encargada a el que haya sido puesta a su cargo, o la cosa perdida que haya hallado, 5 o cualquier cosa que sea sobre la cual jura falsamente tiene que dar compensación por ella en su cantidad total, y le añadirá un quinto de ella. Aquel de quien sea se lo dará en el día que quede probada su culpa”¹⁹

De hecho que se encontraba en vigencia el pago del daño al ofendido que es de más importancia y significativa, se ve que para imponer el pago del daño al ofendido se requería que este demostrara la culpa del acusado.

“En los pueblos primitivos hay un predominio del derecho penal sobre el civil. En realidad, en ellos, ambos derechos están confundidos. Su, diferenciación plena se produce al desarrollarse el individualismo económico, asociándose del Derecho Civil con el derecho de propiedad. En ambos Derechos se objetiviza la voluntad del Estado. Pero mientras en el Derecho Civil el Estado actúa

17 GUERRA ALVARADO. Leónidas, Obra cit, pagina 20,21.

18 BOVINO Alberto, Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo, página 92

19 TRADUCCION DEL NUEVO MUNDO DE LAS SANTAS ESCRITURAS,

como una entidad superior en medio de la disputa de dos litigantes que son personas “privadas”, en el Derecho Penal reemplaza eventualmente a uno de esos litigantes, asumiendo la función de perseguir al delincuente; además lo que en derecho civil es reparación’ en Derecho Penal es ‘penalidad’. Los incas se caracterizan por un intenso racionalismo, en su sistema financiero, en su política económica, y en su jerarquía económica. Pese a su mayor antigüedad histórica, las instituciones penales que ellos elaboraron, no tuvieron, en cambio idénticas características de simetría y de lógica. En muchos casos la penalidad aparece trabada por la mezcla con ‘creencias mágicas’...El Estado de los incas implica la aparición de una sanción objetiva, con la consiguiente decadencia de la acción personal que antes predominara. El castigo del delito es con el fin de proteger intereses colectivos, y lo importante es compensar de uno u otro modo el daño causado. Cuando surge el Estado, éste atiende a las finalidades compensatoria e intimidatoria creando el derecho penal ‘puro’, sin interferencias de intereses privados, entonces se trata de proteger el orden imperante y de proteger a la sociedad, la reparación del daño quedó relegada a los marcos de la acción privada. Se daba poca importancia a los delitos contra la propiedad, y sanciones draconianas en los delitos relacionados con el orden público.”²⁰

Además, encuentro que “con la llegada de los españoles las partidas tienen gran influencia en la concepción y regulación penal. Con la independencia continúan rigiendo en su fuerza y vigor las leyes de la colonia, en la época republicana se sigue teniendo al delito como algo repugnante, según los españoles grandemente dañoso y peligroso, con penas humillantes para el infractor y para su familia, castigado por las más severas y crueles penas, regía la pena de muerte, y otras.”²¹

Desconozco de si los autores clásicos del Ecuador escriban algo sobre el tema de las indemnizaciones o reparaciones a la víctima de un delito. Jorge Zavala Baquerizo escribe respecto de la indemnización al imputado, acusado o condenado, en su Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo XI, Edino, Guayaquil 2008, de las páginas 221 a 244, pero no tiene un contenido para fundamentar esta tesis, por cuanto se encaja en las indemnizaciones al acusado, imputado, condenado.

Actualmente en vigencia la Constitución del 2008, se establece derechos y garantías a favor de la víctima y mediante jurisprudencia internacional, y algo de teoría podemos ver que para indemnizar los daños y perjuicios se toma en consideración: el del lucro cesante, del daño emergente, el daño

²⁰ Basadre Jorge; Historia del Derecho Peruano; II Edición Lima 1994, Página 207,208.

²¹ CAÑAR Luis, Comentarios al Código Penal de la República del Ecuador. Página 20. “los incas para la justicia de su reino y para el castigo de los malos tenían prisiones y cárceles. Cárceles para los traidores y responsables de grandes delitos. Entre las cárceles de la época esta la denominada Zancay, que era una bóveda muy oscura y se hallaba debajo de la tierra, en ella se criaban serpientes, culebras ponzoñosas, leones tigres, osos, zorros, buitres, águilas, lechuzas, sapos, lagartos; y en esa mazmorra deben purgar los delitos los traidores, adúlteros, envenenadores, perjurios del inca.

moral, el daño inmaterial, el daño al proyecto de vida, siempre y cuando se pruebe en el juicio los hechos del daño ocasionado.

CAPITULO I

RESUMEN Y CONSIDERACIONES GENERALES DE LA INDEMNIZACION A LA VICTIMA.

1.-SUJETOS PROCESALES, SUJETO PASIVO DEL ILICITO, PERJUDICADO Y VÍCTIMA.

La víctima puede ser el ofendido, el perjudicado o aquella persona contra quién se cometió el ilícito. Por lo que “no necesariamente se requiere ser ofendido o sujeto pasivo del hecho punible, o del ilícito para ser el perjudicado, pero tanto el ofendido como el perjudicado son víctimas. “ En consecuencia pueden considerarse como perjudicados con el hecho punible no solo la victima directa o sus herederos o sucesores , sino todas aquellas personas naturales o jurídicas que hayan sufrido un desmedro patrimonial o extra patrimonial con el hecho punible(...)comprende todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito.” ²² Se entiende que no es lo mismo decir ofendido que perjudicado, porque uno puede ser ofendido del ilícito y otro ser el perjudicado, pero las dos son víctimas, por lo tanto se debe tener mucho cuidado con estos términos. Para efectos del desarrollo de este trabajo hablaremos de la víctima.

Conforme el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano,

“Se considera ofendido:

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.

A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad cometidos por quienes la administren o controlen;

A las personas jurídicas en aquellos delitos que afecten a sus intereses;

A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos y difusos; y,

22 TORRADO ALVAREZ, Andrés Felipe, Principales Problemas de la Acción Civil dentro del Proceso Penal, página 15, 21.

A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

2.-LA ACCION PENAL Y LAS INDEMNIZACIONES.

En el presente trabajo conviene establecer a quien le corresponde la acción penal para conseguir la indemnización de los daños y perjuicios, quien puede reclamar la indemnización de los daños y perjuicios frente al autor del delito y en qué condiciones en el procedimiento penal, en qué momento procesal lo ha de hacer.

Se habla de una crisis del derechos penal en el sentido de que se ha dejado de lado a la víctima del delito y que ahora recién se está volviendo a resurgir el tema de los derechos de la víctima, frente al ejercicio monopólico de la acción penal por parte del Ministerio Publico, por ejemplo se dice que “*para un condenado puede tener más sentido retributivo el pago de los perjuicios a la victima que la misma pena impuesta a aquel,*”²³ creo que tiene razón por cuanto se ha visto casos en que el procesado prefiere pagar una condenada en un Centro de Rehabilitación que pagar el daño causado en la víctima y es común en los casos de reincidentes, pero al mismo tiempo se ha visto casos en que el procesado quiere y está en posibilidades de indemnizar por los daños causados, pero por las formalidades que exige el derecho penal o el procesal penal, o por que el ejercicio exclusivo de la acción penal en manos del Ministerio Publico, no se ha permitido la indemnización de los daños y perjuicios, y si se llega a dictar una sentencia condenatoria en contra del procesado, este paga su condena y se va, luego se declara insolvente, la víctima se queda estresada por su suerte, por lo que el legislador debería pensar en alguna forma de hacer efectivo el pago de los daños y perjuicios, por ejemplo que el Estado se haga cargo de cubrir con los daños y perjuicios, con derecho de repetición.

En breves palabras estoy de acuerdo en decir que el estado ha excluido a la víctima, y me tienta citar Alberto Bovino, quien dice “que nos volvemos a encontrar con el principio de legalidad;... que se requiere a través de un tipo penal describir los comportamientos que afectan a tales victimas”²⁴ es decir que el Estado actúa en su nombre, la representa y ocupa su lugar.

Binder que cita a Binding dice de un: “giro de la política criminal como sistema de decisiones que

23 MOLINA LOPEZ, Ricardo, La Mcdonalizacion del proceso penal(La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva, pagina 310.

24 BOVINO, Alberto, Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, página 81

debe dar respuesta a las distintas sociedades en este caso la respuesta al crimen, trabajados bajo los conceptos de igualdad, libertad y seguridad, y es el resultado de muchos factores individuales colectivos, en sentido amplio, factores políticos, económicos y culturales, establece un último criterio que ha de regir la política criminal “jus humanista” es lo más participativa posible y esencialmente transaccional, abierta al juego de las fuerzas sociales, de tal manera que se configure del modo más democrático posible”.²⁵

Entendido así deber darse una amplia participación de la víctima en el proceso inclusive para llegar a acuerdos transaccionales de indemnización de los daños y perjuicios y no estar como estamos sujetos a formalidades, ritualismos exigidos en la ley, de presentar acusación particular, de demandar civilmente que si no la cumple no puede hacer efectivo ese derecho a recibir una indemnización por el daño que se le ha causado.

Tradicionalmente en el Ecuador se debía ejercer una acción específica para lograr la indemnización para ello debemos poner a consideración el artículo 32 y siguientes de Código de Procedimiento Penal. En el sistema Ecuatoriano la acción penal es de dos clases: y la primera es la acción penal pública y la segunda es la acción privada, y según sea el caso tiene diferente forma de tramitarse para alcanzar la indemnización.

En los delitos de acción penal pública corresponde su ejercicio a la Fiscalía, el ofendido puede proponer acusación particular, así como los representantes de los órganos de control distintos de la Fiscalía, que intervienen como parte, así también la persona jurídica ofendida puede acusar por medio de su representante legal. Para presentar la acusación particular debe sujetarse a los requisitos exigidos en el artículo 55 del C.P.P que es de cumplimiento obligatorio, para ser admitida a trámite. En el estudio de esta disposición no se encuentra que al presentar la acusación particular y en el curso de esta deba probarse el daño, ni se exige una petición anticipada por parte de la víctima de un monto de la indemnización; Coincide en ella artículo 371 del C.P.P. referente a la querella y el artículo 391C.P.P. referente a las contravenciones, son requisitos diferentes y no coinciden con el verdadero propósito de la acusación particular, que es conseguir la indemnización, al ejercer esta facultad de proponer acusación tradicionalmente lo único que logra es que en la sentencia se ordene el pago de los daños y los perjuicios, y en cuaderno separado en vía verbal Sumaria demandar la fijación del monto y su ejecución.

En los delitos de acción Pública si no acude con acusación particular puede con la sentencia ejecutoria acudir ante un Juez de lo civil a demandar el pago de los daños y perjuicios y la fijación del monto de la misma.

25 BINDER M, ,Alberto; Política Criminal de la formulación a la práctica, 25-39

En cambio en la acción privada es el acusador particular quien mediante querrela ejerce la acción penal, la acción privada corresponde únicamente mediante querrela

A partir de la reforma del 24 de marzo del 2009, el ofendido pasa a tener un rol trascendental, y es una buen augurio para la víctima en el futuro, ahora se ordena la fijación del monto de la indemnización en la misma sentencia. A partir de la vigencia del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, fijar el monto de la indemnización a favor de la víctima se convierte en un requisito de la sentencia. Si se revisa en las sentencias dictadas en la ciudad de Cuenca se observa que aunque sea poca la indemnización se fija la misma, inclusive sin necesidad que la víctima acuda con acusación particular.

3. ATRIBUCIONES DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL.

3.1 CON ACUSACION PARTICULAR

Conforme al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano vamos analizar como actúa el acusador particular; puede proponer acusación particular el ofendido, que conforme el artículo 68 del CPP. es el directamente afectado por el delito y a falta del ofendido es el cónyuge o conviviente en unión libre; se considera ofendidos además a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, además a los socios, en los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes administren o los controlen, a las personas jurídicas, en los casos que afecten a sus intereses, y a cualquier persona que tenga interés directo en el caso de aquellos delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

La acusación particular es conforme el artículo 69 del CPP., un derecho del ofendido. Y para que se admita la acusación particular debe cumplir con las formalidades exigidas en el artículo 55 del CPP. Y dentro de los plazos que establece el artículo 57 del mismo cuerpo de leyes ya citado.

3.2 SIN ACUSACION PARTICULAR

En el proceso penal ecuatoriano si no presenta acusación particular el ofendido puede ser llevado únicamente a dar el testimonio en el juicio. Una vez dictada y ejecutoriada la sentencia, la víctima puede optar por acudir a demandar ante un Juez de lo Civil en vía verbal Sumaria la indemnización de los daños y los perjuicios.

Esta opción puede utilizar si no se fija el monto de la indemnización en la sentencia o si no está

conforme con la indemnización que fija el Tribunal. Esto es porque el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal en su numeral cinco, obliga a fijar el monto de la indemnización como un requisito que debe contener la sentencia.

En cuanto a derechos, a excepción de la participación con acusación particular, tiene los mismos derechos establecidos en el artículo 69 del C.P.P., en calidad de ofendido.

4. LA ACCION CIVIL Y LA VÍCTIMA.

“En el proceso penal hay una acumulación de pretensiones persecutorias por cuanto la ‘*res iudicanda*’ está integrada por las cuestiones penal y civil surgidas del mismo hecho imputado, la pretensión civil es hecha valer mediante el ejercicio de la acción civil, cuyo titular es quien afirma ser damnificado por el hecho objeto del proceso”²⁶, entonces tenemos una cuestión principal que es la acción penal, y la accesoria es la acción civil y la ejerce la víctima, en este momento cabe la pregunta: ¿puede el Juez pronunciarse de oficio referente al pago de los daños con argumentos convincentes o es necesario que el actor civil la pretenda.

Si nos ponemos de parte, a que sea la víctima, quien pretenda el pago de la indemnización por los daños y los perjuicios ocasionados; en nuestro país debe este presentarse con la acusación particular en el momento procesal oportuno, haciendo conocer al juez la presentación de su acusación, y, a partir de ahí debe estar pendiente de cumplir con lo que legalmente se exige al acusador particular. En la etapa de juicio en la audiencia debe también reiterar solicitando la indemnización, y que al declararle responsable al autor cómplice o encubridor del ilícito se ordene al pago de los daños y perjuicios. Tiene una intervención en el proceso penal, y en el juicio, el de presentar pruebas de responsabilidad en contra del procesado, y del daño causado. Creo que en ese caso debe el Tribunal fijar el monto de la indemnización; pero, en nuestros Tribunales penales hay opiniones diferentes, unos dicen que si el acusador acudió y solicito el pago de los daños y los perjuicios se ordena en la sentencia y luego para que el acusador particular plantee la acción civil el vía verbal Sumario, ante el Presidente a fin de que se fije el monto de la indemnización.

Otros dicen que si ya acudió durante el proceso en la sentencia de ser posible y si presenta pruebas del daño causado se fijara el monto de la indemnización, cosa que no sé como presentaría las pruebas porque nuestras leyes no dicen ni limitadamente como debería probar el daño causado durante el proceso o durante el juicio, por cuanto las pruebas que se presentan están orientadas según el Código de Procedimiento Penal a demostrar la responsabilidad penal del procesado, pero

26 CLARIA OLMEDO, Jorge. A. Derecho Procesal Penal, Tomo II, pagina 109.

además debe presentarse pruebas del daño.

Si no se presentó en el proceso como acusador particular debe con la sentencia que declara la responsabilidad Penal y conforme al Código de Procedimiento Civil, acudir ante un juez de lo Civil a demandar el pago de los daños y perjuicios. Siempre y cuando el fiscal no haya probado los daños y si el Tribunal Penal no fija el monto de la indemnización.

En el derecho penal argentino “se le llama actor civil al sujeto secundario del proceso penal, que por sí o por representante, hace valer una pretensión re integradora patrimonial con fundamento en la afirmación del daño causado por el hecho que es objeto del proceso. Se ubica en posición activa frente a la cuestión civil que él mismo introduce como objeto secundario del proceso y su intervención es accesorio, por cuanto el proceso no se afecta con su ausencia. Se diferencia del querellante porque no tiene injerencia en la cuestión penal sino en la medida en que se interesa para fundamentar la pretensión privada. El actor civil es un sujeto autónomo del proceso penal, por cuanto actúa con independencia respecto de los otros sujetos; hace valer exclusivamente su pretensión privada de reintegro patrimonial. Para ello, debe introducirse voluntariamente en el proceso penal mediante un acto por el que inste su constitución como demandante civil²⁷.

Conforme este sistema vemos dos posibilidades que tiene una persona víctima, una como actor civil con una suerte accesorio en el proceso penal quizás casi independiente, a diferencia del querellante que es todo lo contrario. Tomando en cuenta que en muchos casos a la víctima no le interesa la situación penal del procesado, puede optarse por una reforma en el Código de Procedimiento Penal respecto del actor civil quien pretenda únicamente la cuestión civil.

5. CONSECUENCIAS DE LA NO PRESENTACION DE ACUSACION PARTICULAR.

La única consecuencia es que con la sentencia ejecutoriada tendrá que acudir a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios ante un Juez civil.

Pero como vimos puede ser posible que no sea necesaria la acusación particular por que el juez sin necesidad de ella ya fija el monto de la indemnización en la Sentencia.

6. LA FUNCION DE LA VÍCTIMA COMO SUJETO PROCESAL.

Se indica que la “doctrina jurídico penal se ha fijado de nuevo en la función del papel de la víctima dentro del proceso penal, después de haberse pasado quizás siglos de haber quedado supuesta

27 CLARIA OLMEDO, Jorge; obra cit. página 112, 119

mente superado este interesante tema. Los teóricos penales han vuelto a fijarse en este problema y se sugiere que con las herramientas que tenemos hoy podemos hablar de el surgimiento de una víctima dogmática”²⁸

Revisada la información referente a la participación de la víctima en el proceso penal se indica que hay un resurgimiento de la participación de la víctima después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece en la actualidad.

“La posición que actualmente ocupa en el proceso penal no es la misma que ella tenía con anterioridad a la instauración del sistema de persecución penal pública. En el ámbito europeo continental el derecho de los pueblos germánicos organizaba un derecho penal fundado en un sistema de acción privada y en la composición (...) estuvo allí en sus comienzos cuando reinaba la composición, como la forma común de resolver los conflictos sociales y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la Inquisición, que expropia todas las facultades. Al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y el transformar todo el sistema penal en un instrumento de control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido; en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante o, cuando menos; la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central como instrumento de coacción ... en manos del Estado”²⁹

Se desplaza a la composición que desde mi parecer fue una buena forma de solución de los conflictos que afectan a los individuos y a la sociedad, por la inquisición; apropiándose el Estado y estableciendo una pena como una forma de controlar a los individuos que la componen pero solamente con intereses egoístas y políticos.

“La víctima queda fuera de la escena; el Estado ocupa su lugar y ella pierde su calidad de titular de derechos y pierde la facultad de intervención en el procedimiento penal y solo es utilizado como testigo; el temor a la venganza privada justificaron esta omisión... perduró la omisión en el movimiento reformador de la ilustración, igual en el Código Francés, y a partir de ella la víctima comienza a tener un mayor grado de participación en el procedimiento”³⁰

Sin duda con tales pretextos se desplaza a la víctima y sus derechos, ningún plano de consideración tienen en el proceso penal, no se mira sus intereses, pero muchas veces a la víctima no le interesa la pena sino recibir una resarcimiento del daño causado.

En el Derecho Penal Argentino por ejemplo; “existen instituciones jurídico penales cuyo origen es

28 BUSTOS RAMIREZ Juan/ LAURRUIRI Helena. Victimología: Presente y Futuro, Pagina 65

29 BOVINO Alberto; Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo, pagina 89; es una cita de MAIER; La víctima y el Sistema Penal, pagina 185.

30 BOVINO Alberto, Obra cit, página 93

anterior a las transformaciones más recientes. El actor civil (autónomo, independiente del proceso penal), el querellante (interviene directamente en el proceso penal) en los delitos de acción pública y el querellante en los delitos de acción privada son mecanismos tradicionales que posibilitan a la participación de la víctima en el procedimiento penal. Sin embargo; de estas instituciones solo la última otorga derechos sustantivos a la víctima. Ello pues la institución del actor civil no solo significa la posibilidad de intervenir en el procedimiento penal para reclamar una pretensión de derecho privado que la víctima podría reclamar. La participación del querellante en los delitos de acción pública solo permite una intervención subsidiaria de la víctima que no le otorga derechos sustantivos sobre la solución del caso, pues es el Estado quien continúa detentando la titularidad de la acción penal”³¹ Comparado con nuestro sistema las formas tradicionales de participación de la víctima ha sido mediante reclamar vía civil la indemnización de los daños asimilado al actor civil, y, mediante acusación particular en el proceso penal que podría asimilarse la querellante. Puede entenderse también que hay formas tradicionales de participación del ofendido sea como actor civil ahora como acusador particular, y mediante querella en los delitos de acción privada, en la acción penal publica solo tiene el ofendido una participación secundaria y subsidiaria. En los delitos de acción privada la víctima es titular exclusiva de la acción penal, el puede renunciar a la persecución. “En el derecho penal Argentino es tradicional la solución compositiva, que tiene en cuenta los intereses y la voluntad de la víctima para ciertos delitos contra la libertad sexual. En este sentido el casamiento con la ofendida constituye un modo de reparación, o reparación simbólica del conflicto, posterior al hecho que excluye la aplicación de la pena. Debemos destacar que este es el significado de esa regla...”³² si la víctima es dueña de la acción penal puede renunciar la persecución, por la razón que ella tenga.

Actualmente hay nuevas funciones de la víctima en el proceso penal “ por cuanto las formas tradicionales no han funcionado en este sentido las novedades son: a) reparación de la daño; b) mayores derechos de participación formal de la víctima en el procedimiento penal; c) derechos reconocidos a la víctima independientemente de su intervención formal en el procedimiento; Costa Rica es una de las legislaciones que contiene mayor cantidad de disposiciones que reconocen nuevo derechos a las víctimas”³³ En el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano apropiadamente

31 BOVINO Alberto, Obra cit, página 93

32 BOVINO, Alberto. Obra cit. Página 93

33 BOVINO, Alberto, Obra cit, Pagina 94-107. “ la forma más directa para reconocer mayores derechos a sustantivos de participación formal de la víctima en el procedimiento penal consistirá en la ampliación del catalogo de los delitos de acción privada, sin embargo esta solución no ha sido adoptada...la incorporación de la figura del querellante en los delitos de acción pública, Costa Rica, Tucumán, Córdoba, Guatemala, regulan la intervención del acusador particular y el querellante en los delitos de acción pública. La legitimación para intervenir en el procedimiento penal como acusador particular sea de acción popular en los delitos que afecten intereses colectivos o cometidos con abuso de la autoridad estatal, cualquier ciudadano puede asumir el papel del querellante... pasa del

establecen la posibilidad de acuerdos de reparación en cierto tipo de delitos, la conversión, en las reformas del 2009 se dio una ampliación de los delitos de acción privada como en el caso de la violación de domicilio, los delitos de estafa, abuso de confianza por citar algunas, que sin duda constituyen una ampliación de los derechos de las víctima en el procedimiento penal, pero en la actualidad estos delitos ha vuelto a considerarse como delitos de acción penal pública, y efectivamente es un retroceso.

En el caso de la conversión establecido en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal se establece:

“Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas a pedido del ofendido o su representante siempre que el juez de garantías penales lo autorice. El fiscal podrá allanarse a este pedido; de no hacerlo argumentara al Juez de Garantías Penales las razones de su negativa.

Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno hay presentado la acusación particular.

Transformada la acción cesaran todos las medidas cautelares que se hayan dictado”³⁴.

Vemos que el ofendido tiene la facultad de solicitar el cambio de la acción penal pública en privada, siempre que se reúna los requisitos que exige la ley. El acusador particular o el ofendido proponen la conversión de la acción, siempre y cuando reciba una indemnización o una reparación del daño provocado. Pocos son los casos que admite la conversión sin pedir una indemnización o una reparación del daño provocado, y sin pedir nada a cambio. Además el procesado indemniza por la conveniencia de que el ofendido solicite el cambio de la acción penal en privada, por esta se archiva el proceso penal. “La conversión de la acción reconoce el interés de la víctima vinculado a la necesidad de llevar adelante al procedimiento para lograr la imposición de las consecuencias tradicionales del Derecho Penal. Representa una excepción al principio de la persecución Pública. Permite a la víctima jugar un papel decisivo en la definición del conflicto desde su punto de vista personal y, al mismo tiempo le otorga poder de disposición de la acción penal convertida en privada. Por otra parte aumenta las posibilidades del imputado de llegar a una conciliación que ponga fin al caso y simplifica notablemente el procedimiento pues resultan aplicables las reglas del

acusador particular individual de víctima individual a multiplicidad de víctimas anónimas ...por ejemplo en derecho Federal Estadounidense para delitos que afectan el patrimonio del Estado... se propone que las asociaciones reconocidas por el Estado estén facultadas a intervenir como querellantes en los delitos de acción pública que afecten intereses colectivos... orientados a favorecer la participación ciudadana en la administración de la justicia penal.”

proceso de acción privada.”³⁵

Otra de las instituciones en que participa el ofendido o la víctima es en los acuerdos de reparación, conforme al artículo 37.1 del CPP. También provoca el archivo definitivo o por lo menos provisional del proceso, depende que se cumpla los requisitos y de la voluntad de la víctima u ofendido. El Artículo 37.1 establece:

“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 del defensor cuya comparecencia será obligatoria.

En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo sólo 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 acciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe con la acción penal.”³⁶

Es plenamente posible llegar a un acuerdo de reparación con el ofendido, y comúnmente los acuerdos a las que hemos llegado es mediante la entrega de una cantidad de dinero, que cubren los daños provocados y la indemnización por los daños, la víctima no recibe una ínfima cantidad sino que siempre para aceptar un acuerdo de reparación solicita que se le entregue el ofendido una cantidad que le es conveniente, y comúnmente es alta. Para aceptarla se asegura de su inmediato cumplimiento caso contrario se niega al acuerdo, con esta se simplifica el proceso, el ofendido tiene poder de decisión, se incrementa la alternativa de llegar a una conciliación.

7.-LA NEGOCIACION DE LA INDEMNIZACION.

Como vimos en el tema de la participación de la víctima en el proceso penal, vale mencionar en este tema que es posible la aplicación de la conversión, del acuerdo reparatorio, inclusive de la suspensión condicional de procedimiento previamente si hay la negociación de una indemnización.

35 BOVINO, Alberto, Obra cit. Página 107.

36 CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

En la conversión de la acción para que no se inicie la acción privada debe llegarse a una conciliación mediante una negociación de la indemnización, con mayor razón en el acuerdo reparatorio que una vez hecho efectivo en los dos casos permite el archivo definitivo de los procesos penales. Para admitir la suspensión condicional del procedimiento se requiere haber reparado los daños y perjuicios al ofendido, así se puede negociar una indemnización para que el acusador particular desista de la acusación particular en los casos que fueren admisibles el desistimiento

Es potestad de la víctima el acceder o no a una negociación de la indemnización. Ninguna persona particular tiene esa atribución a no ser de que sea un delegado por la víctima; por lo que si la víctima puede renunciar, también puede negociar la indemnización, por tal razón en que si se indemniza antes del juicio, es considerado como una atenuante conforme al Código de Penal Ecuatoriano, y si estamos sujetos a las indemnizaciones paupérrimas que establece el tribunal a favor de la víctima, más conveniente es que se le pague mediante una negociación que en la mayoría de los casos es mejor que la fijada por el Tribunal.

8. EL ESTABLECIMIENTO DE LA INDEMNIZACION COMO PENA, SU FUNDAMENTO POLITICO O COMO FUNDAMENTO DE CASTIGO.

Para Muñoz Conde “una de las cuestiones que ha estado presente en el debate político criminal de los últimos tiempos es la de atribuir un papel importante en sistema punitivo a la reparación de la víctima (...) convirtiéndola en objeto de atención para el Derecho penal como última ratio, lo que aconsejaría sustituir las penas tradicionales por una intervención menos agresiva, cual es la reparación a la víctima (...) ejerce un beneficio efecto preventivo- especial sobre el autor del delito”³⁷

Para Carrara “el fin de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, el delito ha alterado ese orden con la violación de sus leyes, con la creación de un sentimiento de inseguridad (...) la pena importa reparación, y aunque ella implica corrección del culpable, y estímulo para los honestos, la pena no significa enmienda ni amedrentamiento. Su fin último es el bien social, y para alcanzarlo es necesario que produzca ciertos efectos”³⁸

Para Pitágoras “el fin de la pena es la retribución y para Protagoras es la intimidación”³⁹ Percibida la indemnización como una pena, se establece como una forma de sanción; una pena se aplica por

37 MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal parte General, página 681

38 GUERRA ALVARADO, Leónidas. Obra cit. página 83

39 GOLDSTEIN, Raúl; Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Página 128.

el hecho cometido conforme al principio de legalidad, y lo que le diferencia de las penas privativas de libertad es que se puede renunciar a su aplicación.

“La palabra pena como sabemos tiene varias acepciones. Puede ser entendida como accesoria, conflictiva, arbitraria, corporal, correccional, de muerte, de prisión, disciplinaria, grave, infamante, leve, pecuniaria”⁴⁰

El pago de los daños y los perjuicios es una pena accesoria pecuniaria, como una forma de castigo y para los tratadistas el derecho a castigar lo liga al contrato social”⁴¹

*“Se atribuye al positivismo el haber considerado la obligación de indemnizar a la víctima como una pena mas, es decir como una manifestación más del ius puniendi.”*⁴²

Molina López cita a Carrara Francesco., de la obra Programa de Derecho Criminal.Vol.4 pagina 170, en una reimpresión dice: “en varias ocasiones he encontrado condenados mas afligidos por tener que pagarle una indemnización a la víctima, que por la pena infligida contra ellos; y aunque les hiciera presente que aquel es un deber de conciencia, tuve el dolor de oír responderme con imprudencia que hubieren preferido un castigo más severo con tal de no tener que dar nada; este hecho les dará a los pensadores ocasión para que mediten en la eficacia de las penas con relación a cierta clase de pasiones, cita además que a la nueva escuela positiva corresponde el merito de haber considerado la reparación como una de los principales objetos de la represión(...) Para Savigny era una obligación privada; la victima debería reclamar la indemnización al delincuente, de la misma suerte que cualquiera otra obligación civil. La obligación de reparar el perjuicio causado por un delito es de la misma naturaleza que de la obligación resultante de un contrato”⁴³

La indemnización por los daños y perjuicios se ubica dentro de la clasificación de las penas, por su autonomía en penas accesorias por cuanto se aplican en función y dependencia de una pena principal, y por ser pecuniaria afecta al patrimonio. “En Argentina por ejemplo hay dos grandes líneas del pensamiento, que dividen a la doctrina. Por una parte están los que consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir una sanción al ofensor (...) lo que mira no es la satisfacción a la víctima sino el castigo al autor. Por otra parte, la mayoría de los autores prefiere considerar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento”⁴⁴

40 MAGGIORE, Giuseppe; El Delito y la Pena, pagina 223.

41 GUERRA ALVARADO, Leónidas: Desarrollo Histórico de la Pena en el Ecuador, Pagina 87

42 MOLINA LOPEZ, Ricardo, La Mcdonalizacion del proceso penal (La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva, pagina 309, 310.

43 MOLINA LOPEZ, Ricardo, La Mcdonalizacion del proceso penal(La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva, pagina 311.

44 Noboa Bejarano, Ricardo; El Daño Moral en la Legislación Ecuatoriana, www.revistajuridicaonline.com/index; 02-04-2012, página 48.

CAPITULO II

LA INDEMNIZACION EN LA SENTENCIA PENAL

1.- CONSIDERACIONES GENERALES

Para Silva Sánchez (2001; Pagina 2) en los países en los que existe un sistema de “*action civile*” cabe la posibilidad de que la sentencia judicial que pone fin al proceso penal no sólo se pronuncie sobre la pretensión punitiva del Estado, sino también sobre pretensiones de contenido patrimonial que guardan una determinada relación con el delito enjuiciado. En otros términos –los convencionales-, los jueces y tribunales penales pueden decidir no sólo sobre la *responsabilidad penal* del inculcado, sino también sobre la denominada *responsabilidad civil derivada de delito*. Esta situación en muchos países se encuentra en crisis pero aparece como modelo de política jurídica en los países que carecían de ésta.⁴⁵ Entonces para este autor la responsabilidad civil derivada del delito y su resolución en el proceso penal no es porque sea por cuestiones de Derecho Penal o de Política Criminal, sino tendiente a evitar el peregrinaje de jurisdicciones. Por lo que debe entenderse como un caso de responsabilidad extracontractual respecto del cual sólo cabría discutir si se ciñe al daño propio del delito, tal como éste bien tipificado en las leyes penales, o también a otros daños derivados de la conducta delictiva o extra típica. La responsabilidad civil derivada del delito no funciona, pero por economía procesal justifica se resuelva sobre este tema. La condena a reparar el daño causado por el delito no requiere que el daño causado sea elemento típico del delito, ni siquiera que se condene por delito alguno.⁴⁶

Muñoz Conde dice que “se declare en sentencia y sea exigible ejecutoriadamente”⁴⁷, quiere decir que no puedo pedir en el caso en que el proceso se encuentre suspendido por encontrarse prófugo el acusado, solo puede pedirse la indemnización de los daños si ya esta ejecutoriada la sentencia.

⁴⁵ Silva Sánchez, Jesús María; InDret; ¿“*ex delicto*”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal, Universitat Pompeu Fabra; Barcelona, Julio de 2001; [www.indret.http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf); 09-01-2012.

⁴⁶ Silva Sánchez, Jesús María; InDret; ¿“*ex delicto*”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal, Universitat Pompeu Fabra; Barcelona, Julio de 2001; [www.indret.http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf); 09-01-2012.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal Parte General, pagina 675

Cabe únicamente si se llega a un acuerdo con el acusado respecto a las indemnizaciones, pero no sabemos con qué frecuencia se dan casos de acuerdos de indemnizaciones antes de que se declare la responsabilidad del procesado mediante una sentencia condenatoria. Por lo tanto el hecho que se declare en sentencia y sea exigible ejecutoriadamente no impide que el tema de las indemnizaciones sea tratadas antes, mediante acuerdo, porque además es beneficioso como atenuante según nuestro Código Penal Ecuatoriano.

Al analizar el artículo 309 numeral 5 del código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, con una simple interpretación literal; el juez en la sentencia manda a pagar la indemnización de los daños fijando el monto. Pero analizando el contexto general de las leyes penales en nuestro país, no es tan cierto ni así de simple lo que establece el referido artículo, vamos a ver que al realizar el estudio del tema esta disposición deja a mucho que desear al fijar un monto de las indemnizaciones en la Sentencia penal condenatoria. Por el contrario puede ser un gran avance en el tema de las indemnizaciones, porque no se requiere ni acusación particular, ni demandar vía civil, que equivale que en la misma sentencia que declara la responsabilidad del procesado y se fija el monto de las indemnizaciones para la víctima. Pero una cuestión importante que no debemos olvidar es que hay algunos elementos que se deben tomar en consideración el momento de fijar el monto de las indemnizaciones, la primera situación puede ser que el Juez no solo está concentrado en que se demuestre la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado sino debe estar atento respecto de los daños ocasionados para que en base a ello fije el monto de las indemnizaciones, y los defensores estar atentos también a defender con respecto a la capacidad de pago o no de la indemnizaciones por parte de su defendido..

Para adentrarnos al tema cabe una pregunta, ¿cómo puede el juez fijar el monto de la indemnización si todavía en ningún momento del proceso obtuvo pruebas referente a cuánto asciende el daño? El caso es que durante todo el proceso según las leyes penales ecuatorianas lo que se pretende es demostrar la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado. Esta particularidad es función del Fiscal como de la acusación particular, en ningún momento de este proceso hay asidero para probar o presentar las pruebas del daño causado y el monto al que asciende, es decir no hay una disposición expresa que efectivamente se exija a las partes aportar pruebas con respecto al tema de las indemnizaciones. Es interesante ver como actualmente algunos tribunales notifican que deberá probarse lo que plantea el numeral cinco del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal.

Así planteado el problema otros de los requisitos para reclamar, es probar que efectivamente por el ilícito se causo el daño, y probar cuanto es el monto de la afectación para que en base a ella se fije. El juez no puede fallar a ciegas, desconociendo los daños que se provocaron con el delito. Debe

fallar el Juez fijándose en algunos parámetros por ejemplo el de sentencias dictadas por las cortes internacionales, en la cual en primer lugar miran respecto del daño material, el lucro cesante, el daño emergente; el daño moral, el daño inmaterial; las otras formas de reparación, el daño al proyecto de vida.

2.-CONTENIDO DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN UNA SENTENCIAS PENAL CONDENATORIA.

El tema que se trata tiene que ver con la responsabilidad civil derivada del delito, y es efectivamente la indemnización de los daños y perjuicios. Según la teoría la sentencia debe procurar, la restitución, la reparación del bien jurídico dañado mediante una indemnización de los daños; por lo tanto a continuación se pasa analizar algunas cuestiones importantes que debe contener la sentencia respecto a este tema.

Si bien el artículo 309 numeral cinco del Código de Procedimiento Penal a la indemnización de los daños y perjuicios la establece como un requisito de la sentencia, no es razonable que se lo diga a la ligera en dos o tres líneas de la sentencia. Si se toma en serio este mandato debe considerarse que para la indemnización de daños y perjuicios “en la sentencia penal se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto de juicio...”⁴⁸ en tal sentido vemos que para la aproximada satisfacción de la víctima es necesario que se dé la restitución, la reparación y la indemnización.

2.1 LA RESTITUCIÓN.- “La restitución debe hacerse aun cuando la cosa se halle en poder de un tercero que la posea legalmente, salvo su repetición contra quién corresponda. No será aplicable esta disposición cuando el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable.

Si no fuere posible la restitución de la cosa, se reparará la pérdida pagándose el valor de ella. La reparación se hará valorando la entidad del daño a regulación del Tribunal, atendido el precio natural

⁴⁸ Mir, Santiago; Contenido de la Responsabilidad Civil Derivada del Delito de Alzamiento de Bienes; Catedrático de la Universidad de Barcelona, Editorial ADCo, 2009;http://www.gonzalezfranco.com/archivos_gestor/Santiago%20Mir.pdf;09-012012;pagina 21

de la cosa, siempre que fuere posible, y el grado de afección en que la tenga el agraviado; y sólo se exigirá cuando no haya lugar a la restitución”⁴⁹.

“La restitución hace referencia a volver una cosa a quién la tenía o restablecer una cosa al estado que antes tenía. Su función es no la de eliminar o neutralizar el daño causado mediante la prestación de un equivalente o compensación, sino propiamente la de dejar las cosas como estaban, suprimiendo o borrando el daño causado, restablece el status quo ante.”⁵⁰ y si no es posible la restitución entonces cabe la reparación, mediante acuerdos reparatorios o mediante establecer en la sentencia penal. Según la teoría “la restitución debe ser obligatoria si es posible, y la misma debe ser ordenada en la parte dispositiva del fallo, si la cosa sustraída se recuperó, el tribunal devolverá los objetos, salvo que estime indispensable su conservación, pero en los delitos contra la propiedad los objetos se entregarán al propietario en cualquier estado del proceso, una vez comprobada su preexistencia por cualquier medio y previo avalúo”⁵¹ En nuestro ordenamiento penal conforme al artículo 107 y 109, en el caso de delitos contra la propiedad, una vez practicado el avalúo de lo sustraído si se hubiere recuperado el bien, serán entregados a quienes correspondan una vez reconocidos y descritos.

Esta situación implica la restitución de la cosa sustraída. Caso contrario si no se recuperó el bien sustraído debe ordenarse a pagar el valor de la cosa sustraída, siempre y cuando se justifique lo establecido en el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, “la restitución de la cosa ajena o su valor, es considerada, como una consecuencia de la responsabilidad criminal, que debe declarar el juez penal de oficio en la propia sentencia independientemente de que haya sido ejercida o no la reclamación civil, es una consecuencia de la responsabilidad criminal y es de orden público el declararla en la propia sentencia.”⁵² Pues con el mandato del artículo 309 numeral cinco del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano no solo cabe la restitución sino también la reparación y la indemnización por el daño provocado, el

⁴⁹ Tamayo Rodríguez José Luis; La Responsabilidad Civil Derivada de Delito, con Especial Referencia a su Tratamiento en la Reforma del Código Penal; <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/relcrim11/11-2.pdf>; 09. 01-2011; Página 5.

⁵⁰ Tamayo Rodríguez José Luis; La Responsabilidad Civil Derivada de Delito, con Especial Referencia a su Tratamiento en la Reforma del Código Penal; <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/relcrim11/11-2.pdf>; 09. 01-2011; Página 5 y 6.

⁵¹ Tamayo Rodríguez José Luis; La Responsabilidad Civil Derivada de Delito, con Especial Referencia a su Tratamiento en la Reforma del Código Penal; <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/relcrim11/11-2.pdf>; 09. 01-2011; Página 6.

⁵² Tamayo Rodríguez Jose Luis; La Responsabilidad Civil Derivada de Delito, con Especial Referencia a su Tratamiento en la Reforma del Código Penal; <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/relcrim11/11-2.pdf>; 09. 01-2011; Página 8.

Tribunal no solo procuraría que se dé la restitución sino también la indemnización de los daños y perjuicios, y parece que va quedando lejos ya la discusión de si la víctima tiene que presentar acusación particular o una acción civil de resarcimiento e indemnización de los daños y perjuicios por cuanto con esta disposición ya no es necesario que para resarcir los daños y perjuicios la víctima tenga que reclamarlo; sin perjuicio de que pueda ejercerla. Pues siguen vigentes los mandatos para la acción particular o la acción civil para la obtención de la indemnización de los daños y perjuicios. Por lo tanto el Estado a través de los Tribunales Penales está altamente comprometido con los intereses particulares de la víctima, lo que ya no le obliga a ésta a intentar por separado la respectiva acción contra el culpable del delito, sino que al ser considerado como un derecho la indemnización, es obligación del Estado ejecutarla. Queda claro que la restitución no es parte de la reparación del daño y de la indemnización de perjuicios.”⁵³

2.2 LA REPARACIÓN.- “entendida en su amplia acepción como modalidad integrante del concepto global de responsabilidad civil... con el fin de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado...”⁵⁴ Una reparación escasa que no tiene en cuenta las perspectivas como la investigación, la mejora de las condiciones de vida y el restablecimiento de los derechos puede carecer de sentido.”⁵⁵ Por tal razón el Juez o Tribunal no debe ordenar la reparación al azar y por cumplir con este requisito de la sentencia, al contrario debe realizar una verdadera ponderación de los daños causados; para que exista una verdadera eficacia de la reparación, una mejora de las condiciones de vida que le fueron conculcados, así como el restablecimiento de los derechos, a través de la indemnización de los daños.

Es importante que a continuación enunciemos lo siguiente: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que entre sus principales preocupaciones se encuentra la protección de la

⁵³ A este respecto, basta tener presente, y al margen de otras consideraciones, que, mientras el derecho a la restitución se circunscribe, específicamente, a la devolución de la cosa, el resarcimiento abarca no solamente la indemnización de la disminución del valor que hubiere sufrido la cosa por deterioros o menoscabos, o el pago de su valor equivalente, en caso de no ser posible su devolución, sino también la indemnización de los daños no patrimoniales. En pocas palabras, el resarcimiento se extiende tanto a los daños sufridos por la cosa, incluyendo la eventual devolución de su valor, en caso de que desaparezca (daños patrimoniales), como a los no patrimoniales o morales. Obra cit, Tamayo Rodríguez.

⁵⁴ Mir, Santiago; Contenido de la Responsabilidad Civil Derivada del Delito de Alzamiento de Bienes; Catedrático de la Universidad de Barcelona, Editorial ADCo, 2009; http://www.gonzalezfranco.com/archivos_gestor/Santiago%20Mir.pdf; 09-012012; pagina 21.

⁵⁵ Martín Beristaín, Carlos; Dialogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de derechos humanos; Tomo 2, 2008; http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_362820648.pdf; 15-01-2011.

víctima y la reparación del daño. La mejor protección es impulsada por la aplicación de especiales criterios de interpretación y se refleja en la ampliación de las categorías de daño a través de la noción del daño al proyecto de vida; en el desarrollo del concepto de víctima, que se extiende a los familiares en casos de violación al derecho a la vida o integridad personal; y que en cuanto a las reparaciones se expresa en lo que la Corte ha denominado “otras medidas de reparación” cuyo objeto es a la vez que reparar a la víctima, ser una suerte de *garantía de no repetición* de los actos y que genera para los Estados obligaciones positivas, o de hacer. La Corte ha asumido un rol especialmente activo para su protección y reparación, y en la valoración del daño.”⁵⁶ Contar con un criterio claro para la valoración del daño es importante, ya que debe ser una obligación por parte del juzgador establecer con un método claro y preciso respecto a una indemnización de los daños y perjuicios y no limitarse a cumplir vagamente con un requisito de la sentencia, más aun si el Juzgador tiene el respaldo Constitucional y un criterio de “progresividad”⁵⁷ en la interpretación de las normas, respaldada por la disposición del numeral tercero del artículo dos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en su parte que nos conviene se habla de una “*progresividad de los derechos*.” Si el juzgador aplica métodos y criterios importantes, no cabe duda que la reparación está garantizada a la víctima.

Un criterio importante y que debe ser considerado en la sentencia es el análisis de la gravedad de los actos constitutivos del daño. Por ejemplo se puede observar “las circunstancias del caso, su duración, los efectos físicos y mentales; en algunos casos incide el sexo, la edad, el estado de salud de las víctimas, tomando en cuenta la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁵⁸. Se puede utilizar el criterio humanitario entendido en el ámbito internacional “como un “criterio teleológico de interpretación que podría configurar una suerte de método humanitario, destinado a determinar el alcance de los tratados en la forma más adecuada a su propósito, que es la protección de los derechos fundamentales”⁵⁹ y que muy bien podría tomarse por parte de los Jueces, como un método destinado a determinar el alcance de los daños en pro de la reparación e indemnización a la víctima. De igual manera la interpretación progresiva de las normas aplicables a favor de la

⁵⁶ Galdámez Zelada Liliana; Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones; http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_3_62820648.pdf 15-01-2012.

⁵⁷ Cordero Acosta, José; apuntes de Clase de la materia de Delitos Informáticos, 2011.

⁵⁸ Obra cit. de Galdámez Zelada Liliana. Página .5

⁵⁹ Ídem. Galdámez Zelada Liliana. Página 5

víctima debe ser considerada como una “orientación fundamental”⁶⁰ para favorecer una sobresaliente indemnización a las víctimas.

“La reparación refiere a un conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos y mejorar la situación de las víctimas, así como promover que impidan la repetición de las violaciones. Estas medidas tienen dos objetivos: 1. Ayudar a las víctimas a mejorar su situación, a enfrentar las consecuencias de la violencia, reconociendo su dignidad como personas y sus derechos. 2. Mostrar solidaridad con las víctimas y un camino para restablecer su confianza en la sociedad y las instituciones. Ayuda a enfrentar las consecuencias de las violaciones y promover su reintegración social.”⁶¹

De la teoría vemos que se desarrollan criterios de reparación entre las cuales además de las ya mencionadas en el párrafo anterior pueden ser utilizadas las siguientes: “Se parte indicando que la reparación está basado en términos morales y legales, a través de una creciente legislación y tratados internacionales que lo apoyan, y formulan cinco dimensiones que en sí han sido desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que para este autor la incluye dentro de la reparación, pero nosotros la hemos separado para efectos de este trabajo, pero para tener una idea vemos que Martín (2008) plantea que para que exista una integralidad, eficacia y proporcionalidad de la reparación debe estar contenida con los siguientes aspectos: “1. La restitución como aquella que busca restablecer la situación previa de la víctima. Incluye el restablecimiento de derechos, el retorno a su lugar de residencia, la devolución de bienes, y el empleo. 2.- La indemnización entendida como la compensación monetaria por daños y perjuicios. Incluye tanto daño material como físico y moral (miedo, humillación, estrés, problemas mentales, reputación). 3. La rehabilitación alude a medidas tales como la atención médica y psicológica, así como servicios legales y sociales que ayuden a las víctimas a readaptarse a la sociedad. 4. Las medidas de satisfacción se refieren a la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad y actos de desagravio; las sanciones contra perpetradores; la conmemoración y tributo a las víctimas. 5.- Las garantías de no repetición pretenden asegurar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones. Tanto las unas como las otras deben obedecer a una jerarquía y (ponderación) dado que deberían responder a sus expectativas o necesidades.”⁶² que si bien estos son criterios

⁶⁰ Obra cit. Galdámez Zelada Liliana. Página 6

⁶¹. Martín Beristáin, Carlos; Dialogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de derechos humanos; Tomo 2, 2008; http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_362820648.pdf; 15-01-2011.

⁶² Martín Beristáin, Carlos; Dialogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de derechos humanos; Tomo 2, 2008;

internacionales en el caso de violación de derechos humanos, vemos plenamente viable que se aplique en el derecho interno para efectos de reparaciones e indemnización de daños y perjuicios.

Otros Criterios que podrían observarse son los que se encuentran enunciados en los artículos 31-33 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986.

Un criterio importante es lo que establece la Constitución ecuatoriana que “las víctimas de infracciones penales gozaran de protección especial, se garantizará su no re victimización (...) 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.” Es plenamente factible ya que en el numeral 3 del artículo 11 de la Constitución: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos, ni para negar su reconocimiento.”⁶³

3. LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Para Silva Sánchez,(2001;pagina: 4) hay “tres hipótesis en cuanto a la relación que debe existir entre el daño indemnizable y el hecho penalmente típico para que pueda hablarse de responsabilidad civil derivada de delito”. La primera consideraría que la responsabilidad civil derivada de delito sólo se refiere a los daños que se manifiestan en el *resultado típico* del delito; la segunda, que dicha responsabilidad alcanza a *daños trascendentes* al resultado típico, pero, en todo caso, *imputables* a la conducta típica según las reglas de imputación objetiva y subjetiva que rigen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual; y la tercera, que entendería que la responsabilidad civil va *incluso más allá de la reparación de los daños objetiva y subjetivamente imputables a la conducta típica* en los términos de Derecho civil de daños.”⁶⁴

http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_362820648.pdf; 15-01-2011.

⁶³ Constitución Ecuatoriana, Artículo 78, 11.

⁶⁴ Silva Sánchez, Jesús María; InDret; “*ex delicto*”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal, Universitat Pompeu Fabra; Barcelona, Julio de 2001; [www.indret.http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf); 09-01-2012

En el caso de Molina López, se indica que “ el objeto del proceso penal versa sobre una pretensión netamente punitiva, en la que el Estado ejecuta el “*ius persecuendi*” sobre un sujeto individualizado, excluyendo a la víctima de esta relación procesal(...)En cuanto a la inclusión de la víctima en el proceso penal Carrara en su programa de derecho Criminal alude a la indemnización de los perjuicios a favor de la víctima, dejando en claro que es una forma de responsabilidad civil que tiene como causa la comisión de una conducta punible”⁶⁵ esto hace ver que frente a la pretensión punitiva del Estado para aplicarle un sanción se incluye a la víctima en la relación procesal, a quién se la incluye para la indemnización por los daños causados en su contra.

La indemnización a la víctima por el daño causado por el delito y declarado en sentencia penal ejecutoriada es una fuente de las obligaciones y Molina López dice “La obligación de indemnizar a la víctima se entiende supeditada a la declaratoria de responsabilidad penal de un autor”⁶⁶

Lo que mediante sentencia en el que se confirma la culpabilidad del delito lo serán también a la restitución de la cosa, o de su valor si no fuere posible la restitución, además al pago de los daños y perjuicios, materiales morales, etc...

3.1 EL DANO MATERIAL.

Un asunto importante en este punto “es la ‘restitución integrum’, en algunos casos debido a la naturaleza de los daños se fija el pago de una justa indemnización que debe ser fijado en términos suficientemente amplios para reparar el daño en la medida de lo posible, ya que la función importante de la indemnización es restituir el daño”⁶⁷. En el daño material incluyen el lucro cesante y el daño emergente.

65 MOLINA LOPEZ, Ricardo, La Mcdonalizacion del proceso penal(La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva, pagina 309, 310.; “En este contexto, la imposición de la penal tiene el sentido de una retribución en sentido ético(Kant) o jurídico (Hegel)” Carrara menciona que para un condenado puede tener más sentido retributivo el pago de los perjuicios a la víctima que la misma pena impuesta a aquel: esta idea es remontada por el positivismo criminológico italiano y es llevada a la practica, Garófalo atribuye al Positivismo el haber considerado la obligación de indemnizar a la víctima como una pena mas, es decir como una manifestación adicional del *ius puniendi*”

66 Ibidem“obra cit. Página 11, “ así es considerada esta como una fuente obligacional. Esta concepción aparece recogida tanto por el Código Civil Colombiano como por el español” y en nuestro caso ecuatoriano también.

67 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia del 07 de septiembre del 2004, pagina 58.

3.2 LUCRO CESANTE.

Si la víctima por el delito ha sido despojada de sus bienes que comercializaba, o se interrumpió su actividad comercial y cesaron sus ganancias para él y su familia, o si dada la gravedad de las lesiones que la víctima no pueda desplegar sus actividades productivas en este caso el lucro cesante se mantiene en el tiempo, en la cual se realiza una multiplicación partiendo de cuanto ganaba antes de sufrir el delito por el tiempo que no puede desarrollar la actividad económica.”⁶⁸

Por ejemplo en los delitos contra la propiedad puede darse el caso de la sustracción de un instrumento de trabajo, que servía para la obtención del medio de vida o de ganancias; o si se sustrae las mercaderías que comercializaba, y si por consecuencia del delito se interrumpe la realización de actividades productivas o comerciales.

3.3 DAÑO EMERGENTE.

“Se considera los gastos que sufragó e incurrió la víctima del delito, inclusive puede extenderse hacia el cónyuge y familiares, incluida alimentación, vestuario, implementos de aseo, llamadas telefónicas, tratamiento de problemas auditivos, visuales respiratorios y demás tratamientos físicos, de salud, respecto de los bienes y valores que perdió por el delito, pago de los honorarios del defensor para la defensa de la causa, por la desaparición de las comodidades de la víctima por el delito, por no poder desempeñar actividades laborales luego del delito cometido en su contra, por la dificultad de conseguir empleo y para percibir suficientes ingresos para su manutención”⁶⁹

En el caso Tibi se encuentra que las indemnizaciones se fijan en base a las pruebas reunidas y aportadas, la jurisprudencia de la Corte y los respectivos argumentos presentados por las partes,⁷⁰ la indemnización no se fija al ojo, sino documentadamente y con los argumentos suficientes.

3.4 EL DAÑO MORAL E INMATERIAL

Una pregunta importante que se plantea el “Monseñor Luna Tobar es ‘¿Cuanto Valgo Yo?’”⁷¹ Ante tal cuestionamiento no es fácil decir cómo se va a reparar los daños morales.

⁶⁸ Caso Tibi Página 58

⁶⁹ Caso Tibi, Página 59.

⁷⁰ Caso Tibi, Página 60.

⁷¹ Noboa Bejarano Ricardo; EL Daño Moral en la Legislación Ecuatoriana; www.revistajuridicaonline.com/index; 0204-2012, página 43.

Se incluye dentro del daño moral “el hecho de la ruptura del matrimonio como consecuencia del delito, el hecho de que los padres no puedan ver nacer a sus hijos, el efecto traumático que se causó dependiendo de su origen y nacionalidad, el choque cultural, la violación a la integridad personal, sufrimiento en diferentes ámbitos como el físico, psíquico, y moral, las secuelas físicas y psicológicas, la ruptura de su personalidad y lazos familiares, el cambio radical de la vida que le ubica en una situación de desventaja, los problemas psicológicos tales como las pesadillas, irritabilidad, síndrome depresivo, depresión, comportamientos de hipervigilancia y fatiga. En el caso en que los daños ocasionados a la víctima y el sufrimiento provocado a su familia, y las secuelas que dejan y se requieren de tratamiento médico y psicológico, la imposibilidad de desarrollar su proyecto de vida que impidan alcanzar sus metas personales, profesionales y familiares que la víctima se ha planteado frente a su familia, los planes concretos personales como profesionales para su futuro, que por el delito quedan descartados, y que alteren gravemente el curso que normalmente habría seguido su vida, que además impidan la realización de su vocación, aspiraciones potencialidades, o que causen que nunca pueda desarrollar actividades físicas normales, el dolor y la desesperación que produce el delito, incluye la separación de la familia y los traumas provocados.”⁷². Según la teoría el daño moral coexiste con el daño al proyecto de vida de la víctima o viceversa el daño al proyecto de vida “*coexiste con el daño moral*”.⁷³

A pesar de que en el Ecuador no encontramos abundante doctrina ni jurisprudencia con excepción de pequeños artículos muy ligeros, sin embargo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; se encuentra que: “Se ordena el pago de una cantidad de dinero por los daños inmateriales, pero además se incluye la adopción de medidas satisfactorias que reparen la intensidad del sufrimiento causado en la víctima, y sus familiares, las alteraciones de las condiciones de existencia y demás consecuencias de orden no material”⁷⁴

El daño inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como sus alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Por cuanto no es posible asignar al daño material un preciso equivalente monetario, solo puede ser objeto de compensación de dos maneras. En primer lugar mediante el

⁷² Caso Tibi vs Ecuador, Página 61

⁷³ Galdámez Zelada Liliana; Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones;
http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_362820648.pdf
15-01-2012, página 7.

⁷⁴ Caso Tibi, Página 61.

pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero en aplicación razonable del arbitrio judicial en términos de equidad. En segundo lugar mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión público, como el caso del compromiso tendiente a que no vuelvan a ocurrir, otros que tengan como efecto el reconocimiento de la dignidad de la víctima. Se debe tener en cuenta además que la sentencia es per sé una forma de reparación, se debe ordenar el pago de una compensación por concepto de daños inmateriales conforme a la equidad”.⁷⁵

3.5 LA INDEMNIZACION POR AFECCION AL PROYECTO DE VIDA.

Un aspecto importante es: si en la resolución de pago de la indemnización de daños y perjuicios realmente satisface la afección al proyecto de vida de la víctima. Por lo que conviene que entendamos que es el proyecto de vida.

Conforme a la jurisprudencia internacional, el proyecto de vida lo encontramos en las resoluciones. Por ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “en el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, de 2005, la Corte sistematiza la noción: Proyecto de Vida, que ya había introducido en el caso Loayza Tamayo. En este caso, el Estado fue demandado por la detención arbitraria y torturas de Wilson Gutiérrez Soler, actos que le produjeron secuelas persistentes y perturbaciones psíquicas permanentes. La Comisión Interamericana alegó que el proyecto de vida de la víctima fue destruido a raíz de la impunidad y la falta de reparación del daño en las instancias nacionales. Los representantes del demandante denunciaron que los hechos de que fue víctima significaron un cambio radical de su vida cotidiana, provocaron la ruptura de su personalidad y la pérdida de sus lazos familiares. Al respecto, la Corte consideró que los hechos “impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico... Asimismo, está probado que la forma específica de tortura que la víctima sufrió no solo ha dejado cicatrices físicas, sino también ha disminuido de manera permanente su autoestima y su capacidad de realizar y gozar de relaciones afectivas íntimas”⁷⁶. “Además, es indispensable la inclusión de este concepto para

⁷⁵ Caso Tibi, Pagina 61,62.

⁷⁶ Galdámez Zelada Liliana; Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones; http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_3_62820648.pdf 15-01-2012. pagina 6. “El Tribunal reconoce el daño al proyecto de vida, pero

cumplir a cabalidad el principio de quien causa un daño debe resarcirlo, pues las figuras aplicadas actualmente como daño moral y lucro cesante no cubren la totalidad del daño causado a la persona.”⁷⁷ Según la teoría actualmente es necesario una dimensión tridimensional del derechos así: “Para Fernández Sessarego, el tridimensionalismo no es “una mera construcción o concepción intelectual, sino que se constituye como la inmediata potencia del Derecho en cuanto proceso en el que interactúan, en recíproca e ineludible exigencia, en dinámica unidad, tres dimensiones de las cuales no se puede prescindir si se quiere captar el derecho como totalidad. Estas tres dimensiones se tratan de la conducta humana, normas y valores jurídicos”⁷⁸ Según del caso Tibi el proyecto de vida “se trata de más que las oportunidades , chances, expectativas , está relacionada con metas razonables , esperanzas fundadas, proyectos accesibles, que constituyen en su conjunto, el derrotero para el desarrollo de la persona, deliberado y factible, a partir de ciertas condiciones que lo apoyan y justifican, Agréguese la posibilidad de que exista una decisión concreta por parte del titular de los derechos afectados, decisión sustentada en aquellos elementos y no apenas en suposiciones, presunciones o inferencias del observador externo.”⁷⁹

3.6 OTRAS FORMAS DE REPARACIÓN.

Se trata de “medidas de carácter innovador, que implican una obligación de hacer, concedidas por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, a propósito de la valoración del daño que analiza de

considera que no es posible cuantificarlo en términos económicos. Estima que por tratarse de un daño de naturaleza *compleja e íntegra*, requiere como respuesta medidas de *satisfacción y garantía de no repetición*, que sobrepasan la esfera de lo estrictamente pecuniario. El Tribunal considera que “ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado(....)... El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, atendiéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco transitorio de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de la plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvela, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno”⁷⁷.

⁷⁷ Cubero Soto Melania; Análisis y Desarrollo del Concepto Daño al Proyecto de Vida. Bases filosóficas, desarrollo conceptual, derecho comparado y aplicabilidad de la figura en Costa Rica. A31679;INÉS FERNÁNDEZ ULATE, A52144,Octubre 2010, www.ijj.ucr.ac.cr/download/file/fid/431;15-01-2012. Página 4.

⁷⁸ Cubero Soto Melania; Análisis y Desarrollo del Concepto Daño al Proyecto de Vida. Bases filosóficas, desarrollo conceptual, derecho comparado y aplicabilidad de la figura en Costa Rica. A31679;INÉS FERNÁNDEZ ULATE, A52144,Octubre 2010, www.ijj.ucr.ac.cr/download/file/fid/431;15-01-2012, pagina 21.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador, voto concurrente y razonado DEL Juez Sergio García Ramírez;Sentencia del 07 de septiembre del 2004,pagina 115.

modo integral.”⁸⁰ La reparación que se imponga dependerá “del tipo de violación, el impacto de la misma, las circunstancias del caso, las demandas de los representantes y criterios jurídicos internacionales, incluyendo la utilización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁸¹

Finalmente la indemnización de daños y perjuicios como parte de la reparación es simbólica porque el daño está hecho y es irreversible, para que las víctimas más o menos retomen el control de sus vidas, y si es económica es una “compensación por las pérdidas sufridas”⁸²

4.-LA INDEMNIZACIÓN EN LA SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA.

“Para que surja un título de responsabilidad civil derivada de delito no se requiere que el daño causado por el delito sea un daño penalmente típico. En otras palabras, no es necesario que el resultado dañoso constituya un elemento del delito por el que se condena (no lo será en delitos de peligro, por ejemplo). Pero, por otro lado, también queda claro que cabe un pronunciamiento de responsabilidad civil en el proceso penal, aunque en éste se constate la inexistencia de delito (en el sentido de hecho punible) alguno. Si sumamos este dato al anterior, se advertirá que cabe poner en cuestión que la llamada responsabilidad civil derivada de delito sea siempre, efectivamente, una responsabilidad civil extracontractual y derivada de un delito.”⁸³ Es decir “que la responsabilidad Civil extracontractual se deriva del daño causado a un tercero por la comisión de hechos contrarios a derecho, aunque no sean delitos en sentido penal, pero deben ser siempre contrarios al ordenamiento jurídico, incluido el abuso del derecho. Por lo tanto, si hubo un procesamiento

⁸⁰ Caldámez Zelada Liliana; Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones; http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_362820648.pdf; 15-01-2012.

⁸¹ Martín Beristaín, Carlos; Dialogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de derechos humanos; Tomo 2, 2008; http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_362820648.pdf; 15-01-2011.

⁸² Martín Beristaín, Carlos; Dialogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de derechos humanos; Tomo 2, 2008; http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_362820648.pdf; 15-01-2011.

⁸³ Silva Sánchez, Jesús María; InDret; “*ex delicto*”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal, Universitat Pompeu Fabra; Barcelona, Julio de 2001; [www.indret.http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf); 09-01-2012.

injustificado estamos frente a un hecho ilícito aunque no sea delictuoso en el sentido del catálogo penal.”⁸⁴ “Para que un tribunal penal condene a un agente a título de responsabilidad civil “derivada de delito” ni siquiera hace falta que se condene a nadie por delito alguno. Por retomar un ejemplo utilizado antes, la condena a indemnizar a quienes sufrieron daños tratando de evitar la consumación del delito (víctima, terceros) no tiene por qué requerir la presencia de una tentativa punible; es compatible, por ejemplo, con la apreciación de un desistimiento voluntario que excluya la responsabilidad penal del sujeto activo. En los casos de los denominados “accidentes de los salvadores”, el sujeto activo debe indemnizar los daños sufridos tanto por quienes han actuado en cumplimiento de un deber, como seguramente también por quienes han obrado de modo espontáneo en socorro del sujeto en peligro; y ello, aunque haya desistido voluntariamente anulando la situación de riesgo. La condena a título de responsabilidad civil derivada de delito no requiere, por tanto, la *punibilidad* del hecho del sujeto activo. Así, por ejemplo, la apreciación de la excusa absolutoria de parentesco en los casos de delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios no obsta a que tenga lugar, en el procedimiento penal, el correspondiente pronunciamiento indemnizatorio. Está claro, por lo demás, que tal condena no requiere tampoco la *culpabilidad* del sujeto activo.”⁸⁵ Por lo tanto en la responsabilidad civil no se requiere que el daño se haya causado por la comisión del un tipo penal, sino de una acción contraria al ordenamiento jurídico o a derecho.

Por otro lado para Muñoz Conde hay casos en que cabe la indemnización en el caso de que se declare inocente al acusado, y se trata respecto de la responsabilidad civil en el caso de determinadas eximentes: inimputabilidad, estado de necesidad, ebrio consuetudinario, miedo insuperable y error, que suponen la exención de responsabilidad penal”.⁸⁶ Se entiende que se absuelve al acusado, pero si debe responder civilmente de las indemnizaciones de daños y perjuicios. Todos estos casos son de responsabilidad por el hecho de terceros que establece el código civil.

Inimputabilidad.- son los casos en que participa en el hecho delictivo una persona privada de la razón o un menor de edad, en estos casos quien es responsable del pago de los daños y perjuicios las “que tienen bajo su potestad o guarda siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia. En

⁸⁴ Andrade Ubidia Santiago; apuntes en esta tesina corregida.

⁸⁵ Silva Sánchez, Jesús María; InDret; “*ex delicto*”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal, Universitat Pompeu Fabra; Barcelona, Julio de 2001; [www.indret.http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf); 09-01-2012.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; Obra cit, página 681

los casos de realización del hecho típico por quien padece alteración mental o alteración de la percepción.”⁸⁷ .

El estado de necesidad.-son “aquellos en cuyo favor se haya evitado el mal, proporcionalmente al perjuicio que le hubiere evitado.

El Miedo insuperable.- responde civilmente el que hubiere causado el miedo y subsidiariamente quien hubiere ejecutado el hecho”⁸⁸

En estos casos se exime la obligación de contar con una sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad penal; sin embargo es responsable civilmente por los daños y perjuicios.

Otra situación que puede presentarse en éste punto es el caso de los terceros civilmente responsables, no se le absuelve ni es responsable penalmente. “El civilmente responsable es quien sin haber participado en la comisión del hecho punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios...”⁸⁹

A parte de que existe “el responsable penal que es el principal responsable civil, pero si no hace efectiva su responsabilidad, esta recaerá sobre quien aparece como responsable subsidiarios tales son los casos de los padres, los tutores”⁹⁰

Los terceros civilmente responsables son aquellos que tienen la obligación de indemnizar los daños y los perjuicios aunque no hayan participado en el hecho delictivo, pero por algún tipo de vínculo o situación legal son responsables civilmente.

5. MEDIDAS CAUTELARES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Creo que el Juez penal debe ordenar las medidas cautelares suficientes para garantizar el pago de los daños y perjuicios, por cuanto no serviría de nada tanta literatura si no se precautela en todas las etapas del proceso penal el eventual pago de los daños y perjuicios.

Nuestro Código Procesal Penal establece en el artículo 159 que: “a fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y /o de carácter real.” Con esta disposición se viabiliza plenamente la posibilidad de establecer medidas cautelares de carácter real para garantizar el pago de los daños y perjuicios. Del análisis de cuatro actas⁹¹ en la cual se dicta medidas cautelares de orden personal no hay constancia

87 MUÑOZ CONDE, Francisco; Obra cit página 681

88 MUÑOZ CONDE, Francisco; Obra cit, pagina 682.

89 TORRADO ALVAREZ, Andrés Felipe, Obra, Cit. Página 122

90 TORRADO ALVAREZ, Andrés Felipe. Obra cit. página 684

⁹¹ Acta de Audiencia de control de flagrancia, Juzgado Decimo Tercero de lo Civil de Santa Isabel, juicio Nro.0479-

que se adopte una medida cautelar para asegurar y garantizar el pago de los daños y perjuicios, y, es una cuestión por la que deben trabajar los Fiscales Penales quienes ejercen la acción penal, además debe ser solicitado por el acusador particular si lo hay, y el Juez de garantías penales debe conceder motivadamente.

6.- LA CONDENA A INDEMNIZACIONES EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA.

Como ya tratamos en los temas anteriores hay tres formas de fijar el monto de las indemnizaciones por los daños y perjuicios, a continuación se los enumera:

La primera es lo que establece el artículo 309 numeral cinco del Código Procedimiento Penal, como un requisito de la sentencia, por lo que además es competente el Tribunal que dictó la resolución.

La segunda mediante la presentación de acusación particular siempre que se ordene el pago de los daños y perjuicios mediante sentencia condenatoria ejecutoriada. En este caso debe tramitarse el pago mediante vía verbal sumaria ante el Presidente del Tribunal de garantías penales que dictó la sentencia. Se encuentra establecida en 52, 53,54. 55, 56, 57,58,59,60, 61,62,63, 391 del Código de Procedimiento Penal y 828 del Código de Procedimiento Civil. La competencia se encuentra fijada en el artículo 31 numeral 1, literal a, del Código de Procedimiento Penal, y en el artículo 222 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La acusación particular se presenta solo en los casos de delitos de acción penal pública, la pretensión de la acusación particular es lograr la indemnización de los daños y perjuicios mediante ser declarada en sentencia. Siendo importante que se pruebe la responsabilidad del procesado. De las disposiciones revisadas en ninguna de ellas dispone, sin que se encuentre otra respecto de si se debe probar el daño para proceder a cuantificarlos y ordenar el pago. Durante el juicio lo que hay que probar es la responsabilidad del acusado, y no hay normativa que permita la prueba del daño. Pero en este caso la reclamación vía verbal sumaria ante el presidente del Tribunal que sentenció, si no probó el daño durante el juicio, puede hacerlo en el trámite Sumario. De la misma manera dice el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal, que se procederá siempre que no hubiere sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia si la determinación hubiere sido parcial.” Al declarar responsable a un procesado conlleva al pago , pero con la circunstancia de que cuando

2011, del 14-06-2011; Acta de Inicio de Instrucción Fiscal, Juzgado Segundo de Garantías Penales del Azuay, Juicio Nro. 8639-2011, del 24-09-2011; Acta de Inicio de Instrucción Fiscal, Juzgado Primero de Garantías Penales, Juicio Nro.9102-2011, del 09-10-2011; Acta de Auto de llamamiento a Juicio, Juzgado Tercero de Garantías Penales del Azuay, Juicio Nro.0220-2008, del 18-07-2011.

haya acusación particular debe mandar a pagar los daños y en el caso de que se trate de un bien objetivo, como por ejemplo en los delitos de estafa, pero en el caso que los daños sea contra bienes subjetivos como por ejemplo la violación sexual que no es cuantificable, el juez debería establecer la manera de proceder a la reparación e indemnización fijándose en los criterios ya citados anteriormente.

La tercera opción es que si no hay acusación particular se podrá reclamar en vía civil ante los jueces civiles, una vez que se cuente con una sentencia condenatoria ejecutoriada que declare la responsabilidad del acusado en el hecho delictivo. La competencia se encuentra establecida en el artículo 31, numeral 1, literal b, del Código de Procedimiento Penal.

Argumentos para aplicar la primera propuesta:

- El legislador lo establece como un requisito de la sentencia penal, y se señala en el artículo 309, numeral 5 del Código de Procedimiento Penal. Esta situación legal podría hacer que entendamos por ejemplo, en el caso que falte este requisito la sentencia es incompleta y se puede pedir ampliación solicitando que se incluya la indemnización de los daños y perjuicios. En vez de pedir aclaración de la sentencia más bien, si no se fija la indemnización debería procederse según la segunda o tercera opción tratados en los párrafos anteriores según sea el caso, y su falta no invalidará la sentencia.
- Actualmente se habla de una interpretación progresiva de los derechos, y si consideramos que las indemnizaciones de los daños y perjuicios es un derecho de la víctima, el Juez debe fijar obligatoriamente el monto de la indemnización de los daños y perjuicios en la sentencia conforme el numeral cinco del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. ¿En base a qué elementos? Si no hay prueba, ¿cómo ha de proceder el Juzgador?, estas son las interrogantes que surgen a partir de esta disposición legal.
- Además la Constitución establece en el artículo 76 de la tutela efectiva, imparcial y expedita eficaz de los derechos de las víctimas. En el considerando del Código Orgánico de la función judicial se dice: “Que, el artículo 1 de la Constitución vigente establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que la actuación de servidoras y servidores de la justicia, debe responder a los principio y disposiciones constitucionales como una garantía de los derechos, limitación del poder estatal y la

realización de la justicia. Que el anhelo de todas y todos las ecuatorianas y los ecuatorianos de una justicia al alcance de cualquier persona y colectividad, sin distinciones ni discriminación de ningún tipo, efectiva y eficiente (...)”⁹² Por lo tanto es de interés de los servidores y servidoras judiciales velar por los derechos y garantías de las partes procesales, entre ellas las víctimas. En la Ley Orgánica de la Función Judicial, en el artículo 5 establece que: “Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la función judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. No podrá alegarse falta de ley o de desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de sus derechos.”⁹³ En definitiva no puede alegarse falta de ley para incumplir lo establecido en el numeral cinco del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, es invalido decir que no hay normativa referente a la prueba de los daños y perjuicios durante el juicio penal, esta disposiciones permiten que conjuntamente con la prueba de la existencia material de la infracción como la responsabilidad del acusado, se puede probar los daños ocasionados, y nadie puede negarlo, ya que si se niega esta situación podría provocar que se viole el derecho de la víctima a que se le indemnice adecuadamente y en forma integral, implicaría un desconocimiento de su derecho y no se le estaría protegiendo, ni garantizando su derecho.

- La disposición del numeral cinco del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal es la norma más favorable a los derechos de la víctima, por lo que la debe elegir, conforme al artículo 2 numeral uno y cuatro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional que dice: 2.-“Si hay varias normas e interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona (...). 4.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.”⁹⁴ Este es un punto neurálgico, porque en primer lugar no hay disposiciones legales que obligue a la fiscalía actuar pruebas de los daños y perjuicios, nos damos cuenta que es un punto que cuelga en la nada. Por otro lado el Juez no puede actuar prueba en virtud del principio dispositivo. A partir de esta reflexión podría plantearse un proyecto de ley.

⁹² Código Orgánico de la Función Judicial Ecuatoriana, del Registro Oficial Nro. 544 de 09 de Marzo del 2009.

⁹³ Código Orgánico, de la Función Judicial Ecuatoriana, Registro Oficial Nro. 544, de 09 de Marzo del 2009, artículo 5.

⁹⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, Registro Oficial Nro. 52, Quito, jueves 22 de Octubre del 2009.

- Conozco casos en que la acción Verbal Sumaria de pago de daños y perjuicios dura como 10 años y todavía no termina, no creo que sea posible tener a la víctimas esperando 10 años para que le paguen los daños; cuando inclusive ya ha olivado el daño que le causó el responsable del delito en su contra. Por eso es necesario que se le fije un monto directamente en la sentencia penal, siempre que la víctima lo solicite, o el Fiscal lo haga en cumplimiento de lo que dispone el artículo 195 de la Constitución que a continuación se transcribe: “La fiscalía dirigirá , de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas”. El Juez no puede hacer nada si no hay pruebas de los hechos que provocó el daño, por cuanto no puede arbitrariamente fijar el monto de la reparación, por el mandato del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial que en su parte pertinente dice “...no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.”⁹⁵
- La víctima ya no tiene que esperar algunos años para solucionar el tema de los daños que le ocasionaron. Pues muchas veces el responsable cumple la pena pero no paga la indemnización de los daños y perjuicios.
- Hay casos en que la víctima a pesar de haber planteado acusación particular no sigue el verbal sumario para hacer efectivo el pago de los daños y perjuicios, y peor cuando no presenta acusación particular no acude a la vía civil a demandar por los daños causados, tanto de los gastos y el tiempo que transcurre para ver si así logra obtener la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasionaron. Muchas veces es más conveniente que se fije aunque sea un poco en la misma sentencia que declara la culpabilidad penal.
- En los casos de la reincidencia si debe ponérsela una cantidad alta, porque conozco casos en que viven del robo, viven gozando de los mejores lujos y no se le exige el pago de los daños y perjuicios ocasionados. Para algunos es un negocio delinquir; y por conocer el medio y la forma en que fallan los jueces, no les importa volver a delinquir y como sabe que no le pasa nada, ni le obligan a que pague de los daños, conoce la cárcel , se pasa un buen rato y sale otra vez a seguir en su negocio. Para Molina López, al procesado a veces más le duele el pagar una pena pecuniaria que una de privación de la libertad.

⁹⁵ Código Orgánico de la Función Judicial.

- EL Juez o Tribunal, fija el monto de oficio, no es necesario cumplir una serie de trámites y formalidades positivistas. El Tribunal garantista establece un monto de pago de las indemnizaciones fijándose en los criterios que analizamos. Salvo si no se le proporciona los hechos, el Juez nada puede hacer por más garantista que sea.

7. ANALISIS DE CINCO SENTENCIAS RESPECTO AL CONTENIDO Y MOTIVACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Dentro de este tema se va analizar las siguientes sentencias:

1.- La dictada por el Tercer Tribunal Penal, en el juicio Nro. 0028-2011; el 27 de enero del 2011 en un delito contra la vida: dice “REPARACIÓN: que impone este tribunal... como pago por los daños y perjuicios, como derecho de tutela judicial efectiva a favor de la ofendida (...) de conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República, en relación con el numeral 5 del Art, 309, del Código Adjetivo Penal, se dispone que el sentenciado pague la suma de \$146.688,00 dólares de los Estados Unidos de Norte América en razón de que la Víctima, de acuerdo al Código de Trabajo vigente, su edad productiva empieza a los 18 años de edad y esta culmina a los 65 años, por lo que considera el salario unificado de \$292 dólares multiplicado por 47 años”. Hay que mencionar que en este caso falleció un niño en una sala de hospital. Creo que en ésta sentencia para efectos de reparación debía darse especial atención a la madre del niño; que es e quien siguió la acción penal con acusación particular juntamente con la Fiscalía, en esta sentencia que si bien el monto de las indemnizaciones es considerando la productividad material del niño fallecido, no es menos cierto que las indemnizaciones tenían que orientarse hacia reparar los sufrimientos que causó a la madre y familiares, tanto mediante tratamientos psicológicos, y de más profesionales para superar la muerte de su hijo. Pero de alguna manera si se ejecuta la sentencia en lo referente a la indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de dinero establecido puede utilizarse para tales fines. Además sería importante que en la sentencia se detalle, se argumente y se motive las razones de por qué fijan una cantidad de dinero y no otra.

2.-La Sentencia dictada por el Tercer Tribunal Penal, en el juicio Nro.102-2011, en un delito de violación, dice: se le condena también al pago de daños y perjuicios, en cumplimiento a lo que ordena el Artículo 309.5 del Código De Procedimiento Penal, los que en consideración a su situación económica, se determinan en el valor de mil dólares a favor de la ofendida.”

3.-Una Sentencia dictada por el Tribunal Primero de lo Penal, en el Juicio Nro. 147-2011, por un delito de robo. Se trata de un procedimiento Abreviado, en la parte pertinente dice: “y en conformidad con el numeral 5 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 78 de la Constitución de la República, se le condena también al pago de doscientos dólares de los Estados Unidos de Norte América, que deberá pagar al ofendido en razón de los perjuicios ocasionados y reconocidos por este Tribunal, suma que se fija tomando en cuenta la recuperación de los objetos sustraídos...”.

4.-Una sentencia dictada por el Tribunal Tercero de lo penal, en el juicio Nro.119-2011, por un delito de tráfico ilegal de migrantes. Dice: “se condena también al pago de daños y perjuicios, por así disponérselo el Art. 309. 5 del Código de Procedimiento Penal, los que se fijan en la cantidad de nueve mil dólares a favor de la ofendida.”

5.-Una sentencia dictada por el Tribunal Tercero de lo Penal, en el juicio Nro.158-2011, por el delito de Plagio, que dice: “de conformidad con lo que ordena el artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal, se le condena también al pago de daños y perjuicios lo que se determina en el valor de doscientos dólares a favor de la ofendida.”

Es cierto que el artículo 309. 5 del Código de Procedimiento Penal establece como requisito que se fije el monto de las indemnizaciones, y vemos que en las sentencias en mención se cumple con este requisito formal. Pero es importante que se motive, se detalle, se narre porque se fija tal o cual cantidad. Que es lo que le impulsa al Tribunal fijar esta cantidad, mirando y detallando el daño emergente, el lucro cesante, del daño moral, el proyecto de vida, la restitución, la reparación, los sufrimientos de la víctima, ya que solo de esa forma estaría garantizándose una justicia efectiva a favor de las víctimas, y que por el monto fijado; y por los argumentos del Tribunal; la víctima quede más o menos satisfecha.

Vemos que en la mayoría de las sentencias la indemnización que se fija es sin ningún tipo de motivación y es ínfima la cantidad fijada. La pregunta latente es si ¿este fue el espíritu del artículo 309, numeral 5 del Código de Procedimiento Penal?

CONCLUSIONES

En el presente pongo en discusión la posibilidad de la indemnización de los daños y perjuicios en el mismo momento de dictar sentencia, por cuanto conforme al numeral 5 del artículo 309 del

Código de Procedimiento es un requisito de la sentencia penal condenatoria, por otro lado la Constitución Ecuatoriana en sus artículos 78 habla de una justicia efectiva, imparcial y expedita eficaz de los derechos de las víctimas, conforme al principio de progresividad de interpretación de las leyes; además de la potestad garantista que los Jueces tienen con referencia al derecho de las partes, en la cual no solo deben ser jueces que miren estrictamente la ley sino que al ser jueces constitucionalistas garantizan los derechos tanto legales como constitucionales de las víctimas siempre que durante el juicio se presente pruebas de los hechos por parte de la fiscalía o de la víctima.

A pesar de existir varias disposiciones en el mismo Código de procedimiento penal con referencia a las formas de reclamar los daños y perjuicios, lo establecido en el numeral cinco del artículo 309 del Código de procedimiento penal es la mejor opción, ya que la víctima ya no tiene que pasar toda una serie de peripecias para lograr verse reparado de alguna forma del daño que le causó el delito. Considero importante que el Juez penal aplique en su sentencia motivada respecto a la indemnización los puntos que hemos tratado como es el caso del lucro cesante, del daño emergente, el daño moral, el daño inmaterial, el daño al proyecto de vida y si no ve otras formas de reparación a parte de las pecuniarias, será solo una fantasía lo establecido en el Código de Procedimiento Penal como un requisito de la sentencia. Creo que el Juez no debe fijar un monto solo para cumplir con este requisito, sino con la debida objetividad debe establecer el monto en pro- de realmente reparar del daño a la víctima, siempre que se ha presentado las pruebas del daño debidamente practicadas en el juicio. En estos casos es la fiscalía la que juega un papel trascendental por ser quién da especial atención a los intereses de las víctimas.

Es lamentable, ver sentencias por ejemplo: en el caso de los delitos sexuales; le imponen al agresor una cantidad pero no sabemos “*porque*” ni “*para que*”, cuando en este tipo de delitos no es importante la cantidad de dinero que se imponga sino de si esta cantidad repara el daño a la víctima. Para que la víctima se recupere es necesaria la actuación de profesionales capacitados en el área para dar los respectivos tratamientos para reparación del daño a la víctima. La constitución establece que no se podrá alegar la falta de ley para omitir garantizar el derecho de las personas, por lo tanto así no este fijado en la ley los criterios para la reparación e indemnización, debe aplicarse los criterios mencionados en este trabajo, teniendo en cuenta inclusive la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto.

Además creo que es necesario olvidarnos de cumplir a raja tabla la letra de la ley; sino vigilar por ver garantizado el derecho de la víctima a una verdadera indemnización de los daños ocasionados, pues al ser un requisito de la sentencia es la mejor opción, el mejor camino y la mejor forma de ver reparado el daño a la víctima. No rechazo la acusación particular o la acción civil de daños y

perjuicios por el delito, sino al contrario vemos que la víctima ya no tiene que cumplir una serie de requisitos y requerimientos, sino directamente puede ver reparado el daño porque el fiscal pidió y el Juez en base a pruebas presentadas estableció en su sentencia.

Sabemos que si hay el ofendido de hecho hay y existe un daño en su contra, y por esta sola razón y con prueba de los hechos ya debe ordenarse el pago de los daños fijando una cantidad, detallando las formas de reparación; porque la indemnización de los daños y perjuicios no debe entenderse como meramente fijar un monto de dinero a pagarse.

Además hay muchas razones que le impide a la víctima acudir ya sea con acusación particular o a demandar civilmente el pago de los daños, porque es largo y tedioso, aunque se diga que es Verbal Sumario el trámite. Creo que la Constitución al ser jerárquicamente superior prevalece sobre las normas inferiores, sin embargo de que en el mismo C.P.P. existen normas contradictorias pienso que aplicando el principio de interpretación más favorable a la víctima debe probarse en el mismo juicio los daños y perseguir una indemnización y se resuelve el tema.

Con este trabajo de alguna forma he tratado de obtener una respuesta respecto de si es o no en la sentencia donde deba establecerse el monto de la indemnización, a pesar de las contradicciones que encontramos referentes a las pruebas para establecer los daños y para la cuantificación del mismo.

En Cuenca revisadas más de cinco sentencias se ordena al pago de los daños y perjuicios y se establece un monto, es un paso adelante, pero si dejan mucho que desear en cuanto a los criterios utilizados para fijar el monto. Únicamente se limitan a establecer el monto sin realizar ningún análisis respecto a porque fijan este monto y no otro, no existe una motivación respecto a la fijación del monto de los daños y perjuicios, parece ser que actúan así solo para cumplir con este requisito de la sentencia. Con este trabajo espero dejar abierto el dialogo a fin de mejorar en el establecimiento de los daños y perjuicios en las sentencias penales en Cuenca.

BIBLIOGRAFÍA.

BARRAGAN ROMERO, Gil; Elementos del daño Moral, Editorial Edino, Guayaquil Ecuador, 2000.

BASADRE JORGE; Historia del Derecho Peruano; II Edición Lima, 1994.

BINDER, Alberto M.; Política Criminal de la Formulación a la praxis; primera Edición AD-HOC S.R.L., mayo de 1997, Buenos Aires, Argentina.

BOVINO, Alberto, Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, 1a ed.1a reimp; Buenos Aires: Del Puerto ,2005

BUSTOS RAMIREZ, Juan; LAURRUIRI, Helena; Victimologia: presente y futuro, Editorial Temis S.A.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS; Diccionario Jurídico Elemental; nueva edición actualizada, Editorial Eliastira S.R.L. Argentina. Año 1993.

CALDAMEZ ZELADA, Liliana; Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones; http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_362820648.pdf 15-01-2012.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal, actualizado por CHIARA DIAZ, Carlos Alberto, Tomo II; Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires.

CUBERO SOTO, Melania; Análisis y Desarrollo del Concepto Daño al Proyecto de Vida. Bases filosóficas, desarrollo conceptual, derecho comparado y aplicabilidad de la figura en Costa Rica. A31679; INÉS FERNÁNDEZ ULATE, 52144, Octubre 2010, www.iiij.ucr.ac.cr/download/file/fid/431;15-01-2012,

FUNDACION TOMAS MORO; Diccionario Jurídico Espasa, editorial Espasa Calp, Madrid 2006.

FONDO JUSTICIA Y SOCIEDAD DE LA FUNDACION ESQUEL, USAID; Nuevo Sistema

Procesal Penal; .Guía de aplicación para el profesional del Derecho, Ecuador 2003.

FRANCO CORDERO, Procedimiento Penal, Tomo I, Editorial Temis S.A.Santa Fe Bogotá Colombia, 2000.

GOLDSTEIN, Raúl; Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Astrea, Buenos aires 1993.

GUERRA ALVARADO, Leónidas, Desarrollo Histórico de la Pena en el Ecuador. Tesis de Licenciatura en Ciencia Políticas y Sociales, Universidad de Cuenca, 1987.

MAGGIORE, Giuseppe; El Delito y la Pena; Tomo II, Editorial Temis, 1972.

MARTIN BERISTAIN, Carlos; Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de derechos humanos; Tomo 2, 2008; http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/Dialogo_reparacion_t2_362820648.pdf; 15-01-2011.

MIR, Santiago; Contenido de la Responsabilidad Civil Derivada del Delito de Alzamiento de Bienes; Catedrático de la Universidad de Barcelona, Editorial ADCo, 2009;http://www.gonzalezfranco.com/archivos_gestor/Santiago%20Mir.pdf;09-012012; pagina 21.

MOLINA LOPEZ; Ricardo, Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas; La Mcdonalizacion del Proceso Penal; la Indemnización de los perjuicios en el Proceso Penal como Sustituto de la Pretensión Punitiva. Medellín Colombia, Julio-Diciembre año 2008, Volumen 38, Nro.108.

MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal Parte General, cuarta edición revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Sevilla Barcelona, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; InDret; ¿“*ex delicto*”? Aspectos de la *llamada*1“responsabilidad civil” en el proceso penal, Universitat Pompeu Fabra; Barcelona, Julio de 2001;[www.indret.http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf); 09-01-2012.

TRADUCCION DEL NUEVO MUNDO DE LAS SANTAS ESCRITURAS. Editores WTCHTOWER BIBLE AND TRACT SOCIETY OF NEWW YORK, INC. Una traducción revisada basada en la versión de 1984 en ingles, pero consultando fielmente los antiguos textos hebreo y griego 1987.Brooklyn, New York, U.S.A.

TORRADO ALVAREZ, Andrés Felipe, Principales Problemas de la Acción Civil dentro del Proceso

Penal. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, año 2002.www.javeriana.edu.co.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador, voto concurrente y razonado DEL Juez Sergio García Ramírez; Sentencia del 07 de septiembre del 2004, pagina 115.

CONSTITUCION ECUATORIANA

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO.

LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCION JUDICIAL.

SENTENCIA DEL Tercer Tribunal Penal, en el juicio Nro. 0028-2011; el 27 de enero del 2011 en un delito contra la vida.

SENTENCIA Tercer Tribunal Penal, en el juicio Nro.102-2011, en un delito de violación.

Sentencia dictada por el Tribunal Primero de lo Penal, en el Juicio Nro. 147-2011, por un delito de robo.

Sentencia dictada por el Tribunal Tercero de lo penal, en el juicio Nro.119-2011, por un delito de tráfico ilegal de migrantes.

Sentencia dictada por el Tribunal Tercero de lo Penal, en el juicio Nro.158-2011, por el delito de Plagio.