



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY

DEPARTAMENTO DE POSGRADO

**TESIS PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE MAGISTER EN DERECHO PENAL**

Tema: "Replanteamiento del rol de la víctima en la legislación procesal penal ecuatoriana en los delitos de ejercicio público de la acción".

Nombre: Rubén Arturo Paida Velecela

Mail: ravp19720111@gmail.com

Director: Mgs. Dr. Alberto Machuca Carpio

Mail: albermc12@gmail.com

CUENCA- ECUADOR

2015

RESUMEN:

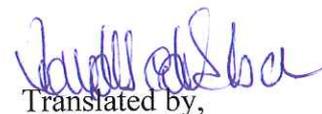
La presente investigación tiene como fin analizar el papel de la víctima a través del tiempo, la actuación de ella y del Fiscal en el juicio de acción penal pública, los derechos y garantías de la que se encuentra investida en nuestra Legislación Penal; mediante el análisis bibliográfico y comparativo que realizo pretendo demostrar la **hipótesis objeto de esta investigación:** *“La Víctima como sujeto procesal según el Código Orgánico Integral Penal, NO TIENE un papel protagónico en la contienda judicial, con facultades plenas que le permitan impulsar por sí sola el proceso en delitos de acción penal pública”*, las normas del Código Orgánico Integral Penal han permitido a la víctima una actuación más activa en el proceso penal, sin embargo no tiene un papel transcendental, el ejercicio público de la acción le corresponde al Fiscal, sin necesidad que haya denuncia previa; sin que tenga vigencia en nuestra legislación penal un sistema acusatorio material, tal como sucede en la Provincia de Santa Fe - Argentina.

Palabras Claves: Fiscal, proceso penal, impulsar, acusación, derechos, sujeto procesal, victimización, revictimización, acusador particular.

ABSTRACT

This research aims to analyze the role of the victim over time, the performance of the victim and of the prosecutor in the public criminal proceedings trial, as well as the rights and guarantees which are found in our criminal law. Through a bibliographic and comparative analysis carried out, it is my intention to prove the hypothesis which is the object of this investigation, "The victim, as a procedural subject according to the Organic Integral Penal Code, DOES NOT HAVE a leading role in the legal battle with full powers that allow the victim to move the process forward by his or herself in public prosecution crimes". The rules of the Organic Standards Penal Code have allowed the victim a more active role in the criminal proceedings. However, the victim does not have a transcendental role, as the public exercise of action belongs to the Prosecutor, without need for a prior allegation; though, this doesn't have effect in our criminal law as an accusatory system, as it happens in the Province of Santa Fe - Argentina.

Keywords: Prosecutor, Criminal Proceedings, Move Forward, Accusations, Rights, Procedural Subject, Victimization, Re-Victimization, Private Prosecutor.



Translated by,

Lic. Lourdes Crespo

AUTORÍA

Yo, Rubén Arturo Paida Velecela, portador de la cédula de ciudadanía No.0914005723, declaro que la presente investigación es de total responsabilidad del autor; se han respetado las diferentes fuentes de información, realizando las citas correspondientes. Los conceptos y pronunciamientos contenidos en la presente tesis, son de exclusiva responsabilidad de su autor, cualquier similitud, referencia o expresión de tratadistas y/o instituciones se deben a una mera coincidencia

FIRMA

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo se lo dedico al arquitecto constructor de la vida que siempre guía mis pasos, a todos aquellos que fueron musa inspiradora para conseguir este nuevo título académico, a mi familia, de una manera especial a mi esposa e hijo (as), y compañeros, sin su apoyo no me hubiese trazado esta meta peor aún haberla conseguido.

Rubén A. Paidá V.

AGRADECIMIENTO

La culminación de esta tesis previa a la obtención del título de Magister en Derecho Penal, fue posible gracias a la colaboración de todos aquellos que de una u otra manera con bibliografía, opiniones o consejos impulsaron para la realización de la misma.

De manera especial al señor MSG. Dr. Alberto Machuca Carpio, por haberme muy gentilmente aceptado dirigir este trabajo investigativo, colaborando en todo momento con sus ideas y consejos jurídicos, sin los cuales no hubiese sido posible su culminación.

A los señores Juan Carlos Salazar Mst., al señor Ab. Sebastián López quienes con sus conocimientos, guía y experiencia, durante el cumplimiento de su función, prestaron toda su valiosa y desinteresada atención con sus sugerencias al momento de formular el tema de la presente investigación.

Mi agradecimiento más profundo a mí familia, compañeros y personal administrativo del Departamento de Posgrados de la Universidad del Azuay, quienes con su paciencia y generosidad me apoyaron incondicionalmente para que mis metas se hagan realidad.

A todos Ustedes muchas gracias, que Dios guíe su camino en cada paso e ilumine su sendero en pro de la defensa de los olvidados y que brille siempre la justicia y el respeto a los derechos de los perjudicados por delitos de acción penal pública, siendo obligación de todos que de una u otra manera estamos inmersos en el sistema de administración de justicia velar por su cumplimiento.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.-	2
CAPÍTULO I: Víctima y Victimología: Generalidades.-	5
1.1 Evolución histórica.....	6
1.2 Definición de Víctima.....	12
1.3 La Victimología como ciencia.....	16
1.3.1 Tipos de Víctima.....	19
1.3.2 La Victimización.....	22
1.3.3 Victimización primaria y secundaria o revictimización.....	24
1.3.3.1 El derecho a la no revictimización.....	28
1.4 Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva.....	30
CAPÍTULO II: La Víctima en la Legislación Penal Ecuatoriana.-	34
2.1 Derechos de la Víctima según el COIP.....	37
2.2 Clasificación de la víctima.....	57
2.3 Función del Fiscal en el juicio penal de acción pública.....	63
2.4 Acción adhesiva o no de la víctima.....	78
CAPÍTULO III: La Víctima puede Impulsar por si sola el Proceso de Acción Penal Pública.-	82
3.1 Ejercicio de la acción penal en el sistema acusatorio: posiciones doctrinarias.....	85
3.2 Análisis comparativo entre el rol o función que cumple la Víctima en la Legislación Procesal Penal Ecuatoriana y en la Legislación Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe – Argentina.....	87
3.3 Disposiciones de Tratados Internacionales que permiten en las dos Legislaciones impulsar a la víctima el juicio en caso de delitos por lesa humanidad.....	96
3.4 Opinión personal si la víctima puede impulsar en nuestra Legislación el juicio en delitos de acción penal pública y en delitos de lesa humanidad.....	100
Conclusiones.-	104
Bibliografía.-	107

TITULO:

**“Replanteamiento del rol de la víctima en la legislación
procesal penal ecuatoriana en los delitos de ejercicio
público de la acción”**

INTRODUCCIÓN

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General), proclama que se entiende como “víctima” a la persona que individual o colectivamente ha sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que han violentado la legislación penal vigente, causadas por el victimario, ofensor o sujeto activo del delito.

Doctrinariamente la víctima ha sido la gran ausente en el proceso penal a través de los tiempos; *“A diferencia del imputado, que en cierto modo constituye la figura central del procedimiento penal, ya que todo gira en torno a su culpabilidad o inculpabilidad, el ofendido ha sido considerado en el fondo, solamente como una figura marginal”* (Eser, 1992)¹; como el convidado de piedra, en oposición a los procedimientos privados o civiles, en los cuales juega un papel decisivo como "actor o demandante". Actualmente la víctima en algunas legislaciones latinoamericanas entre ellas la ecuatoriana ha sido en gran parte desplazada por el Fiscal, quien tiene la prerrogativa acusatoria, él es quien dirige la investigación preprocesal y procesal en delitos de acción penal pública, en nuestro sistema procesal penal vigente la víctima por mandato legal es considerado como sujeto procesal, puede actuar en calidad de Acusador particular, teniendo derechos, prerrogativas las que constan en el Art.11 del Código Orgánico Integral Penal, que le permite una actuación más dinámica en el proceso penal, pero no tiene un papel protagónico, que le permita impulsar por si solo el juicio cuando no exista acusación fiscal .

El sistema acusatorio material doctrinariamente a decir de Carlos Parma permite *“...a que la víctima ejerza control tanto sobre la marcha del proceso como sobre el ejercicio de la acción penal...”* (2003)²; derecho que hace posible que la

¹ Eser Albin, “De los delitos y de las víctimas”, Buenos Aires, 1992, pag.16

² Parma Carlos, “La víctima en el proceso penal”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, pag.4

víctima aun sin acusación fiscal pueda obtener la aplicación de la pena prevista en la ley si se comprobare la vulneración del bien jurídico abstracto protegido por la ley penal, derecho que se le reconoce por haber sido lesionado en su interés.

El derecho penal tiene por finalidad protegerlos “...*intereses concretos de la víctima, y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es sólo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal, sino que es también una lesión al derecho concreto del ofendido...*” (Cafferata Nores, 2004)³; es el Estado que tiene la obligación de garantizar el derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un órgano judicial competente, imparcial e independiente, en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les imponga las sanciones pertinentes; el fundamento de la persecución penal pública radica en que el delito lesionó el derecho de una persona, cuya protección requiere que el ilícito sea verificado.

El surgimiento del Estado Democrático, gracias a la Revolución Francesa de 1749, permitió que este se haga cargo del medio más poderoso de control social, el poder de administrar justicia, siendo la víctima o afectado por el delito relegado a un segundo plano, a posteriori se produce una etapa de revalorización del rol de la víctima en el proceso penal, reconociéndole su participación e ingreso al proceso penal. En sistemas procesales como el nuestro lo que se persigue es que la víctima, ofendido o agraviado por un delito alcance el “...*fin sustancial del proceso penal que es la imposición, previo el correspondiente debido proceso, de la pena al infractor de una norma penal, independientemente de otros aspectos de orden procesal preestablecidos, para así guardar armonía con el Art. 169 de la Constitución de la República 2008...*” (Franco Loor, 2009)⁴

“La amputación gravísima de este derecho de defensa, y la indefensión total en que quedaría la víctima del delito de acción pública cuando faltara la acusación fiscal, nos proporciona un criterio estándar de rango constitucional que nos

³ Cafferata Nores José I., “Derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva”, Buenos Aires, pag.5, 2004.

⁴ Franco Loor Eduardo, MSC, Artículo Revista: “Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal”, Guayaquil-Ecuador, pág. 84, 2009.

parece muy difícil de desplazar o negar con alegatos de cualquier índole”(Cafferata Nores, 2004)⁵.

Por mandato legal en Ecuador la víctima puede participar en el proceso como acusador particular, pero no tiene un papel protagónico igual que la o el Fiscal en la persecución penal tal como sucede en la Legislación Penal Española, Colombiana y de manera especial en la Legislación Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe - Argentina, debiendo dársele la posibilidad que actúe activamente en la persecución penal asesorada por organismos creados para tales fines; teniendo que consolidarse la idea del trato digno y humanizado con respecto a ella y el inalienable derecho a ser oída y acusar con o sin ayuda del Fiscal.

⁵ Cafferata Nores José I., “Derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva”, Buenos Aires, pag.5, 2004.

CAPÍTULO I

La Víctima y Victimología: Generalidades.-

El ilícito penal se origina en un conflicto social sin resolver entre el agresor que delinque y la víctima u ofendido que trae como consecuencia la lesión de un bien jurídico que el Código Orgánico Integral protege, en el que la persecución del poder estatal frente a la trasgresión de sus normas se impone para conseguir la convivencia pacífica y la permanencia de la organización social, según el modelo de política criminal que un estado adopte se concebirá un determinado tratamiento del conflicto de la víctima y de la violencia social desde los valores y principios que contemple; dentro de este marco la participación de la víctima en el juicio penal desde antaño sigue siendo un tema que ha generado gran interés sobre todo en las últimas décadas y su figura aparece como una preocupación central de la política criminal.

La víctima, ofendido o sujeto pasivo del delito, que para nuestra legislación son lo mismo aunque doctrinariamente no lo son según lo analizaremos más adelante, ha recobrado el papel que tuvo en los inicios del Derecho Penal, en especial en el Derecho Romano Germánico, luego de haber permanecido olvidada por un largo periodo de tiempo; dentro del derecho penal se había producido dicho olvido porque en su aspecto material el fin de protección a los bienes jurídicos que pregonaba parecía basarse exclusivamente en conseguir el castigo del delincuente, en vez de la reparación del mal causado a la víctima, también dicho olvido se ha producido por parte del derecho procesal penal, el cual tampoco había puesto mucho interés en los derechos de las víctimas dentro del juicio penal, aunque actualmente el Código Orgánico Integral Penal le da una serie de prerrogativas y derechos, los cuales sin embargo no le permiten todavía tener un papel protagónico igual que el fiscal en la tramitación del proceso penal.

Por otro lado en cuanto a la victimología que se estudiará en este Capítulo se conoce que por la década de los ochenta del siglo pasado resurge con inusitada fuerza una nueva victimología que en nada se parece a la victimología convencional diferenciándose de esta última por su preocupación en el estudio

de forma científica de las necesidades y derechos de la víctima y su voluntad de procurar no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente.

Resurgimiento que ha obedecido fundamentalmente al tratar de *“establecer un contrapeso a la criminología crítica que con sus análisis sociales parecía eximir al delincuente de toda responsabilidad y el ímpetu del movimiento feminista demostrando el alto grado de victimización sufrida por las mujeres”*(Larrauri, 1991)⁶.

La victimología persigue una redefinición global del status de la víctima y de las relaciones de ésta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, los poderes públicos, la acción política, los espectadores de la víctima y la aportación que cabe esperar de los numerosos estudios científicos sobre la misma; al respecto Berinstain manifiesta: *“A la víctima se le puede conceder también el derecho a tomar parte activa durante el proceso, pues en él se resuelve, o al menos se intenta resolver un problema en el cual ella, sin quererlo juega un rol no secundario, y ese derecho abarcara probablemente también una mejora notable del sistema procesal”* (Díaz Colorado, 2006)⁷; para este autor el proceso debe fraccionarse en dos etapas: *“la conviction”*, para dilucidar si el acusado es culpable o no del delito que se le imputa y la *“sentencing”*, para que el Tribunal establezca al o a los responsables y la sanción justa y si cabe el término beneficiosa para las víctimas y para el delincuente.

1.1 Evolución Histórica.-

“Se dice que la víctima es la ‘cenicienta’ del derecho penal, porque a través de los años se le ha ido quitando primacía en cuanto a su facultad de ser acusadora privada, expropiándole la titularidad de la acción penal y siendo relegada como una figura secundaria, centrando el análisis jurídico penal solo en el

⁶ Larrauri Elena, Ponencia de Conferencia: “Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles son sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?”, Barcelona, pag.21, 1991.

⁷ Díaz Colorado Fernando, “Una mirada desde las víctimas: El resurgimiento de la victimología” Ensayo, Artículo de la Revista Científica Digital: Umbral Científico, Universidad Manuela Beltrán, Bogotá-Colombia, pag.148, 2006.

delincuente”(Palacios Meléndez, 2002)⁸, en nuestros días la víctima ha tenido un renacimiento inesperado; y, para conocer cómo se ha dado este proceso vamos a revisar los grados de participación de la víctima a lo largo de la historia, los cuales han variado de acuerdo a los modelos del sistema penal imperante:

En sus inicios la víctima de un delito de acción penal pública gozó de un papel protagónico en el proceso penal, dicha época según el jurista español Silva Sánchez es conocida como la “**Edad de Oro de la Víctima**”, al extremo que se dejó en sus manos la facultad para administrar justicia y la determinación de las sanciones por la comisión del delito, afianzando la venganza privada, que contenía niveles elevados de crueldad y desproporcionalidad en relación al daño sufrido, la persecución se presentaba no solo contra el miembro de la tribu responsable del daño sino que también podía comprometer a otros sujetos cercanos al ofensor como los parientes y los miembros de su clan, “...*arbitrariedad e ilimitación fueron el fruto de la venganza, modo en que las sociedades primitivas resolvieron sus conflictos de índole penal, llegando luego y siempre por la vía de la venganza privada, a la proporcionalidad, al fijar la retribución del mal con un mal igual...*”(González Álvarez , 1996)⁹; en aquella época primitiva la víctima no rigió su conducta bajo los principios de causalidad y de conciencia del yo, “...*La retribución se vinculó a la magia y a la psicología colectiva del clan, otorgándole un carácter eminentemente religioso, la pena se presentó como sacrificio a la divinidad orientado a la purificación del ambiente contaminado con el maleficio o daño. Se hace responsable a los objetos inanimados⁴, a los animales⁵ y hasta los cadáveres, la responsabilidad superó lo individual y se constituyó en una práctica colectiva, tal como sucedió con la llamada Ley de Lynch o en la antigua China donde eran decapitados todos los parientes masculinos del culpable de alta traición...*”(Sampedro Arrubla J. A., 2008)¹⁰.

⁸ Palacios Meléndez Rosario, “El Rol de la Víctima en el Proceso Penal ¿Segunda Victimización?”, Lima-Perú, pág.1, 2002.

⁹ González Álvarez Daniel; “Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal”, Corte suprema de Justicia-Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; San José - Costa Rica;pág.217; 1996

¹⁰ Sampedro Arrubla Julio Andrés, “Apuntes para una Rehumanización de la Justicia Penal: En busca de un Modelo Re-creativo del Sistema Penal desde las Víctimas”, Bogotá Colombia No.116, pág. 155, 2008.

La desproporción entre la lesión y la venganza fue superada por la Ley del Tali3n (*ojo por ojo y diente por diente, animal por animal*), con lo que la venganza adquiri3 una medida y un objeto. “...*Esa ley implicaba una mayor consideraci3n en la respuesta ante el delito, colocando l3mites a los excesos del ofendido cuando trata de cobrar satisfacci3n al hecho punible cometido*”(Garc3a Pablos de Molina, 1993)¹¹; con ella se da el primer paso en la estructuraci3n del poder pol3tico de los nacientes Estados y con su fortalecimiento se les quita a las v3ctimas el manejo de las penas, que pasa a manos de un juez imparcial, quine somete a prueba los hechos y gradúa la sanci3n de acuerdo con la gravedad de la lesi3n (el llamado ojo por ojo o miembro por miembro), particular que fue plasmado en el conjunto de Leyes que conformaban el C3digo de Hammurab3 promulgado por el sexto Rey de la dinast3a amorrea de Babilonia probablemente en el a3o 40 de su reinado; como tambi3n en la Ley de las XII tablas y en la Legislaci3n Mosaica, la cual termin3 interpret3ndose en el sentido de dar un valor pecuniario al mano por mano, convirti3ndolo en una pena pecuniaria o multa, tomando en consideraci3n las condiciones de la v3ctima, del infractor y la infracci3n cometida, que fue un gran avance en la percepci3n acerca de la soluci3n del conflicto.

A medida que transcurre el tiempo y avanza la humanidad surgen nuevas propuestas para superar la arbitrariedad ejercida por quienes ostentan el poder, durante la **3poca del feudalismo**, en el que reinaba el sistema acusatorio privado, frente a un hecho delictivo, el poder de persecuci3n quedaba en manos solamente de la v3ctima, la forma de soluci3n de los conflictos era la Composici3n; exteriorizada en el acuerdo de voluntades entre las dos partes del conflicto autor-v3ctima, que permit3a la reparaci3n del da3o causado, en este caso el procedimiento penal cumpli3a un papel accesorio, y se lo empleaba ante un eventual desacuerdo entre las partes, cuando fracasaba la composici3n y siempre que haya reclamo de una de las partes, Julio Andr3s Sampedro Arrubla en una forma ilustrativa se3ala: “*se otorg3 a las v3ctimas del delito un papel principal en el proceso penal, a tal extremo, que incluso se lleg3 a dejar en sus*

¹¹Garc3a Pablos de Molina Antonio; Art3culo: “El Redescubrimiento de la V3ctima: Victimizaci3n secundaria y Programas de Reparaci3n del Da3o”; tomado del Libro: Cuadernos de Derecho Judicial: La Victimolog3a; publicado por Consejo General del Poder Judicial de Espa3a: Madrid-Espa3a; p3g.311; 1993.

manos la facultad para administrar justicia y la determinación de las consecuencias penales por la comisión del delito, justificando de esta manera, la venganza privada que por la ausencia de límites alcanzó una crueldad excesiva” (2008)¹².

Según Carrara, el **Modelo Inquisitivo**, se habría adoptado en Francia en el año 1439 con Luis XII, reapareció después bajo el reinado de Francisco I con la Ordenanza de Villeres Cotteret en 1539, y se optó por el en la República de Alemania **con la llegada de la Inquisición**, la víctima desaparece de la escena principal, se le expropia de todas sus facultades y el Estado ocupa su lugar, creando la persecución penal pública, se hace obligatorio su ejercicio sin que sea necesaria la manifestación de la voluntad del ofendido para poner en marcha el aparato de persecución penal.

“La consolidación del proceso inquisitivo genera la total neutralización de la víctima dentro del proceso penal, pues no será más un sujeto del proceso, los roles protagónicos los llevará adelante el Juez y el imputado, desapareciendo por ello el ofendido totalmente del escenario” (Burgos Mata, 2007)¹³.

El Estado se apropia del conflicto social y transforma el sistema penal en un medio del control estatal directo sobre los súbditos y entre sus fines no incluye a la víctima, ni la restitución al statu quo de antes o reparación del daño, surge la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción, que es empleado de oficio sin necesidad de una denuncia, dando lugar al nacimiento de la pena, asignándole al ofendido del delito un papel secundario tan solo el de informar para conocimiento de la verdad, encargándose el mismo Estado de legitimar la expropiación de los derechos del ofendido, al constituirse como portador del monopolio legítimo de la fuerza y garante de las condiciones de vida pacífica elementales, lo cual en el *“...seno del Derecho Penal trajo consigo una serie de ventajas. La más importante tal vez fuera el desapasionamiento de las penas y el surgimiento de una serie de garantías para los delincuentes. Al mismo tiempo esta*

¹² Sampedro Arrubla, Julio Andrés, “Apuntes para una rehumanización de la justicia penal: En busca de un modelo recreativo del sistema penal desde las víctimas”, Bogotá, pag.155, 2008.

¹³ Burgos Mata Álvaro, “La Victimología”, Costa Rica, pag., 2007.

transformación acarreó una serie de inconvenientes, el más acusado de los cuales era que la víctima se fue difuminando y adquiriendo un papel secundario,...perdió todo el protagonismo que hasta ese momento había ostentado..." (Herrero Alonso & Garrido Martin, 2005)¹⁴.

Con el **Movimiento Reformador de la Ilustración del Siglo XVIII**, especialmente en Norte América surge la figura del Ministerio Público, *"importantes pensadores impulsaron el sistema de fiscales públicos. Esto en vista de que se consideraba que el crimen no es un asunto privado, sino una preocupación de toda la sociedad. De manera que, las instituciones penales deben servir para satisfacer intereses sociales"* (Quiroz Pasquel, 2010)¹⁵; como encargado de investigar los delitos, teniendo a su cargo la persecución penal pública, a partir de este momento histórico la víctima comienza a tener cierta participación en el procedimiento penal.

Es a mediados del Siglo XX, con la publicación de trabajos de criminólogos como: Von Hentig (1941, 1948); Mendelsohn (1956); Ellenberger (1954); etc., se recupera un verdadero interés por las víctimas, quienes paulatinamente comienzan a recobrar el protagonismo perdido; desde diferentes disciplinas se señala la necesidad de preocuparse y obtener conocimiento sobre ellas, se habla del redescubrimiento de las víctimas y del final de un período caracterizado por la neutralización de las mismas. En definitiva en el plano del derecho internacional la víctima es inicialmente un "ocupante sin lugar", hasta inicios de los años noventa, a ellas no se le permitía actuar, como tampoco estar presentes en los tribunales, como ocurrió durante los Juicios de Nuremberg, realizados con posterioridad a la finalización de la segunda guerra mundial; pero es con la aparición de la Corte Penal Internacional que se intenta dar un lugar a la víctima, que aún hoy no se le da totalmente, pues el sistema de justicia a nivel de las diferentes naciones del orbe no están preparadas para que las víctimas sean

¹⁴ Herrero Alonso Carmen y Garrido Martin Eugenio, "La Víctima: El gran olvido social, Universidad de Salamanca", Pag.2, 2005

¹⁵ Quiroz Pasquel María Ofelia, "Aplicación del Principio de Oportunidad en el Derecho Procesal Penal Ecuatoriano", Tesis, Pag.21, 2010

actores protagónicas con iguales prerrogativas que la o el Fiscal dentro del proceso penal.

En Latinoamérica la historia de las víctimas se remonta a las antiguas culturas como los Aztecas, los Mayas y los Incas, en las que la víctima u ofendido por un delito era la figura principal, siendo la reparación al ofendido la base indispensable para resolver los actos antisociales, para que no se ejecute la pena que se le imponía al trasgresor debía cancelar lo que solicitaba el ofendido o conseguir su perdón, *“...esta regulación halló su fundamento en que originariamente no se distinguía entre consecuencias jurídicas, civiles y penales de un hecho y, por consiguiente, tampoco entre procedimiento civil y penal: si se puede indemnizar un daño corporal a través del pago de una enmienda al lesionado o un homicidio pagando un importe de dinero a la familia del muerto (sistema de composición), entonces no hay mucho interés público en la causa y el procedimiento penal transcurre de un modo similar a un proceso civil en el cual, a causa de una acción no permitida, se reclama una reparación del daño...”*(Franco Loor, 2009)¹⁶, nuestras sociedades primitivas prescindieron del Estado, carecían de un sistema de organización institucional, y los derechos de los ofendidos eran reclamados en forma privada, sin que medie ninguna autoridad pública, mediante el ejercicio de la fuerza bruta; en aquellos tiempos el poder de administrar justicia no se encontraba legitimado; luego, interviene un tercero mediador de los problemas el mismo pueblo, posterior, queda legitimado dicho poder bajo el abrigo de la divinidad; panorama que cambió totalmente con la llegada de los españoles a tierras latinoamericanas, quienes implantaron las instituciones jurídicas europeas.

En nuestros días en diversas legislaciones de la región y en sus Constituciones se le reconoce a la víctima derechos y facultades propias para hacer valer sus pretensiones y se establece que los órganos jurisdiccionales deben velar por la tutela efectiva de sus intereses y la pronta reparación del daño que el delito le ha causado, reforzando notablemente la posición de la víctima en el proceso penal, aumentando considerablemente sus facultades de intervenir activamente en el

¹⁶ Franco Loor Eduardo, MSC, Artículo Revista: “Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal”, Guayaquil-Ecuador; pág.103; 2009.

desarrollo del proceso, enunciando una mejor tutela a su esfera personal y asegurando en mayor medida sus derechos a una indemnización económica justa, difundándose principios como: respetar y no obstruir el ejercicio de sus derechos; de recibir de instituciones públicas o privadas ayudas materiales, médicas y psicológicas; informarle sobre sus derechos de reparación de parte del delincuente, e incluso del Estado; tiene derecho a lo largo del proceso a ser interrogada de forma cuidadosa sin lesionar su honorabilidad; también de contar con asistencia jurídica gratuita-defensoría pública; y, a ser informado acerca del resultado del proceso en todas sus fases, cuando no intervenga como acusador particular.

1.2 Definición de Víctima.-

Se dice que dicha expresión es latina, sin existir certeza sobre su origen y que comenzó a usarse en lenguas extranjeras, como la francesa (año 1327), como “victime” y posteriormente en inglés como “victim”, en italiano como “vittima” y en español “víctima”, siendo las tres primeras versiones ligeramente distintas del original latino “victima”, no así en la lengua Castellana, a la cual pasó íntegra en su forma escrita, verbal y semántica.

En las lenguas germánicas encontramos las voces: “opfer” del alemán y “slachtoffer” del neerlandés que en su sentido original, significan el sacrificio de un ser vivo a las divinidades.

Definiciones etimológicas que nos advierten del *“origen religioso de la palabra `victima`, pero es de acotar que su sentido ha evolucionado en las diversas lenguas, ampliándose su significado”* (Burgos Mata, 2007)¹⁷.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es: persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.

¹⁷ Burgos Mata Álvaro, “La Victimología”, Costa Rica, pág.267, 2007.

El Diccionario de la Lengua Italiana define “vittima” o “víctima” de la siguiente manera: **1)** El animal y también el hombre que los antiguos destinaban al sacrificio y después lo mataban, **2)** Por extensión, quien, sin culpa, pierde la vida o sufre daño, y, **3)** Quien se siente o quiere parecer perseguido o abandonado.

No existe un acuerdo sobre la Definición Jurídica de Víctima, existiendo algunas conceptualizaciones entre las principales tenemos:

- Para Hans Von Hentig (criminólogo alemán) las víctimas son personas que han sido lesionadas objetivamente en alguno de sus bienes jurídicamente protegidos y que experimentan subjetivamente el daño con el malestar o dolor.

- Para Separovic: *“Consideramos a una víctima como cualquier persona física o moral, que sufre, ya sea como resultado de una intensión cruel o accidentalmente. Según la cual, nosotros tenemos víctimas de un crimen o delito y víctimas de accidente. Las víctimas son aquellas que son asesinadas, lesionadas o dañadas en su propiedad”* (Díaz Colorado, 2006)¹⁸.

- Merece especial referencia el concepto aportado por Burt, a su juicio hay que tener en cuenta cuatro etapas o fases para que un individuo pueda ser catalogado como víctima, *“...considerando el concepto de víctima como un proceso, cada etapa representará un modo de definir lo que es la víctima y la investigación se focalizará en la predicción de quién se encontrará en cada etapa, quién pasará de una etapa a otra, cómo y por qué. Por otra parte, los sujetos que se encuentran en cada fase tienen puntos de vista diferentes sobre su estado. Sus diferentes concepciones guiarán su conducta y condicionarán el hecho de que se pase de una etapa a otra o no. Las fases (...) son las siguientes: 1) Los sujetos experimentan daños, ofensas o sufrimiento causados por otras personas o instituciones; 2) Definirse a sí mismo como víctima; 3) Los individuos, percibiéndose a sí mismos como victimizados y dañados, intentan conseguir que alguien más reconozca el daño (agentes de control social u otras personas importantes para los sujetos) y valide la reclamación de que la persona ha sido*

¹⁸ Díaz Colorado Fernando, Ensayo: “Una Mirada desde las Víctimas: El Surgimiento de la Victimología”, Colombia, Revista Digital Umbral Científico, pág.145, 2006.

victimizada; **4)** Los individuos que reciben la validación a su demanda del rol de víctima. De este modo, se les considerará víctimas reales, víctimas oficiales a ojos de la sociedad y por tanto podrán recibir asistencia y compensación...” (Herrero Alonso & Garrido Martin, 2005)¹⁹.

- Por su parte la **Organización de las Naciones Unidas** conceptúa el término víctima como la persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su integridad propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que: **1.** Constituya una violación a la legislación penal nacional; **2.** Constituya un delito bajo el Derecho Internacional es decir que constituya una violación a los principios sobre Derechos Humanos reconocidos internacionalmente; **3.** Que de alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica.

Definición Legal: Se entiende por víctima la parte lesionada que sufre perjuicio o daño por una infracción, es a quien se le ha vulnerado sus derechos legalmente protegidos.

La Constitución de nuestro país no define a la víctima u ofendido por un delito de acción penal pública, pero en su **artículo 78** garantiza su protección: “*Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.*

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”; artículo que guarda concordancia con lo que la misma Carta Constitucional establece en su **Art.198**.

¹⁹ Herrero Alonso Carmen y Garrido Martin Eugenio, “La Víctima: El gran olvido social, Universidad de Salamanca”, Pag.12, 2005

Tampoco el Código Orgánico Integral Penal define a la víctima u ofendido por un delito, sin embargo, en su **Art.441** se refiere únicamente a quienes deben considerarse como víctimas u ofendidos.

Donde si encontramos una Definición de Víctima es en el nuevo “Reglamento para el Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal”, que fue aprobado mediante Resolución de fecha 01 de abril del 2014, dictada por el señor Fiscal General del Estado Galo Chiriboga, en su **Art.6 establece: “Definiciones.- Para la aplicación de este reglamento se tomarán en cuenta las siguientes definiciones: Víctimas.- Se considera víctima a "toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.."**

Para el suscrito Víctima es: toda persona natural o jurídica que individual o colectivamente ha sufrido algún daño directo o indirecto como consecuencia del accionar del sujeto activo del delito; sufren daño directo quienes sin ser los titulares del bien jurídico protegido, resultan ser perjudicados directamente por los efectos del delito, como por ejemplo los familiares de la persona asesinada; o sufren daño de una manera indirecta, quienes sin ser titulares del bien jurídico, ni perjudicados directos, deben soportar las consecuencias indirectas del delito, como por ejemplo los familiares o dependientes del sujeto pasivo que sufren daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro.

1.3 Victimología como ciencia.-

El término “**Victimología**”, etimológicamente proviene de las voces “**victimo**” que significa “víctima”, que a su vez procede de “**vincire**” que se utilizaba para definir a los animales que se sacrificaban ante los dioses míticos latinos o de “**vincere**” que se empleaba para referirse a quien era sometida en una lucha, y del vocablo griego “**logos**” tratado; desde sus orígenes etimológicos la victimología estudia a la víctima, al individuo que sufre las consecuencias de un delito.

La Víctimología se ocupa del estudio científico de la víctima de un delito precisamente porque ella forma parte de la pareja: delincuente- víctima, protagonistas del hecho delictivo en sí.

La “*Victimología*”, como ciencia a decir de Elías Neuman (Doctor en Derecho y Criminólogo, de origen Argentino, nació en el año de 1932 y murió en el año 2011) se debe al estudioso de origen israelí Benjamín Mendelsohn, quien en la década de los cuarenta del siglo pasado, calificó a la victimología como la “...*ciencia sobre las víctimas y la victimidad, englobando en este concepto a todas las categorías de víctimas sin distingo alguno...*”²⁰, aunque la posición de Mendelsohn de atribuirse como creador de la víctimología ha sido duramente criticada por Jiménez de Asúa, para quien dicha calidad la ostenta Federico Von Hentig, quien fue el primero en realizar estudios sobre la inclinación que tenían ciertos individuos débiles o en condición de desventaja a ser considerados víctimas de delitos.

En cambio la consolidación de la victimología como ciencia se debe a algunos acontecimientos correlacionados entre sí, como la celebración del “I Simposio Internacional sobre Victimología”, realizado en Jerusalén en 1973; como también que en el año de 1980 se creara una “Sociedad Internacional de Victimología”; “...*posteriormente y con regularidad se han venido celebrando Simposios Internacionales en diferentes ciudades del mundo, que permiten la reunión de investigadores del campo de la victimología, lo que ha posibilitado avances importantes de carácter práctico, científico y normativo*” (Díaz Colorado, 2006)²¹.

²⁰ Mendelsohn Benjamín, Citado por Pérez Arlin, “Victimología: Compilación para Documento de Estudio de la Maestría en Ciencias Penales”, Universidad Nacional de Loja, Loja, pág. 2, 2007.

²¹ Díaz Colorado Fernando, “Una mirada desde las víctimas: El resurgimiento de la victimología”, Ensayo, Colombia, pág.143, 2006.

Simposios que han sido motivación para que se originen instituciones supranacionales y también tratados internacionales como: Convención Europea sobre la Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos; Consejo de Europa; Declaración sobre Justicia y Asistencia para las Víctimas, que se promulgó en el encuentro inter-regional de expertos de las Naciones Unidas, en Ottawa en 1984; Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas – Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985; Convención del Consejo de Europa de Lugano, del 21 de junio de 1993; Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia Frente a los Retos del Siglo XXI, promulgada por el X Congreso de las Naciones Unidas, que sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente se realizó en Viena del 10 al 17 de abril de 2000; Libro Verde sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos, dictado por la Comisión de Europa y el Estatuto de Roma, etc.

El “...*resurgir de las víctimas ha propiciado, pues, el asentamiento de una rama de estudio que hoy ya se denomina victimología...*”(Larrauri, 1991)²², que en su corta vigencia si comparamos con otras ciencias se ha preocupado por la compensación a las víctimas, la preparación y ejecución de programas de ayuda y tratamiento, por alcanzar una mejor visión del fenómeno criminal, y sobre todo estimular la creación de legislación nacional e internacional a favor de las víctimas.

Para Benjamín Mendelsohn la victimología es una ciencia autónoma, opinión que es puesta en tela de duda por ciertos autores, quienes consideran que es una rama integrativa o auxiliar de la Criminología, criticando como excesiva la postura de Mendelsohn; “...*esto puede resultar algo sorprendente si consideramos que los criminólogos poco se preocuparon por el estudio de la víctima y aún hoy se cuestiona cuál puede ser el interés real que para ellos tiene la misma...*”(Herrero

²² Larrauri Elena, “Victimología:¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles son sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?”; Barcelona, pág.21, 1991.

Alonso & Garrido Martin, 2005)²³; al respecto existen los siguientes puntos de vista:

- El debate sobre la calidad científica y su rango como ciencia, es discutida tanto por criminólogos como por victimólogos, es así que durante el Simposio Internacional celebrado en Kyoto en 1970, el **Norteamericano Donald Cressey**, en su exposición señaló que la victimología no es una disciplina científica, ni un campo académico como la criminología o la biología, para este autor, es un programa no-académico dentro del cual, intereses, ideologías y métodos de investigación han sido arbitrariamente reunidos.

-Carmen Herrero Alonso y Eugenio Garrido Martin indican: *“el debate sobre la independencia o no de la Victimología es considerado actualmente estéril y, como señala Landrove (1990), puede quedar zanjado cuando se aborda la Criminología de una manera extensal dinámica y totalizadora”* (2005)²⁴, expresando además que la victimología no tiene la calidad de rama científica independiente de la criminología, siendo más bien es parte de ella, que pretende diferenciarse de la criminología poniendo énfasis en la dinámica propia de la víctima, la victimización y la prevención.

El panorama planteado nos da la idea, que si bien existen discrepancias sobre el objeto o campo del conocimiento científico de la victimología, es bueno resaltar que el crimen como fenómeno social requiere de otra mirada, una que contemple el sufrimiento y la manera de repararlo, desde una perspectiva menos conflictiva que la que se ha venido presentando hasta nuestros días. La misión confrontadora entre víctima y ley, tiene que girar en otro rumbo, que permita comprender la triada del problema: delincuente, víctima y ley, enmarcada dentro del contexto social particular de su presentación, donde el crimen como fenómeno requiere ser contemplado como resultado no de desajustes psicológicos individuales, sino como resultado de los componentes estructurales de una sociedad determinada.

²³ Herrero Alonso Carmen y Eugenio Garrido Martin, “La Víctima: El gran olvido social”, Salamanca, pág.11, 2005.

²⁴ Herrero Alonso Carmen y Eugenio Garrido Martin, “La Víctima: El gran olvido social”, Salamanca, pág.11, 2005.

Independiente de la discusión si la victimología es o no ciencia, lo analizado nos lleva a plantear la siguiente interrogante: ¿quiénes son las víctimas?, visto desde el derecho penal, no hay duda que esto no es un problema; en cambio desde la perspectiva victimológica, para responder, se hace preciso examinar los casos que se presenten en forma individual; las víctimas son: inocentes, el victimario es culpable de una injusticia; las víctimas tienen voz propia, y nadie debe sustituirla, ni se la debe olvidar, teniendo como desafío fundamental: *“impulsar la creación de instrumentos que permitan a las víctimas intervenir legítimamente en el proceso”* (Sampedro Arrubla, 2008)²⁵.

A mi entender la Victimología es una ciencia multidisciplinaria cuyos límites están determinados por la importancia que la sociedad de a los problemas de las víctimas y que en íntima correlación con la Criminología nos permite conocer la génesis del delito, sus consecuencias, como prevenirlos y procura que no se vuelvan a cometer los mismos.

1.3.1 Tipos de Víctima.-

Revisada la doctrina sobre el tema no existe una tipología única en lo que a las víctimas se refiere, entre las clasificaciones más renombradas y que han tenido una gran acogida en los últimos tiempos están:

- Benjamín Mendelsohn clasifica a la víctima en: Inocente por ignorancia; tan Culpable como el infractor; más culpable que el infractor y únicamente culpable.

Para darnos esta clasificación considera que para imponer la pena al delincuente, se debe tomar en cuenta el grado de culpabilidad o inocencia de la víctima en el origen y culminación del delito, si el delincuente al cometer el ilícito lo ha hecho sobre una víctima que no ha provocado la acción delictiva, este debe ser sancionado con el máximo de la sanción penal.

²⁵ Sampedro Arrubla Julio Andrés, “Apuntes para una rehumanización de la Justicia Penal: En busca de un modelo recreativo del Sistema Penal desde las víctimas”, Bogotá-Colombia, pág.164, 2008.

Si la víctima ha sido quien ha inducido o colaborado de manera voluntaria (ignorancia-imprudencia) en la ejecución del ilícito, ello constituirá una atenuante debiendo imponérsele una sanción reducida.

“Ni siquiera considerar una sanción cuando la víctima ha sido simuladora de un hecho delictivo, imaginaria (se da cuando la víctima tiene alguna enfermedad psicológica, es paranoica o esquizofrénica)” (Rodríguez Manzanera , 1989)²⁶.

- José Adolfo Reyes Calderón, para darnos su tipología considera que hay víctimas con mayúscula; y, víctimas con minúscula.

Las víctimas con mayúscula son las personas que no tienen acceso a vivienda, seguridad social, alimentación, trabajo, educación, salud, cultura, etc.

Las víctimas con minúscula son las que teniendo acceso a los derechos antes mencionados al haber sido violentados, y no ser atendidos en forma oportuna aducen ser victimizados. Clasificándolas en: Víctimas de la policía; del Ministerio Público; de los Organismos Judiciales; de los Peritos; del sistema carcelario y post carcelario.

- Hilda Marchiori, nos da la siguiente tipología:

Autor y Víctima del grupo familiar, es una consecuencia de la violencia intrafamiliar vivida por el victimario durante sus primeros años de vida siendo testigo de los maltratos inferidos por su padre a su progenitora, quien a futuro se convertirá en maltratador o tomará revancha de la violencia intrafamiliar vivida. Dentro de este tipo también se incluye a todos aquellos que como consecuencia de la disgregación de la familia ocasionada por la migración del jefe de hogar a otros países dejando abandonados a sus hijos, acarrea en ellos comportamientos psicológicos y sociales al margen de la ley, quienes

²⁶Rodríguez Manzanera Luis; “Victimología: Estudio de la Víctima”, Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México, D.F., pág.82,1989.

son candidatos a formar parte de pandillas juveniles, verse inmersos en problemas de adicción al alcohol o a sustancias sujetas a fiscalización.

Víctima Conocida, cuando existe una relación de amistad o laboral u otra clase de vínculo entre la víctima y el victimario; que puede llevar a que el delito perpetrado no sea denunciado, también puede quedar en la impunidad el delito cuando la víctima no le conoce al victimario, pero éste sí le conoce a su víctima y la escoge considerando su edad, discapacidad física o psicológica, etc. *“Esta clasificación basada en la relación existente entre autor- víctima tiene aplicación práctica, pues servirá para un mejor esclarecimiento de las circunstancias del delito, esclarecer la verdad y comprender el porqué de la agresión del delincuente y la reacción de la víctima”*(Marchori, 2006)²⁷.

Víctima Desconocida, cuando el delincuente y la víctima no se conocen; ello sucede en delitos por ejemplo de hurto o robo a personas, el victimario escoge al azar a su víctima.

Las tipologías de la víctima deben ser tomadas muy en cuenta por los organismos encargados de administrar justicia en el instante de juzgar al procesado, porque del tipo de víctima depende no solo el nivel de responsabilidad del autor del delito y la imposición de la pena, sino también depende el tratamiento que se debe dar a la víctima y la reparación del daño ocasionado.

Los diferentes tipos de víctima no se encuentran regulados en el Código Orgánico Integral Penal en vigencia, pero lo que si regula es lo referente a las personas a quienes se les puede considerar víctimas u ofendidas ante la comisión de un ilícito, así lo establece el Art.441 Ibídem, en sus 08 numerales, cuyo contenido será analizado en el Capítulo II de este trabajo investigativo.

Mi opinión personal sobre el análisis de la presente sección es que la víctima pasado el primer momento de indignación, y especialmente en delitos contra la

²⁷Marchori Hilda; “Criminología: La Víctima del Delito”; Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, pág.147, 2006.

propiedad y en los cometidos en ámbito familiar, dista mucho de responder al estereotipo de un ser sediento de venganza e insaciable en su exigencia de reparación. La Dogmática jurídica victimal entre ella el Estatuto de la Corte Penal Internacional distingue los diversos tipos de víctimas, y proclama que todas, merecen consideración muy distinta, pero a mi entender es un Instrumento Internacional que si bien se preocupa de las víctimas, pero es excesivamente proteccionista; las víctimas tienen derecho a ser oídas y a participar en el debate público, y en el sistema procesal, la balanza de la Justicia *victimal*, para lograr la igualdad de los desiguales, debe quebrar la tradicional horizontalidad, debe inclinarse a favor de los más débiles, debiendo prevalecer siempre el principio “*in dubiis benigniore praeferenda sunt*” (ante la duda, siempre son preferibles las respuestas más benignas).

1.3.2. La Victimización.-

Al ser vulnerado un bien jurídico protegido la víctima u ofendido sufre una sensación de inseguridad e impotencia y en la mayoría de ocasiones las consecuencias derivadas del delito son nefastas e influyen en todas las actividades que ella desempeña, es lo que se ha dado en llamar victimización y un elemento importante es el daño psicológico que se produce en la víctima, como también la pérdida de la capacidad del disfrute de la vida, que se evidencia con mayor notoriedad en delitos de lesa humanidad, delitos de connotación sexual, de raptó, etc., es tal el daño producido que la sensación de goce y placer por la vida se pierde o se ve tan afectado que el significado de la vida ya no es tan intenso y su fortaleza se ha resquebrajado de manera dramática, que incluso la razón de existencia deja de tener sentido, nuestra Constitución de la República en su Art. 78, al igual que el Código Orgánico Integral Penal en su Art.445, protegen a las víctimas de infracciones penales garantizándoles su no revictimización.

Para el criminólogo mexicano Rodríguez Manzanera victimización es: “...la acción y el efecto de victimizar o victimar y la función de ser victimizado o victimado en cualquier sentido...”(1998)²⁸.

Fattah Ezzat afirma por su parte que: “...es el resultado de una conducta antisocial contra un grupo o persona; por el cual se deviene en víctima...”(1980)²⁹.

Nieves Hugo con términos parecidos señala que: “...es el mecanismo por el cual una persona llega a convertirse en sujeto pasivo de un hecho punible”(2006)³⁰.

Cruz José María manifiesta: “...sería el acto en el cual una persona es objeto del uso de la fuerza, produciendo un daño físico o psicológico...” (1999)³¹.

La victimización de acuerdo a las definiciones transcritas tiene dos elementos importantes: conducta nociva que se refiere al comportamiento lesivo, dañoso violento y, ejercicio intencional agresivo del victimario que hace alusión a las consecuencias de dicha acción dañosa.

Un aspecto importante de la victimización es lo que la doctrina denomina: “cifra negra de la victimización o afectación victimal no denunciada”, se produce cuando la persona victimizada decide no denunciar al delincuente, su silencio causa la impunidad de conductas delictivas porque no llega la noticia criminal a conocimiento de los entes encargados de administrar justicia.

1.3.3 La victimización primaria y secundaria o revictimización.-

En el ámbito de la literatura victimológica, se ha considerado que existen los siguientes grados de victimización: primaria, secundaria y como consecuencia

²⁸Rodríguez Manzanera L., “Victimología”, Editorial Purrúa, México, pág.73, 1998.

²⁹Fattah Ezzat A; “Regards sur; a victimologie, criminologie”, Imprenta de la Universidad de Montreal Canada, Montreal – Canada, pág.5, 1980.

³⁰Nieves Hugo; “El comportamiento culpable de la víctima”, Universidad de Carabobo, Editorial Valencia, Caracas, pág.73,2006.

³¹Cruz José María, “La victimización por violencia urbana: niveles y factores asociados en Ciudades de América Latina y España”, Revista Panamericana de Salud Pública, circulación Abril- Mayo, Washington D C., pág.4,1999.

de las dos anteriores surge un tercer grado denominado terciaria, grados que hacen alusión a las consecuencias producidas por la acción de un delito:

- **La victimización primaria**, son las secuelas que quedan en la víctima como consecuencia directa de un delito y pueden ser: consecuencias físicas, económicos, trastornos nerviosos y psicosociales que se mantienen en el tiempo. *“La victimización primaria refleja la experiencia individual de la víctima”*(Burgos Mata A. , 2007)³².

Es el daño, la acción ejecutada que aqueja a la víctima del delito, y que resulta ser de mayor incidencia en los actos de violencia por ser dirigida a una persona determinada, poniéndose de manifiesto la relación original víctima-victimario; *“...experiencia individual de la víctima con el agresor que origina sentimientos de culpabilidad con relación a los hechos, la víctima siempre siente la afectación psíquica o física del acto cometido sobre su persona...”*(De Brouwer Bilbao, 2015)³³.

En síntesis la victimización primaria es la propia vivencia personal del hecho por parte de la víctima, es la acción y consecuencia que provoca la actuación del victimario sobre ella, resultando lesionada física, psíquica, sexual o materialmente.

- **La victimización secundaria o llamada también revictimización**, término que fue acuñado por Khüne para hacer referencia a los distintos tipos de maltratos, sufrimientos, vulneraciones o abusos de los que son objeto las víctimas por las malas actuaciones de funcionarios públicos o autoridades, pertenecientes a Instituciones Judiciales, Policiales, Fiscalía, etc.; marginándole sin permitir que intervenga plenamente para proteger sus derechos; sin tomar en cuenta que la víctima como consecuencia del ilícito queda

³²Burgos MataÁlvaro,“La Victimología”,Acta Académicade Conferencia, Costa Rica,pág.278, Mayo-2007.

³³De Brouwer Bilbao D., “La Víctima: Acerca de su victimización”, 2001, párrafo 17, Consultada el 02 de enero del 2015, disponible en World Wide Web; Url: <http://www.fuente.dip.org.ar/novedades-libros1.htm>

con secuelas físicas, psicológicas, morales, materiales, lo que limita su normal desenvolvimiento y desarrollo en sus actividades y vida cotidiana.

Organización de las Naciones Unidas, en el año de 1996 al referirse a la victimización secundaria señala: “la victimización que ocurre no como un resultado directo de la acción delictiva, sino a través de la respuesta de las instituciones y los individuos hacia la víctima”. Esta definición incluye, según la ONU la victimización secundaria institucionalizada que provoca el sistema de justicia penal, así como las conductas inapropiadas de la policía u otro tipo de personal de la justicia penal; también el sistema de justicia penal puede provocar una victimización, en el proceso completo de la investigación penal y el juicio. *“Esta victimización puede ocurrir por dificultades en el balance de los derechos de la víctima y de los imputados, pero, en general, ocurre porque los actores del sistema penal no consideran la perspectiva de la víctima”* (Rubio Lara, 2010)³⁴.

Por su parte **Luigi Ferrajoli**, indica: *“Si la historia de las penas, es una historia de horrores, la historia de los procesos, es una historia de errores”*(1995)³⁵, las personas que sufren por causa de un delito lejos de encontrar una solución y protección en el proceso penal, lo que encuentran es una segunda victimización, nuevas angustias, incomprensiones, al no ser tomadas en cuenta en forma protagónica a lo largo del desarrollo del proceso penal, que constituye un incorrecto trato; todos quienes se encuentran inmersos en el sistema de administración de justicia, ya sean policías, jueces, abogados, fiscales, etc. con su actuar olvidan los daños que el victimario ha ocasionado a la víctima, el estado psicológico en que se encuentran, las necesidades y esperanzas que estas personas ponen en ellos, las víctimas se sienten desprotegidas y maltratadas al no recibir un trato digno e información oportuna, frustrándose sus expectativas de que todos sus problemas van a ser resueltos de forma positiva, no perciben confianza de parte de los instancias judiciales, como tampoco una correcta atención que corrija lo que ellas han padecido.

³⁴Rubio Lara Pedro Ángel, “Victimología Forense y Derecho Penal”, Murcia - España, Editorial Tirant to Blanchet Editium, pág.83, 2010.

³⁵ Luigi Ferrajoli, “Crisis del Sistema Político y jurisdiccional. La naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura”, Revista Pena y Estado, Año 1 – Argentina, Editores del Puerto, pág.110, 1995.

Hilda Marchiori en su libro “Criminología: La Víctima del Delito” manifiesta que las secuelas que puede tener la víctima por la comisión de un delito varía de acuerdo a la gravedad del mismo y su personalidad, secuelas que pueden ser: **inmediatas-traumáticas delictivas**, que no es más que el estrés, conmoción y desorganización de la personalidad de la víctima, paralización temporal y negación de lo sucedido, terror, aturdimiento, desorientación, sentimientos de soledad, depresión, vulnerabilidad y angustia; **emocionales-sociales**, alteración de su comportamiento cotidiano en sus relaciones sociales, pueden presentarse después de semanas o meses de lo sucedido; y, **familiares-sociales**, actuaran de una forma diferente según el rol y función que desempeña la víctima en el grupo familiar. Sumadas a estas consecuencias también están las de índole **económica**, sobre todo en ilícitos que atentan contra el patrimonio, en cuyo caso la víctima invirtió ingentes cantidades de dinero en proteger sus bienes muebles e inmuebles, y al ser sustraídas se ve reducido su presupuesto personal o familiar.

Se debe tener presente que “...*los tiempos de duración de un proceso penal significan también una nueva victimización, la suspensión de audiencias por la inasistencia de fiscales o la no concurrencia de testigos, sumado a trámites burocráticos dilatan la culminación del proceso y esto trae para la víctima estrés, pérdida de tiempo, dinero y problemas en su trabajo...*”(Marchori, 2006)³⁶.

El trayecto de las víctimas por el sistema penal le ocasiona perjuicios, en ocasiones superiores a los que se derivan del delito ocasionado, este proceso lesivo determina una apreciación negativa respecto al ejercicio de la justicia e influye en que las personas pierdan la fidelidad y credibilidad ante el sistema de justicia.

- **La victimización terciaria**, conocida también como victimización del delincuente o victimario, doctrinariamente es enfocada en dos sentidos:

³⁶Marchori Hilda, “Criminología: La Víctima del Delito”, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, pág.159, 2006.

En sentido estricto, es el resultado dañoso que sufre el delincuente por el sistema legal, se da durante las etapas del proceso penal: Instrucción Fiscal, Evaluación y Preparatoria de Juicio; y Juicio (Art.589 COIP).

En sentido extensivo, son las irregularidades que se presentan en el campo: legislativo, judicial, policial y penitenciario, cuyas consecuencias perjudican directamente al victimario o procesado, por ejemplo: promulgación de leyes que contradicen los preceptos Constitucionales; errores judiciales, prisión preventiva injustificada, detenciones ilegales, etc.

Gómez Pérez Ángela en su obra Aspectos Puntuales acerca de la Victimología manifiesta que “...*los efectos de la victimización terciaria en su interpretación extensiva pueden ser organizados en cuatro momentos en que pudiera resultar victimizado un acusado, que son los siguientes: el momento legislativo, el policial, el judicial y el penitenciario...*” (2004)³⁷.

Momento Legislativo, se da cuando el legislador violenta los límites de la dogmática jurídica, cuya consecuencia es que el Derecho Penal se hipertrofia por una inflación de las tipologías penales restándole importancia al principio de mínima intervención penal y sobrevalorando el principio de relevancia de los bienes jurídicos protegidos; que se visualiza cuando los poderes públicos acuden innecesariamente al Derecho Penal para resolver conflictos que pueden y deben abordarse desde otras ramas del derecho; como también cuando quebrantan los límites del principio de proporcionalidad, sin que exista correspondencia entre el bien jurídico protegido y la reacción excesiva de la respuesta.

Momento Policial, son las prácticas ilícitas realizadas por servidores policiales durante el proceso investigativo que pueden violentar derechos del imputado, como el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, etc.

³⁷Gómez Pérez Ángela, “Aspectos puntuales acerca de la Victimología”, Editorial Félix Varela, La Habana – Cuba, pág.314, 2004.

Momento judicial, constituido por los errores que los Jueces pueden cometer al aplicar en forma subjetiva la ley, al momento de dictar sentencia o al momento de su ejecución, respecto del cumplimiento de la condena en un centro de rehabilitación social; al condenar a un individuo se le condena no sólo a la privación de libertad, sino también se le condena a su propia victimización, por existir cuestionamiento a la pena privativa de libertad por sus efectos estigmatizadores y poco resocializadores.

Momento Penitenciario, son los errores o violaciones a la Constitución, a la Ley de Rehabilitación Social, que afectan al recluso por la situación de desventaja en que se encuentra como privado de su libertad, la limitación de sus derechos y la llamada reinserción social que se somete ante su propio medio, que puede mostrarle un rechazo a su regreso.

1.3.3.1 El derecho a la no revictimización.-

El Art. 78 de nuestra Constitución reconoce a las víctimas el derecho a una protección especial, garantizando su no revictimización, "...particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación...", y dispone en su artículo 198, que sea la Fiscalía General del Estado la responsable de efectivizar dicha garantía a través del Sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, con la participación de instituciones públicas y sociedad civil.

El Código Orgánico de la Función Judicial vigente, en su artículo 295, recoge el mandato constitucional establecido en el Art.78 y consagra los principios que deben regir al sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal como son: voluntariedad, reserva, investigación, vinculación, dirección y temporalidad; debiendo garantizarse que el ingreso al sistema sea a través de mecanismos no revictimizantes y de respeto a los derechos fundamentales de las personas involucradas, artículo que al referirse a las funciones de la Defensoría Pública, en su Numeral 6, dispone: "garantizar la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes,

víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas”.

De las normas legales transcritas se deduce que la garantía del derecho a la no revictimización no se circunscribe solo al momento de la obtención de las pruebas, sino durante todo el proceso penal, fuera del mismo y aún terminado éste, incluso al ingresar la víctima en los programas de protección; sin embargo en la cotidianidad esta garantía queda en simple enunciado, siendo mínima su real vigencia y en muchos casos no significativa, estando orientada de manera especial a los delitos sexuales de violencia contra grupos vulnerables, mujeres, adultos mayores, niños y adolescentes, pero para las víctimas de otros delitos la protección casi es inexistente; entre los obstáculos para que esta garantía constitucional tenga eficaz vigencia en los diferentes delitos está la centralización de los programas de protección, la insuficiente asignación de recursos, la falta de implementación de redes de protección en todas las provincias y sobre todo la falta de la adopción de una verdadera política de la fiscalía que considere la dimensión del problema víctima-victimario.

Las leyes ecuatorianas prohíben la revictimización, por ser generadora de impactos psicosociales, por permitir que las situaciones traumáticas que son producto de la comisión del ilícito que viola la dignidad y los derechos de la víctima no queden en el olvido sino estén latentes, porque la revictimización produce condiciones que empeoran la vulnerabilidad y situación sicosocial de las víctimas.

La administración de justicia debe considerar a la víctima no como un medio sino como un fin y dar una nueva orientación al proceso penal, lejos de querer imponer una pena al culpable interesa el análisis de los daños que la criminalidad causa a la víctima, sujeto pasivo u ofendido, para concederle una justa reparación, procurar devolverle sus derechos y quitar el monopolio de la acción penal al Estado mediante la concesión de una mayor participación en el proceso.

Todos quienes intervienen en el proceso penal, policía, fiscal, juez u otros deben evitar la revictimización, que se consigue cuando se genera confianza y respeto,

aplicando las normas legales vigentes y sobre todo dándoles el trato especial que se merecen, un viraje hacia una justicia penal restaurativa es la forma de lograr mayor satisfacción y respeto de los derechos de las víctimas.

En definitiva la *“...visión positiva que la víctima tiene del sistema no radica en el hecho de que el agresor haya sido condenado sino haber recibido un trato digno y adecuado por parte de la administración de justicia...”*(Ferreiro Baamonde, 2005)³⁸, que garantice su **desvictimación**, concebida como el proceso para compensar el daño causado a la víctima, en el que intervienen diversos factores y actores sociales, en procura de reparar es decir no sólo de indemnizar los perjuicios causados, sino también un *“...reconocimiento social, asistencia y reintegración social. Como tal, trata de conjurar riesgos como la estigmatización de la víctima, la instalación crónica en la victimización...”*(Dominguez , 2015)³⁹.

Los actores implicados en el proceso de desvictimación son el sistema judicial, policía, los servicios sociales, y los profesionales de la salud y psicólogos; como la victimización tiene una proyección social también intervienen en el proceso los responsables políticos, los medios de comunicación, las instituciones de apoyo a las víctimas, las asociaciones de víctimas y familiares, entre otros.

1.4 Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva.-

El derecho a la tutela judicial efectiva consiste en acceder a los diferentes órganos de la administración de justicia sin distinción alguna, tal cual lo prescribe nuestra Constitución en su Art.11, Numeral 2do: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH,

³⁸Ferreiro Baamonde Xulio; “La Víctima en el Proceso Penal”, Primera Edición La Ley- Actualidad S.A., Madrid, pág.183,2005.

³⁹Domínguez Antonio, “Conceptos Fundamentales de Victimología”, disponible en <http://www.institutodevictimologia.com/formacion19a.pdf>; consultado el 25 de enero del 2015.

discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos...”.

La acción tutelar del estado democrático no se limita únicamente a los juicios penales sino que permite reivindicar la dignidad de las víctimas u ofendidos en sentido general cuyos derechos han sido vulnerados, protección regulada en forma amplia por el artículo 11, Numeral 9, Inciso 4 de la Constitución que establece: “...*El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso....”.*

Según Jorge Zavala Egas, en su obra Derecho Constitucional, la tutela jurisdiccional cubre los siguientes derechos: “...**a)** *El acceso a los órganos judiciales; b)* *A que se instaure el proceso conforme a derecho (...); c)* *A que se respete el derecho a la contradicción; d)* *A que no exista dilatorias arbitrarias; e)* *A obtener una decisión definitiva; f)* *A que la decisión sea efectivamente cumplida, consiste primariamente en el derecho del litigante a obtener una resolución motivada y congruente, que se pronuncie sobre el fondo de las pretensiones deducidas, siempre que concurran los presupuestos necesarios para ello...” (2008)⁴⁰.*

Por su parte Andrés Baytelman, nos advierte que: “...*las ideas-fuerza o valores que dan sustento al sistema acusatorio no pueden ser otros que los principios de inmediatez, oralidad, concentración y continuidad, contradictoriedad, imparcialidad, presunción de inocencia y publicidad...” (2000)⁴¹; nuestra Constitución en vigencia ha adoptado estas directrices internacionales en los artículos 75, 76, 77, 86, 168, 169, 194 y 195, el texto de estos artículos es clave porque conceptúan al sistema procesal como *un medio para la realización de la justicia*, al tiempo que indican que *las normas procesales consagrarán los**

⁴⁰ Zavala Egas Jorge, “Derecho Constitucional”, Quito, pág.157, 2008.

⁴¹ Baytelman Andrés, “El juicio oral en el nuevo Proceso Penal”, Cuadernos de trabajo, Número 2; Editorial de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pág.140, 2000.

*principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del **debido proceso**; siendo el debido proceso una “...condición básica de la tutela jurisdiccional, entendiéndose éste como el que tiene toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas...”* (González Pérez , 1989)⁴², garantías mínimas contempladas en los principios mencionados de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, etc.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su obra el Debido Proceso Penal en forma diáfana nos dice: “...entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho...”(2002)⁴³; de lo cual se deduce que la Tutela Judicial Efectiva es un derecho de protección elevado a rango constitucional así lo establece la Constitución en su Art. 75 al señalar que toda persona tiene derecho a acceder en forma gratuita a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, en condiciones de imparcialidad, sin dar lugar a la indefensión; en similar sentido se refiere el Art.23 del Código Orgánico de la Función Judicial, considerándole a la Tutela Judicial Efectiva de los Derechos como un principio; significa que el poder jurídico que la ley otorga a las personas ofendidas o agraviadas les da la potestad de accionar al órgano jurisdiccional penal para ejercer la acción penal, es una garantía constitucional consagrada en el artículo aludido, “...considerándose esta como una verdadera tutela jurídica que el Estado concede a los ciudadanos, y ello en salvaguarda del derecho a la seguridad

⁴²González Pérez Jesús, “ El derecho a la tutela jurisdiccional”,Madrid-España, Civitas, pág.27, 1989.

⁴³ Zavala Baquerizo Jorge, “El Debido Proceso Penal”,Guayaquil-Ecuador, Editorial Edino, pág.25, 2000.

jurídica que también está señalado en la norma constitucional (Art.82)...” (Franco Loor, 2009)⁴⁴.

Jorge Zabala Baquerizo en su obra “El Debido Proceso Penal” nos dice que no solo quien se considere ofendido por una conducta lesiva a sus bienes e intereses es quien puede demandar la tutela judicial, sino también el que por esa demanda se ve inmerso dentro de un proceso penal también tiene derecho a esa protección jurídica la cual no puede ser rechazada por los jueces; tutela judicial efectiva que constituye un verdadero principio constitucional, que en el caso Ecuatoriano como ya lo dijimos se encuentra consagrado en la Constitución vigente, “...el legislador está en el deber de crear los mecanismos procesales que faciliten y garanticen el acceso a la justicia, y sobre todo que haya una protección rápida de los derechos y libertades fundamentales..” (Ulate Chacón, 2007)⁴⁵.

⁴⁴ Franco Loor Eduardo, MSC, Artículo Revista: “Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal”, Guayaquil-Ecuador, pág.94, 2009.

⁴⁵ Ulate Chacón Enrique, “Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional”, Costa Rica, pag.142, 2007.

CAPÍTULO II

La Víctima en la Legislación Penal Ecuatoriana.-

La Víctima (que antes constaba en nuestro Ordenamiento Jurídico “Ofendido” y de acuerdo a la primera disposición reformativa del COIP, se dispuso se sustituya en todas las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional el término ofendido por el de víctima), es a quien la ley le reconoce poder jurídico sobre el bien materia del ilícito, le concede a su juicio el impulso del interés lesionado, puede ser una persona natural o jurídica, una colectividad o el Estado, será siempre un ente con derechos cuando sufra un ataque a sus bienes jurídicos protegidos por la normativa penal, o se lesione sus derechos civiles reconocidos por el respectivo ordenamiento constitucional, y que por ende, son penalmente protegidos en la legislación sustantiva penal, como la vida, honor, la propiedad, etc.

El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo en su obra: “El Proceso Penal Ecuatoriano”, hace una diferenciación entre ofendido y agraviado, reservando la **primera consideración** para el titular del bien jurídico lesionado, quien ha sido afectado directamente por el delito y la **segunda** para la persona en cuyo poder se encuentra la cosa al momento de ser objeto de un delito, es el afectado indirecto por el ilícito; nuestra Legislación Penal no hace esta diferencia y confunde el ofendido y agraviado por el delito considerándole lo mismo; en su Art.441, Numeral 1ero., establece que las víctimas son las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.

En nuestra Legislación Procesal Penal no ha existido la preocupación de establecer la diferencia entre Víctima (Ofendido) y Agraviado, considerándoles a los dos como víctimas de un delito, el mismo Jorge Zavala Baquerizo también en su obra: “Tratado de Derecho Procesal Penal” igualmente considera que para la Legislación Procesal Penal Ecuatoriana el ofendido y el agraviado son lo mismo, adoptando según este autor nuestra Legislación un concepto amplio – genérico de víctima como aquella persona que ha sido **“afectada por una infracción”**;

sin embargo, jurídicamente ofendido y agraviado no son lo mismo, quienes en sus respectivas cualidades son sujetos pasivos de la infracción o pacientes, en ocasiones puede que en una sola persona se reúna las dos categorías, pero no siempre es así, por lo general uno es el ofendido directo por el delito y otra es la persona que recibe el perjuicio o menoscabo indirecto como consecuencia de la conducta desplegada por el victimario, aunque muchas veces las dos cualidades coinciden, por ejemplo en el caso de los delitos contra la propiedad cuando la cosa hurtada o robada se encuentra en poder del dueño; diferente es el caso del homicidio en el que el difunto es el ofendido del ilícito, mientras que los perjudicados o agraviados son los familiares directos que dependían económicamente de él (cónyuge e hijos).

En nuestra Legislación Penal el ofendido o agraviado es quien recibe la agresión, a quien la justicia le protege, **de modo que puede darse inicio a una investigación pre procesal o previa por delito de acción penal pública mediante denuncia**. Según Enrique Aguilera de Paz la denuncia: "*...es el acto de poner en conocimiento del funcionario competente la existencia de un hecho punible, (...) es hecha, (...) con el fin de informar y excitar a la autoridad para que proceda a la averiguación y comprobación del hecho denunciado y de su naturaleza jurídica, así como el castigo del culpable, (...) desde el punto de vista criminológico, la denuncia proporciona a la víctima (como ciudadano con iguales deberes y derechos) el medio de encontrar compensación o salida para la reducción de la frustración causada por las sensaciones o sentimientos de pérdida, inferioridad, impotencia, inseguridad o culpa provocada por la existencia de agentes sociales que el individuo no puede controlar...*"(1912)⁴⁶.

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 421 al hacer referencia a la Denuncia establece: "*La persona que llegue a conocer que se ha cometido un delito de ejercicio público de la acción, podrá presentar su denuncia ante la Fiscalía,...*"; norma legal que guarda concordancia con lo que expresa **el actual Art.337 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, reformado por la Disposición Reformativa Décimo Cuarta del Código Orgánico Integral**

⁴⁶Aguilera De Paz, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Editores Hijos de Reus, Madrid, Tomo III, pág.28, 1912.

Penal: “La víctima.- *La víctima podrá denunciar los hechos al fiscal, participar en el proceso e interponer los recursos, cuando lo crea necesario para la defensa de sus intereses”;* disposiciones legales que también guardan íntima relación con el **artículo 432 Ibídem que establece: “Acusación particular.-** *Podrá presentar acusación particular la víctima....”;* de las transcripciones realizadas se aprecia que el ofendido puede denunciar los delitos de acción penal pública e intervenir como Acusador Particular dentro del proceso siempre y cuando presente acusación particular desde el inicio de la Instrucción Fiscal hasta antes que finalice esa etapa, siendo su participación en el proceso penal de acuerdo al sistema acusatorio optativa pero no obligatoria, activa pero no protagónica, porque quien dirige la investigación es el Fiscal, la víctima, en el actual sistema coadyuva a la o al Fiscal en la investigación, tal cual lo establece el **artículo 410, inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal: “....el ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa...”;** la víctima, ofendido o agraviado puede o no interponer la denuncia por un delito de acción penal pública, sino lo hace es la o el Fiscal quien por mandato legal debe iniciar la investigación pre-procesal y de esta manera defender los derechos de la víctima, garantizar que se cumpla el debido proceso contemplado en nuestra Carta Magna (Art.66) y más garantías y libertades fundamentales;a falta de acusación particular el juicio no se interrumpe, el juicio es impulsado por el Fiscal de oficio, el **artículo 609 del Código Orgánico Integral Penal establece: “Necesidad de la acusación.-** *El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal”.* Pero, sí es digno de reconocer el contenido del **Art.597** del COIP, por cuanto la víctima como sujeto procesal que es (Art.439 del COIP) tenga o no la calidad de acusador particular puede utilizar la prerrogativa que le confiere esta disposición legal del Código Orgánico Integral Penal: **“Actividades investigativas en la instrucción.-** *Los sujetos procesales gozarán de libertad para obtener los elementos que sustentan sus alegaciones con sujeción a los principios del debido proceso, para lo cual podrán ejercer todas las actividades investigativas y utilizar los medios de prueba, con las restricciones establecidas en este Código”.*

La persona procesada podrá presentar a la o al fiscal los elementos de descargo que considere convenientes para su defensa; así también la víctima podrá solicitar a la o al fiscal los actos procesales que considere necesarios para

comprobar la existencia del delito. Si para obtenerlos se requiere de orden judicial, la o el fiscal la obtendrá de la o el juzgador”.

Maldonado Castro Marco Antonio, en su trabajo de Tesis Universitaria: “Los Correctivos Jurídicos y Fácticos de la Etapa del Juicio en el Contexto del actual Sistema Procesal Penal Acusatorio”, manifiesta: “...*el sistema ecuatoriano de administración de justicia es acusatorio no solo porque los roles de acusar, defender y juzgar son ejercidos por el fiscal (y el acusador particular si lo hay), el acusado (con la asistencia de su defensor) y el respectivo juzgador colegiado, respectivamente, sino también porque la acusación fiscal, que es el resultado de la investigación pre-procesal y procesal penal, determina la apertura y realización de la etapa del juicio...*” (2008)⁴⁷.

La víctima u ofendido está legalmente facultado a interponer los recursos necesarios cuando no se sienta satisfecho con las decisiones judiciales, porque el fin último de la Justicia es garantizar que se haga justicia y ante todo proteger los derechos de quienes han sufrido un atentado contra sus bienes jurídicamente protegidos.

2.1 Derechos de la Víctima según el COIP.-

Todas las leyes, disposiciones legales, medidas judiciales, administrativas, sociales, económicas, individuales y colectivas que están vigentes en nuestro país posibilitan el hacer efectivo el goce de los derechos de las víctimas, y a la par una justicia integral, reflejada en una mejor intervención de la víctima en todas las etapas procesales; y la reparación integral de los daños causados con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se le dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales.

Luis Reyna Alfaro, sostiene: “...*Que el acceso de la víctima al objeto penal del proceso penal, limitada casi en todas las legislaciones por la ausencia de disposición legal expresa, tiende a variar desde el reconocimiento por parte del*

⁴⁷ Maldonado Castro Marco Antonio, “Los Correctivos Jurídicos y Fácticos de la Etapa del Juicio en el Contexto del actual Sistema Procesal Penal Acusatorio”, Tesis de Maestría, Universidad Simón Bolívar, Quito, pag.30, Septiembre 2008.

Derecho Internacional Público del “derecho a la verdad”, que conforma junto con el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación integral, el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad...”(2008)⁴⁸.

La víctima u ofendido por un delito de acción penal pública puede promover ejercer y actuar sus derechos en forma íntegra durante el juicio penal, al respecto existen las siguientes posiciones doctrinarias:

- Posición Clásica.- Entre los tratadistas y juristas que defienden esta posición entre otros tenemos: al jurista Colombiano Álvaro Márquez, a juristas Brasileños como el Dr. Luis Flavio Gómez y al Dr. Antonio García, sostienen que la víctima de un delito tiene el derecho de reclamo al Estado, argumentan desde antaño que es preciso reconocer desde un punto de vista genérico, el derecho de promover enjuiciamiento (denuncia–acusación particular) contra el agresor y de perseguirlo ante el poder público hasta que se obtenga su castigo, no puede admitir ni restricciones, ni límites, defienden a ultranza que este derecho lo tiene el ofendido de incoar un proceso y de seguirlo hasta obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, en la que se le condene al autor, cómplice o encubridor; y, que estos respondan por los daños y perjuicios ocasionados, además del derecho que tiene la víctima a la utilización de los recursos dentro de los términos legales, debiendo concebirse la palabra recurso en su sentido amplio.

La autoridad judicial puede convertirse en tiránica en caso de negar al ofendido la facultad de perseguir de manera legal el atentado contra las conductas punibles constantes en el Código Sustantivo, tiránica, porque se despoja al derecho punitivo de su contenido ineludible de la potestad concedida al ofendido de su derecho de defenderse, de recurrir al proceso penal, cuya característica al decir de Alessandro Baratta “...es decidir si subsisten las condiciones previstas

⁴⁸ Luis Reyna Alfaro; Las Víctimas en el Derecho Penal Latinoamericano. Presente y Perspectivas a Futuro. Texto de intervención en curso de postgrado, España; año 2008.

por el Derecho para disponer una intervención de tipo represivo sobre un conflicto...” (Universidad , 2004)⁴⁹.

Quienes defienden esta posición señalan que: “...La actuación de la víctima en el proceso penal (...) está condicionada a su constitución como querellante en el proceso penal y sólo en su calidad de parte puede tener incidencia, conocer o ser tenido en cuenta. Ciertamente puede incidir en el hecho y las pruebas de la acusación cuando discrepe del Ministerio Público, pero con la condición de formular escrito de acusación. Sin lugar a dudas tiene un papel secundario en el proceso penal, aunque mucho mayor que en el sistema inquisitivo...” (Macías Cano, 2005)⁵⁰.

- **Posición Actual.**- Entre los tratadistas y juristas que defienden esta posición entre otros tenemos: al procesalista Costarricense Ricardo Salas Porras, al jurista Argentino Jaime Malamud Goti, al Jurista Argentino Dr. Ricardo Leiva y al jurista Argentino Eugenio Zaffaroni, quienes consideran que las nuevas corrientes procesales apuntan al menos a dos cuestiones centrales en referencia a la víctima:

a) protección y trato digno, porque “...es preciso recordar que la víctima, durante mucho tiempo, ha sido la gran olvidada de la justicia penal”(Ottenhof, Diciembre 2011)⁵¹; y,

b) posibilidad de pleno control de la marcha del proceso y/o control sobre el ejercicio de la acción penal cuando se ha violentado una norma jurídica, “...que tiene como finalidad estimular, activar, al órgano jurisdiccional que está encargado por el Estado para ejercer la función de administrar justicia...” (Zabala Baquerizo, 2004)⁵².

⁴⁹ Universidad de Buenos Aires, “Alessandro Baratta: Criminología y Sistema Penal – Compilación in Memoriam”, Buenos Aires, CB de F Ltda Editorial, pág.33, 2004.

⁵⁰ Macías Cano Suheid Azucena, “La víctima en el proceso penal Nicaraguense, Nicaragua”, pág.9, 2005.

⁵¹ Ottenhof Reynald, Artículo Revista: “De que protección penal disponen actualmente las víctimas?”, San Sebastián – España, Revista Eguzkilore, Número 25, pág.131, Diciembre 2011.

⁵² Zabala Baquerizo Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Guayaquil – Ecuador, Editorial EDINO, pág.12, 2004.

Es el *“Legislador quien ha posibilitado la intervención de la víctima a través de los mecanismos de conciliación y reparación previstos en la Ley y además, con carácter excepcional y limitado, ha posibilitado su personación en la causa penal, es más su progresiva personación ante los tribunales le ha convertido en un actor cada vez más presente en el debate judicial”* (Estud. Dcho.P, 2004)⁵³.

El Estado al haberse arrogado el derecho de juzgar, al momento que se da la trasgresión al orden social concede poder jurídico al Fiscal que representa a la sociedad y al ofendido para que den inicio al juicio penal, debiendo entenderse el concepto de poder como la prerrogativa de tener facultades expeditas o firmeza de hacer una cosa, pero en ningún caso como dominio o imperio; la inacción del Fiscal, desbordado por el número de procesos, y la insatisfacción social como consecuencia del rechazo de la víctima que queda fuera de la justicia, ha obligado a que se le reconozca al ofendido o víctima un papel cada vez más importante en el juicio penal.

“...El sistema clásico del proceso dual es sustituido por un proceso triangular...” (Ottenhof, Diciembre 2011)⁵⁴; que tiene como finalidad conseguir que el derecho penal sea un derecho protector, que prevenga daños y si estos llegasen a suceder, devolver a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos, a través de un remedio institucional redignificante como es la condena penal lograda mediante la participación plena del ofendido en el proceso.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos que fue suscrita posterior a la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos celebrada el 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, la cual fue ratificada por los estados parte, entre ellos por Ecuador, respecto de la protección judicial ante la comisión de una infracción, expresa en su **Art.25, Numeral 1**: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos*

⁵³ Grupo Español de la Asociación Internacional de Derecho Penal, “Estudios de Derecho Penal”, Ciudad Real, España, pag.25, 2004

⁵⁴Ottenhof Reynald, Artículo Revista: “De que protección penal disponen actualmente las víctimas?”, San Sebastián – España, pág.131, Revista Eguzkilore, Número 25, pág.133, Diciembre 2011.

fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”; derecho que no se agota en su libre acceso, el cual incluso le faculta para requerir que el órgano interviniente dicte una resolución razonada fundamentada en los méritos del proceso, y en caso que está sea apelada o reclamada, deberá dictarse otra debidamente motivada en la que se establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le dio origen, y que se garantice el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

La jurisprudencia supranacional de la región avanza extraordinariamente al afirmar que cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial seria, utilizando los medios a su alcance a fin de identificar a los responsables y de imponerles las sanciones pertinentes.

Juristas como Luis Jiménez de Asúa, consideran a la víctima no solo al ofendido directo, sino a todos quienes que tengan relación inmediata con la víctima y que hayan sufrido daños, angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la no respuesta inmediata de las autoridades; corriente de pensamiento que se encuentra plasmada en el Art.441 del COIP; ello ha implicado que el Estado garantice un acceso más directo a la administración de justicia, que según la actual jurisprudencia en vigencia en la región ha permitido “...*que las víctimas tengan derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder; a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; a recibir desde el primer contacto con las autoridades información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas...*”(Culqui Supe , 2013)⁵⁵; derechos estos de la víctima que a nivel de la región han sido un logro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que se originaron como consecuencia de la impunidad en Latinoamérica a finales del siglo XX, que les impidieron que accedan al **derecho a la verdad** entendida

⁵⁵ Culqui Supe Edison Iván, “Tesis: La Protección de la Víctima y Testigos del Delito en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano”, Loja-Ecuador, pág. 24, 2013.

como un derecho de los ofendidos o víctimas que se les haga justicia sobre todo cuando se trate de delitos que el Estatuto de Roma los ha dado en llamar como de lesa humanidad.

En atención al llamado **derecho a la verdad** se ha incorporado a la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana normas del Sistema Universal o Regional de Protección de Derechos Humanos como las que constan en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por ejemplo en el caso Tibi contra Ecuador la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contiene jurisprudencia dictada por la misma Corte, tendiente a garantizar el derecho que asiste a las víctimas y sus familiares para conocer la verdad de los hechos que rodearon las violaciones de los Derechos Humanos y saber quiénes fueron los responsables de los delitos de lesa humanidad (detención ilegal y arbitraria, tortura, violación al debido proceso y garantías judiciales en contra del señor Daniel Tibi-un próspero negociante de joyas que fue detenido por supuesto delito de narcotráfico e incautado sus bienes).

El artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos en lo principal señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez competente; contenido que guarda estrecha concordancia con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual consagra que toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia; convenios y declaraciones ratificados por nuestro país y, por tanto, vigentes y de inmediata aplicación por tratarse de derechos fundamentales; no se debe olvidar lo que al respecto señala la Convención Europea de Derechos Humanos, que el propósito del derecho a ser oído, debe ser visto como la noción genérica de salvaguardia de las restantes garantías procesales.

El Art.78 de nuestra Constitución en concordancia con el Numeral 1ero. del Art.3 de la Resolución N°.40/34/85, titulada “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, acordada en la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985 por la

Organización de las Naciones Unidas, ratificada por nuestro país, consagra los derechos de la víctima del delito; Declaración que guarda íntima concordancia con el VIII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, realizado en 1990, en La Habana, donde se examinó el tema sobre las "Medidas para proteger a las víctimas y testigos de actividades de tipo terrorista" y recomendó a los Estados miembros un conjunto de medidas para aplicar la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos", adoptada en Milán, en 1985.

Si bien el Ecuador garantiza a la víctima el efectivo goce de sus derechos establecidos en la Carta Magna y en los Instrumentos Internacionales ratificados por nuestro país; sin embargo existen limitaciones contempladas en el COIP sobre la protección de los derechos especiales de la víctima establecidos en la norma Constitucional, de manera particular la limitación al derecho a no ser revictimizado; a la reparación integral de sus derechos violentados que solo consta en el texto pero no en la práctica, a las indemnizaciones a que haya lugar, etc.; limitaciones que consisten en que las normas del COIP que reconocen y protegen los derechos del ofendido son imprecisas, sin haber el Legislador hecho constar en el COIP los mecanismos jurídicos necesarios como por ejemplo para evitar los procesos de revictimización, existiendo escasas normas que prohíben en sentido general la victimización de la víctima u ofendido (Art.11 Numeral 5to., Art.445 y el Art.643, Nral.2 del COIP).

Cabe destacar la importancia de la Constitución al garantizar el derecho a la no revictimización al momento de la obtención de pruebas, especialmente para el caso de los delitos sexuales, de lesa humanidad o de violencia intrafamiliar, en los cuales es muy frecuente la misma.

De acuerdo a la Jurisprudencia supranacional incorporada a la Constitución y según la propia Constitución, el Estado Ecuatoriano debe garantizar a las víctimas: **1.-** promoción y protección de los derechos constitucionales y humanos mediante medios idóneos de justicia y si dichos derechos son violados es su deber investigar dicha violación y encontrar la verdad histórica; **2.-** garantizar el

acceso efectivo a la justicia y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos; **3.-** informar a las víctimas o sus familiares sobre los hechos que originaron las violaciones a los derechos constitucionales o humanos; y, **4.-** reparación material e inmaterial de daños causados.

Nuestra Legislación Penal reconoce a la víctima, ofendido o agraviado el derecho de participar en las etapas procesales en las que como **sujeto procesal** y en base al derecho de igualdad puede acceder a la información, a la protección, a la asistencia, y en respeto a su dignidad a conocer la verdad, a la reparación integral, al resarcimiento oportuno del daño causado; pero en la realidad cotidiana a menudo se irrespetan sus derechos, incluso el juicio penal le causa nuevos e inevitables sufrimientos, lo vuelve a victimizar, de ahí que los derechos de las víctimas que el Art.78 y otros de la Constitución consagran quedarían como lo señala Luigi Ferrajoli, “...*en el papel, si no se incluyen las garantías necesarias para tal efecto...*” (2004)⁵⁶; las que deben reflejarse en las disposiciones legales de los códigos sustantivos y adjetivos vigentes, que en el caso de nuestra legislación penal no se cumple en un ciento por ciento.

Personalmente considero que la víctima tiene derecho a ser oída por la respectiva autoridad judicial, la cual debe ser independiente e imparcial, quien deberá dar trámite oportuno a la denuncia y si fuere del caso la posterior acusación particular formulada por ella, informándole en todo momento del avance de la misma, y permitiendo que actúe activamente en la investigación. La adopción del nuevo paradigma constitucional de los estados, bajo la premisa de que los derechos fundamentales no sólo deben ser reconocidos sino garantizados, ha incidido en el ámbito penal y procesal penal, ampliando la visión del delito hacia la víctima y no sólo como un problema entre Estado y victimario; el Estado reconoce a la víctima mayor presencia en el proceso penal, cuyos derechos al tener protección constitucional se encuentran garantizados. La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de 1985, sin duda marcó la pauta para la consagración de los principios constantes en ella, dándoles rango constitucional,

⁵⁶Ferrajoli Luigi, “Derechos y Garantías la Ley del más Débil”, Editorial Trotta, 4ta. Edición, España-Madrid, pág.37, 2004.

y nuestro país no es la excepción, dichos principios los encontramos en nuestra Carta Magna que contiene en materia de protección de derechos de las víctimas notables avances, contenidos en artículos como: el Art.78, Art.81, Art.36, Art.38, Art.10, Art.75, Art.76, entre otros.

PARA EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL LA VÍCTIMA TIENE LOS SIGUIENTES DERECHOS:

Artículo 11.- Derechos.- En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:

1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer; quien puede proponer acusación particular es la víctima y todos aquellos a quienes les faculta el Art.432 del COIP; quien propuso acusación particular e incluso la víctima que no lo hizo como sujeto procesal que es tiene derecho a intervenir en todas las audiencias, que se le informe sobre la marcha y resultado final del proceso por la calidad de sujeto procesal que ostenta e incluso podrá pedir que se realicen dentro de la instrucción fiscal las investigaciones y diligencias que creyere conveniente para comprobar la existencia del delito, tal cual le autoriza el Art.597 del Código Orgánico Integral Penal.

La víctima cuya acusación particular ha sido aceptada a trámite está facultada a intervenir activamente en el proceso penal constituyéndose en parte procesal teniendo derecho: *“...a actuar, intervenir, gestionar y alegar como parte que es. Como tal puede: intervenir en las diligencias, ser notificado, pedir al fiscal o Juez que se cumplan ciertas actuaciones o diligencias, impugnar decisiones, presentar quejas ante el Fiscal superior, intervenir en la Audiencia preparatoria del juicio, rendir testimonio con juramento ante el Tribunal penal, preguntar o contra interrogar al testigo, presentarse e intervenir en las diferentes audiencias a realizarse dentro del proceso penal, etc. ...”*(Vaca Andrade, 2014)⁵⁷

⁵⁷ Vaca Andrade Ricardo, “Derecho Procesal Penal Ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal”, Ediciones Legales EDLE S.A., pág.237, 2014.

2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso; la sentencia condenatoria incluirá la obligación del victimario o acusado de reparar integralmente los daños ocasionados por el delito, determinando el Tribunal o Juez la indemnización económica que debe pagar al ofendido o víctima y los demás mecanismos para una reparación integral, figura que es incorporada en el 2008, en nuestra Constitución en su Art.78, disposición constitucional que se encuentra contenida en algunas disposiciones del COIP en vigencia desde el 08 de agosto del 2014 tales como: Art.604 Numeral 4, Literal a); Art.606; Art.621; Art.628; Art.631, Numeral 7; Art.638; Art.649 Numeral 8; y, Art.730.

El jurista Madlener Kurt en su libro: “El Redescubrimiento de la Víctima por las Ciencias Penales”, manifiesta: “...*el principal derecho material del ofendido sigue siendo la indemnización civil. Diversos Códigos Penales latinoamericanos, han establecido capítulos destinados a regular las consecuencias civiles del hecho punible. Esta responsabilidad civil del acusado o tercero responsable comprende tres importantes aspectos: la restitución, la reparación integral del daño causado y la indemnización de los perjuicios...*” (1994)⁵⁸; afirmación que coincide con lo que nuestra Legislación Procesal Penal señala en el sentido que del delito nacen dos clases de responsabilidades la penal que da lugar a la civil, la primera como consecuencia de la comisión del delito y la segunda como fuente de obligaciones civiles que se originan a raíz de la condena al procesado-acusado, reparación pecuniaria o indemnización civil que se hace efectiva una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria conforme con las reglas del COIP; así el Art.432, Numeral 1 del COIP al referirse a la Acusación Particular señala que la víctima por sí misma o a través de su representante legal tiene derecho a reclamar su

⁵⁸Kurt Madlener, “El Redescubrimiento de la Víctima por las Ciencias Penales”, Alemania, pág.23, 1994.

derecho a la reparación integral, aun cuando no presente acusación particular; en concordancia con el Art. 413 Ibídem que al referirse al trámite de la Aplicación del Principio de Oportunidad, en su Inciso Final establece: “...*La extinción del ejercicio de la acción penal por los motivos previstos en este artículo, no perjudica, limita ni excluye el derecho de la víctima para perseguir por la vía civil el reconocimiento y la reparación integral de los perjuicios derivados del acto...*”; en forma concomitante, el Art.77 en relación con el Art.622, Numeral 6 del mismo Código determina como un requisito indispensable de la sentencia la reparación integral de los daños causados a la víctima, haya o no presentado acusación particular, disposición que guarda estrecha relación con el Art.78 y Art.628 del mismo COIP, debiendo la sentencia condenatoria disponer que el inculpado repare integralmente los daños causados por el delito, determinando con exactitud el monto económico a ser pagado a la víctima y los mecanismos que ella puede emplear para conseguir la reparación integral.

3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización; derecho de las víctimas que recoge la Constitución de la República en su Art.11, Numeral nueve, Inciso Segundo, al señalar: “*El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos*”; derecho que actualmente tiene una gran importancia por su propósito y practicidad porque al reconocer que los Estados deben responder por las acciones u omisiones de sus servidores lo que se busca es subsanar el daño que ha sufrido la víctima y otorgarle un resultado final dirigido a enmendar el daño ocasionado; debiendo crearse parámetros que permitan determinar todas aquellas infracciones que cometan funcionarios del Estado que violenten las normas internas vigentes como las internacionales de derechos humanos, estableciendo las consecuencias legales de dichas violaciones y los mecanismos mediante los cuales las víctimas hagan valer sus derechos y exijan al Estado cumpla con sus deberes, porque por su condición

de víctima del delito requiere que los organismos públicos le brinde una protección adicional a sus derechos.

4. A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos; él tantas veces aludido Art.78 de la Constitución de nuestro país en su primer inciso en lo principal establece que las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, de acuerdo a la normativa internacional vigente, protección especial es el acceso que el Estado debe garantizar a sus nacionales o extranjeros a la justicia, al trato justo, proteger su intimidad, garantizar no solo su seguridad sino también la de sus familiares (segundo de afinidad y consanguinidad, o quienes estén a su cargo o hayan sufrido daños al colaborar a la víctima), como también a los testigos y más sujetos procesales contra cualquier forma de amenaza y provocación, para lo cual el mismo Art.78 Ibídem dispuso en su Inciso Segundo: *“Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”*; reforzándose el **Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y más Participantes Procesales**, en vigencia desde el 26 de septiembre del 2002, con la promulgación del **“Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y más Participantes Procesales”**.

5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos; derecho de la víctima que se encuentra consagrado en el Inciso Primero del Art.78 de la CRE, debiendo en todo momento ser tratada con respeto a su humanidad y sus derechos fundamentales, estando obligado el Estado a través de los funcionarios encargados de administrar justicia adoptar las medidas indispensables para velar por la seguridad, bienestar físico y psicológico no solo de la víctima sino de toda su familia. No siendo necesario explicar respecto de la revictimización, que consiste en los distintos tipos de maltratos, sufrimientos, vulneraciones o abusos de los que son objeto las víctimas por las malas actuaciones de funcionarios públicos o autoridades judiciales, Policía, etc.; término que fue analizado en el Capítulo I, punto 1.3.3 del presente trabajo.

6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral; la presencia del defensor público o privado antes o durante el proceso penal constituye un derecho fundamental no solo de la víctima sino también del procesado de contar con un profesional que le brinde su defensa en el área jurídica, garantizando de esta manera el derecho que tiene a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, lo que se procura con este derecho que en ningún momento la víctima quede en indefensión, quedando plenamente facultada la víctima de escoger ser asistida durante todo el proceso penal por un profesional del derecho de su confianza o por un defensor público .

El COIP, en su **Art.439** al referirse a los Sujetos procesales, en su Numeral Cuarto, hace referencia a “La Defensa”, y en su **CAPÍTULO CUARTO** titulado “**LA DEFENSA**”, en su artículo 451, expresa: “**Defensoría Pública.-** *La Defensoría Pública garantizará el pleno e igual acceso a la justicia de las personas, que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de una defensa legal privada, para la protección de sus derechos..*”, en ningún artículo el COIP define o se refiere a la Defensa, confundiendo la Defensoría Pública con la Defensa, como que fueren sinónimos, y no lo son. Entendiéndose por defensa en un sentido amplio como todas aquellas gestiones que realiza un profesional del derecho para hacer valer los derechos de la víctima o del procesado, se basa en el derecho que tienen para ser escuchados por los organismos pertinentes directamente o por intermedio de su Abogado y presentar las pruebas de cargo o de descargo y si cumple su trabajo con seriedad jurídica y ética constituye un componente clave del proceso, en cambio Defensoría Pública de acuerdo a la Ley Orgánica de la Defensoría Pública Nacional (Art.4) es un órgano del sistema de justicia que tiene como propósito fundamental garantizar la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la defensa en las diversas áreas de su competencia. Asimismo, está dedicada a prestar a nivel nacional un servicio de defensa pública, en forma gratuita a las personas que lo requieran, sin distinción de clase socio económica.

7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada; derecho que se encuentra contemplado en el Art.76, Numeral 7mo., literal f) de la Constitución de la República, y que tiene relación con el numeral anterior, hace relación a que en el caso de que la víctima no habla el idioma del lugar donde se sustancia el juicio debe contar con un traductor pagado por el Estado, quien le deberá informar sobre el proceso en su lengua y con palabras sencillas de fácil comprensión. Tiene derecho además la víctima a recibir asistencia especializada, esto es asistencia médica, psicológica y social, la cual debe ser proporcionada por las respectivas entidades gubernamentales o por ONGs., quienes deben facilitar su acceso, debiendo prestar particular importancia a quienes tengan necesidades especiales.

8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley; el Art.78 de la CRE en lo principal en su último inciso expresa: “...Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales...” y el Art.198 Ibídem establece: “...La Fiscalía General del Estado dirigirá el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, para lo cual coordinará la obligatoria participación de las entidades públicas afines a los intereses y objetivos del sistema y articulará la participación de organizaciones de la sociedad civil...”; teniendo como propósito este sistema salvaguardar la protección y asistencia integral de los protegidos, con el propósito que intervenga activamente en el juicio penal y con ello conseguir que la infracción no quede en la impunidad.

Con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP), la Fiscalía General del Estado mediante Resolución de fecha 01 de abril del 2014, dictada por el señor Fiscal General del Estado Galo Chiriboga entró en vigencia el nuevo “Reglamento para el Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal” (SPAVT), que contiene 54 artículos, dos disposiciones generales, una derogatoria, cuatro transitorias y una final.

El reglamento establece las normas para la organización y regulación del Sistema de Protección, que fue creado para garantizar de manera efectiva la protección especial y asistencia integral de los protegidos; el reglamento pormenoriza todas las competencias que tiene la Fiscalía para proteger a las víctimas; así su artículo 2 señala que la Fiscalía es la encargada de liderar las acciones ejecutadas por las distintas instituciones que intervienen (entre estas la Policía Nacional), a fin de salvaguardar la integridad física y psicológica de los protegidos; su Art.7 se refiere a los derechos y su Art.8 a las obligaciones de las personas protegidas por el sistema; en el Art.26 se regula que la integridad física de la persona protegida y de su familia será realizada según el caso por la Policía, por las Fuerzas Armadas o por ciudadanos civiles; el artículo 28 establece los tipos de seguridad, como la protección permanente o semipermanente policial, el resguardo domiciliario y la custodia durante traslados, etc.; por su parte el Art.33 se refiere al Ingreso al Sistema mediante la respectiva solicitud; el Art.37 pone énfasis en los Informes Técnicos que se deben realizar para el ingreso al sistema; para que una persona ingrese al sistema, la Fiscalía realiza un análisis exhaustivo, hay tres escalas en las que se califica a los postulantes a ingresar al programa: el nivel más bajo va del 1% a 33% de posibilidad de sufrir un atentado; luego vienen las personas que están en el rango de entre el 34% y 66%; por último están las potenciales víctimas, con un 67% en adelante; también es importante tener en cuenta el contenido del Art.46 que hace referencia a la necesidad que exista una Resolución Motivada para que el protegido salga del sistema.

9. A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal; la doctrina distingue en este sentido derechos fundamentales de carácter procesal y los define como derechos subjetivos públicos que la víctima tiene frente a los órganos jurisdiccionales durante el proceso penal y que configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a jueces y tribunales y que están reservados para que la víctima o afectado por el ilícito pueda hacerlos valer en las distintas fases procesales.

En base a lo que dispone la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder”, adoptada por la

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 40/34, de fecha de adopción: 29 de noviembre de 1985, ratificada por nuestro país, son las autoridades judiciales quienes están en la obligación de canalizar ante las entidades públicas encargadas de prestar servicios de salud, psicológica o asistencia jurídica u otros a fin brinden a la víctima el acceso a que reciba asistencia integral, ya sea en el área psicológica, médica, social, etc., debiendo prestarse especial atención a las víctimas que tengan necesidades especiales como resultado de los detrimentos sufridos por el delito; lo comentado se basa en lo dispuesto en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, en sus numerales: “**14.** *Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos;* **15.** *Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos;* **16.** *Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida; y,* **17.** *Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3...”*”.

10. A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción; la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder”, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1985, en su Numeral 6, establece: “*Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información...*”, derecho que lo tiene el ofendido considerado ya sea como sujeto procesal o como parte procesal.

Los sujetos procesales son mencionados en el Código Orgánico Integral Penal, en su Art.440, siendo: la Persona Procesada; la Víctima; la Fiscalía; y, la

Defensa; sin embargo, el COIP en algunos de sus artículos (Art.431; Art.454, Numeral 2; Art.564; Art.565, Numeral 2, Art.614; y, Art.616) también se refiere a las partes procesales, pero no expresa quienes constituyen partes procesales, por ello realizaré un breve análisis de dichos términos.

Según Ermo Quisbert, “...los sujetos procesales son personas capaces legalmente para poder participar en una relación procesal de un proceso, ya sea como parte esencial o accesoria...”, y según este mismo autor Parte Procesal “...son personas (individuales o colectivas) capaces legalmente, que concurren a la substanciación de un proceso contencioso; una de las partes, llamada actor, pretende, en nombre propio la actuación de la norma legal y ,la otra parte, llamada demandado, esa quien se le exige el cumplimiento de una obligación, ejecute un acto o aclare una situación incierta...”(2010)⁵⁹, siendo las partes procesales quienes dan lugar al litigio y tienen interés directo en el mismo, sea como víctima o como acusado, pero deben existir las dos partes para que tenga lugar el proceso penal; las partes procesales no pueden ser confundidas con los sujetos, porque los primeros hacen referencia a los elementos claves y esenciales del proceso penal, que son la parte acusadora y acusada, mientras que los segundos son todos los demás participantes en el proceso penal, pero sin tener interés directo en el mismo, como sí lo tienen las partes en litigio.

Para nuestro sistema procesal penal que se fundamenta en el sistema acusatorio, las partes procesales al tener interés directo en el litigio si falta alguna de ellas, no se puede continuar el proceso penal, porque no existe el legítimo contradictor, que es la parte contraria, en cambio las demás personas que intervienen en el proceso son conocidas como sujetos procesales, su ausencia no interfiere en el desarrollo del proceso, de ahí que al Fiscal, a la víctima se les considera como parte procesal, porque tienen un interés dentro del proceso; siendo la diferencia sustancial entre sujetos y partes procesales, el interés que tiene en la causa materia del litigio, que solo le interesa a las partes, de ahí que en algunas legislaciones como la nuestra las partes procesales están incluidas entre los sujetos procesales, pero los sujetos procesales no están incluidos entre los primeros.

⁵⁹Quisbert Ermo, “Apuntes de Derecho Procesal Civil Boliviano”, Editorial Art. Apoyo Gráfico, Primera Edición, Sucre-Bolivia, pág.72, 2010.

El Art.564 del COIP establece: **“Dirección de las audiencias.- Todas las audiencias previstas en este Código se desarrollarán bajo la dirección de la o el juzgador, quien actuará de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Controlar la actividad de los sujetos y demás partes procesales...”**; según mi criterio el Código Orgánico Integral Penal confunde los términos sujetos y partes procesales, y de acuerdo al Numeral 1 del Art. 564 Ibídem los considera sinónimos.

11. A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce; se cumplirá con esta exigencia a la que tiene derecho el ofendido, mediante comunicado dejado en su domicilio judicial, correo electrónico u otra forma de comunicación, debiendo emplearse cualquier medio para comunicar a la víctima los resultados de la investigación que podría ser en la mayoría de los casos la sentencia, la que acuerdo al **Artículo 622 del COIP**, la sentencia escrita, en lo principal deberá contener entre otros requisitos la condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.

12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

Si la víctima es de nacionalidad distinta a la ecuatoriana, se permitirá su estadía temporal o permanente dentro del territorio nacional, por razones humanitarias y personales, de acuerdo con las condiciones del Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal; la “Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder”, en su Numeral 4, en lo principal señala que las víctimas deben ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad reconociéndole el derecho a utilizar los mecanismos de la justicia y a una reparación del daño sufrido de forma expedita,

justa, accesible, debiendo adecuarse los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas.

En cuanto a la aplicación de medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación en relación a su dignidad humana, al respecto el Art.11 de nuestra Constitución establece: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. “...El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad...”*, entendiéndose como **acción afirmativa**, la aplicación de políticas gubernamentales en este caso en favor de las víctimas para concederles un trato preferencial dentro del proceso penal, con el objetivo de compensarles por los prejuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado; y siempre respetando su dignidad humana, la cual no es sino el derecho que tienen las personas de ser respetadas y valoradas individual y socialmente, respetando sus condiciones propias.

El jurista colombiano Dr. Álvaro Márquez Cárdenas manifiesta: *“...los derechos de las víctimas están reconocidos para que el Estado garantice su acceso a la administración de justicia, lo que implica que las víctimas tengan derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder; a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; a recibir desde el primer contacto con las autoridades información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas...”* (2011)⁶⁰; derechos a los que sí puede acceder el ofendido en nuestro sistema procesal penal sea nacional o extranjero, siendo escuchado durante el juicio penal, e incluso puede intervenir en las diversas audiencias e incluso en la preparatoria de juicio haya o no presentado acusación particular.

⁶⁰ Márquez Cárdenas Álvaro, “La Victimología como Estudio, Redescubrimiento de la Víctima para el Proceso Penal. Prolegómenos. Derechos y Valores”, Volumen XIV, N°.27; Universidad Nueva Granada, Colombia-Bogotá, pág.138, 2011.

En definitiva el alcance de los preceptos constitucionales y del COIP en el que consta los derechos de las víctimas están en directa relación con el interés real de la víctima que no es solamente la imposición de una pena, sino una reparación del daño causado por el delito, entendida ésta en sentido amplio como una meta u objetivo del derecho penal de tal forma que no perjudique sino que coopere con los fines de la pena y que no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto; la reparación así entendida debe tratar de revertir la situación al estado anterior a la comisión del delito de tal manera que satisfaga a la víctima, no se puede confundir con un pago monetario únicamente, sino con otras alternativas, por ejemplo, la devolución de la cosa hurtada, disculpa pública, retribución con trabajo, en definitiva es inclinarse hacia un modelo de justicia reparatoria no punitiva exclusivamente, que podría conducir incluso a una relación positiva entre víctima y victimario, la primera sentirá satisfechos sus intereses el segundo tendrá mayor opción de reintegración social.

A más de los derechos que constan en el artículo 11 del COIP que acabamos de comentar, también merece ser tomado en cuenta lo que nuestra Constitución establece en su **artículo 81**: *“La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley”*, norma legal que dispone un tratamiento especial para el juzgamiento y sanción de delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio, etc, derecho al cual accederán las víctimas de los mencionados delitos.

2.2.- Clasificación de la Víctima.-

El Código Orgánico Integral Penal en su Art.441 establece las personas a quienes se les puede considerar víctimas ante la comisión de un ilícito, estando facultadas a intervenir desde la Etapa de Investigación Preprocesal, estando facultadas a denunciar o no la comisión del ilícito, tal cual lo establece el **Artículo**

421 Ibídem: “**Denuncia.-** La persona que llegue a conocer que se ha cometido un delito de ejercicio público de la acción, podrá presentar su denuncia ante la Fiscalía, al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal o ciencias forenses o ante el organismo competente en materia de tránsito...”.

El Art. 441, expresa: Víctima.- Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas:

- 1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción;** se refiere este numeral a todas aquellas personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se han visto afectados en sus derechos e intereses, constituyéndose en víctimas, protegiendo la Ley no solo a quien ostenta la titularidad del bien jurídico, sino también protege a todos aquellos que de manera indirecta pero principal han sufrido un quebranto en sus intereses por el actuar del sujeto activo del delito. Mi opinión personal es que en nuestra Legislación Penal como lo manifesté al inicio de este Capítulo no se hace una distinción entre ofendido ahora llamado víctima y el agraviado considerándoles lo mismo, aunque jurídicamente no lo sean, opinión que se fundamenta en lo ya analizado; según nuestra Legislación Procesal Penal será considerado como víctima quien ha sido sufrido algún daño por el ilícito sin importar si lo ha sido en forma directa o indirecta.
- 2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal;** se refiere este numeral a las víctimas u ofendidas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva, contra la vida, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, conocida como violencia intrafamiliar. Entendiéndose por **Agresión física**, uso de la fuerza para dañar al otro con todo tipo de acciones como empujones, jalones, golpes, bofetadas, patadas, etc. Esta forma de agresión ocurre con menor frecuencia que la violencia psicológica pero es mucho más visible y notoria, el agresor, de manera

intencional y recurrente busca controlar, sujetar, inmovilizar y causar daño en la integridad física de la persona; **Agresión emocional o psicológica**, es una forma de maltrato que se manifiesta con gritos, insultos, amenazas, prohibiciones, intimidación, indiferencia, abandono afectivo, celos patológicos, humillaciones, descalificaciones, chantajes, manipulación y coacción. Esta forma de violencia es más difícil de detectar que la violencia física pero puede llegar a ser muy perjudicial porque además de que es progresiva, en ocasiones logra causar daños irreversibles en la personalidad del agredido. También otras formas de agresiones o violencia son: **Violencia sexual**, se refiere por lo general a la violación, pero también se relaciona con todo tipo de acciones, chantajes, manipulaciones o amenazas para lograr actos o prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor; **Abuso sexual**: se refiere a toda acción de tipo sexual distinta a la penetración, con contacto corporal, que realiza una persona para su propia satisfacción, en otra persona; **Violencia económica o patrimonial**, como una forma de amedrentar, someter o de imponer la voluntad en el otro se usan los recursos económicos o bienes personales; **Corrupción de menores**: se refiere a actos de contenido sexual con el fin de excitar o excitarse, en menores de 14 años, como por ejemplo emplear a una/un menor en producción de material pornográfico, hacer ver o presenciar actos sexuales; **Acoso sexual**: es cuando una persona realiza requerimientos indebidos de tipo sexual no consentidos, con amenazas por lo general sobre la situación laboral de la víctima.

- 3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior;** son consideradas también víctimas la cónyuge, esto es el marido o mujer que sostentan dicha calidad por existir un vínculo matrimonial civil, legalmente celebrado entre ellos o parejas que mantengan unión de hecho estable y manogámica por más de dos años ininterrumpidos legalmente reconocida, al respecto la Constitución de la República establece: *“Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones*

y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio...”, norma constitucional que tiene relación directa con lo que establece el Código Civil en vigencia: **“Art. 222.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal. La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes”**. La disposición legal del COIP en análisis además expresa que serán consideradas víctimas las parejas del mismo sexo, se debe a que en nuestro país se reconoce la libertad sexual y las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, esto en base a lo que establece la Constitución de la República en su Art.68, en concordancia con el Art.66, Art.67, Inciso Primero y Art.11, Numeral 2. También se consideran víctimas a los familiares dentro del segundo grado de consanguinidad, línea recta, los padres y los hijos de la víctima; y primero de afinidad, los suegros, en el evento que falte el afectado directo o indirecto por el delito; debiendo a mi criterio haberse establecido en el COIP un orden de preferencia respecto del derecho de reclamo que le asiste al cónyuge de la víctima o a sus parientes, quien debería ser considerada en primer orden de preferencia y los parientes dependiendo de su grado de consanguinidad y afinidad en ordenes de preferencia menores, a fin evitar por ejemplo que los parientes por afinidad (primer grado) se presenten en el juicio como Acusadores Particulares, posterior durante la tramitación del juicio, podrían llegar a un acuerdo económico y desistir de la acusación particular, perjudicando al cónyuge o a los parientes directos que tienen igual o mejor derecho del que primero se presentó como acusador particular. Las personas nombradas en este numeral serán consideradas víctimas y por ende pueden presentar acusación particular en el evento que el afectado directo o indirecto por el delito haya fallecido.

4. **Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar;** el Código Orgánico Integral Penal no restringe la presentación de denuncias entre cónyuges o parientes, pudiendo presentarse casos de denuncias de cónyuges o parientes entre si cuando las dos tengan la calidad de víctimas, al respecto el **Artículo 424 Ibídem establece: “Exoneración del deber de denunciar.-** Nadie podrá ser obligado a denunciar a su cónyuge, pareja en unión estable o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”; por ejemplo si los cónyuges entre si mantienen una discusión y producto de la cual se causan agresiones físicas mutuas, bien podrían los dos presentar denuncias por separado, debiendo dar trámite el fiscal donde recaiga la misma.

5. **La o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectada por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores;** en el presente la empresa o sociedad es la ofendida - afectada en forma directa por la conducta delictiva de sus administradores, los socios o accionistas serían los agraviados u ofendidos en forma indirecta, siendo estos los únicos que pueden implantar las acciones como ofendidos indirectos quedando descartado su conyugue o parientes aunque falten los afectados indirectos, porque estos últimos no tendrían nada que ver en los negocios de la empresa o compañía.

En términos generales es necesario conocer el significado del término persona jurídica y las sanciones que puede recibir en caso de comprarse el delito por el cual ha sido procesada; de acuerdo al Art.564 del Código Civil: “*Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente...*”, y en cuanto a las sanciones el COIP establece: “**Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.-** *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados,*

mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito...”; por su parte el Artículo 71 Ibídem al referirse a las penas que se pueden aplicar a las personas jurídicas, entre las principales tenemos: Multas; Confiscación penal; Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos; Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador; Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción; etc. Dependiendo de la infracción las sanciones para las personas jurídicas van desde multas, hasta la extinción, y, disolución tal cual lo constan entre otros en los Artículos 94, 109, 201, 213, etc.

- 6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción;** la empresa o sociedad de cualquier clase como persona jurídica pública o privada es la afectada directa o indirecta en sus intereses por el ilícito cometido por un extraño a la entidad jurídica, y es la persona jurídica pública o privada la única facultada por la Ley para ejercer las respectivas acciones legales y lo hará por intermedio de su Representante Legal, así lo establece el COIP en su **Art.432: “Acusación particular.- Podrá presentar acusación particular:**

...2. La víctima, como persona jurídica podrá acusar por medio de su representante legal, quien podrá actuar por sí mismo o mediante procuradora o procurador judicial...”; siempre y cuando la infracción afecte directa o indirectamente los intereses de la persona jurídica; si a la postre es calificada la denuncia o acusación particular como temeraria o maliciosa quien deberá en este caso responder civil y penalmente es quien propuso la Denuncia, la Acusación Particular (representante legal), el fundamento legal de lo

mencionado está contemplado en el Art.431, Art.433, Numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal.

7. Cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos; en el caso de este numeral quienes van a tener un interés directo serán aquellos que habiten en un determinado territorio y que la infracción les cause perjuicios en bienes jurídicamente tutelados sobre los que tienen un interés directo (contaminación de recursos hídricos, aire, suelo, etc.), que por su naturaleza son catalogados como colectivos, generales, comunales, como por ejemplo: delitos contra el Medio Ambiente, en este caso cualquiera de las personas que habitan en la circunscripción territorial son considerados víctimas y pueden presentar la respectiva denuncia.

8. Las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

La condición de víctima es independiente a que se identifique, aprehenda, enjuicie, sancione o condone al responsable de la infracción o a que exista un vínculo familiar con este; tal como está redactado este Numeral a simple vista da a entender que quien debe ejercer las respectivas acciones como víctima son los representantes del núcleo familiar, de las comunidades o pueblos, no siendo cierta tal afirmación sino pueden ejercer sus derechos todas o cada una de las personas quienes integran las comunidades, pueblos, nacionalidades que se ven perjudicadas por el ilícito. A mi entender el fundamento legal de este numeral lo encontramos en la Constitución de la República en su **Art. 11:** *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento...”*, en concordancia con el Art.1 de la misma Carta Fundamental; por ejemplo las comunidades ancestrales (Aucas, Waorani, Taromenane, Tagaeri) que habitan en las profundidades de la selva en la provincia de Pastaza, serán considerados víctimas y con derecho a ejercer las acciones legales que la

Constitución y el COIP les faculta en el evento que las explotaciones petrolíferas, causen contaminaciones al agua, provoquen epidemias, debido a los desechos tóxicos que produce la extracción.

2.3 Función del Fiscal en el Juicio Penal de Acción Pública.-

El “Advocatus Fisci” y los “Procurator Cesaris”, de la Roma Clásica no se les podría considerar antecesores directos de los Fiscales actuales, pero con fines informativos sabemos que fueron abogados que velaban por los intereses del Fisco, siendo su función principal la recaudación y solo excepcionalmente participaban en los juicios, en varias normas del Título IX del Código de Justiniano se hace referencia a ellos, constituyéndose más bien en antecesores de los actuales Abogados del Estado; tampoco han sido considerados como antecesores del Fiscal “...*figuras romanas como los defensores civitates, los quaestores y los irenarcas, o los curiosi y los stationari, autoridades dependientes del Pretor con funciones de investigación. Parece seguro que ninguna de estas figuras tenía atribuida la facultad de ejercer la acción penal, y poco probable de que en el caso en que sí actuaran como acusadores públicos se encomendaran a los intereses generales, posición únicamente ostentada en el antiguo mundo romano por los agraviados y familiares...*”(Martínez Dalmau, 1999)⁶¹, porque en la Antigua Roma la acusación era solo privada, pero no pública. Con posterioridad encontramos en el sistema Germánico a los “Sayones Visigodos” llamados por los Francos “Grafiones”, que se encargaban de defender los interés del Tesoro Público, exigiendo el pago de multas, como también la ejecución de las sentencias; sin embargo, ellos tampoco constituyen antecedentes de lo que más tarde se conocería como Ministerio Fiscal y hoy en día como Fiscalía.

Doctrinariamente el origen de la Fiscalía serían los “Abogados y Procuradores del Rey” que antes del Siglo XIV no eran sino representantes de los intereses privados del Monarca, quienes existieron en Italia, en España, estos “Abogados o Procuradores del Rey” no eran sino Fiscales que defendían los interés del

⁶¹ Martínez Dalmau Rubén, “Aspectos Constitucionales del Ministerio Fiscal”; Valencia-España; Editorial Tirant lo Blanch, pág.34, 1999.

Fisco o Tesoros del Rey; los “Abogados y los Procuradores del Rey” también existieron en Francia y se los conocía como: “Procurateur du Roi” y “Avocat du Roi”, encargados de defender el patrimonio privado del Rey, cuya existencia está comprobada, por cuanto se les hace mención en la Ordenanza de Felipe el Bello, dictada el 23 de marzo de 1302.

En el siglo XVI, una vez afirmada la autoridad del monarca los Procuradores y los Abogados del Rey, en Italia, España y Francia cambian de nombre y se les conoce como: “Procurateur Général” y “Avocat Général”, quienes fueron evolucionando y se convirtieron en verdaderos magistrados, investidos del Oficio de la judicatura.

A raíz de la Revolución Francesa se reformaron varias instituciones del antiguo régimen en procura de la defensa de la legalidad y de los intereses generales, creándose el “Ministere Public” – Ministerio Fiscal siendo un órgano del Poder ejecutivo, confiriéndole funciones de inspección y gestión ante la Administración de Justicia (nuevo Poder Judicial); teniendo como fundamento para su consolidación el concepto que: *“...el Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente, ...el Estado realiza su pretensión penal por sí mismo, es decir, sin consideración a la voluntad del ofendido, interviene de oficio en todos los hechos punibles (de acción pública) (...). Esto no significa que el ofendido no pueda presentarse como denunciante, acusador o testigo, pero ni siquiera esto es necesario...”*(García Falconí, 2014)⁶².

Es así que la Ley Francesa del 16-24 de agosto de 1790, en su Título VIII, Art.1, crea un modelo de Fiscal, conocido como “Comisario del Rey”, posterior a la Revolución Francesa de 1792, se abolieron los Comisarios del Rey o del Gobierno y se le concedió un poder total al llamado “Acusador Público”, modelo de Fiscal que es el que ha llegado hasta nuestros días, y se le ha dotado de amplias facultades legales para convertirles en defensores del interés general, del interés público.

En el Continente descubierto por Colon, el sistema colonial de la península impuso su estructura jurídica con la *“...vigencia del denominado Ministerio Fiscal.*

⁶² García Falconí Ramiro, tomado de Claus Roxin, “Derecho Procesal Penal”, pág.83, “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, Tomo I, Primera Edición, Lima – Perú, Ara Editores E.I.R.L., pág.106, 2014.

Los fiscales aparecen en diversas instancias ante los órganos de justicia, formando parte del sistema judicial, más no como órgano extra-poder toda vez que representaban los intereses del monarca en juicio...”(Véscovi, 1999)⁶³.

El Consejo de Indias fue creado en 1519 como un órgano autárquico y centralizado de justicia, funcionaba como Tribunal de Apelaciones de las sentencias dictadas por las Audiencias y por la Casa de Contratación, era un Tribunal de primera instancia en cuestiones suscitadas en la península relacionadas con las colonias y llevaba a cabo juicios de residencia que se efectuaban al término del mandato de los funcionarios que se habían desempeñado en ultramar. En el Consejo de Indias había un solo Fiscal en materia civil encargado de la protección de los pobres y de los (indios) nativos americanos en sus causas. En las audiencias reales, en América, existían un fiscal y dos agentes fiscales, en tanto que *los promotores fiscales* cumplían funciones de asesoría de los jueces legos.

En nuestro país el antecedente de la Fiscalía la encontramos en 1830, cuando el General Juan José Flores, primer Presidente de la República instituyó la Alta Corte en la que tenía participación un Fiscal conocido en aquel entonces como Agente del Ministerio Público, y promulgo la Ley Orgánica del Poder Judicial. En 1928, “...*el Presidente Dr. Isidro Ayora creó la Procuraduría General de la Nación, encargada de la representación y defensa del Estado y de los particulares, hito que se considera el punto de partida de la Fiscalía actual; y, (...)* por vez primera, en 1945 a nivel constitucional se determina que el Ministerio Público lo ejercen: el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales de Justicia y demás funcionarios designados por ley...”(Caro Baroja, 1994)⁶⁴.

En la Constitución de 1967 se cambia la denominación de Procurador General de la Nación por Procurador General del Estado. En la Constitución Política de 1995 por primera vez incluye una sección sobre el Ministerio Público que es

⁶³Véscovi Enrique, “Teoría General del Proceso”, Editorial Temis, S.A, Segunda Edición, Bogotá-Colombia, pág.149, 1999.

⁶⁴Caro Baroja Julio, “ El señor Inquisidor”, Editorial Alianza, Madrid-España, pág.7-90, 1994.

ejercido por el Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales Distritales, los Agentes Fiscales y demás funcionarios determinados por ley.

Los principios constitucionales de autonomía organizativa y funcional son desarrollados en la Ley Orgánica del Ministerio Público del 19 de marzo de 1997, expedida mediante Decreto publicado en el R. O. No.57 del 10 de noviembre de 1997, en el cual: *“...el Congreso Nacional crea un nuevo Ministerio Fiscal adscrito a la Corte Suprema de Justicia, su representación la ejercía el Ministro Fiscal con voz y voto en Corte con funciones de control y vigilancia de la administración de justicia...”*(Villagomez Cabezas, 2008)⁶⁵. Actualmente la Fiscalía es un órgano autónomo de la función judicial (Constitución-Art.178; y Art.281 del Código Orgánico de la Función Judicial), estando sometida al control disciplinario del Consejo de la Judicatura (Art.178 de la Constitución y Art.254 del Código Orgánico de la Función Judicial), siendo la actual Constitución de la República que introdujo notables cambios respecto de la Fiscalía, redefinió su estructura y funciones, como respuesta del Estado ecuatoriano a la ola de cambios que el sistema acusatorio conlleva en su aplicación en América Latina.

Definiciones.- Para Manuel Osorio: *“El Fiscal es el funcionario que representa los intereses de la sociedad y del Estado ante los tribunales de justicia; principalmente en las causas criminales para mantener frente al Abogado defensor, la acusación pública contra aquellas personas a las que considera incursase en un acto delictivo o contravención punibles”*(2007)⁶⁶.

Para el jurista Colombiano José Murillo: *“El Fiscal es quien dirige la labor de la Policía, se encarga de todos los aspectos de orden legal: vigila que todas las actuaciones de la Policía se enmarquen en el ordenamiento jurídico, solicita al Juez autorización judicial cuando ésta es necesaria para determinadas actuaciones, y recibe auxilio criminalístico de la Policía Judicial”* (2002)⁶⁷.

⁶⁵ Villagómez Cabezas Richard, “Tesis: El Rol del Fiscal en el Procedimiento Penal Abreviado”, Maestría en Derecho Procesal Penal – Universidad Simón Bolívar, Quito – Ecuador, pág.54, 2008.

⁶⁶Osorio Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Heliasta-Sexta Edición, Buenos Aires–Argentina, pág.323, 2007.

⁶⁷Murillo José, “Derecho Penal”, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, Primera Edición, pág. 93, 2002.

La doctrina penal coincide en afirmar que la función básica y característica de la Fiscalía o el Fiscal es la de “*demandar la actuación de la ley penal*”, para lo cual interviene dentro de los procedimientos penales con carácter de parte formal, encontrándose legitimado para el ejercicio de determinados actos, siendo el fundamental el de sostener y fundamentar la acusación, sin la cual no puede haber juicio, ni decisión condenatoria. Dentro de la lógica inherente a la dinámica procesal, no puede abrirse una causa penal sin el requerimiento de la Fiscalía y, mucho menos, arribarse a una resolución conclusiva que declare aplicable una sanción punitiva, sin su acusación, la cual como prerrogativa de la Fiscalía en la sustanciación del juicio penal está vigente en nuestro país desde el 16 de enero del 1996, por el tercer paquete de reformas constitucionales; fecha desde la cual a la Fiscalía se le ha dado por ley un papel protagónico; “...*la capacidad activa en orden a la tarea de reunir elementos que sirvan a delimitar la hipótesis delictiva sobre cuya base se efectuará la demanda de justicia en que se pida la decisión conclusiva, a través del contradictorio del juicio oral, actuado y público, que defina el caso...*” (ICADE Instituto Capacitación y Desarrollo, 2011)⁶⁸.

Es la Fiscalía o el Fiscal quien se encarga dentro de un juicio penal de promover la acción de la justicia en defensa del Derecho, protegiendo las garantías fundamentales de los ciudadanos y el interés público, está obligado a iniciar un proceso de acción penal pública haya o no denuncia, así lo establece el **Art. 410 del Código Orgánico Integral Penal, en su Inciso Segundo**: “...*El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa...*”; en cambio el ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela; la denuncia si cabe el término puede ser incluso formulada por el mismo Fiscal, en caso que la víctima no lo haga por temor a represalias del agresor, o por un tercero; al Fiscal le interesa que el responsable del delito sea procesado, para bienestar y seguridad del conglomerado social, debiendo aclarar que no necesariamente es con una denuncia que el Fiscal puede iniciar un proceso, basta con una noticia criminis para que el Fiscal inicie la investigación; el **Artículo 411 Ibídem** establece: “**Titularidad de la acción penal pública.-** *La Fiscalía, ejercerá la acción penal*

⁶⁸ ICADE – Instituto Capacitación y Desarrollo, Revista de Actualidad Jurídica “La Tribuna del Abogado”, Lima-Perú, pág. 35, Publicación: Año II-Nº.2-febrero-2011.

pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando: 1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad. 2. Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas...”.

Al Fiscal le corresponde ejercitar la acción penal pública, investigar los hechos y de hallar mérito acusar a los presuntos infractores, su labor y finalidad “...es la de buscar la verdad, (...). La labor de la fiscalía tiene que dejar de ser dependiente y tributaria de la instancia policial y debe cumplir con el mandato constitucional para que no se afecte la legalidad del debido proceso penal. Como dice el Prof. CLAUS ROXIN el mejor fiscal no es el que acusa siempre, sino el que busca siempre la verdad...”(Zambrano Pasquel, 2013 - Tomo III)⁶⁹; sabemos que la verdad solo se la consigue con la prueba debidamente practicada al momento del juicio, buscando el Fiscal en nuestro sistema acusatorio pruebas de cargo si existiesen, caso contrario presentará las pruebas de descargo y las buscará durante la investigación preprocesal o procesal.

El Art.27 de la Código Orgánico de la Función Judicial establece: “**PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL.-** Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución”. El proceso tiene una prioridad que es la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia, en el que prima la tutela jurídica de los atributos esenciales del ser humano. El juez de acuerdo a las pruebas aportadas durante el proceso puede tener por ciertos los hechos que han sido demostrados en el proceso de manera plena y completa, y sólo en base de ellos debe dictar su decisión, así lo señalan los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil ;para el juez sólo es verdadero lo que aparezca en el proceso, aunque lo correcto es que el juez llegue a descubrir la

⁶⁹ Zambrano Pasquel Alfonso; “Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Segundo. Código de Procedimiento Penal”, Tomo III, Quito Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, pág.147, 2013.

verdad material histórica de los hechos que es algo ideal que se lo consigue, porque no siempre la verdad procesal corresponde a la verdad material.

“En atención a este principio de la verdad procesal, los jueces deben resolver atendiendo a lo que consta en el proceso; de tal modo que las fuentes del derecho que están señaladas en los Arts. 424, 425 de la Constitución de la República y 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, deben servir para interpretar, integrar y definir el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia; pero conforme dispone la última parte del Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, el juez no debe exigir prueba de los hechos públicos y notorios cuando se los va a declarar en el proceso y en el caso de que sirvan para fundamentar su resolución...”(García Falconí J. , 2009)⁷⁰. La disposición contenida en la última parte del Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, tiene como base la conclusión lógica, que los hechos de notoriedad pública son normalmente ciertos.

El COIP según su Art.439 se refiere al Fiscal como **“sujeto”** del proceso penal, no interviene en el juicio penal a nombre propio, además es parte procesal porque exhibe autorizado por mandato legal en nombre de la sociedad una pretensión punitiva frente al imputado, por haber este alterado el orden jurídico, y es el Fiscal quien tiene la obligación jurídica de probar que el delito existió, así como de establecer el nexo causal entre el acto antijurídico y el presunto autor, y finalmente probar la culpabilidad del acusado.

El artículo 195 de la Constitución sobre las atribuciones del Fiscal establece: *“La Fiscalía dirigirá de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, durante el proceso ejercerá la acción penal 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. De hallar fundamento acusará a los presuntos infractores ante el Juez competente, e*

⁷⁰García Falconí, José, “ Los Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales que se deben Observar en la Administración de Justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial”, Ediciones Rodin, Quito-Ecuador, pág.225, 2009.

impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...”; del contenido de la norma Constitucional se deduce que es la o el Fiscal quien debe dirigir la investigación pre procesal y la Instrucción Fiscal, estando el Juez de Garantías Penales obligado por mandato legal a controlar el debido proceso, siendo competente para disponer allanamientos, decomisos, etc., y resolver la etapa intermedia, el Art.5, Numeral 15 del COIP establece que la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias; es al Fiscal a quien le corresponde Acusar o no, es quien debe sostener la existencia de un delito de acción penal pública y la responsabilidad de los procesados, debiendo probar los hechos, debilitar la inocencia de la que goza jurídicamente el acusado.

El Código Integral Penal concede al Fiscal importantes facultades, para que en los casos que amerite no ejerza “...*la acción penal y recurra, en cambio, a adversas manifestaciones del principio de oportunidad, a salidas alternativas del sistema (acuerdos reparatorios, terminación anticipada) y la aplicación de mecanismos de simplificación Procesal...*”(ICADE Instituto Capacitación y Desarrollo, 2011)⁷¹, la **Constitución de la República en su Art. 195 establece las Funciones de la Fiscalía**, y señala que el Fiscal dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal 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; al respecto el Código Integral Penal en su Art.412 y siguientes se refiere al Principio de Oportunidad y en su Art.3 se refiere al Principio de Mínima Intervención Penal. **El principio de oportunidad** es la facultad de la que se encuentran investido el Fiscal para no iniciar, suspender o poner término anticipado a la acción penal. En los países de tradición europeo continental esta facultad recibe el nombre genérico de oportunidad o principio de oportunidad, en tanto que en la tradición angloamericana recibe la denominación de discretion o discreción. “...*En Latinoamérica al igual que en los sistemas europeos opera la oportunidad restringida por el que la ley impone los requisitos dentro de los*

⁷¹ ICADE – Instituto Capacitación y Desarrollo, Revista de Actualidad Jurídica, “La Tribuna del Abogado”, Lima-Perú, pág. 36, Publicación: Año II-Nº.2-Febrero-2011.

cuáles los Fiscales han de seleccionar los casos, impulsarlos, suspenderlos o incluso terminarlos en forma anticipada...” (Garzón, Alejandro; Londoño, Cesar,, 2006)⁷². En Ecuador, rige el Principio de oportunidad restringido en donde las potestades de discrecionalidad del Fiscal están reguladas en el Código Integral Penal ya como desestimación de la denuncia, la conversión de la acción e inclusive el procedimiento penal abreviado, etc. Los casos en las que se debe aplicar el principio de oportunidad se refieren ante hechos de poca trascendencia, cuando se pueda reparar los daños ocasionados al ofendido o cuando se trata de estimular una pronta reparación del daño causado.

En cuanto al **Principio de Mínima Intervención Penal**, este principio consagra el concepto garantista del Derecho Penal de “ultima ratio”; se aplica de manera excepcional el derecho penal en conductas transgresoras, creando mecanismos alternativos que logren de manera efectiva y menos traumática la restauración del bien jurídico transgredido. Ante un hecho pueden existir sanciones que no necesariamente sean de carácter penal, sino por ejemplo, económicas, administrativas, restituyendo así el bien jurídico violentado. El ejercicio de este principio parte de la necesidad de subsumir hechos o conductas del campo penal, para hacerlo se analiza previamente si la restitución de ese derecho lesionado no puede generarse en otro ámbito que no sea a través de la sanción penal, igualmente se reserva su aplicación de forma exclusiva al fiscal. “...*El principio de mínima intervención penal no debe significar impunidad sino la contracción al máximo del sistema, y su utilización como recurso extremo y a falta de otras respuestas...*”(Zambrano Pasquel, 2013 - Tomo III)⁷³.

La afirmación que es a la Fiscal o al Fiscal por mandato legal a quien le corresponde el ejercicio de la acción en los delitos de acción penal pública e intervendrá como parte durante todas sus etapas, al decir de autores ecuatorianos como Jorge Zabala Baquerizo encierra una falsa aseveración porque el Fiscal no ejerce la acción penal, según este autor es ejercida por el

⁷²Garzón Alejandro, Londoño César, “Principio de Oportunidad”, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá-Colombia, pág.60, 2006.

⁷³ Zambrano Pasquel Alfonso, “Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Segundo-Código de Procedimiento Penal”, Quito-Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones; Tomo III; pág.14, 2013.

ofendido en sentido general – amplio, quien ejercita la acción penal tanto en los delitos de acción penal pública y de instancia particular; siendo su opinión respetable pero no compartida por el suscrito y contradictoria con lo que establece el Art.410 al igual que el Art.411 en concordancia con el **Ar.443** del COIP que afirman que el ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal, y según estas disposiciones legales es al Fiscal a quien le compete legalmente iniciar el proceso penal y sustanciar la Instrucción Fiscal; incluso estando la denuncia en investigación preprocesal de estimar pertinente puede disponer la desestimación o archivo de la misma (Art.585 y Art.586 COIP); lo que si coincido con el autor que afirma que es peligrosísimo las demasiadas atribuciones que se le han dado, constituyéndose en sujeto activo durante todo el proceso, debiendo actuar con objetividad e imparcialidad y al decir de algunos autores como Jorge Zabala Baquerizo quien: “...*es parte no puede ser imparcial. Si es parte porque ha adoptado una posición clara frente a un problema determinado,... La parte no puede ser imparcial, la posición que adopta frente a un problema concreto, es una decisión que enfrenta a otra posición contraria en la cual también existe una “parte”...*” (Zabala Baquerizo, 2004)⁷⁴.

El Art.442 del COIP expresa: “**Fiscalía.-** *La Fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa*”; si de las investigaciones que se realizan en la investigación preprocesal, la o el Fiscal llega a la conclusión que no existe mérito para iniciar el proceso penal, no va haber juicio penal, porque el sistema acusatorio se rige por el siguiente principio: “**sin acusación Fiscal no hay juicio**”, principio que consta en el mismo COIP en su Artículo 609: “**Necesidad de la acusación.-** *El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal*”; lo que nos lleva a pensar que el COIP establece que al existir un llamamiento a juicio el mismo no es susceptible de apelación, desconociendo el derecho al recurso de apelación contemplado en la Constitución de la República en su Art.76, Numeral 7, Literal m), “...*que reconoce como una de las garantías del derecho a la defensa y del debido*

⁷⁴Zabala Baquerizo Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Guayaquil – Ecuador, Editorial Edino, pág.327, 2004.

proceso, “...recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sus derechos”, e inequívocamente con un llamamiento a juicio se decide sobre el derecho a la libertad, e incluso sobre sus bienes, aunque se mantiene la facultad del juez de garantías de sobreseer provisional o definitivamente...” (Zambrano Pasquel, 2013 - Tomo III)⁷⁵.

Como ya lo mencionamos anteriormente el Art.195 de la Constitución de la República en concordancia con el Art.442 y Art.443 del Código Orgánico Integral Penal establecen las Funciones o Atribuciones de la Fiscalía, siendo la principal la de garantizar que se haga justicia, contribuir al control del delito, a través de la sanción y la pena, como mecanismo que puede lograr que la sociedad tome conciencia que no se debe violentar el orden jurídico imperante, como también tiene la obligación de proteger a las víctimas y a aquellos sujetos procesales, como los testigos; debiendo cumplir con su fin último cual es: “...velar por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal...” (Zambrano Pasquel, 2005)⁷⁶.

Las atribuciones de la o el Fiscal son las prerrogativas y función que cumple durante las investigaciones, tanto en la investigación preprocesal cuanto en la Instrucción Fiscal, sus atribuciones son respecto a su tarea de investigar y las facultades que tiene le han sido dadas por mandato legal para que cumpla con tal propósito; sabido es que el trabajo del Fiscal no concluye al finalizar la instrucción fiscal, por el contrario en el momento que las investigaciones a criterio del Fiscal han dado resultados sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, debe sustentar su acusación, probar los hechos que constituyen su teoría del caso, probar en la audiencia de juicio ante el Tribunal Penal.

Las Atribuciones de la o el Fiscal constan en el Código Orgánico Integral Penal, al respecto el Art.444 *Ibidem* establece: **Atribuciones de la o el fiscal.-** Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes:

⁷⁵ Zambrano Pasquel Alfonso; “Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Segundo-Código de Procedimiento Penal”, Quito-Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo III, pág.150, 2013.

⁷⁶Zambrano Pasquel Alfonso;“Proceso Penal y Garantías Constitucionales”; Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Primera Edición, Guayaquil-Ecuador, pág. 26, 2005.

- 1. Recibir denuncias escritas o verbales en los delitos en los que procede el ejercicio público de la acción.**
- 2. Reconocer los lugares, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos con la intervención del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o personal competente en materia de tránsito, conforme con lo dispuesto en este Código.**
- 3. Formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción.**
- 4. Disponer al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o al personal competente en materia de tránsito, la práctica de diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho, salvo la recepción de la versión del sospechoso.** Significa que el fiscal está facultado para delegar la realización de diligencias investigativas, pero lo que no puede hacer es delegar que se reciba la Versión del sospechoso, teniendo él, la obligación de recibirla, quien más que el fiscal para tomar al sospecho su Versión, debiendo darle a conocer el derecho que tiene si desea de guardar silencio, el de no ser interrogado sino es con la presencia de su Abogado Defensor o de un Defensor Público en caso de que no tenga para pagar los servicios profesionales de uno, o el controlar que se realicen preguntas inconstitucionales, capciosas, sugestivas.
- 5. Supervisar las disposiciones impartidas al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o a la autoridad competente en materia de tránsito.** Atribución que le permite a la o al fiscal a supervisar que las disposiciones impartidas por él se cumplan.
- 6. Recibir las versiones de la víctima y de las personas que presenciaron los hechos o de aquellas a quienes les conste algún dato sobre el hecho o sus autores.** Esta atribución debe ser ejercida personalmente por el Fiscal, y no por el secretario o amanuense.
- 7. Solicitar a la o al juzgador, en los casos y con las solemnidades y formalidades previstas en este Código, la recepción de los testimonios anticipados aplicando los principios de inmediación y contradicción, así como de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.**

8. Impedir, por un tiempo no mayor de ocho horas, que las personas cuya información sea necesaria, se ausenten del lugar, en la forma establecida en este Código.

9. Disponer que la persona aprehendida en delito flagrante sea puesta a órdenes del órgano judicial correspondiente, a fin de que resuelva su situación jurídica dentro de las veinticuatro horas desde que ocurrió la aprehensión.

10. Disponer al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o autoridad competente en materia de tránsito, la identificación del sospechoso o de la persona procesada cuando la víctima o los declarantes no conozcan su nombre y apellido pero aseguren que la identificarían si vuelven a verla, de acuerdo con las disposiciones previstas en este Código.

11. Solicitar a la o al juzgador que dicte las medidas cautelares y de protección que considere oportunas para la defensa de las víctimas y el restablecimiento del derecho. Igualmente podrá pedir la revocatoria o cesación de dichas medidas cuando estime que la investigación practicada ha permitido desvanecer los indicios que las motivaron.

12. Ordenar el peritaje integral de todos los indicios que hayan sido levantados en la escena del hecho, garantizando la preservación y correcto manejo de las evidencias.

13. Aplicar el principio de oportunidad.

14. Disponer la práctica de las demás diligencias investigativas que considere necesarias. Los fiscales pueden realizar o disponer se realicen cuanta diligencia investigativa, acción o averiguación que ellos piensen debe ser realizada para establecer la existencia material del delito y la participación de los sospechosos o procesados.

Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador. Significa que en el evento que se vaya por ejemplo a detener a una persona con fines de investigación, o a allanar la vivienda de una persona, a interceptar llamadas telefónicas, grabar conversaciones, abrir y examinar correspondencia del procesado en todas sus formas, incautar celulares, equipos de cómputo, etc., se requiere autorización del juez a cargo del caso, la información que se obtenga en contra de lo prescrito

en la Constitución y la Ley es nula y no producirá efectos probatorios de ninguna clase.

La o el denunciante o cualquier persona que, a criterio de la o el fiscal, deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad, tendrá que comparecer ante la Fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo. En caso de incumplimiento la o el fiscal podrá solicitar la comparecencia con el uso de la fuerza pública. Respecto del contenido de este último inciso se debe precisar todos quienes conocen de un delito tienen que colaborar con las autoridades judiciales para el total esclarecimiento del mismo, ayudar con luces al Fiscal para que descubra la verdad histórica de los hechos, la existencia material del delito y sus responsables; en caso que el ciudadano no cumpla con su colaboración de manera voluntaria el Fiscal tiene la atribución para obligar que comparezca utilizando la fuerza pública, pero no puede obligarle a declarar, pudiendo el testigo acogerse al derecho al silencio.

El Art. 618 del COIP establece que en la etapa del juicio, en la audiencia se debe alegar la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda condenarlo o absolverlo; y esa obligación la tiene el Fiscal, él es quien debe probar la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, por eso precisamente acusó. El rol del Fiscal según lo establece el artículo 609 Ibídem es fundamental en la etapa del juicio, la cual se sustanciará a base de la acusación fiscal, si no hay acusación fiscal no hay juicio; allí radica uno de los aspectos de la naturaleza del sistema acusatorio y la importancia y responsabilidad del rol del Fiscal; sin acusación Fiscal el proceso penal tiene que concluir, en tanto que con la acusación del Fiscal el juicio se desarrolla en base a dicha acusación.

El Art.282, Numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, nos da a entender que en la investigación preprocesal y en la Instrucción Fiscal se acopian elementos de cargo y descargo, con este Numeral el legislador ha pretendido dejar normado el principio de contradicción, señalando que la Fiscalía debe garantizar el derecho a la defensa, permitiendo que las partes puedan intervenir en las diferentes diligencias, de allí que el debate surge de la iniciativa de las partes procesales, ellas tienen el derecho de controvertir todo lo que presenta la

otra parte, son quienes deben llevar calidad de información al juzgador, y él es quien se encarga de resolver el asunto sometido a su conocimiento; principio que guarda íntima relación con el principio dispositivo que se halla consagrado en la Constitución de la República, que consiste en la posibilidad que tienen las partes procesales para tomar la iniciativa procesal; son ellas las que promueven la prosecución del juicio penal, las que proponen las diferentes temáticas a tratarse dentro del proceso, son las que van durante todo el proceso penal promoviendo los actos procesales que consideren necesarios para probar sus pretensiones, el Juez debe resolver en base a los argumentos y elementos de convicción aportados por las partes, el Juez carece de iniciativa procesal. Principios constitucionales aludidos que guardan plena armonía con el Principio de Oralidad que establece la Constitución de la República al señalar que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de contradicción, dispositivo y concentración, siendo la oralidad un principio constitucional que consiste en una metodología basada en un régimen de audiencias, que implica que se realicen el mayor número de actos procesales en el menor número de diligencias; principios que igualmente se correlacionan con lo que consagra el artículo 169 *Ibidem*, que preceptúa que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, y que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, harán efectivas las garantías del debido proceso; de los cuales merece especial referencial la inmediación como principio constitucional que consiste en la cercanía inmediatez para la recepción de los diferentes actuaciones solicitadas por los protagonistas del proceso, los juzgadores tienen la posibilidad de apreciar directamente las actuaciones procesales y las probatorias lo que, sin duda alguna, permite estar mejor inteligenciados y, les facilitará que adopten resoluciones motivadas.

De acuerdo con Baytelman, *"...una sociedad considera que el juicio oral es legítimo cuando puede presenciar todas sus partes y formularse su propio juicio de valor (publicidad), percibir que el juzgador actúa con objetividad y decide con ecuanimidad (imparcialidad) con base en una apreciación personal de la prueba (inmediación) y observa que el imputado es tratado acorde con su condición de*

inocente y en igualdad de condiciones frente al representante del Estado (presunción de inocencia), en una audiencia en donde ambas partes presentan su prueba ante el tribunal (principio dispositivo), de una sola vez (concentración y continuidad), y tienen la posibilidad de contradecir la presentada por su contraparte, así como de presentar las alegaciones que refuercen sus argumentos jurídicos (contradictoriedad)...”(2000)⁷⁷.

2.4. Acción adhesiva o no de la víctima.-

En los delitos de acción penal pública cuya persecución se encuentra a cargo del Fiscal, la víctima goza de algunos derechos en apoyo a las funciones del Fiscal, quien se desenvuelve como principal acusador, en cambio la víctima u ofendido se presenta como acusador adicional o llamado en nuestro sistema procesal como acusador particular, es lo que se da en llamar la acción adhesiva de la víctima, quien en los delitos de acción pública puede adherirse a la acción penal instaurada por el Fiscal, de acuerdo a Christian Nicolás Velásquez, “...*El querellante adhesivo es el que se constituye dentro del proceso como tal, y por ende, viene a engrosar la fila de los sujetos de la relación procesal, participando activamente con el Ministerio Público. El querellante adhesivo, podrá intervenir en las fases del procedimiento hasta la sentencia, quedando excluido del procedimiento para la ejecución penal...*” (Paniagua Chivichón, 2006)⁷⁸.

En la doctrina Procesal Penal el querellante adhesivo es lo que en nuestro sistema es el acusador particular y se encuentra facultado para solicitar al Fiscal se practiquen diligencias judiciales, coadyuvando con la investigación fiscal, para establecer la realidad histórica de los hechos, el Art. 432 del COIP señala en lo principal que puede proponer acusación particular la víctima, por sí misma o a través de su representante legal; y el Art.441 *Ibíd*em regula de manera restringida las personas que pueden ser consideradas como “víctimas, agraviadas u ofendidas de un delito”, porque solo ellas de acuerdo al Art.432,

⁷⁷Baytelman Andrés A., “La Fundamentación de la Sentencia Penal en el Juicio Oral en el *Nuevo Proceso Penal*”, Cuadernos de trabajo No. 2, Santiago de Chile, Editorial de la Universidad Diego Portales, pág.195, 2000.

⁷⁸Paniagua Chivichón Claudia Alejandra, tomado de Velásquez Christian Nicolás, “Constitución de los Hermanos de la Víctima de un Delito como querellantes adhesivos en el proceso penal Guatemalteco para Garantizar la Persecución Penal”, Universidad de San Carlos de Guatemala, pág.54, 2006.

pueden intervenir como acusador particular, esto es adherirse a la acción penal iniciada por el Fiscal, pasándose a constituirse en parte procesal lo cual es violatorio del principio de igualdad que consagra nuestra Constitución Política de la República en su Art.11, Numeral 2do., en concordancia con su Art.66, Numeral 4to., y sobre todo, no está acorde con el Derecho Comparado, en donde se está produciendo una revalorización del papel de la víctima en el proceso penal, desarrollándose ampliamente una teoría de la victimología que trata de viabilizar la actuación de la víctima y sus familiares durante la sustanciación del proceso como parte procesal haya o no presentado acusación particular, y como consecuencia, asegurar sus derechos o bienes jurídicos tutelados por la ley, a través del castigo al delincuente culpable y el resarcimiento del daño causado.

En síntesis la acción adhesiva de la víctima es para todos aquellos que directa o indirectamente han sido ofendidos por el victimario en delitos de acción pública, teniendo la oportunidad de adherirse a la acusación que plantee el Fiscal, además le faculta a pedir al Fiscal la realización de prueba o las diligencias que creyere conveniente, petición que debe realizarla por escrito, con espíritu de ayuda en la clarificación de los hechos. En la doctrina procesal penal, se considera al querellante adhesivo como el acusador particular con facultades de señalar, proponer prueba y activar continuamente en la incriminación que ha hecho saber a los órganos oficiales designados para su conocimiento, siendo su participación en los delitos de acción penal pública y privada facultativo, en cualquier momento del juicio podrá desistir o abandonar el mismo, así lo autoriza el Art.11 Numeral 1, en concordancia con el Art.433, Numeral 5 *Ibíd.*

El Art.433 del COIP, en su Numeral 3 dispone: *“La o el juzgador examinará si la acusación particular reúne los requisitos previstos y la aceptará a trámite, ordenando la citación. Si la encuentra incompleta, la o el juzgador, después de precisar la omisión con claridad, dispondrá que el acusador la complete, en el plazo de tres días. Si el acusador particular no la completa se entenderá como no propuesta”*; igual sucede en el caso que no la propusiere desde el momento en que la Jueza o Juez de Garantías Penales le notifique con la resolución de la fiscal o el fiscal de iniciar la Instrucción, hasta antes de la conclusión de la instrucción fiscal; su no presentación de acuerdo al Art.442, Numeral 1 *Ibíd.*,

no le impide intervenir en todas las audiencias y de reclamar su derecho a la reparación integral; respetando actualmente nuestra Legislación Penal el derecho de igualdad contenido en el Art.11, Numeral 2do., y siguientes de la Constitución de la República, lo cual no sucedía con el CPP que estuvo vigente hasta antes de agosto del 2014, en el que si la víctima no presentó acusación particular dentro del plazo dispuesto no podía intervenir en la audiencia previa de juicio, ni en ninguna otra audiencia.

CAPÍTULO III

La Víctima puede Impulsar por si sola el Proceso de Acción Penal Pública.-

La Constitución de la República, según las nuevas tendencias neo-constitucionalistas y garantistas del proceso penal, sigue la marcada tendencia de conferir nuevos derechos a la víctima del delito, que durante muchos años tuvo un papel casi desapercibido en el proceso, teniendo en cuenta que el Puniendi del Estado ponía énfasis solo en el delincuente; en nuestro sistema procesal penal el ofendido o víctima todavía no tiene un papel plenamente protagónico, porque quien ejerce la acción penal es el Fiscal, nuestro sistema penal es acusatorio toda vez que si no existe acusación no hay juicio penal (artículo 410, inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el Art.609 Ibídem, el Art.195 de la Constitución y el Art.282 del Código Orgánico de la Función Judicial); por más que exista acusación particular, si no hay la acusación fiscal, si no existe la acusación oficial, no puede tramitarse el proceso penal, en nuestra Legislación Penal la Víctima no puede Impulsar por si sola el Proceso de Acción Penal Pública.

La actividad acusatoria fue en sus inicios un derecho exclusivo de la víctima tal cual quedo analizado en el Capítulo I, hoy en los delitos de acción pública es una función pública que el Estado ejerce por medio de un órgano especializado la Fiscalía, lo discutible es el nivel de participación de la víctima u ofendido en esta clase de delitos, que en el caso ecuatoriano es significativa; es el Estado que proporciona los medios necesarios para que la o el Fiscal no solo investigue, sino ejerza la acción penal; otorgándole al ofendido la facultad o el poder de actuar en el proceso penal, tanto en la investigación preprocesal, en la instrucción fiscal, como en la etapa de juicio propiamente dicho, pero esta actuación no es total como ya lo dijimos está supeditado a la facultad que tiene el Fiscal de ejercer la acción penal, entendida esta según el maestro Walter Guerrero Vivanco en su obra Derecho Procesal Penal, Tomo II, como una *“...institución de orden público, establecida por el Estado, a través de la cual, los representantes de la Fiscalía y las personas particulares llevan a conocimiento*

del órgano de la función jurisdiccional competente el cometimiento de una infracción, a fin de que se inicie el proceso en contra del infractor...”(2004)⁷⁹.

El Proceso Penal al ser considerado como el medio para tutelar los derechos e intereses de carácter penal de las víctimas de un delito, constituye un conjunto de actos coordinados que se ejecutan ante los funcionarios competentes del órgano judicial, para obtener mediante la aplicación de la ley, la declaración, la defensa y la realización obligatoria de sus derechos; esta serie de actos coordinados, diversos y sucesivos, son emanados tanto de los funcionarios públicos encargados de su tramitación y resolución, como de los particulares que colaboran para descubrir la verdad histórica de los hechos, actos que están íntimamente relacionados entre sí, a pesar de aquella variedad y multiplicidad el proceso forma un tono uniforme, dotado de sólida estructura.

“...Se puede afirmar que en los últimos años ha existido una tendencia mundial, que también ha sido recogida no sólo por nuestra jurisprudencia y doctrina nacional, sino también por el derecho internacional, por la Constitución y el derecho comparado, en el sentido de que es necesario e imprescindible buscar un tratamiento más amplio, más humano y más digno para las víctimas al interior de los procesos penales...” (Córdova Angulo, 2003)⁸⁰. El Código Orgánico Integral Penal reconoce a la víctima como un sujeto procesal y como tal debe rendir su Versión, hacer conocer al Fiscal y a la Policía Judicial sobre datos, evidencias, huellas, señales, solicita la realización de diligencias investigativas etc., que puedan conducir a obtener indicios sobre la existencia material de la infracción y sobre la responsabilidad del procesado; una vez que la Fiscalía o el Fiscal ha formulado los cargos correspondientes y se ha hecho conocer a las partes el inicio de la Instrucción Fiscal, si la víctima ha justificado plenamente su condición de tal, en los delitos de acción penal pública puede presentar Acusación Particular, reconociéndole el COIP como sujeto contingente que le coopera al Fiscal para que consiga los elementos necesarios que le permitan encaminar un dictamen acusatorio en contra del procesado en la audiencia

⁷⁹ Guerrero Vivanco Walter, “Derecho Procesal Penal; Tomo II, Pudeleco Editores, Quito-Ecuador, pág.112, 2004.

⁸⁰ Córdova Angulo Miguel, Protección de la Víctima en el Nuevo Sistema Procesal Colombiano, Revista Digital Universidad Externado de Colombia, pág.76, 2003.

preparatoria del juicio; de ahí que uno de los derechos que reconoce el Art. 11, Numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, es el de proponer acusación particular.

Jorge Zavala Baquerizo, dice que: *“...los sujetos procesales son todos los que tienen actuación dentro del proceso como parte o colaboradores accesorios, donde se involucran los testigos, jueces, fiscales y demás intervinientes en el proceso penal...”* (Zavala, 2008)⁸¹, a la víctima como sujeto procesal se le debe reconocer como parte más activa en el proceso penal, lo cual le va a permitir litigar por una sentencia y reparación integral justa, lo que a decir de Alejandro Maragaño no sucede en el actual sistema procesal penal, que se *“...concentra en las sanciones contra los imputados, pero soslaya la búsqueda natural de reparación que hay en toda persona que ha sido objeto de un delito...”*(2010)⁸².

En el procedimiento previsto para conocer y juzgar los delitos de acción penal pública, la víctima según el Código Orgánico Integral Penal no puede ejercitar la acción penal, porque el ejercicio de la misma es exclusiva del Fiscal, en cuyo caso los intereses de la víctima quedan en manos del Fiscal, quien pretenderá una satisfacción para la sociedad como para la víctima conforme a la Legislación Penal vigente, ello no le ofrece a la víctima una garantía fidedigna, porque el fiscal podría abstenerse de acusar, lo que afectaría los intereses de la víctima.

Hoy en día en nuestro país según mi criterio con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se le ha dado más participación a la víctima, permitiéndole *“...que la víctima no solo sea un protagonista dentro del proceso penal, sino que su voluntad determine eventualmente que el proceso penal pueda finalizar con una solución consensuada al establecer medidas alternativas al proceso penal...”*(Cubero Pérez, 2005)⁸³.

⁸¹Zavala Baquerizo Jorge, “Tratado de Derecho Penal”, Editorial Edino; Primera Edición; Guayaquil–Ecuador, pág. 312, 2008.

⁸² Maragaño Alejandro, “Proceso penal desatiende a víctimas y no responde eficazmente a su necesidad de reparación”, pág.1, 2010.

⁸³ Cubero Pérez Fernando, “La Tutela Efectiva de los Derechos de la Víctima en el Proceso Penal Costarricense”, Costa Rica, pág.9, 2005.

En las legislaciones penales de los países de América del Sur (Argentina, Bolivia, Ecuador, Colombia), el Fiscal por mandato legal está obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal, al igual que la policía y los demás organismos auxiliares, quienes deberán otorgarle una “...*especial protección que impida o palie los efectos negativos que sobre ella va a producir, no sólo el delito, sino el propio proceso...*”(Paz Mejía, 2011)⁸⁴.

3.1. Ejercicio de la acción penal en el sistema acusatorio: posiciones doctrinarias.-

Las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales actuales sobre el ejercicio de la acción penal, en el sistema acusatorio nos ofrecen dos posiciones:

- **Un Sistema Acusatorio Formal.-** En donde participa activamente el Fiscal y la Víctima tiene un papel secundario; sistema que en mi opinión no merece mayor análisis, porque ya lo he examinado en los dos capítulos anteriores.

- **Un Sistema Acusatorio Material.-** En este sistema la víctima constituida en querellante conocida así en sistemas penales como Argentina, España, Colombia, etc., en nuestro sistema penal sería el acusador particular, posee plena capacidad y autonomía para impulsar el proceso penal, pudiendo hacerlo solo hasta su conclusión o con el acompañamiento del Fiscal; la Víctima asume una participación destacada en su papel de querellante, concediéndosele amplias facultades en lugar de tener un papel adhesivo al Fiscal y maniatado a la voluntad de este.

En este sistema el órgano estatal facultado por ley para decidir sobre delitos de acción penal pública no puede hacerlo a menos que exista un pedido concreto de un acusador, que exija su pronunciamiento e incluso será quien defina el objeto de discusión, independientemente que la acusación provenga del Fiscal o del querellante-acusador particular.

⁸⁴ Paz Mejía Rocío del Carmen, Revista de Actualidad Jurídica: La Tribuna del Abogado, Artículo: “Medidas de Protección para Víctimas y Testigos”, Año II – N°.2-2011-Febrero, publicado por ICADE Instituto de Capacitación y Desarrollo, pág.161, 2011.

La Doctrina existente sobre el sistema acusatorio en general considera que el fin de la pena y la potestad de perseguirla e imponerla corresponde al Fiscal, sin que el querellante pueda en soledad acusar al procesado, porque se vería afectado el carácter público de la pena; posición a mi criterio que no es acertada por dos razones:

- 1.- El conflicto no es propiedad originaria ni exclusiva del Estado.
- 2.- La aplicación de la pena es potestad del Juez o Tribunal de Garantías Penales y no de la o del Fiscal.

1.- En cuanto a la primera razón, en algunos países como: Alemania, Argentina e incluso Colombia la acción penal no es potestad exclusiva del Fiscal, sino también del querellante, el monopolio estatal ha entrado a una aguda crisis gracias a las normas internacionales de Derechos Humanos como a la Política Criminal de cada país. El Derecho Penal y en especial el Derecho Procesal Penal, se encuentran impulsando un profundo replanteamiento del lugar y actuación que debe tener la víctima en los juicios por delitos de acción penal pública, siendo indispensable en nuestro medio una Reforma Procesal Penal que incluya modos renovados e informales de participación más activa y directa de la víctima, pensados desde la perspectiva de la misma como tal y no desde la venganza, modos como por ejemplo en los que la víctima pueda impulsar el proceso penal ya como acusador particular autónomo o acusador conjunto, para lo cual se deben realizar las respectivas reformas.

Francesco Carrara manifiesta: *“...No se objete que la acción penal es siempre pública y que no puede ser adelantada sin el órgano del acusador público, pues quedaríamos así en la acostumbrada posición ficticia y artificiosa de las palabras en oposición con las ideas. El principio de que la acción penal es siempre pública es de creación moderna, es una consecuencia del monopolio que ha querido dársele al Ministerio Público; este monopolio creó esa regla, y hoy quiere defenderse con ella dicho monopolio; círculo vicioso, que es consecuencia usual de las definiciones erradas, siempre funestas a las verdades sustanciales; por esto hay que remontarnos hasta los principios...”*(Universidad de Pisa, 2012)⁸⁵.

⁸⁵ Universidad de Pisa, “Programa del Curso de Derecho Criminal desarrollo en la Universidad de Pisa: Parte General – Francesco Carrara”, Volumen 2; Edición en Español, pág.328, 2012.

2.- En cuanto a la segunda razón en un Estado de Derecho la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, quien se encarga de la investigación es el Fiscal (Art.195 de la Constitución), en cambio quien se encarga imponerla pena o sanción es el juez o tribunal penal; desde el artículo 220 hasta el artículo 223 del Código Orgánico de la Función Judicial se establecen que son los tribunales penales los que deben conocer y dictar sentencia y por ende absolver o imponer una pena en los procesos penales de acción penal pública, sin importar la pena del delito por el que el procesado es juzgado, a excepción de los casos de fuero. “...*Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces hoy de garantías penales, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal...*”(Zambrano Pasquel, 2013 - Tomo III)⁸⁶.

Existe una estrecha relación entre el Sistema Acusatorio Material y el Principio de Daño como base de la reacción penal, la Teoría Liberal lo resumía en la Frase: “No hay delito sin víctimas”, según Fletcher la Teoría del Daño tiene su importancia porque coloca a la Víctima u Ofendido como figura central de la teoría del delito y de la pena, enfocando desde un inicio el sufrimiento que ella padece. “...*Entre los pilares del sistema acusatorio material se destaca la importancia del principio de lesión/ofensa, de este criterio se justifican la existencia de un ofendido y su derecho consecuente a reclamar activamente al Estado la imposición de una pena como reparación del daño que sufrió...*” (Castex , 2013)⁸⁷, porque las leyes se crean para proteger a los ciudadanos de ahí que los jueces tienen la obligación de escucharlos sin restricción ni interferencia alguna cuando conocen que los derechos de la víctima tutelados por Ley han sido afectados.

⁸⁶ Zambrano, Pasquel Alfonso, “Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penalreferido al Libro Segundo - Código de Procedimiento Penal”, Tomo III, Quito-Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, pág.215, 2013.

⁸⁷ Castex Francisco, “Sistema Acusatorio Material”, Editores del Puerto s.r.l., Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina, pág.94, 2013.

Mi opinión personal es que el sistema acusatorio material hoy en día está ganando terreno en algunas legislaciones de Latinoamérica como: Colombiana, Argentina, Chilena, etc., la figura de la víctima como querellante conjunto o autónomo cobra sentido y su incorporación en los cuerpos legales abre nuevas perspectivas que confrontan con la arraigada tradición inquisitorial, otorgando protagonismo a la víctima, facultándole a acusar y a abrir la etapa de juicio en forma autónoma en el caso que el Fiscal al terminar la instrucción fiscal se haya abstenido de acusar al sujeto activo del delito.

3.2 Análisis comparativo entre el rol o función que cumple la Víctima en la Legislación Procesal Penal Ecuatoriana y en la Legislación Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe – Argentina.-

El fundamento de este análisis comparativo del porque se escogió la provincia de Santa Fe –Argentina radica que hasta el año 2007 tenía un sistema procesal inquisitivo en el que la oralidad estaba en segundo plano, lo cual cambio a partir del año 2007, que se da inició a una fase de transición a un sistema acusatorio material que terminó en el año 2014, siendo reciente la implementación en esta provincia, razón más que suficiente para realizar el análisis comparativo.

En términos generales se evidencia que ambas legislaciones (Argentina-Ecuador) tienen similitudes en el contenido de normas procesales que regulan las etapas del juicio, la reparación integral de la víctima, los medios alternativos de solución, etc.; es a partir de este análisis comparativo con la Legislación Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe – Argentina lo que permitirá tener bases doctrinarias y legales que me permitan concluir si sea comprobado o no la hipótesis planteada del presente trabajo investigativo.

Respecto de la función que la víctima cumple en nuestra Legislación Penal debemos indicar: la Constitución Ecuatoriana, la Legislación Penal vigente, como la Legislación Internacional ratificada por nuestro país, establecen que la comisión de los delitos de acción penal pública además que lesionan derechos de la víctima afectan intereses colectivos, siendo esta la razón que justifica que

el Estado a la o al Fiscal por mandato legal le haya autorizado impulsar el proceso penal.

En países como Argentina, Chile, Nicaragua, Costa Rica, Colombia, e incluso en nuestro país, de acuerdo a las normas legales vigentes juristas y operadores de justicia están conscientes que no se puede condenar al procesado cuando el Fiscal se ha abstenido de acusarle, sin acusación fiscal no hay juicio, se mantiene el punto de vista que cuando el Fiscal al momento de sustentar su dictamen una vez que ha culminado la Instrucción Fiscal se abstiene de acusar al victimario, se debe negar la solicitud del ofendido o víctima de que se llame a juicio al procesado, criterios que le elevan al Fiscal como único encargado de impulsar la acción pública, es quien cancela la aspiración de justicia de la víctima.

El concepto de exclusividad del Fiscal en el ejercicio de la acción penal, si bien no puede hoy ser obstaculizada o condicionada por las víctimas u ofendidos más allá de lo que el COIP les permite, dicha prerrogativa o facultad en nuestro país de acuerdo a lo que prescribe el Código Orgánico Integral Penal no podría ser compartida entre Fiscal y víctima, ni desarrollada en forma autónoma por la víctima.

“...No cabe duda que un importante objetivo del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal en la Región fue conferir una mayor participación a la víctima en el proceso penal...”(Horvitz Lennon, 2003)⁸⁸. A pesar que el sistema de enjuiciamiento tiene un espíritu creador y transformador, en muchas ocasiones ese espíritu se golpea de frente contra la inexorable realidad, la cual logra en tantas ocasiones que la norma quede en letra muerta, apreciación que nos lleva a reflexionar acerca de si efectivamente es tan largo el camino recorrido hacia el efectivo reconocimiento del derecho de las víctimas a impulsar por si solas el proceso penal, o si por el contrario nos encontramos al inicio del sendero, debiendo recalcar que soy partidario de la conocida tesis filosófica que lo importante no es tanto conocer la realidad sino el comprometerse en transformarla.

⁸⁸ Horvitz Lennon María Esther, “Estatus de la Víctima en el Proceso Penal Comentario a los Fallos de la Corte Suprema”, Chile, pag.138, 2003.

Los organismos regionales de protección de derechos humanos como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos puestos a su conocimiento, como el Caso Tibi, Restrepo, Consuelo Benavides, etc., han producido un conjunto de opiniones y decisiones que proporcionan una amplia jurisprudencia para analizar el rol actual del Fiscal dentro de la administración de justicia penal, rol que a decir de los analistas jurídicos entre ellos Cafferata Nores no responde al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito como la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo de un estado, tutela estatal que debe imperar en forma general en nuestras legislaciones y que no se limita únicamente a garantizar los derechos del ofendido y procesado en el juicio oral sino que va más allá y permite reivindicar incluso la dignidad de la víctima cuyos derechos han sido vulnerados; protección a mi criterio que en nuestro caso está regulada en forma amplia por el artículo 11, Numeral 9 de la Constitución: *“El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”*.

Respecto a la función de la víctima en nuestro sistema penal se deberá tomar en cuenta todo lo analizado al inicio del presente capítulo como el estudio realizado sobre la víctima en el Capítulo I y de manera especial en el Capítulo II en el punto 3.4 “Acción Adhesiva o no de la Víctima”.

En cuanto a la función que cumple la víctima dentro del juicio de acción penal pública en la provincia de Santa Fe – Argentina, realizaré un análisis pormenorizado: en Argentina, cada provincia conserva la facultad no delegada al Congreso Nacional de la República de regular el proceso penal dictando sus propios códigos procesales, en esta nación existen 25 cuerpos legislativos que

reglamentan el proceso penal con estructuras y principios totalmente diferentes en las provincias que conforman el Estado Democrático Federal Argentino.

En los últimos años, distintas provincias argentinas emprendieron procesos de cambio a fin adaptar sus procedimientos penales a modelos acusatorios, tal como lo exige la Constitución Nacional de Argentina desde 1853, uno de los principales ejes de la reforma, fue el de establecer al juicio oral y público como punto central del proceso. Sin embargo, las prácticas enquistadas en los operadores de justicia han demostrado que lejos de alcanzarse el objetivo anhelado, el juicio oral y público aún no ha logrado el lugar que le corresponde.

El Máximo Tribunal en los fallos “Casal” y con posterioridad “Sandoval” refirió expresamente que: “...*La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular...*”, previendo “(...) *como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público*” (Almeida , Vanina; Bakrokar, Denise ;, 2012)⁸⁹.

“...*La provincia de Santa Fe, luego de décadas de intentos frustrados por abandonar el dudoso privilegio de ser la última provincia argentina en abandonar el procedimiento penal enteramente escrito y puramente inquisitivo, recibió el impulso final de la Corte Suprema federal para iniciar hace ya un lustro su proceso de reforma hacia el acusatorio, consagrando un nuevo código procesal penal por ley 12734...*”(Nicora, 2013)⁹⁰, que fue aprobada, promulgada y publicada en el mes de Agosto de 2007, ha entrado en vigencia, mediante Decreto N°.125 del año 2009, ha comenzado a regir en forma parcial desde el 15 de febrero del 2009, y tiene su origen en el “Plan Estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina”, implementado a partir del año 2006, el cual reconocía el derecho fundamental de la ciudadanía de contar con una

⁸⁹ Almeida Vanina, y, Bakrokar Denise, Artículo Revista Electrónica: “Una Alternativa Posible para Contrarrestar las Prácticas Inquisitivas: El Juicio por Jurados”, Revista Derecho Penal, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires-Argentina, Año I - N° 3, pág.5, Diciembre 2012.

⁹⁰Nicora Guillermo, Revista AA.VV - La reforma procesal penal en la provincia de Santa Fe, Artículo: “Santa Fe: El Germen de un Nuevo Paradigma de Ministerios Públicos”,Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, pág.1, 2013.

administración de justicia apropiada, tomando a las Reformas Judiciales como Política de Estado, tendiente a buscar instrumentos que colaboren a encontrar las vías que hagan eficiente la actividad judicial de impartir justicia para lograr un mejor acceso de la comunidad hacia ella, y la modernización de la normativa de los procesos judiciales, con la finalidad de garantizar el desarrollo de los procedimientos a través de un sistema de Audiencias Públicas, en las que se conceda una mayor participación a las Víctimas de Delitos, actuación que podrá ser constatada por la propia comunidad, expresada en los Juicios por Jurado, que como juicio oral y público constituye una garantía procesal para el imputado de ser juzgado en materia penal por ciudadanos letrados o no, quienes decidirán si es culpable o no del hecho imputado.

Para que entre en vigencia el nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe o llamado Ley 12734, se expidió la Ley 12912, conocida como de “Implementación del nuevo sistema procesal penal de la provincia de Santa Fe”, que fue sancionada en Septiembre del 2008, dividió el proceso de implementación del nuevo sistema procesal penal en tres etapas: **En la primera**, se pusieron en vigencia aquellas disposiciones del nuevo código que no requerían mayores rediseños organizacionales; **En la segunda**, se produce esencialmente la puesta en marcha del Ministerio Público y el Servicio de Defensa; y, en **La tercera**, se produce la entrada total en vigencia del nuevo Código Procesal Penal.

En cuanto a los derechos y actuación de la Víctima en el proceso penal de acción pública el nuevo Código Procedimiento Penal de la Provincia de Santa Fe - Ley 12.734, establece: “**Art. 9.- Derechos de la Víctima.-** *Para quien invocara verosímilmente su calidad de víctima o damnificado o acreditara interés legítimo en la Investigación Penal Preparatoria, se le reconocerá el derecho a ser informado de la participación que pueda asumir en el procedimiento, del estado del mismo, de la situación del imputado, y de formular las instancias de acuerdo a las disposiciones de este Código*”, artículo que procesalmente se traduce en una participación más activa del sujeto pasivo del delito en el juicio penal, “...ya que desde un primer momento-desde el mismo inicio de la Investigación preparatoria-cuenta con derechos de información acerca del estado de la

investigación-excepto que se encuentre en periodo de reserva de actuaciones-, situación del implicado penalmente, roles que puede asumir -como querellante aún para delitos de acción pública, o bien sustituir en el ejercicio de la acción al fiscal, en los casos contemplados en la misma ley procesal...” (Erbetta, Daniel; Franceschetti, Gustavo; Orso, Tomás;, 2009)⁹¹.

El Art.16 en concordancia con el Art.19 *Ibíd*em, en términos generales establece la Oficialidad de la Acción Penal Pública y su ejercicio a cargo de la Fiscal o el Fiscal; pero con la salvedad que introdujo dos cambios importantísimos: **a)** Se desechó el concepto de obligatoriedad de persecución o principio de legalidad procesal; y, **b)** Abolición de la exclusividad del Ejercicio de la Acción Penal Pública en el manos del Fiscal, posibilitando la intervención del querellante.

El Legislador Santafesino en el Código Procesal Penal vigente desde el año 2009, ha concedido al Querellante o Acusador Particular personería jurídica propia, como también amplias facultades procesales haciendo suya la Jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido que era suficiente para condenar al victimario la ACUSACIÓN realizada privadamente por la Víctima constituida como Querellante o Acusador Particular la cual discrepaba de la realizada por el Fiscal quien ha alegado en sentido absolutorio y la víctima lo ha hecho en sentido acusatorio, posición que se refleja en las Resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación dentro del Caso Santillan en 1998; del Olio en el 2006; Caso Valentini en el 2005, Juri en el 2006, entre otros; jurisprudencia que se dictó en base a la resignificación del Derecho de Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva difundida en la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos, mediante los cuales sancionó a los autores intelectuales de violaciones a los Derechos Humanos. Tomando como punto de partida dicha jurisprudencia el Legislador Santafesino creo disposiciones de Derecho Interno como las contempladas en el actual Código de Procedimiento Penal, para lograr el esclarecimiento de los hechos sin perjudicar a las víctimas.

⁹¹Erbetta Daniel, Franceschetti Gustavo, y, Orso Tomás, “Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe: Comentarios”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, pág.63, 2009.

Es menester conocer que en cuanto al QUERELLANTE, el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Santa Fe norma la participación de la víctima u ofendido del delito como Querellante Exclusivo; Querellante Subsidiario y Querellante Conjunto:

Querellante Exclusivo.- Cuando de acuerdo al Art.73 de su Código Penal es solo la víctima quien promueve y ejerce la acción penal en los delitos de Acción Privada

Querellante Subsidiario.- Cuando ejerce la acción exclusiva y autónomamente luego de la conversión de la acción pública en privada, estando además facultado a presentar su Reclamo al Jefe inmediato superior de la Fiscalía a fin revise el Criterio Desestimador dictado por el Fiscal.

Querellante Conjunto.- Cuando actúa como acusador paralelo al Ministerio Público Fiscal.

El **Art. 93** *Ibídem* expresa: “**Querellante.-** Sin perjuicio de lo establecido por este Código para el juicio por delito de acción privada, quien pretendiera ser ofendido penalmente por un delito de acción pública o sus herederos forzosos, podrán intervenir en el proceso como parte querellante y ejercer todos los derechos que este Código establece. También podrá serlo la persona jurídica cuyo objeto fuera la protección del bien jurídico tutelado en la figura penal, cuando se trate de delitos que afecten intereses colectivos o difusos”. Este artículo se refiere al querellante conjunto, que es quien actúa como acusador paralelo al Ministerio Público Fiscal, por cuanto en la Legislación Penal de la provincia de Santa Fe, únicamente existe regulado el querellante conjunto, pero no está normado el querellante autónomo; la calidad de querellante conjunto lo puede asumir la Víctima u Ofendido, este es la persona física o sujeto pasivo del delito; o los Herederos Forzosos, ya sea la esposa, hijos o padres; y, las Personas Jurídicas cuya función es la protección de intereses colectivos (bienes jurídicos públicos).

Es importante analizar lo que expresa el **Art.97** del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe: “**Facultades y Deberes.-** Sin perjuicio de los derechos reconocidos a toda víctima, quien haya sido admitido como querellante, durante el transcurso de la Investigación Penal Preparatoria y de todo el proceso, tendrá los siguientes derechos y facultades:

(...); **2) Pedir medidas cautelares para asegurar el pago de la indemnización civil y costas;** (...); **4) Intervenir en el juicio dentro de los límites establecidos por este Código;** **5) Interponer las medidas que estime adecuadas para activar el procedimiento;** (...); **7) Formular acusación;** **8) Recurrir en los casos, por los medios y en la forma prevista para los representantes del Ministerio Público;** (...) en su inciso final señala: ***En ningún caso su actividad estará subordinada a directivas o conclusiones del Fiscal...*** (la negrilla es mía).

Merece especial análisis el Numeral Séptimo, que expresa la principal función asignada al Querellante o Acusador Particular cual es la de ACUSAR, contenido que tiene como fundamento la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que como ya lo hemos dicho anteriormente y vamos a analizar seguidamente, en múltiples fallos ha resuelto que la ACUSACIÓN DEL QUERELLANTE es suficiente para condenar al Victimario. Según la Constitución de la Provincia de Santa Fe para condenar basta que haya una Acusación y una Conclusión Incriminante, pudiendo ambas, o una de ellas ser realizadas por el Fiscal o por el Querellante.

En cuanto a lo que establece el último inciso del Numeral 8 del comentado Art.97 Ibídem: ***“En ningún caso su actividad estará subordinada a directivas o conclusiones del Fiscal”***, se refiere este párrafo al **Querellante Conjunto**, como sabemos es quien actúa como acusador paralelo al Ministerio Público Fiscal y su actividad no se subordina a la del Fiscal, pudiendo según su propio criterio direccionar la investigación en contra de determinados procesados o hechos, calificarlos legalmente, o acusarles o concluir en su contra; sin embargo el Querellante en la práctica no tiene las mismas atribuciones que el Fiscal, pues carece de facultades coercitivas como solicitar el allanamiento de domicilios, citar a testigos, disponer su comparecencia aún con el auxilio de la fuerza pública, o disponer su detención si no han comparecido a rendir su testimonio en el juicio; diligencias que pueden ser solicitadas por el Querellante al Fiscal.

El Legislador Santafesino elaboró las normas analizadas basándose en la **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**, la que en múltiples fallos ha señalado que el querellante puede emprender en soledad la acusación y por ende el Impulso del Juicio Oral y Público, por ejemplo: En el CASO STORCHI el Tribunal Oral en lo Criminal y Penal 1 señaló: “...*No se puede*

privar al querellante de poder ejercer su derecho a obtener un pronunciamiento por parte de este Tribunal Oral, bajo el fundamento de que no hay acusación por parte del Ministerio Público Fiscal, pues como lo dijo la Corte Suprema el derecho de defensa en juicio del imputado se ve salvaguardado por la acusación, sin distinguir si esta proviene de un acusador privado o público. Por ello, cabe concluir que el acusador privado tiene la legitimación suficiente para impulsar el juicio hasta el dictado de la sentencia que lo habilita para requerir la elevación de la causa a juicio, por sí solo, aun cuando el Ministerio Público Fiscal no solicite la elevación...”(Caso Storchi, 2004)⁹²; pronunciamiento que no fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia, procediendo el interesado a interponer recurso de casación; en cambio la Corte de Justicia de la Nación en el CASO SANTILLÁN, sostuvo que el acusador particular puede impulsar el proceso en solitario sin que se necesite el acompañamiento del Fiscal, derecho que asiste a todos los litigantes a conseguir una sentencia fundada, debiendo los efectos del fallo retrotraerse al comienzo de la causa penal. En definitiva lo que se reconoce es que el Acusador Particular se encuentra legitimado para actuar de esa forma en solitario, ya desde el inicio del proceso penal o en la Etapa de Juicio sin que sea necesaria la intervención de la o del Fiscal, existiendo no solo en la Legislación Procesal Penal Argentina, sino Española, Colombiana una carrera briosa a un SISTEMA ACUSATORIO MATERIAL.

En el mismo caso Storchi la Segunda Sala de la Corte Nacional de lo Criminal y Penal de Argentina en Julio del 2010, al resolver el Recurso de Casación interpuesto confirmó la **autonomía del querellante en el proceso penal**, **manifestando**: “...quien podrá lograr la condena del imputado aún sin acompañamiento fiscal. Es decir, con su intervención se cumple con una de las formas sustanciales del juicio (acusación) quedando de este modo impuesta la jurisdicción para decir del derecho (*iuris dictio*). A mi ver, y así lo ha dejado sentado en esa Cámara, a partir de Santillán resulta posible la actuación en solitario de la querella con miras a impulsar el proceso hasta el dictado de una sentencia condenatoria. Interpreto que si se ha dotado a esta parte de tamaña facultad como es la de acusar durante el juicio a fin de obtener un

⁹²Storchi, Causa N°.21.229, Tribunal Oral en lo Criminal y Penal 1 – Argentina, 08 de marzo del 2004.

pronunciamiento condenatorio también puede por añadidura llevar adelante, en solitario, otros actos de menor entidad, de impulso procesal. Simplemente, tan sólo quien puede lo más puede lo menos...”(Caso Storchi, 2010)⁹³.

3.3 Disposiciones de Tratados Internacionales que permiten o no en las dos Legislaciones impulsar a la víctima el juicio en caso de delitos por lesa humanidad.-

La jerarquía constitucional de los Convenios y Tratados Internacionales ratificados por nuestro país se encuentra establecida por voluntad expresa del **constituyente**, la Constitución en vigencia en el Inciso Segundo de su Art.424 establece: “...*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público...*”, la cual guarda íntima relación con el Art.417 y Art.426, Inciso Tercero Ibídem: “...*Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o 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, ni para negar el reconocimiento de tales derechos...*”.

El Art.1 de la Constitución de la República establece: “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...*”, lo que representa que en nuestro país priman los derechos de las personas, teniendo plena vigencia el principio “pro ser humano”, consagrado en el Inciso Segundo del Art.426 Ibídem: “...*Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente...*”; disposición legal que guarda estrecha concordancia

⁹³Storchi, Recurso de Casación, Causa N°.16.836, Segunda Sala de la Corte Nacional de lo Criminal y Penal de Argentina,15 de julio del 2010.

con el Art.11, Numeral 3ro; y con el Art.78 de la misma Constitución: “...*Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación...*”. Disposiciones Constitucionales que coinciden con el contenido de las normas constantes en la “**Convención Americana sobre Derechos Humanos y Deberes del Hombre**”, que consagra la Protección Judicial que se deriva del “derecho a la tutela judicial efectiva” previsto en su artículo 25; Declaración que en un sentido general orienta para que los Estados miembros introduzcan en sus legislaciones internas medidas que posibiliten el acceso oportuno de los ofendidos por el delito de lesa humanidad a una justicia penal eficaz.

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostienen que la tutela judicial efectiva le corresponde a quien ha resultado menoscabado en sus derechos por la comisión de un delito, quien tiene el derecho de la persecución penal, derivado simplemente de su condición de tal, de reclamar al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal, todo con arreglo a las disposiciones constitucionales, de tratados internacionales y procesales aplicables.

Otro Tratado Internacional que hace referencia a la protección de la víctima es: “**Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder**”, aprobada por la Asamblea General en su sesión plenaria 96ª, el 29 de noviembre de 1985, mediante Resolución 40/34, en esta Declaración se insta a los Estados Miembros a: implementar políticas sociales, sanitarias, incluida la salud mental, educativas y económicas e incluso políticas orientadas a la prevención del delito con la finalidad de disminuir la victimización y alentar la asistencia a las víctimas que la necesiten; promover los esfuerzos de la comunidad y la participación de la población en la prevención del delito; revisar y actualizar la legislación en materia preventiva del delito y de la victimización; como para organizar los servicios de asistencia victímales; fomentar la observancia de los códigos de conducta y

principios éticos, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley; eliminar las prácticas y los procedimientos conducentes al abuso, como lugares de detención secretos y la detención con incomunicación; fomentar la cooperación entre los Estados, mediante la asistencia judicial y administrativa mutuas, en temas como: enjuiciamiento de criminales, su extradición y la incautación de bienes para destinarlos a resarcimiento de las víctimas.

También recomienda que los Estados Miembros tomen medidas concretas para: promover actividades de formación destinadas a fomentar el respeto de las normas y principios de las Naciones Unidas y reducir los posibles abusos; patrocinar investigaciones prácticas de carácter cooperativo sobre los modos de reducir la victimización, ayudar a las víctimas y promover intercambios de información sobre los medios más eficaces de alcanzar estos fines; como también establecer medios para promover recursos a las víctimas cuando los procedimientos nacionales sean insuficientes. Declaración que constituye piedra angular de los esfuerzos de la ONU para reconocer las necesidades y los intereses de la víctima y persigue como fin último reivindicarla ante el olvido de muchos años, protegiéndola aunque todavía no se condene al responsable, con el fin de que se respeten a favor de la víctima los siguientes principios: **1.-** Acceso a la justicia y trato justo; **2.-** Resarcimiento e indemnización; y, **3.-** Asistencia, protección a las represalias.

Similares principios contempla el **Estatuto de Roma**, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, entrando en vigencia el 01 de julio del 2001, mediante el cual se constituyó la Corte Penal Internacional, Estatuto que contiene medidas para proteger los derechos fundamentales de las personas, de las víctimas; independientemente de su nacionalidad no solo frente a su Estado, sino frente a cualquier Estado Parte, sometiéndose los Estados a un orden legal mediante el cual se comprometen a garantizar la debida participación de las víctimas en el proceso e incluso que ellas sean debidamente resarcidas.

Otros Instrumentos Internacionales dictados para proteger a la víctima de un ilícito son: Declaración sobre las víctimas de delitos y del abuso de poder

(Resolución 1990/22 del Consejo Económico y Social); Protección de los derechos humanos de las víctimas de la delincuencia y del abuso de poder; y, la Decisión Marco del Consejo de Europa de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

“¿...Qué querellante es el que tiene este derecho constitucional, o derecho humano, casi absoluto?, si se está hablando de un derecho humano a querellar porque en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos solo las víctimas individuales, solo los particularmente afectados son considerados víctimas...”(Lengevin, 2007)⁹⁴. Los Organismos Supranacionales lo que persiguen es que en un proceso penal los Estados que han ratificado Convenios y Tratados Internacionales reconozcan principalmente que las víctimas tienen un conjunto de derechos fundamentales cuyo objetivo es proteger la vida, libertad, seguridad e incluso su patrimonio con el objetivo de obtener una reparación por los daños causados y buscar en cierta forma una justicia restaurativa con la participación directa de la víctima, quien en base a la tutela judicial efectiva puede impulsar por si sola el proceso penal cuando el Fiscal se abstenga de hacerlo; como víctima tiene el derecho humano de acusar, el cual es exclusivamente respecto de violaciones graves a los Derechos Humanos y no respecto de los delitos comunes.

3.4.- Opinión personal si la víctima puede impulsar en nuestra Legislación el juicio en delitos de acción penal pública y en delitos de lesa humanidad.-

Las referencias jurisprudenciales y doctrinarias a las que he hecho alusión sobre el derecho que tiene la víctima u ofendido a participar activamente en el proceso penal tendiente a conseguir que el victimario sea sancionado respaldan mi punto de vista que el Acusador Particular en nuestra Legislación Penal siempre que se hagan las respectivas reformas al Código Orgánico Integral Penal la víctima podría no solo iniciar el proceso penal, que se inicia en base a su denuncia o por iniciativa del Fiscal quien puede dar inicio sin necesidad de denuncia previa, sino

⁹⁴Langevin Julián, Primera Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia: “Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi’”, Argentina, pág.26, 2007.

también podría la víctima impulsar el juicio y acusar en ausencia de Acusación Fiscal teniendo como fin último el conseguir una sentencia condenatoria.

Existiendo actualmente el predominio de la JURISPRUCENCIA que AVALA un SISTEMA ACUSATORIO MATERIAL, con la participación de un querellante o acusador particular conjunto, encontrándose según mi criterio actualmente en algunos países de la Región como Colombia, España, Perú, etc., en la cuerda floja y con escaso respaldo la tesis que es indispensable la Acusación Fiscal para el proceso pueda proseguir.

Actualmente es el Fiscal quien tiene la prerrogativa procesal y los sujetos procesales pueden actuar activamente coadyuvando la función del Fiscal, la víctima constituida o no como Acusador Particular puede solicitar las diligencias investigativas que creyere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, gozando de la garantía del Debido Proceso Legal consagrada en la Constitución que establece en sentido general que todos los litigantes en igualdad de condiciones tienen derecho a obtener una Sentencia justa la cual debe ser consecuencia de un juicio previo tramitado en legal y debida forma; fundamento que lo encontramos en el Art.11, Numeral 1, Numeral 3 en concordancia con el Art.76, Numeral 7, literal a) de la Constitución en vigencia.

La Víctima puede intervenir en cualquier momento y en cualquier etapa, para ello tomamos como referencia el contenido del Art.11, Numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, porque es la única que tiene un interés real en la causa, como titular que es del bien jurídico afectado, debiendo obviamente su intervención ceñirse a las limitaciones legales vigentes para evitar que el proceso se convierta en una cacería judicial o en la teatralización de una venganza no legal. El derecho penal infraccional, como monopolio estatal de la persecución pública y un fiscal omnipresente en algunas legislaciones como la Argentina, Colombiana, Española e Incluso Chilena se encuentra en crisis desde hace muchos años atrás, por no ofrecer garantías plenas para el imputado, ni para la víctima; tampoco soluciona los conflictos, presenta peligros ambiguos e indescifrables.

Según **Germán Bidart Campos**: “...tardíamente hemos comprendido con profunda convicción que ninguna ley, ni el Código Penal, ni los Códigos Procesales, pueden constitucionalmente privar la legitimación procesal a la víctima de un delito en el proceso penal, por más que ese delito sea de acción pública y corresponda al Ministerio Fiscal...”(Cafferata Nores, 1998)⁹⁵.

Por su parte Birnbaum manifiesta: “...Si el delito se construye sobre la base de una lesión o la puesta en real peligro de un bien, el titular de tal bien concentrará las mejores razones para ejercer la acción penal...” (Birnbaum, 2010)⁹⁶.

En el proceso penal por delito de acción penal pública, aunque con mayores o menores diferencias según sea el país de que se trate, el ofendido está facultado por ley a: A) Iniciar el proceso – como denunciante. B) Colaborar con la Fiscalía. C) Es un testigo de cargo. D) Puede terminar con el proceso y E) Influye en la sentencia final; siendo la tendencia actual fortalecer estas funciones del ofendido y aumentar su participación dentro del proceso penal. Por lo menos esto es lo que se observa en la legislación latinoamericana y en el Código de Procedimiento Penal de Colombia, también, en el de Costa Rica, y en nuestro Código Orgánico Integral Penal, en los que se consagran normas que dan mayor participación al ofendido dentro del proceso penal.

En cuanto a los delitos de lesa humanidad que pueden ser impulsados por la víctima opinó que la Víctima por sí sola puede conseguir la imposición de un castigo en delitos de lesa humanidad, en base al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, cuyo primer antecedente a nivel de Latinoamérica lo encontramos en la “Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre”, dictada en abril de 1948; cuyo fundamento fue la necesidad de someter al Poder Judicial cualquier abuso a los derechos individuales por parte del poder estatal.

Actualmente la Tutela Judicial Efectiva, no es más que el derecho que tiene la víctima a un recurso efectivo, opinión que es producto de una jurisprudencia en expansión que hasta nuestros días no ha definido sus límites, de ahí que la Corte

⁹⁵ Cafferata Nores José, Tomado de Germán Bidart Campos, “Se terminó el Monopolio del Ministerio Público Fiscal sobre la Acción Penal”, Buenos Aires, pag.332, 1998.

⁹⁶ Birnbaum Johann Michael, “Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito”, Montevideo, pág.35, 2010.

Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que el Estado debe asumirla como un deber jurídico propio tendiente a la indagación de la verdad y no como gestión de beneficios personales; el Art.25 de la Carta Americana de Derechos Humanos establece que la VÍCTIMA tiene derecho a ser oída por un Juez sin interferencias.

El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva puede ser considerada como una opción real para acceder a la administración de justicia, defender la víctima su posición y refutar la del victimario, empleando los medios probatorios legales permitidos, en el evento de no tener una respuesta favorable a sus intereses, tiene derecho a recurrir o apelar la decisión; por ejemplo en el Caso Zambrano Vélez versus Ecuador la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puso énfasis en el derecho que las víctimas y sus familiares tienen de ser odios y participar directamente en el procedimiento.

“La Corte ha establecido que el deber de investigar no debe ser asumido por el Estado como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente en los mismos...” (Caso Zambrano Vélez Versus Ecuador)⁹⁷.

Sobre las atribuciones del querellante, en sus Informes N°.28 del año 1992 y N°.29 también del año de 1992, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que en buena parte de los Sistemas Penales de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal. Por ejemplo en el caso Bulacio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó: *“...los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad*

⁹⁷Zambrano Versus Ecuador, “Resolución Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Proceso No.120-2007.

de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana..." (2003)⁹⁸.

Considero es digno de destacar que la ley penal no está completa, por lo que mis reflexiones han tratado de ser una interpretación derivada de un sistema constitucional que creo yo revaloriza el rol de la víctima de acción pública en lograr su persecución, la cual se ha visto reflejada en las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal en vigencia.

En base a todo lo expuesto, una propuesta de reforma al Código Integral Penal, podría ser que se introduzca un artículo con el siguiente contenido: "...*La víctima de un delito de lesa humanidad puede impulsar en cualquier momento en forma autónoma la acción penal y gestionar la investigación, el juzgamiento y posible castigo del procesado, en los casos de pasividad u opinión contraria del Fiscal...*", e incluso a mi criterio hasta que se pueda dar una posible reforma actualmente la víctima en base a lo que establecen los Convenios y Tratados Internacionales si podría impulsar por si sola el proceso en delitos de lesa humanidad, teniendo como fundamento de mi propuesta todo lo analizado en este Capítulo, y sobre todo lo que en párrafos anteriores he analizado respecto de la tutela judicial efectiva; sin embargo por respeto al principio de legalidad, de seguridad jurídica y en atención a lo dispuesto en el Art.76, Numeral 3 de la Constitución antes invocada se sugiere la reforma propuesta.

CONCLUSIONES:

1.- Al haber planteado como **HIPÓTESIS** del presente trabajo investigativo: "**La Víctima como sujeto procesal según el COIP, NO TIENE un papel protagónico en la contienda judicial, con facultades plenas que le permitan impulsar por si sola el proceso en delitos de acción penal pública**", CONCLUYO que con todo el análisis realizado en los tres capítulos que conforman el presente trabajo de investigación SI SE HA COMPROBADO la hipótesis planteada, todo Derecho adquirido por el ciudadano y garantizado por un Estado no puede ser limitado con posterioridad; la Constitución de la

⁹⁸Bulacio versus Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso N°.121, de fecha 18 de septiembre del 2003.

República en su Art.76, Numeral Tercero establece que: “..*Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento...*”, procedimiento que se encuentra establecido en el Código Orgánico Integral Penal, en los delitos de acción penal pública es el Fiscal el único que puede impulsar el proceso, de ahí que el **Artículo 410 del Código Orgánico Integral Penal, establece:** “*...Ejercicio de la acción.- El ejercicio de la acción penal es público y privado. El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa...*”, en concordancia con lo que establece el **artículo 609 Ibídem:** “*Necesidad de la acusación.- El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal*”; el ejercicio de la acción pública depende de la o el Fiscal, es quien puede abstenerse de perseguir cuando las denuncias de acuerdo a lo que conste de autos no le parecen fundadas, o que los hechos denunciados no son punibles, pero no tiene la facultad de RENUNCIAR a la acción pública, ni antes, ni después de su inicio, el abandono o renuncia corresponde a la víctima y aunque la víctima se haya apartado de la contienda judicial el Fiscal si hay mérito para la persecución deberá continuarla hasta su culminación.

Por no estar previsto en nuestro sistema legal no se puede otorgar a la víctima autonomía completa porque en los delitos de acción pública la o el Fiscal es titular de la acción y la dirige conforme a las prescripciones constantes en legislación vigente. Debiendo someterse en sus dictámenes al Principio de legalidad de la persecución penal y los jueces están obligados por ley a velar por las garantías y derechos de los sujetos procesales como también controlar la Legalidad del Procedimiento.

2.- Un análisis legal del actual sistema procesal penal imperante en nuestro medio que es diferente al vigente en la provincia de Santa Fe – Argentina, me da el fundamento para concluir que no es posible el inicio de un juicio por el solo impulso de la víctima, porque nuestro sistema procesal penal no admite la figura del querellante conjunto, figura legal vigente en la Legislación Procesal Penal de la provincia de Santa Fe Argentina, en nuestra país en cambio la víctima cumple funciones adhesivas a la del Fiscal. “*...No estamos en contra de la intervención del querellante con amplios poderes en el proceso, pero sustituir al fiscal, en la labor estatal de controlar con objetividad la legalidad de los actos, significaría un*

retroceso de siglos que desde el punto de vista del avance de la humanidad no puede admitirse...”(Lengevin, 2007)⁹⁹.

3.- En nuestro país al estar el Fiscal a cargo del ejercicio de la acción penal pública, no pueden los particulares (víctimas) asumir la persecución de los delitos, de ahí que el eminente jurista Ricardo Vaca Andrade tomando las palabras de Fernando Cruz Castro manifieste: “...*aparte de que en algunos casos su interés neutraliza la inercia burocrática, generalmente ese interés desaparece, a partir del momento en que se le indemnizan los daños y perjuicios; por otra parte de acuerdo con la experiencia, la acción que asume el particular tiene motivaciones muy subjetivas y circunstanciales (mala voluntad, afán de venganza y provecho propio), llegando incluso a utilizarse, en algunos casos como simple instrumento de chantaje...*”(Vaca Andrade, 2014)¹⁰⁰.

4.- La víctima en nuestra legislación procesal Penal tiene el derecho de decidir si interviene o no como denunciante, si interviene o no como acusador particular y si continúa o no como parte del proceso, si sigue o no ejerciendo su derecho a acusar durante el proceso en sus distintas etapas, regulándose en el Código Orgánico Integral Penal la posibilidad que otras personas puedan intervenir a su nombre cuando la víctima no pueda hacerlo por fuerza mayor, a mi criterio siendo la víctima la única que podría desistir o renunciar a la acción penal, caso contrario sería ir en contra de sus intereses.

5.- El fin último que justifica la existencia del derecho penal es la protección del convivir social y por ende la tutela no solo a la víctima sino también al autor del delito de acción pública, con el presente trabajo investigativo lo que se ha pretendido es dar argumentos de la necesidad que en nuestro sistema procesal penal el titular de la acción penal tiene que ser la víctima y no el Estado, porque a mi criterio el derecho penal infraccional con monopolio del Estado en la persecución pública se encuentra en crisis.

⁹⁹Langevin Julián, Primera Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia: “Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi’”, Argentina, pág.30, 2007.

¹⁰⁰Vaca Andrade Ricardo, hace referencia a Fernando Cruz Castro en el Libro: “Derecho Procesal Penal Ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal”, Ediciones Legales EDLE S.A., pág.232, 2014

BIBLIOGRAFÍA:

- Aguilera De Paz, E. (1912). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal Tomo III*. Madrid: Hijos de Reus.
- Almeida , Vanina; Bakrokar, Denise ;. (2012). Una Alternativa Posible para Contrarrestar las Prácticas Inquisitivas: El Juicio por Jurados. *Revista Derecho Penal*.
- Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal*. Montevideo Buenos Aires: B de F.
- Baytelman, A. (2000). *El Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Baytelman, A. (2000). *La Fundamentación de la Sentencia Penal en el Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Bermúdez, V. H. (1997). *la víctima en el proceso penal: Su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Uruguay, Paraguay*. Buenos Aires: De Palma.
- Birnbaum, J. M. (2010). *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito*. Montevideo.
- Bulacio versus Argentina, 121 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de septiembre de 2003).
- Burgos Mata, A. (2007). La victimología. *Acta Académica de Mayo del 2007*, (pág. 280). Costa Rica.
- Burgos Mata, Á. (Mayo de 2007). La Victimología. *Acta Académica*. Costa Rica.
- Cafferata Nores, J. (1998). *Se terminó el monopolio del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal*. Buenos Aires.
- Cafferata Nores, J. I. (2003). *Derecho a la justicia del querellante y posición desincriminatoria del ministerio fiscal*". Argentina: Advocatus.
- Cafferata Nores, J. I. (2004). *Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva*. Argentina: Astrea.
- Cafferata Nores, J. I. (12 de Julio de 2007). Primera Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia "Las facultades del querellante en el proceso penal desde 'Santillán a Storchi TOC1'". Buenos Aires, Argentina.
- Carnelutti, F. (2001 Volumen IV). *Derecho Procesal, Civil y Penal* . México: Oxford.
- Caro Baroja, J. (1994). *El señor Inquisitor*. España-Madrid: Alianza.
- Carrillo, F. (2007). Seguridad Ciudadana en America Latina: Un bien público cada vez más escaso. *Pensamiento IBeroamericano*.

- Caso Kimel Vs. Argentina , No. 177. Párr. 76. (Corte Interamericana de Derechos 02 de Mayo de 2008).
- Caso Storchi, 21.229 (Tribunal Oral en lo Criminal y Penal 1 - Argentina 08 de marzo de 2004).
- Caso Storchi, 16.836 (Segunda Sala de la Corte Nacional de lo Criminal y Penal de Argentina 15 de julio de 2010).
- Caso Zambrano Vélez Versus Ecuador, 120 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007).
- Castex , F. (2013). *Sistema Acusatorio Material*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Cicciaro, J. (12 de Julio de 2007). Primera Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia “Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”. Buenos Aires, Argentina.
- Córdova Angulo, M. (2003). Protección de la Víctima en el Nuevo Sistema Procesal Colombiano. *Revista Digital Universidad Externado de Colombia*, 16.
- Cruz, J. M. (1999). *La victimización por violencia urbana: niveles y factores asociados en ciudades de América Latina y España*. Washington.
- Cubero Pérez, F. (mayo de 2005). La Tutela Efectiva de los Derechos de la Víctima en el Proceso Penal Costarricense . Costa Rica.
- Culqui Supe , E. I. (09 de Abril de 2013). La Protección de la Víctima y Testigos del Delito en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano. *Tesis Académica*. Loja, Loja, Ecuador.
- Cumiz, J. A. (2009). El principio de oportunidad: el necesario abandono del principio de legalidad para una justicia penal igualitaria. *Revista de Derecho Penal del Instituto de Estudios Penales*, 18.
- De Brouwer Bilbao. (02 de enero de 2015). *World Wide* . Obtenido de World Wide: http://www.fuente_dip.org.ar/novedades-libros1.htm
- Díaz Colorado, F. (2006). Una Mirada desde las Víctimas El Surgimiento de la Victimología . *Umbral Científico*, 19.
- Dominguez , A. (25 de Enero de 2015). *Instituto de Victimología* . Obtenido de <http://www.institutodevictimología.com/formación19a.pdf>
- Erbetta, Daniel; Franceschetti, Gustavo; Orso, Tomás;. (2009). *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe: Comentarios*. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Eser, A. (1992). *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal: Tendencias nacionales e internacionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc-Verl.

- Eser, A. (1992). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Ferrajoli, L. (1995). *Crisis del Sistema Político y jurisdiccional. La naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura; Revista Pena y Estado*. Argentina: Editores del Puerto.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías la Ley del más Débil*. España: Trotta.
- Ferreiro Baamonde, X. (2005). *La víctima en el proceso penal*. Madrid: Las rozas Primera Edición.
- Franco Loor, E. (2009). Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal. *Revista de Derecho Penal*.
- García Falconí, J. (2009). *Los principios rectores y disposiciones fundamentales que se deben observar en la administración de justicia en el Ecuador según el código orgánico de la función judicial*. Quito - Ecuador: Ediciones Rodin.
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima Perú: Ara Editores E.I.R.L.
- García Pablos de Molina, A. (1993). El Redescubrimiento de la Víctima. Victimización Secundaria y Programas de Reparación del Daño. En C. G. España, *Cuadernos de Derecho Judicial: La Victimología* (pág. 390). Madrid - España.
- Garzón, Alejandro; Londoño, Cesar;. (2006). *Principio de Oportunidad*. Bogota-Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- González Álvarez , D. (1996). *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. San José - Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- González Pérez , J. (1989). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Mexico: Civitas.
- Guerrero Vivanco, W. (2004). *Derecho Procesal Penal Tomo II*. Quito - Ecuador: Pudeleco - Editores.
- Herrero Alonso, C., & Garrido Martin, E. (2005). *La Víctima: El gran olvido social*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- ICADE Instituto Capacitación y Desarrollo. (2011). El Rol del Ministerio Público en el Proceso Penal. *Revista de Actualidad Jurídica - La Tribuna del Abogado*, 236.
- Jiménez de Asúa, L. (1958). *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*. Buenos Aires : Sudamericana.
- Leza Betz, D. (2006). El nuevo papel de la sociedad civil organizada en el proceso penal Venezolano. La representación de las víctimas del delito. *Revista de la Facultad de Derecho No.58 de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas Venezuela*.

- Macías Cano, S. A. (2005). La víctima en el proceso penal Nicaraguense. *Revista de Derecho de Nicaragua*.
- Maldonado Castro, M. A. (Septiembre de 2008). Los Correctivos Jurídicos y Fácticos de la Etapa del Juicio en el Contexto del actual Sistema Procesal Penal Acusatorio. *Tesis de Maestría*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Maragaño, A. (2010). Proceso penal desatiende a víctimas y no responde eficazmente a su necesidad de reparación . *Escuela de Derecho de la Universidad PUCV* , 20.
- Marchori, H. (2006). *Criminología: La Víctima del Delito*. Mexio DF: Porrúa - Quinta Edición.
- Márquez Cárdenas, Á. (2011). *La Victimología como Estudio, Redescubrimiento de la Víctima para el Proceso Penal*. Bogota.
- Martínez Dalmau, R. (1999). *Aspectos Constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia - España: Tirant lo Blanch.
- Nicora, G. (2013). Santa Fe: El Germen de un Nuevo Paradigma de Ministerios Públicos. *La Reforma Procesal en al Provincia de Santa Fe*.
- Palacios Meléndez, R. (2002). El Rol de la Víctima en el Proceso Penal ¿segunda victimización? *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, (pág. 8). Lima.
- Paniagua Chivichón, C. A. (2006). Constitución de los Hermanos de la Víctima de un Delito, como querellantes adhesivos, en el proceso penal Guatemalteco, para Garantizar la Persecución Penal. *Revista Electrónica de la Universidad San Carlos de Guatemala*.
- Parma, C. (2003). *La Víctima en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Quiroz Pasquel, M. O. (2010). Tesis Previo Obtención del Título de Abogada de los Tribunales de la República. *Aplicación del Principio de Oportunidad en el Dcho. Procesal Penal Ecuatoriano*. Ibarra, Otavalo, Ecuador.
- Quisbert, E. (2010). *Apuntes de Derecho Procesal Civil Boliviano*. Sucre - Bolivia: Art. Apoyo Gráfico.
- Reyna Alfaro, L. (2008). Las Víctimas en el Derecho Penal Latinoamericano. Presente y Perspectivas a Futuro. *Texto de Intervención en Curso de Postgrado*, España.
- Rodríguez Manzanera , L. (1989). *Victimología*. Mexico D.F.: Porrúa.
- Rubio Lara, P. Á. (2010). *Victimología Forense y Derecho Penal*. Murcia - España: Tirant toBlanchet Editium.

- Sampedro Arrubla, J. A. (2005). Las víctimas del delito en los tiempos del olvido, una reflexión desde la victimología en torno a la reforma al sistema penal en Colombia. *Universitas Pontificia Universidad Javeriana*.
- Sampedro Arrubla, J. A. (2008). Apuntes para una rehumanización de la justicia penal: En busca de un modelo re-creativo del sistema penal desde las víctimas. *Universitas. ucls. Bogotá-Colombia*.
- Ulate Chacón, E. (2007). Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional. *Revista Ciencias Jurídicas No.112 de la Universidad de San José de Costa Rica*.
- Universidad de Pisa. (2012). *Programa del Curso de Derecho Ciminal Desarrollado en la Universidad de Pisa: Parte General, Volúmen 2*. Canada: Nabu Press.
- Vaca Andrade, R. (2014). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo I*. Quito Ecuador: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Véscovi, E. (1999). *Teoría General del Proceso*. Bogota-Colombia: Temis - Segunda Edición.
- Villagomez Cabezas, R. (2008). El Rol del Fiscal en el Procedimiento Penal Abreviado . *Tesis Previo a la Obtención del Título de Magister en Derecho Procesal Penal - Universidad Simón Bolívar*. Quito, Ecuador.
- Zabala Baquerizo, J. (2002). *El Debido Proceso Penal*. Guayaquil: EDINO.
- Zabala Baquerizo, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo II*. Guayaquil Ecuador: Edino.
- Zabala Egas, J. (2008). *Derecho Constitucional*. Quito.
- Zambrano Pasquel, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Guayaquil - Ecuador: Universidad Santiago de Guayaquil.
- Zambrano Pasquel, A. (2013 - Tomo III). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Segundo. Código de Procedimiento Penal*. Quito - Ecuador: Cooperación de Estudios y Publicaciones CEP.
- Zavala, A. (2008). *Tratado de Derecho Penal*. Guayaquil - Ecuador: Edino.