

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

La reparación integral: cómo resuelven los jueces de tránsito con jurisdicción en el Distrito Metropolitano de Quito en los delitos con muerte (período 2016)

Carlos Alberto Aguirre Guanín

Tutor: Christian Masapanta Gallegos

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Carlos Alberto Aguirre Guanín, autor de la tesis titulada “La reparación integral: Cómo resuelven los jueces de tránsito con jurisdicción en el Distrito Metropolitano de Quito en los delitos con muerte (período 2016)”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.....

Carlos Alberto Aguirre Guanín

Resumen

El presente trabajo de investigación, intitulado “La reparación integral: Cómo resuelven los jueces de Tránsito con jurisdicción en el Distrito Metropolitano de Quito en los delitos con muerte (período 2016)”, pretende realizar un análisis conceptual, normativo, jurisprudencial y fáctico de la representación que tiene la reparación integral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de su adecuación y eficacia.

Este análisis parte del texto constitucional, en el que constan diferentes derechos-garantía destinados a materializar las prerrogativas de las personas, entre las que se encuentra la institución jurídica de la reparación integral prevista en el artículo 78 de la Constitución de la República, igual que en los artículos 77 y 78 del Código Orgánico Integral Penal, que disponen la protección especial a las víctimas de infracciones penales, a partir de cuyos postulados se plantea la ineficacia de su implementación debido, fundamentalmente, a que se copió normativa del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin hacer la mínima e indispensable adaptación que era menester para que funcionase en el contexto nacional. Asimismo, se plantea que la justicia tradicional occidental que se practica en el Ecuador podría enriquecerse mediante la adopción de algunas modalidades de la justicia indígena en el tema específico de la reparación integral, puesta que esta se basa en la cualidad restaurativa y no en la meramente punitiva.

Esta investigación adoptó para su realización una modalidad mixta, puesto que hace uso tanto de fuentes secundarias, al aportar el sustento teórico desde la doctrina y los textos de reputados pensadores del derecho, así como primarias al hacer entrevistas abiertas a tres grupos de protagonistas para conocer sus posiciones y postulados y arribar a conclusiones fehacientes e ilustrativas.

Como resultado de esta investigación se concluye que la forma en que en la legislación ecuatoriana se presenta el derecho-garantía a la reparación integral no es el adecuado, pues su devenir está lejos de la eficacia que se espera de la administración de justicia y que se merecen las víctimas, los victimarios y la comunidad toda.

Palabras clave: derecho, reparación integral, derecho penal, justicia restaurativa.

Dedicatoria

A toda mi familia, la razón de mi existencia; y a las víctimas, que requieren y exigen una adecuada y efectiva protección y garantía de sus derechos.

Carlos Alberto Aguirre Guanín

A todo el personal directivo, docente, administrativo y de servicios de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, pero a uno en particular, al profesor y amigo, tutor de la presente tesis de grado, Mgs. Christian Masapanta Gallegos, quien con su sapiente y generosa guía me ha permitido culminar el presente trabajo.

Carlos Alberto Aguirre Guanín

Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo primero.....	15
Aproximaciones conceptuales sobre la reparación integral	15
1. Conceptualización y alcances de la reparación integral	15
2. Los mecanismos de reparación integral.....	20
2.1. La restitución	20
2.2. La rehabilitación	21
2.3 Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales.....	22
2.3.1. Justa indemnización.....	22
2.3.2. Daños materiales.....	23
2.3.3. Lucro cesante/pérdida económica	23
2.3.4. Daños morales	26
2.4. Las medidas de satisfacción o simbólicas	26
2.5. Las garantías de no repetición	28
3. Criterios de adecuación	30
4. Contenidos de eficacia.....	33
5. La reparación integral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	34
Capítulo segundo	39
La reparación integral: cómo resuelven los jueces de tránsito con jurisdicción en el Distrito Metropolitano de Quito en los delitos con muerte (período 2016)	39
1. Respecto de la restitución	41
2. Respecto de la rehabilitación.....	42
3. Respecto de las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales.....	42
4. Respecto de las medidas de satisfacción o simbólicas	43
5. Respecto de las garantías de no repetición	44
6. Análisis de las entrevistas realizadas a jueces de tránsito, especialistas y víctimas... 44	44
6.1. Entrevistas a los jueces de tránsito	44
6.2. Entrevistas a catedráticas o especialistas.....	51
6.3. Entrevista a la representante de las víctimas	54
7. Criterios de adecuación	56
8. Criterios de eficacia	58
Capítulo tercero	63

Algunas propuestas para la efectivización de la reparación integral.....	63
1. La creación de un fondo estatal	64
2. El establecimiento de mínimos y máximos para las indemnizaciones materiales e inmateriales.....	77
3. La participación directa y activa de las víctimas en el proceso de fijación de la reparación integral	85
3.1 La justicia restaurativa como mecanismo de encuentro entre la víctima y el victimario	96
4. Los jueces como garantistas de los derechos de la víctima y el victimario.....	102
5. Reflexiones adicionales (finales).....	114
Conclusiones.....	125
Recomendaciones	129
Bibliografía.....	133

Introducción

En el Ecuador la Constitución vigente define al Estado como de constitucional de derechos y justicia social, postulado que determina un contexto en el que la administración de justicia a través de sus ejecutores los jueces, adquiere y debe desempeñar un rol trascendental para la consecución efectiva de los fines de la reparación integral, específicamente para satisfacer las reales necesidades de las víctimas, del victimario y de la comunidad en general.

El mandamiento de la reparación integral a las víctimas, específicamente, en los delitos de tránsito con muerte, produce algunas interrogantes respecto de su adecuación y eficacia. La trasplatación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del derecho a la reparación al ordenamiento jurídico nacional por parte de los legisladores, sin previamente haber realizado un ejercicio de tamización en relación a sus efectos y su incidencia en esta realidad jurídica, hace que esta institución jurídica sea objetada o al menos genere algunos enigmas respecto de su adecuación. Concomitantemente, en lo relacionado con la eficacia de la reparación integral, a través del análisis fáctico se determina que esta es altamente deficiente respecto de su materialización, que es atender y otorgar asistencia efectiva a las víctimas, evitando su revictimización.

Este escenario, cabe reflexionar respecto de la institución jurídica de la reparación integral en lo relativo a su adecuación y eficacia. Así, la presente investigación procura realizar un breve análisis conceptual, normativo y fáctico de lo que la reparación integral representa en el ámbito interno, para a partir de ello hacer algunas aproximaciones de propuestas que pudieren ser implementadas, a saber: reformas normativas, intervenciones adecuadas de los jueces, implementación de políticas públicas, así como la participación activa de las víctimas, en su objetivo cardinal de materializar de forma adecuada y efectiva la reparación integral que garantice efectivamente los derechos de la víctima fundamentalmente, pero también del victimizador y la comunidad en general.

El objeto del presente trabajo investigativo reside en el análisis de las actuaciones jurisdiccionales, específicamente, de las sentencias emitidas por las juezas y jueces de Tránsito con jurisdicción en el Distrito Metropolitano de Quito (Unidad Judicial La Pradera), en los delitos con muerte, período 2016, respecto de la

materialización de los parámetros de adecuación y eficacia de la reparación integral, cometido para el cual, también se contó con la participación de especialistas en la materia y por supuesto la intervención de las víctimas.

En este contexto, cabe indicar que la tesis fue desarrollada dentro de los siguientes capítulos, a saber:

En el capítulo primero se realizan algunas aproximaciones conceptuales de la representación que tiene la reparación integral y todos sus mecanismos que la componen en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su desarrollo jurisprudencial, para incidir en el tratamiento que se ha otorgado en el ámbito jurídico interno.

A través del capítulo segundo se hace un trabajo de investigación de carácter fáctico, a través de entrevistas realizadas a varios jueces de tránsito, a catedráticas o especialista, a las víctimas; asimismo, del examen de sentencias, actividad que previa tabulación o análisis, han permitido llegar a algunas conclusiones respecto de la adecuación y eficacia de la reparación integral.

En el capítulo tercero, luego del análisis y revisión de los capítulos antecedentes, se hacen ciertas aproximaciones de propuestas que pudieran tener alguna incidencia para que la reparación integral pueda ser materializada, si no de manera adecuada y eficaz, al menos aproximarla a estos parámetros para beneficio de las víctimas, fundamentalmente, pero también de los victimarios y de la comunidad en general.

A partir de los capítulos expuestos anteriormente, se presentan las conclusiones, que se enrumban por la ineficacia de la garantía de reparación integral en el sistema normativo nacional; y se hacen específicas recomendaciones para mejorar la implementación de la reparación a las víctimas en el país.

Capítulo primero

Aproximaciones conceptuales sobre la reparación integral

En el presente capítulo se abordarán los conceptos y la incidencia de la reparación integral a través de sus diferentes mecanismos que la conforman, en su cometido de protección y garantía de los derechos humanos de las víctimas. Para el efecto se recurrirá a los amplios criterios jurisprudenciales que al respecto ha emitido y desarrollado el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, para, finalmente, hacer un análisis de la reparación integral en el ámbito jurídico ecuatoriano.

1. Conceptualización y alcances de la reparación integral

Según la dogmática penal, la víctima es la persona que asimila el injusto típico, quien soporta la vulneración de sus derechos consecuencia del delito, inclusive sin que medie que el delincuente haya actuado culpablemente. De allí que las víctimas sean titulares legítimas del bien jurídico vulnerado.¹ La definición vigente de víctimas ya no se remite únicamente al sujeto pasivo del delito, actualmente Naciones Unidas ha determinado que:

Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. También se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.²

De los múltiples factores que produce el hecho delictivo se derivan diversos tipos de victimizaciones: la victimización primaria, que es aquella que se origina por las consecuencias directas e indirectas emanadas de la comisión del delito, y donde los daños no se restringen a los sufridos por el bien jurídico protegido (daños psíquicos). La victimización secundaria, que se deriva de la interacción de la víctima con las disfunciones inherentes al funcionamiento institucional (sistema penal). La

¹ Antonio Beristain Ipiña, "Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro", en *Derecho, proceso penal y victimología*, ed. Luis Miguel Reyna Alfaro (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas El Cuyo, 2003), 480.

² Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

victimización terciaria, que alude a los costos sociales producidos por la penalización, en el victimario o sobre terceros (hijos de los reclusos).³

La victimización secundaria repercute en la reparación integral porque es un proceso de desatención y agravio causado a la víctima por el sistema legal, resultado del fortalecimiento del impacto del crimen original a través de la activación de las agencias de control social formal. Es el daño causado a la víctima de un delito derivado de su interacción con el sistema penal (policía, fiscalía, jueces, abogados, etc.).⁴ La victimización secundaria la sufren grupos específicos de una parte de la población⁵ y el sujeto victimizante son las instancias de control social formal.⁶

La exposición de las víctimas secundarias al proceso de justicia penal determina un incremento del trauma que sufren y de su sentimiento de desamparo y frustración, de resentimiento, de marginación de los recursos en su objetivo de obtener respuestas adecuadas;⁷ ellas tratan de encontrar sentido al hecho traumático, de obtener una investigación apropiada, de acceder a reconocimiento o justicia como intentos para dotar de sentido y enfrentar de forma constructiva las afectaciones que les ha producido el sistema penal.⁸ La indiferencia del sistema a las demandas de las víctimas secundarias las humilla, creando así desafectos hacia las instituciones de justicia debido a que asumen al proceso judicial como un daño añadido al padecido por el delito.⁹ Se las somete a victimización secundaria cuando acuden a las instancias judiciales estatales - control social formal-, y es aquí donde su victimización se intensifica, al ser requeridas sus intervenciones en el ámbito procesal judicial se reeditan las angustias del hecho delictivo,¹⁰ se multiplican el mal del delito mismo¹¹ con las disfunciones inherentes al

³ Cristina Alonso Salgado y Cristina Torrado Tarrío, “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿Una combinación posible?”, en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, ed. María Ángeles Catalina Benavente (Madrid: La Ley, 2011), 600.

⁴ Débora Ruíz Molina, *La victimización secundaria en los menores* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 2-3.

⁵ Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología: estudio de la víctima* (Ciudad de México: Porrúa, 2005), 8.

⁶ Marisol Palacio, *Contribuciones de la victimología al sistema penal* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001), 47.

⁷ Rodríguez Manzanera, *Victimología, estudio de la víctima*, 378.

⁸ Carlos Martín Beristain, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos* (Quito: V&M Gráficas, 2009), 5.

⁹ William T. Pizzi, *Juicios y mentiras. Crónicas de la crisis del proceso penal estadounidense* (Madrid: Tecnos, 2004), 185.

¹⁰ Rogelio Barba Álvarez, *Delitos relativos a la prostitución* (Ciudad de México: Ángel Editor, 2003), 173.

¹¹ Antonio García-Pablos de Molina, “El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria”, *Revista del Consejo General Poder Judicial*, n.º 10 (1993): 92.

funcionamiento institucional¹². Es de entender que el Derecho Penal está concebido, entre otras, para otorgar protección a los bienes jurídicos tutelados y por consiguiente para sus titulares, en este caso las víctimas.

La victimización secundaria crea impacto emocional, su psiquismo, sus deseos, su proyección humana y social quedan gravemente perturbados; su soledad, sus tensiones y angustias, las heridas morales y daños materiales se intensifican por la desprotección que profundiza humillaciones y miedos consecuencia de las imágenes cotidianas del delito.¹³ Se generan mayores angustias, expectativas, temores, etc., que causan profundos daños, producto de su desprotección y, por lo tanto, le induce a un mayor riesgo y estigmatización, que impide respetar su dolor y sus derechos, suponiendo persistentes golpes hacia ellos¹⁴, lo cual, indudablemente que reproduce el alto grado de vulnerabilidad en el que se encuentran las víctimas.

Esta percepción de la víctima induce a replantear la efectividad del Estado y sus operadores de justicia y su consecuente previsión de mecanismos de protección y prevención del delito, ajustados a la realidad sociológica de la víctima, específicamente en lo relativo a la reparación integral¹⁵, que no es otra cosa que, encontrar los medios jurídicos y convencionales oportunos, que asistan a las víctimas conforme a sus reales necesidades.

En este contexto, la reparación es la compensación de las consecuencias del hecho a través de una prestación voluntaria del autor y de cuyo efecto puede obtenerse el restablecimiento de la paz jurídica. La reparación prevalece a favor de la víctima, de no ser posible o ser insuficiente por sí misma, ingresa en consideración la reparación simbólica. La reparación inclusive es voluntaria cuando el auto cumpla una obligación asumida en un procedimiento judicial o extrajudicial de reparación¹⁶, de manera que, el proceso reparatorio concibe una integral restauración de los derechos de las víctimas en la medida de lo posible.

La reparación es un concepto de responsabilidad objetiva, en su cometido de sustituir el concepto de responsabilidad por el de reparación. Así, esta puede exteriorizarse a través de diferentes propósitos, entre ellos la compensación de los

¹² Alonso Salgado y Torrado Tarrío, "Violencia de género, justicia restaurativa y mediación", 600.

¹³ Elías Neuman, *Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001), 286.

¹⁴ Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 47.

¹⁵ Palacio, *Contribuciones de la victimología*, 23.

¹⁶ Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. CIESLA, *Proyecto alternativo sobre reparación penal* (Buenos Aires: Grancharoff, 1998), 62.

perjuicios causados por el daño; la satisfacción del interés de la víctima, sea física, material o moral; y la prevención de la consumación del daño o perjuicio. La reparación es genéricamente toda satisfacción económica o no económica a favor de la víctima, por el daño patrimonial o no patrimonial (moral) ocasionado, es decir, es toda forma de resarcimiento, inclusive la reintegración en forma específica¹⁷, en su obligación de dotar a las víctimas de iguales o –quizá- mejores condiciones de vida que los disfrutaban hasta antes del cometimiento del hecho delictivo.

El concepto de reparación comprende diferentes medidas dispuestas para afrontar una determinada violación real o potencial, que incluye el elemento de ayuda y el procedimiento por el cual materializa. No existen parámetros definidos para un único uso de esta definición, no obstante, a efectos de reconocimiento de los Estados, se expresa en una doble obligación hacia las víctimas: para que sea posible el alivio del daño sufrido y para suministrar un resultado final que en realidad ocupa el daño¹⁸, todo ello, en aras de compensar los daños ocasionados.

Para Beristain la reparación es el conjunto de medidas dirigidas a restituir los derechos, mejorar la situación de las víctimas y promover reformas políticas orientadas a evitar la repetición de las violaciones. Estas tienen dos objetivos: el primero, socorrer a las víctimas, mejorar su situación, afrontar los resultados de la violencia reconociendo su dignidad y sus derechos; el segundo, demostrar apoyo a las víctimas y establecer las condiciones para restaurar su confianza en la institucionalidad social.¹⁹ La reparación desde una representación jurídica a partir de la irreversibilidad de la pérdida determina la imposibilidad de sustituir a familiares muertos o reparar el sufrimiento de las víctimas, aquí se refiere a un problema sin solución, pero conexamente a una responsabilidad de restituir los derechos de las víctimas y familiares, de coadyuvar a enfrentar las consecuencias de las violaciones procurando su reintegración social, a pesar de que la aspiración de la *restitutio in integrum* no sea posible, el Estado debe realizar los esfuerzos posibles por garantizar su derechos.²⁰ Estas actuaciones tienen trascendencia, en la medida en que asimilen y satisfagan los intereses de las víctimas directas del difunto, y que es motivo de la presente investigación.

¹⁷ Rubén Morán Sarmiento, *El daño* (Guayaquil: Edilex, 2010), 280-1.

¹⁸ Jhoel Escudero Soliz, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, ed. Jorge Benavides y Jhoel Escudero (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2013), 275-6.

¹⁹ Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 173.

²⁰ *Ibíd.*, 173-4.

Es así que la reparación debe ser la expresión más perceptible de los esfuerzos del Estado por remediar el daño ocasionado, siendo necesario para ello desarrollar los razonamientos adecuados y que respondan a las necesidades de las víctimas, procurando su materialización de manera eficaz. En este sentido, para el Estado constituye una oportunidad de integrar a las víctimas en la sociedad y, a su vez, de prevenir nuevas violaciones.²¹ Cabe indicar que dentro de estas obligaciones estatales constan no sólo aquellas de responsabilidad de sus agentes, sino también las de entregar un ordenamiento jurídico y políticas públicas en general, destinadas a satisfacer las necesidades de las víctimas y de la comunidad en general dentro de su territorio.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte, en relación a la reparación ha expresado que: “Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general de derecho, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”.²² Consecuentemente, según el artículo 63.1 de la Convención:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados... (y) si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.²³

De acuerdo con el derecho internacional, la reparación de un daño a consecuencia de la violación de una obligación incluye cinco elementos distintos: (1) restablecimiento de la situación jurídica de la cual se disfrutaba antes de la violación (*restitutio in integrum*); (2) justa indemnización, que incluye daños materiales y morales; (3) rehabilitación; (4) satisfacción; y (5) garantías de no repetición.²⁴ Mediante estos cinco mecanismos se materializa la reparación, que es “restablecer la situación

²¹ *Ibíd.*, 174.

²² Corte IDH. “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 25; Corte IDH. “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)”, *Caso Aloeboetoe y otros*, 10 de septiembre de 1993, párr. 43.

²³ Citado por Tara Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Manual para la presentación de casos* (Quito: SERGRAFIC, 2003), 422.

²⁴ Corte IDH, “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)”, *Caso Loayza Tamayo*, 27 de noviembre de 1998, párr. 127.

jurídica infringida de la persona que ha sido víctima o de sus familiares”²⁵, aquello en el marco de la responsabilidad de los Estados.

2. Los mecanismos de reparación integral

Una vez revisada la representación conceptual de la reparación integral, corresponde ahora examinar los mecanismos que integran esta institución jurídica y, a su vez, determinar sus contenidos y alcances de cada uno de ellos.

2.1. La restitución

Es el mecanismo a través del cual se busca restablecer la situación previa de la víctima, verbigracia, puede ser la reposición de derechos, el retorno a su lugar de residencia, la devolución de los bienes y el empleo²⁶, es decir, se pretende devolver a la víctima a su *status* anterior al delito, de ser posible.

El principal objetivo al reparar los efectos de una violación de los derechos humanos es asegurar el restablecimiento del derecho vulnerado, restituir a la víctima a la situación jurídica en la que se encontraba antes de los hechos; en algunas circunstancias es imposible cumplir con este cometido, por ejemplo cuando producto de la violación los daños son irreversibles (muerte, discapacidad permanente) difícilmente puede devolverse la situación previa a la víctima, debiendo recurrir a formas alternativas para llevar a cabo la restitución.²⁷ En otros casos la restitución es la sustancial forma de reparación para la víctima directa, siendo indispensable garantizarle el disfrute del derecho vulnerado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recalcado que la restitución no se limita a reparar el derecho inmediato vulnerado, sino al restablecimiento de la situación jurídica de que disfrutaba la víctima²⁸, no obstante, el caso de los delitos con muerte en materia de tránsito resulta imposible restituir los derechos al difunto pero sí a sus familiares directos.

Así, la restitución o restauración está destinada a restablecer el derecho transgredido, restituyendo a la víctima la facultad de ejercitar el derecho negado o de

²⁵ Corte IDH. Informe 49/97, Caso No. 11.520, Tomas Porfirio Rondín (Méx.), en Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, p. 662, párr. 98, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 7.

²⁶ Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 174-5.

²⁷ Corte IDH, “Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”, *Caso El Amparo*, 14 de septiembre de 1996, párr. 16; Corte IDH, “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)”, *Caso Aloeboetoe y Otros*, 10 de septiembre de 1993, párrs. 47-49; Corte IDH, “Sentencia de 29 de enero de 1997 (Reparaciones)”, *Caso Caballero Delgado y Santana*, 10 de septiembre de 1993, párr. 17.

²⁸ Tara Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 424.

continuar ejerciendo completamente si fue limitado con el hecho dañoso. Este mecanismo de reparación encuentra sustento en el resarcimiento *in natura*, que implica la restitución plena al estado anterior al daño, en la que obviamente se incluye la afectación física y psicológica²⁹, encaminada a otorgar las adecuadas atenciones a las víctimas del delito.

En este punto cabe destacar que, efectivamente esta medida que conforma la reparación integral, es de improbable cumplimiento para los casos de muerte –motivo de la presente investigación- por obvias razones, no obstante, esta situación no puede ser soslayada y por el contrario debe ser solventada de una forma integral a favor de las víctimas inmediatas.

En efecto, trasciende puntualizar que la obligación de reparar no solo se circunscribe al derecho inmediato que ha sido violado –en este caso la muerte- sino que tiene consecuencias integrales que deben ser consideradas y ponderadas, en razón de lo cual, se debe restituir los derechos a las víctimas o familiares inmediatos (madre, hermanos, esposa, hijos, etc.) del fallecido, tendientes a materializar objetivamente el núcleo esencial de la representación que tiene la reparación integral.

En este contexto, corresponde velar y restituir los derechos de los afectados directos del fallecido, ciertamente, en lo que corresponda, así, se ha señalado que uno de los mecanismos apropiados, en estas circunstancias, es el derecho a recibir una justa indemnización, sin perjuicio, de las otras medidas que conforman la reparación integral.

2.2. La rehabilitación

La rehabilitación es la forma de reparación por la cual se otorga la asistencia necesaria a la víctima para obtener su recuperación médica, física y psicológica, incluyéndose los gastos y tiempo que la víctima invierte para su total recuperación,³⁰ pero también involucra los servicios legales y sociales destinados a ayudar a las víctimas a su reinserción en la sociedad.³¹ La intención es conceder los cuidados propicios e integrales en el orden de la salud, legal y social que le permitan a la víctima recuperar la normalidad en sus actividades cotidianas.

La rehabilitación se refiere a la dotación de eficaces cuidados médicos, entre ellos los servicios psicológicos y psiquiátricos destinados a garantizar a las víctimas y a

²⁹ Escudero Soliz, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral”, 276-7.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Beristain, *Diálogos Sobre la reparación*, 174-5.

sus familias su restablecimiento, en la medida de lo posible, a su entero bienestar físico y mental. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la dotación de cuidados médicos adecuados para las víctimas de abuso de sus derechos humanos es un “deber jurídico propio del Estado”.³² De su parte, la Corte Interamericana debe solicitar que el Estado otorgue indemnización para futuros costos de rehabilitación en favor de las víctimas y sus familias³³, idóneos para su plausible recuperación en el transcurso del tiempo.

2.3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales

La indemnización tiene relación con la compensación monetaria por daños y perjuicios, en los que se incluyen el daño material tanto físico como moral (miedo, humillación, estrés, problemas mentales, reputación).³⁴ Es el reconocimiento cuantificable en dinero por los menoscabos causados a la víctima o a sus familiares

Escudero, citando a Theo van Boven, establece que la compensación es el reconocimiento al daño provocado, que se expresa generalmente en sentido monetario, concedido a la víctima o sus familiares, y que debe ser proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, está constituido por: i) daño físico y mental; ii) pérdida de oportunidades, daño emergente; iii) pérdidas de ingresos, incluido el lucro cesante; iv) perjuicios morales; y v) reconocimiento de todos los gastos de servicios jurídicos, médicos, asistencia social, entre otros.³⁵ Esta medida que conforma la reparación integral, en los casos de delitos de tránsito con muerte, quizá se erige en la más recurrida y aceptada por las víctimas, no obstante, de poder exigir las otras medidas reparatorias.

2.3.1. Justa indemnización

Asumiendo el carácter irreparable que tienen la mayoría de las violaciones de derechos humanos, es evidente que no pueden remediarse simplemente al restituir el derecho en cuestión, siendo necesario que el Estado proporcione “una justa indemnización” que represente los perjuicios sufridos, que “comprenden tanto el daño

³² Corte IDH, Informe No. 49/97, Caso 11.520, Tomás Porfirio Rondín (México) supra nota 86, párr. 105.

³³ Corte IDH, “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)”, *Caso Loayza Tamayo*, 27 de noviembre de 1998, párr. 129.

³⁴ Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 174-5.

³⁵ Escudero Soliz, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral”, 276-7.

material como el moral”,³⁶ sin incluir el daño punitivo, al haber reconocido la Corte que “no es aplicable en el estado actual del Derecho Internacional”.³⁷ En efecto, al no existir la víctima primaria (difunto) es justo y de equidad que sean los familiares más cercanos del fallecido a quienes se les reconozca las pertinentes indemnizaciones pecuniarias.

2.3.2. Daños materiales

Comprenden cualquier pérdida directa que la víctima o su familia haya sufrido producto de la violación; se incluye -no se restringe- el lucro cesante, gastos erogados en la sustanciación del caso (costos de transporte, asistencia legal, llamadas telefónicas, etc.) y erogaciones realizadas al manejar las consecuencias inmediatas resultantes de la violación (al tratar de ubicar a las víctimas). En una indemnización por daños materiales la Corte no aplica criterios estrictos, sino que somete a “una apreciación prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso”.³⁸ El potencial beneficiario de la indemnización por daños materiales debe solicitar y probar afirmativamente su derecho a recibirla mediante cálculos razonables y pruebas de lucro cesante, costos y gastos, que pueden ser comprobantes de pago, recibos y documentación de las actividades cumplidas. La Corte no concede daños materiales a ninguna persona que haga su reclamo sin fundamentar el mismo.³⁹ La participación de la víctima en estos procesos, de no ser viabilizada en forma debida, posiblemente puede caer en la llamada victimización secundaria.

2.3.3. Lucro cesante/pérdida económica

La representación característica de daño material se manifiesta habitualmente en el lucro cesante. El Estado (incluidos los particulares) debe indemnizar a las víctimas y a sus familias por cualquier lucro cesante resultado de la violación. Este tipo de

³⁶ Corte IDH, “Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”, *Caso El Amparo*, 14 de septiembre de 1996, párr. 16; Corte IDH, “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)”, *Caso Aloeboetoe y Otros*, 10 de septiembre de 1993, párr. 47-49.

³⁷ Corte IDH, Caso “Sentencia de 21 de julio de 1989 (indemnización compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 38. Al declarar que la expresión “justa indemnización” utilizada en el artículo 63.1 de la Convención es “compensatoria y no sancionatoria. Véase también Corte IDH, “Sentencia 21 de julio de 1989 (Indemnización compensatoria)”, *Caso Godínez Cruz*, (Ser. C) No. 8, 21 de julio de 1989, párr. 36.

³⁸ Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 48; Corte IDH, “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)”, *Caso Aloeboetoe y Otros*, 10 de septiembre de 1993, párr. 87.

³⁹ Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 42.

reparación puede ser el producto de la muerte, discapacidad, privación de la propiedad, encarcelamiento u otras restricciones que afecten las posibilidades de percibir ingresos.⁴⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado varios criterios aplicables para el cálculo de los montos a sufragarse como indemnización por lucro cesante, este parte del nivel de ingresos que la víctima habría recibido si no hubiese sido por la violación, esto es, desde el momento de producirse la misma hasta el instante prudente en que pudiera regresar a su trabajo, y en los casos de discapacidad permanente o muerte, hasta que la víctima hubiera llegado a la edad promedio para la esperanza de vida en el país en cuestión (ingresos más beneficios de jubilación).⁴¹ Por ello, el cálculo debe incluir los ingresos reales al momento de producirse la violación o, de no disponerse de ellos, el sueldo mensual mínimo en vigencia en el país o el costo de la canasta familiar básica, el que sea mayor.⁴² En el caso de menores de edad, el lucro cesante se calcula a partir de la fecha en que cumpla dieciocho años, y cuando queda incapacitada después de la edad de jubilación, este se establece sobre la base del sueldo mensual hasta su retiro y los beneficios de jubilación esperados hasta la esperanza de una muerte natural.⁴³ Estos mecanismos deben ser razonados y argumentados por parte de los jueces al momento de ordenar las medidas de reparación, de considerarlas aptas para el caso en concreto.

Hay que mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que el lucro cesante no es meramente un múltiplo del sueldo mensual de la víctima por el número de meses en los cuales no ha podido percibir ingresos, sino la determinación del valor actualizado del ingreso a futuro. Esto se calcula al establecer cuál sería el monto que, invertido a tasas normales de interés, generaría un ingreso mensual que la víctima habría recibido si no hubiera existido la violación. El monto global debe ser obligatoriamente menor a la simple suma de lo que se percibiría mensualmente.⁴⁴

⁴⁰ Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 426.

⁴¹ Corte IDH, “Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”, *Caso El Amparo*, 14 de septiembre de 1996, párr. 28; Corte IDH, “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)”, *Caso Loayza Tamayo*, 27 de noviembre de 1998, párr. 128-9; Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 46.

⁴² Corte IDH, “Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”, *Caso Neira Alegría y Otros*, 19 de septiembre de 1996, párr. 49; Corte IDH, “Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”, *Caso El Amparo*, 14 de septiembre de 1996, párr. 28;

⁴³ Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 46.

⁴⁴ Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 427.

En caso de muerte de la víctima los beneficiarios son los miembros de su familia. Los sucesores y dependientes tienen derecho a recibir lo que hubiese tenido la persona fallecida si no hubiera sido victimada.⁴⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza esta determinación abordando el monto que la persona fallecida habría percibido durante el resto de su vida, invertido a una tasa nominal de interés, a cuya estimación le reduce un cuarto por gastos personales.⁴⁶ Recordemos que estas disposiciones jurisprudenciales tiene efectos en la lógica de la responsabilidad estatal, habrá que analizar cuáles podrían ser las consecuencias hacia las personas naturales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al realizar estos cálculos, asume varios factores, entre ellos la edad y posibilidad de empleo de los sucesores y dependientes. Establece que a los hijos se los debe garantizar la posibilidad de estudiar hasta cierta edad (25 años), posteriormente pueden trabajar.⁴⁷ También se aplica a otros miembros de la familia con posibilidades presentes o futuras para laborar o adquirir ingresos por su cuenta.⁴⁸

En la denominada justa indemnización consta el reembolso de todos los costos y gastos realizados razonablemente como resultado de la violación, esto es, todos los costos legales ejecutados por las víctimas y sus familias en los trámites judiciales y administrativos internos, ante las autoridades estatales, la Comisión y la Corte (honorarios de abogados, costos de la Corte, gastos de investigación, etc.). Los daños materiales a ser compensados incluyen los gastos que las víctimas y sus familias han hecho como respuesta ante violaciones de derechos humanos (gastos médicos, alquileres de vivienda, pertenencias personales, búsqueda de desaparecidos, visitas a familiares en la cárcel, salud y educación de hijos, atención a dependientes, etc.).⁴⁹ Medidas estas –insistimos- que deben ser valoradas por los jueces, en el contexto de la responsabilidad de las personas naturales o en su defecto que deban ser reconocidas por el Estado.

⁴⁵ Corte IDH, “Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”, *Caso Neira Alegría y Otros*, 19 de septiembre de 1996, párrs. 44-45.

Corte IDH, “Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”, *Caso El Amparo*, 14 de septiembre de 1996, párr. 28.

⁴⁷ Corte IDH, “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)”, *Caso Aloeboetoe y Otros*, 10 de septiembre de 1993, párr. 85.

⁴⁸ Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 48.

⁴⁹ Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 432-3.

2.3.4. Daños morales

Las víctimas y sus familias tienen derecho a una reparación que compense los daños morales. Estos daños atañen a la parte psicológica y emocional producto de las violaciones de los derechos humanos. El reconocimiento de las indemnizaciones por daños morales difiere de los daños materiales, en tanto los primeros “deben ajustarse a los principios de equidad”.⁵⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que una víctima de violaciones de derechos humanos ha sufrido daños morales,⁵¹ asimismo, reconoce, aun careciendo de prueba expresa, que la familia inmediata de la víctima (hijos, cónyuge/pareja, padres, hermanos) sufre daños morales, en virtud de lo cual establece la carga de la prueba al Estado, quien debe demostrar que no existen estos daños.⁵² Sin embargo, los denunciantes diferentes a los familiares inmediatos que reclamen indemnización por daños morales están en la obligación de suministrar prueba concreta que justifique su derecho. Esto puede hacerse a través de prueba documental pericial y la prueba de un psiquiatra que haya examinado a los demandantes y pueda rendir testimonio respecto de los efectos psicológicos producidos por la violación en su integridad personal.⁵³

2.4. Las medidas de satisfacción o simbólicas

Se refieren a la identificación de los hechos, la verdad expuesta a conocimiento del público, actos de desagravio, sanciones impuestas a los victimarios, conmemoración y tributo a las víctimas.⁵⁴ Cuando no puede ser reparado, el Estado debe compensar el daño causado a la dignidad de la víctima o sus familiares, reconociendo el derecho vulnerado e identificando a los victimarios.⁵⁵ Esta medida tiene una especial relevancia

⁵⁰ Corte IDH, “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)”, *Caso Loayza Tamayo*, 27 de noviembre de 1998, párr. 125, 129-130, 133.

⁵¹ Corte IDH, “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)”, *Caso Aloeboetoe y Otros*, 10 de septiembre de 1993, párr. 51-52; Corte IDH, “Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”, *Caso El Amparo*, 14 de septiembre de 1996, párr. 36; Corte IDH, “Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”, *Caso Neira Alegría y Otros*, 19 de septiembre de 1996, párr. 57; Corte IDH, “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)”, *Caso Loayza Tamayo*, 27 de noviembre de 1998, párr. 138.

⁵² Corte IDH, “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)”, *Caso Loayza Tamayo*, 27 de noviembre de 1998, párrs. 140-143; Corte IDH, “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)”, *Caso Aloeboetoe y Otros*, 10 de septiembre de 1993, párr. 54.

⁵³ Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 51.

⁵⁴ Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 174-5.

⁵⁵ Escudero Soliz, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral”, 276-7.

en las aspiraciones de la víctima, en tanto, requiere el procesamiento judicial y la sanción al victimario como parte de su derecho a la verdad, independientemente de otros actos de conmemoración al difunto y sus familias.

El derecho que tiene la víctima a recibir reparación efectiva no culmina con el restablecimiento a su condición anterior (restitución, compensación y rehabilitación) sino inclusive tiene derecho a medidas de reparación de carácter general o colectivo con el objeto de reivindicar la autoridad de la ley, aceptar responsabilidad, establecer la verdad y restituir el honor y dignidad de las víctimas y sus familias. Así, la satisfacción es el mecanismo reparatorio de tipo moral o colectivo que se otorga por medio de medidas simbólicas u otras de reparación diferentes a las pecuniarias⁵⁶, destinadas a generar complementarias satisfacciones a las víctimas.

El Estado puede ejecutar una extensa gama de medidas destinadas a procurar la satisfacción. Según los principios de reparación e impunidad esgrimidos por la ONU, pueden ser: para cesar las violaciones existentes; verificación de los hechos y difusión pública amplia de lo sucedido; declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos legales de la víctima y de las personas que tengan vínculos con ella; una disculpa, que incluya reconocimiento público de los hechos y aceptación de responsabilidad; aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; conmemoraciones y homenajes a las víctimas; e inclusión en los manuales de enseñanza sobre derechos humanos, así como en los manuales de historia, de una versión fiel de las violaciones cometidas.⁵⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, para materializar las medidas de satisfacción, habitualmente ordena al Estado que investigue las circunstancias que involucran la violación, que identifique y sancione a los responsables de acuerdo con la ley.⁵⁸ También, en caso de una violación que produzca muerte o desaparición, ordenará al Estado que haga todos los esfuerzos posibles para ubicar e identificar los cuerpos de las víctimas a efectos de entregarlos a sus familiares.⁵⁹ La Corte Interamericana de

⁵⁶ Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 435.

⁵⁷ Ver Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los Derechos Humanos y el Derecho humanitario a obtener reparación, 2005.

⁵⁸ Corte IDH, "Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones)", *Caso El Amparo*, 14 de septiembre de 1996, párr. 63; Corte IDH, "Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Reparaciones)", *Caso Neira Alegría y Otros*, 19 de septiembre de 1996, párr. 61; Corte IDH, "Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)", *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párrs. 32-35.

⁵⁹ Corte IDH, "Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Reparaciones)", *Caso Neira Alegría y Otros*, 19 de septiembre de 1996, párr. 69; Corte IDH, "Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)", *Caso Aloboetoe y Otros*, 10 de septiembre de 1993, párr. 109; Corte IDH, "Sentencia

Derechos Humanos ha referido que la sustanciación y resolución del juicio respecto del fondo representa una satisfacción adecuada.⁶⁰ Vale decir, que el Estado tiene la obligación de dotar de todos los recursos de orden jurídico y de infraestructura consignados para la efectivización de una adecuada administración de justicia, que lógicamente debe estar direccionada a la protección de las víctimas.

2.5. Las garantías de no repetición

Acorde con el Derecho Internacional, las garantías de no repetición se circunscriben a evitar que los hechos se repitan. Estas garantías asumen el carácter de prevención en tanto están orientadas a asegurar que las víctimas no deben volver a serlo y para eliminar las circunstancias que condujeron a las violaciones, supliéndolas con instituciones, políticas y leyes reformadas que den eficacia a la protección de los derechos. Por ello, las garantías de no repetición están vinculadas a las disposiciones que determina el Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la cual los Estados se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas y de otra índole necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en el referido tratado internacional.⁶¹ Por ello, el Estado tiene la obligación de implementar las correspondientes políticas públicas en su misión de evitar la reproducción de la violación de los derechos humanos y de esta forma proteger y garantizar los derechos de las víctimas.

A través de las garantías de no repetición se busca asegurar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones, por una parte, y por otra conlleva la implementación de reformas judiciales, institucionales, legales, cambios en los cuerpos de seguridad, promoción y respeto de los derechos humanos, destinados a impedir la repetición de las violaciones.⁶²

Las medidas de reparación precedentemente examinadas en forma individual, adquieren una representación de integralidad en el ámbito interno y externo. La integralidad interna porque supone que los criterios y su materialización tienen

de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)", *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 181; Corte IDH, "Sentencia 2 de enero de 1989", *Caso Godínez Cruz*, (Ser. C) No. 8, 21, párr. 191.

⁶⁰ Corte IDH, "Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)", *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 36; Corte IDH, "Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)", *Caso Loayza Tamayo*, 27 de noviembre de 1998, párr. 158.

⁶¹ Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 437.

⁶² Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 174-5.

conexión con su sentido, y la externa, entre las diferentes medidas, porque el significado que obtienen es interdependiente de su relación.⁶³

La capacidad para materializar las medidas de reparación serán las que determinen su efectividad. Este cumplimiento trae consigo aspectos de orden cualitativo, entre ellas, el trato a las víctimas, su consonancia para hacerlas integrales y efectivas, cometido para el cual se requiere la activa participación de las víctimas, a efectos de que sean satisfactorias y adecuadas a sus necesidades. Esta participación presume una esfera incluyente y con la voluntad no solo de cumplir con la sentencia o el acuerdo, sino para escucharlas y asimilar sus perspectivas en la definición de la reparación.⁶⁴ Los Estados deben abrir espacios en la relación con las víctimas desde una perspectiva en la fase de cumplimiento, a efectos de otorgar información sobre el proceso, afrontar dificultades, inclusive escuchar sus percepciones, demandas e ideas destinadas a mejorar y dar más sentido a esta reparación.⁶⁵

La perspectiva desde la que se examina el impacto de las medidas de reparación tiene estricta correlación con el propio proceso de las víctimas. Ciertamente, la reparación es responsabilidad del Estado, sin embargo, las medidas deberían crear los escenarios adecuados para que las víctimas participen vivamente desde una posición activa en su propio proceso de reconstrucción y, a su vez, para retomar el control de sus vidas, en la fase de litigio y en la de cumplimiento.⁶⁶ Por ello, la reparación a cargo del Estado demanda un cambio de actitud y trato hacia la víctima, sin restringirse al cumplimiento de manera mecánica de los indicadores.⁶⁷

La definición de las medidas de reparación en determinadas sentencias o acuerdos, respecto a su efectividad o cumplimiento, encuentra varios problemas, algunos de ellos podrían contrarrestarse si estuvieran mejor definidos en la fase previa. Estas soluciones pueden ser: las diferentes interpretaciones de las medidas por las partes; el nivel de los recursos existentes para efectivizarlas; la forma definida en cómo se desarrolla la medida de reparación. Con ello, las medidas pueden determinar su grado de efectividad, inclusive el origen de la frustración, conforme se atiende a su sentido, se

⁶³ *Ibíd.*, 175.

⁶⁴ *Ibíd.*, 180.

⁶⁵ *Ibíd.*, 181.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ *Ibíd.*, 182.

consideren los objetivos y el grado de cumplimiento o de dificultades para su materialización.⁶⁸

Respecto de las medidas de reparación la comunidad internacional demanda que estas sean revestidas de criterios más específicos a la hora de su definición, no obstante, hay que reconocer que para los juzgadores las dificultades son altas, pese a los avances. Se dice que la dificultad de expresar criterios más claros se relaciona con la precisión de una sentencia o un acuerdo, y las razones relativas a la valoración de los casos y el grado de uniformidad posible (determinación del monto de las indemnizaciones). Hay quienes señalan la relevancia de una mayor uniformidad, sin perjuicio de los criterios particulares en función del caso, la víctima, los hechos y contextos diferentes e inclusive se plantean problemas operativos en la concreción de los posibles cambios.⁶⁹ Al respecto se dice que:

Es deseable que la Corte Interamericana de Derechos Humanos alcance mayores niveles de explicación sobre el porqué de sus medidas reparatorias, en especial cuando se trata de las indemnizaciones por el daño inmaterial. Paradójica y contemporáneamente, no sería recomendable que la Corte utilizara criterios únicos que pudieran dar la idea de una “tasación” de los derechos. La determinación de las reparaciones plantea una dialéctica muy compleja. Es sin duda un punto clave de la decisión de la Corte, porque va a imponer obligaciones concretas a cargo del Estado que tendrían que coadyuvar y promover un cambio de relación entre este y las víctimas.⁷⁰

Mientras tanto, la Corte debe intentar resolver esa dialéctica preservando la naturaleza del método jurídico, el Estado debe acentuar su propia conciencia de ser un ente instrumental, y cuya razón de ser -en términos jurídicos- no es otra que la protección de la persona humana.

3. Criterios de adecuación

La reparación integral como dispositivo de protección a las víctimas está garantizado tanto en la Constitución de la República como en el Código Orgánico Integral Penal, razón por la que, a partir de los conceptos teóricos, las sentencias analizadas y entrevistas realizadas, es oportuno determinar si el mecanismo de la reparación integral cumple con los requisitos de adecuación y eficacia.

⁶⁸ *Ibíd.*, 182 y 183.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*, 183-4.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que para garantizar el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales no es suficiente con que los recursos judiciales respectivos se encuentren establecidos de modo expreso en la Constitución o en la ley, o con que sean formalmente admisibles, sino que deben ser adecuados y eficaces, a efectos de determinar si se han violado estos derechos y adoptar las medidas necesarias que permitan restablecer su ejercicio. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que un recurso es adecuado si, dentro del derecho interno es “idóneo para proteger la situación jurídica infringida”,⁷¹ en tanto que su eficacia implica que su funcionamiento debe ser “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”.⁷² Para el ejercicio pleno de los derechos es necesario que el Estado construya las condiciones necesarias para su seguridad, esto es, que otorgue los órganos, medios y desarrolle procedimientos sencillos y efectivos.

El objetivo cardinal de la reparación integral -como un recurso- es remediar, compensar, indemnizar los daños ocasionados a la víctima producto del cometimiento de un delito. Así, el fundamento de la existencia de recursos adecuados determina que el Estado debe tener la oportunidad de reparar por sus propios medios, la situación jurídica infringida, para alcanzar ese resultado.⁷³

Los criterios de adecuación de la reparación integral conllevan la creación de las condiciones necesarias para su materialización de conformidad con derechos y principios constitucionales, en particular aquellos relativos a la dignidad de la persona, razonabilidad y proporcionalidad. Las obligaciones de los Estados no terminan con la dotación de los recursos, tienen la responsabilidad de crear las condiciones necesarias para que los derechos se materialicen, entre estas están las de remover los obstáculos, aunque no procedan de las normas internas, sino de la estructura y cultura social.⁷⁴

En materia de derechos humanos, en particular respecto a la reparación integral, el Estado no debe limitarse a no incurrir en conductas violatorias de estos derechos, debe promover acciones positivas, que serán todas aquellas ineludibles que posibiliten

⁷¹ Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párrs. 64-66.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Héctor Faúdez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004), 303.

⁷⁴ Cecilia Medina, “El derecho internacional de los derechos humanos”, en *Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Cecilia Medina y Jorge Mera (eds.) (Santiago: Universidad Diego Portales, 1996), 45.

que todos sus habitantes puedan ejercer sus derechos. Desde esa perspectiva, la originaria obligación del Estado es asegurar que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, hacer una minuciosa revisión de su legislación interna para eliminar las divergencias que puedan existir entre esta y las normas internacionales, es decir, debe haber un proceso de adecuación.⁷⁵

Conforme al Derecho Internacional un Estado es responsable por los actos de sus agentes. Se vulnera el deber de respetar cuando un órgano, un funcionario, una entidad pública o una persona que actúa prevalida de los poderes que despliega por su carácter oficial, participa, autoriza o actúa en complicidad con actos u omisiones que incidan en el goce de los derechos protegidos “aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”.⁷⁶

Conforme al Art. 2, los Estados Parte se comprometen a armonizar la legislación interna con la Convención Interamericana de Derechos Humanos “estableciendo un sistema legal que funcione apropiadamente para prevenir” la violación de los derechos protegidos. Cuando un Estado carece de legislación interna necesaria para evitar la violación de estos derechos, o cuando exista esta pero sea inadecuada para la prevención efectiva de posibles violaciones, cualquier daño concreto a esos derechos -sea cometido por la autoridad pública o por terceros- puede imputarse al Estado para establecer la responsabilidad estatal según los artículos 1.1 y 2 de la Convención.⁷⁷ El deber de prevenir requiere que los Estados Parte eliminen activamente todo obstáculo estructural que impida el disfrute de los derechos humanos.

El deber de *garantizar* obliga a los Estados a que todas las personas disfruten de un contenido mínimo esencial de los derechos protegidos. Los Estados Parte están obligados “independientemente del nivel de desarrollo económico, a garantizar un umbral mínimo de esos derechos”.⁷⁸

⁷⁵ *Ibíd.*, 44.

⁷⁶ Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párrs. 169 al 172; Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina y el Caribe, párr. 28, adoptada el 24 de julio de 1998.

⁷⁷ CIDH. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993 (Ser. A) No. 13 (1993), párrs. 26 y 27.

⁷⁸ CIDH INFORME ANUAL 1993, *supra* nota 20, p. 524.

4. Contenidos de eficacia

Una interpretación concordante de la Constitución con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos induce a concluir que toda persona tiene el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener la protección de sus derechos a través de mecanismos sencillos, rápidos y efectivos que permitan alcanzar dicha protección.⁷⁹

El Art. 25 (1) de la Convención Americana dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)”. Esta norma incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales, no siendo suficiente que el ordenamiento jurídico del Estado reconozca el recurso en cuestión, sino que desarrolle las posibilidades de un recurso efectivo y que este sea substanciado conforme a las reglas del debido proceso legal.⁸⁰ Si estos mecanismos no existen, o no son idóneos ni efectivos, vulneran el derecho a la protección judicial de los derechos constitucionales.

La reparación integral está destinada a garantizar -en lo posible- el restablecimiento efectivo de los derechos afectados a las víctimas. El acceso formal relacionado con la disponibilidad de recursos tiene por objeto defender la supremacía constitucional dirigida al respeto a los derechos, toda vez que es deber del Estado: “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”, además, asumiendo que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”; obligaciones éstas que deben concretarse mediante las garantías jurisdiccionales, sencillas, rápidas y eficaces.⁸¹

La eficacia de la justicia -incluida la reparación integral- es la garantía esencial para salvaguardar la integridad del ser humano, sus derechos y sus libertades fundamentales. Es una obligación estatal que requiere de esfuerzos de racionalidad en la aplicación del debido proceso, de capacidad para el ejercicio de la administración de

⁷⁹ Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989.

⁸⁰ Informe Anual de la CIDH, 1999. Vol. 1, párr. 257.

⁸¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Arts. 3.1, 11.9 y 86.2.

justicia y de recursos técnicos y financieros óptimos.⁸² Estos derechos suponen relaciones de los individuos entre sí y de estos con el Estado, por lo que su protección y promoción es una obligación concreta de carácter nacional de responsabilidad estatal. La eficacia interna para la defensa de los derechos requiere de una legislación adecuada y una magistratura independiente, prever y hacer respetar garantías y recursos individuales y establecer instituciones democráticas.⁸³

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no termina con la existencia de un orden normativo destinado a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, requiere de una conducta gubernamental que asegure la existencia material de una eficaz garantía de libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, es decir, que el Estado establezca los órganos y procesos correspondientes para hacer efectivas las garantías y recursos. Cabe indicar que el recurso “(...) puede volverse ineficaz si se lo subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados o no se aplica imparcialmente”.⁸⁴

5. La reparación integral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 el Ecuador asumió el modelo de “Estado constitucional de derechos y justicia”, en virtud de lo cual amplió el catálogo de derechos y fortaleció las garantías destinadas a materializar de manera efectiva los derechos impregnados en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En este cometido se implementó el derecho-garantía a la reparación integral, mediante la cual toda persona tiene la facultad para pedir el resarcimiento de sus derechos -en la medida de lo posible- como consecuencia de la violación de sus derechos previstos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En este contexto, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 78 prescribe:

⁸² Ligia Galvis Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos* (Bogotá: Ediciones Aurora, 2005), 141.

⁸³ Centro de Derechos Humanos, Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra; Campaña Mundial pro Derechos Humanos; Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Folleto Informativo No. 19.

⁸⁴ Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párr. 66.

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 les 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*⁸⁵.

De su parte, el Código Orgánico Integral Penal, en sus artículos 77 y 78 respectivamente, dispone lo siguiente:

Reparación integral de los daños.- La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.⁸⁶

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.

Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son:

1. La restitución.- Se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad, así como al restablecimiento de los derechos políticos
2. La rehabilitación.- Se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica, así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.
3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales.- Se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.
4. Las medidas de satisfacción o simbólicas.- Se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.
5. Las garantías de no repetición.- Se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género⁸⁷.

⁸⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 78.

⁸⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, arts. 77-78.

⁸⁷ *Ibíd.*

Como se puede observar, los mandamientos normativos relativos a la reparación integral dispuestos tanto en la Constitución de la República como en el Código Orgánico Integral Penal se remiten o acogen las definiciones y los mandatos jurisprudenciales desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al respecto.

En el ámbito jurisprudencial ecuatoriano, la Corte Constitucional ha determinado que:

La reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos. De esta forma, se logra que las garantías constitucionales no sean vistas como simples mecanismos judiciales, sino como verdaderos instrumentos con que cuentan todas las personas para obtener del Estado una protección integral de sus derechos.⁸⁸

Asimismo, el máximo órgano constitucional ha señalado que la reparación integral guarda trascendencia, en tanto se erige en un derecho constitucional y humano, cuya misión fundamental es volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho, si es posible, caso contrario, el fin es subsanar el daño causado, a través del resarcimiento material o inmaterial en sus diferentes formas, entre ellas la reparación económica.⁸⁹

Retomando, corresponde precisar el alcance normativo previsto en el artículo 77 del COIP, por el cual, se determina que la materialización de la reparación integral debe regirse por las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado, lo cual, indiscutiblemente que es conveniente para efectivizar adecuadamente los derechos de las víctimas.

En relación al parámetro de la verificación de las características del delito, tiene capital importancia a efectos de determinar si su consumación o tentativa responde a una acción u omisión del victimario (actor del delito) así como las diferentes circunstancias previas, en o posteriores al delito, mismas que generan diversos efectos (acción penalmente relevante; disvalor de acción, disvalor del resultado; materiales o formales; de resultado o de mera actividad; etc.), y que por supuesto estas condiciones imprimen diferentes responsabilidades, las cuales obviamente deben tener incidencia al

⁸⁸ Ecuador, Corte Constitucional, "Sentencia" en *Caso No. 0015-10-AN*. 13 de junio de 2013.

⁸⁹ Ecuador, Corte Constitucional, "Sentencia" en *Caso No. 1635-12-EP*. 20 de abril de 2016

momento de dictar las medidas reparatorias. Así por ejemplo, las medidas reparatorias deben tener diferente incidencia para casos de muerte que para una tentativa o que el delito sea doloso o culposo.

Respecto del segundo elemento, el bien jurídico afectado, trasciende, en tanto, el juzgador debe valorar argumentadamente su identidad y consecuencias que producen en la víctima (incluidos sus familiares) para a partir de este acto intelectual direccionar las medidas reparatorias que considere adecuadas y eficaces para su bienestar. Verbigracia, las medidas de reparación para un caso de violación deben ser diferentes a las de casos de robo, tortura o muerte. De manera que aquí juega un rol importante el bien jurídico objeto de protección (vida, salud, libertad, indemnidad, patrimonio, administración pública, etc.) para los efectos de determinar la reparación integral.

Finalmente, el parámetro del daño ocasionado, que podría considerarse la dimensión o la cuantificación del delito para efectos del establecimiento de la reparación, tiene incidencia en el ejercicio intelectual de los jueces, quienes tienen la obligación de justipreciar los menoscabos causados a las víctimas y sus consecuencias, para a partir de ello, determinar las medidas de carácter reparatorio. En este sentido, no es lo mismo reparar a una persona que ha sufrido un robo sin lesiones que para el homicidio de un padre de familia con cinco hijos o que se establezca una indemnización económica por muerte en tránsito a un empresario conductor de un Mercedes Benz del año que a un chofer de un taxi.

Ahora, conviene destacar que las infracciones en materia de Tránsito y Seguridad Vial según el Art. 371 del COIP, determina que tienen el carácter de culposo, es decir, cuando la persona infractora incumple el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde y produce un resultado dañoso, de acuerdo a lo establecido en el Art. 27 *ibídem*.

Sobre esta base, cabe advertir que las infracciones de Tránsito inclusive aquellas que producen la muerte de una persona, son culposas, y por lo tanto, gozan de un tratamiento penal diferente al doloso, razón por la que estos efectos también deben ser trasladados al momento de dictar las medidas reparatorias, conforme lo dispuesto en los Arts. 77 y 78 del COIP.

A partir de los mandamientos normativos y jurisprudenciales nacionales e internacionales expuestos anteriormente, en el siguiente capítulo, se pasará a realizar el análisis fáctico o empírico, proceso que permitirá verificar la materialización o no de los parámetros de adecuación y eficacia de la reparación integral.

Capítulo segundo

La reparación integral: cómo resuelven los jueces de tránsito con jurisdicción en el Distrito Metropolitano de Quito en los delitos con muerte (período 2016)

En el presente capítulo se procederá a realizar el análisis de los datos empíricos recolectados y que tienen relación con la revisión del texto de las sentencias y de las entrevistas hechas a diferentes jueces de tránsito⁹⁰, a catedráticas universitarias especialistas en la materia y a las víctimas, ejercicio a través del cual se determinarán las tendencias o comportamientos en el cumplimiento adecuado y eficaz de la reparación integral y sus diferentes mecanismos que la conforman.

Se ha recurrido fundamentalmente a la recolección y posterior análisis de las sentencias emitidas por los jueces de tránsito con jurisdicción en el Distrito Metropolitano de Quito (Unidad Judicial La Pradera), durante el período 2016, en los delitos con muerte. Para este cometido se han escogido las sentencias dictadas por los jueces con mayor antigüedad y que ejercen sus labores en la antes referida Unidad Judicial de Tránsito, a partir de lo cual se determina cuáles son las tendencias o los mecanismos a los que recurren los juzgadores para ordenar la reparación integral a favor de las víctimas.

Para confrontar el examen de las sentencias se recurrió a la entrevista abierta de los señores jueces que emitieron las mismas, y de otros juzgadores de cuya actividad se recogió criterios adicionales respecto de las decisiones judiciales asumidas en relación a la reparación integral, a partir de lo cual proporcionaron agregados elementos de juicio, los cuales permitieron solventar los alcances de sus decisiones judiciales sobre esta temática.

A efectos de dotar de interdisciplinariedad a la presente investigación se recurrió a realizar entrevistas abiertas a dos distinguidas catedráticas de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, quienes con sus amplios conocimientos en el área del Derecho, en particular sobre el tema de la reparación integral, hicieron significativos

⁹⁰ El número de sentencias revisadas y analizadas fue de doce (12) decisiones judiciales. Importante enfatizar, que las juezas y jueces accedieron a conceder las entrevistas, previo el condicionamiento de que se omitan en la presente investigación sus identidades, razón por la cual, se procedió a identificarlos a cada uno de ellas/os a través de una numeración.

aportes teóricos y fácticos concernientes a la temática de la adecuación y eficacia, así como las conceptualizaciones y alcances de esta institución jurídica.

En este cometido fáctico fue imprescindible contar con la intervención de las víctimas, para lo cual se consideró recurrir a la entrevista abierta de la presidenta de la Fundación CAVAT-Nicole Paredes (Centro de Apoyo a Víctimas de Accidentes de Tránsito), quien en su calidad de víctima y con su amplia experiencia en la atención a otras víctimas, mantiene un constante diálogo y apoyo a las mismas, a partir de lo cual, se pudo conocer de sus angustias, aflicciones, necesidades, aspiraciones, inconformidades, desazones, etc., que permitieron establecer aserciones en relación con el cumplimiento eficaz o no de la reparación integral.

Cabe dejar sentado que la actividad de recolección de los insumos-sentencias en la Unidad Judicial de Tránsito La Pradera del Distrito Metropolitano de Quito tuvo muchas dificultades, esto debido a la falta de apertura y colaboración por parte de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha y de algunos funcionarios de la referida Unidad Judicial, que impidieron el acceso a la información pública, desconociendo las normas constitucionales y legales que garantizan este derecho, situaciones estas que tuvieron denotada incidencia para el desarrollo y finalización de la presente investigación académica.

Una vez obtenida la información de los datos de los procesos judiciales, inmediatamente se recurrió al sistema SATJE a efectos de acceder al contenido de las sentencias, para posteriormente realizar el análisis de las mismas, poniendo especial énfasis en los mandamientos ordenados por los jueces de tránsito en lo relacionado con la reparación integral.

El examen de las sentencias tuvo como finalidad determinar cuál o cuáles de los mecanismos que conforman la reparación integral fueron adoptados y ordenados por los juzgadores en sus resoluciones a favor de las víctimas, en su objetivo de devolver las cosas al estado anterior al delito, análisis del cual establecer si las mismas garantizan los criterios de adecuación y eficacia.

A partir del análisis fáctico de las sentencias y respecto de la reparación integral se pudo obtener los resultados que se presentan en los siguientes subtítulos.

1. Respecto de la restitución

La restitución representa el mecanismo por el cual se busca restablecer la situación previa de la víctima, que en sentido estricto tiene que ver con la reposición de derechos, el retorno a su lugar de residencia, la devolución de bienes y el empleo,⁹¹ entre otras. Puede considerarse que la restitución es el dispositivo macro que engloba casi todas las formas de reposición a favor de las víctimas.

En este contexto, puede afirmarse que los jueces de tránsito, en forma generalizada, asimilan que este mecanismo se encuentra materializado exclusivamente a través del pago de una indemnización económica -acordada previamente entre victimario y víctimas-, la misma que posteriormente es introducida y legalizada a través del texto de la sentencia.

Llama la atención que el acuerdo y entrega de una determinada cantidad de dinero, a manera de indemnización –que oscila entre USD 2 000 a 10 000- deba ser asumida por el juzgador como reparación integral y, consecuentemente, como una forma de restitución, sin que se evidencie otro componente que se oriente a proteger otros derechos o satisfacción de los intereses de las víctimas, únicamente se asume que con la entrega pecuniaria de dinero se encuentran satisfechas todas las obligaciones para con las víctimas.

No obstante, es importante destacar que frente a este proceder generalizado de los juzgadores existen dos tipos jueces -uno en mayor medida- que en sus sentencias adoptan varios otros mecanismos que conforman la reparación integral, específicamente, de orden rehabilitador como las atenciones médicas y psicológicas, de carácter simbólico, a saber, las disculpas públicas, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, así como la enseñanza y difusión de la verdad histórica; y también en el ámbito de las garantías de no repetición, entre ellas el trabajo comunitario y la asistencia a seminarios o cursos de capacitación profesional y social (en adelante jueces de minoría), de acuerdo con la especificidad de cada caso en concreto.

Significa entonces que los jueces asimilan que el mecanismo de la restitución se encuentra cristalizado a través del pago de una determinada cantidad de dinero y alguna otra medida a favor de las víctimas, sin que se evidencie la determinación de otras obligaciones destinadas a cubrir las necesidades de las víctimas del delito.

⁹¹ Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 174-5.

2. Respeto de la rehabilitación

La rehabilitación tiene como objetivo el otorgamiento de efectivos cuidados médicos en los que se incluyen los servicios psicológicos y psiquiátricos a las víctimas y a sus familias, destinados a obtener el restablecimiento, en la medida de lo posible, de su bienestar físico y mental, cuya obligación jurídica es de competencia de los Estados,⁹² en la que se incluye la concesión de indemnizaciones para futuros costos de rehabilitación para las víctimas y sus familias.⁹³

Este mecanismo integrante de la reparación integral es ignorado y no ordenado por la mayoría de los jueces, únicamente ha sido dictado por uno de los juzgadores (sin asegurarse de su cumplimiento o de su realización parcial o insuficiente) mediante sentencia a favor de las víctimas, asumiendo los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el caso en concreto.

3. Respeto de las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales

Conviene destacar que la indemnización se refiere a la compensación monetaria por daños y perjuicios, en los que se incluyen el daño material tanto físico como moral (miedo, humillación, estrés, problemas mentales, reputación).⁹⁴

Este mecanismo de la reparación integral es asumido por los jueces exclusivamente mediante el pago de una cantidad de dinero a favor de la víctima, aprobándose en sentencia bajo la denominación reparación integral, sin que se haga conocer o se detalle su composición, con excepción del juez de los jueces de minoría que estipulan otras medidas que conforman la reparación integral.

En efecto, en las sentencias no se hace constar que el pago pecuniario a la víctima -ínfimo o cuantioso- sea producto de un análisis reflexivo y fáctico de las necesidades de las familias de la persona fallecida y que corresponden a una justa indemnización en relación con los daños materiales o morales causados, o de ambos, que indudablemente requieren ser reparados.

En las sentencias no existe constancia de que los juzgadores hayan requerido o que valoren documentos probatorios a partir de los cuales se pueda establecer la

⁹² Corte IDH, Informe No. 49/97, Caso 11.520, Tomás Porfirio Rondín (México) supra nota 86, párr. 105.

⁹³ Corte IDH, “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)”, *Caso Loayza Tamayo*, 27 de noviembre de 1998, párr. 129.

⁹⁴ Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 174-5.

apreciación de los daños materiales e inmateriales y sus posibles resarcimientos a favor de las víctimas, tan solo se constriñen a considerar que la entrega de dinero a estas últimas tiene el carácter de indemnización, en las que están incluidas todas las medidas que conforman la reparación integral.

4. Respeto de las medidas de satisfacción o simbólicas

Las medidas de satisfacción o simbólicas hacen relación a la identificación de los hechos, la verdad expuesta a conocimiento del público, actos de desagravio, sanciones impuestas a los victimarios, conmemoración y tributo a las víctimas.⁹⁵ Cabe indicar que cuando no se puede reparar el Estado debe compensar el daño causado a la dignidad de la víctima o sus familiares reconociendo el derecho vulnerado e identificando a los victimarios.⁹⁶

De acuerdo con estos postulados, se dirá que esta medida es cumplida por todos los jueces, en tanto se emite la correspondiente sentencia a través de la cual se sanciona al victimizador, particularmente con la pena privativa de la libertad de este y con el denominado pago económico que los juzgadores lo sienten como una ‘apropiada’ reparación integral.

Vale decir que estas medidas de satisfacción o simbólicas son asumidas y materializadas por los jueces con la sentencia, por la cual se impone la sanción al delincuente o victimizador, misma que adquiere el carácter de pública y, por lo tanto, puede conocer toda la comunidad, a partir de lo cual se puede considerar como una conmemoración y tributo a las víctimas.

Importante destacar la excepción que representan las sentencias dictadas por los jueces de minoría, en las cuales, por una parte, se hacen constar algunas medidas simbólicas -enunciadas precedentemente- como parte de la reparación integral, en tanto que el otro juez consigna varias medidas simbólicas no como parte de la reparación sino como obligaciones a cumplirse para la obtención de la rebaja de la pena. No obstante, es encomiable su valoración de las medidas simbólicas dispuestas para satisfacción de las víctimas y de la comunidad en general.

⁹⁵ *Ibíd.*, 174-5.

⁹⁶ Escudero Soliz, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral”, 276-7.

5. Respeto de las garantías de no repetición

Las garantías de no repetición tienen como objetivo evitar que los hechos se repitan. Estas medidas son de carácter preventivo y por ello se dirigen a asegurar que las víctimas no deben volver a serlo, así como para eliminar las circunstancias que condujeron a las violaciones, reemplazándolas con instituciones, políticas y leyes reformadas que den eficacia a la protección de los derechos.⁹⁷ Es decir, mediante estas medidas se pretende asegurar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones y que se implementen las reformas judiciales, institucionales, legales, cambios en los cuerpos de seguridad, promoción y respeto de los derechos humanos, destinados a impedir la repetición de las violaciones.⁹⁸

En el análisis fáctico realizado no se encuentra que los jueces hayan tomado la decisión judicial dirigida para que se cumplan una o varias gestiones que conforman las garantías de no repetición -exceptuando la sentencia de uno de los jueces de minoría, en la que sí se dispone una o algunas de estas- en su cometido de prevención, de evitar el apareamiento de nuevas víctimas, consecuencia del cometimiento de delitos.

Pese a que los jueces en sus sentencias dictan medidas que se aproximan a la configuración de garantías de no repetición, sin embargo, estas no adquieren la representación de tales, quizá porque la mayoría de ellas son medidas de carácter institucional cuya responsabilidad corresponde al Estado.

Este puede ser uno de los factores por los cuales los juzgadores se contienen y evitan ordenar las medidas de no repetición, toda vez que la mayoría de ellas no son inherentes o de cumplimiento por parte de la persona natural.

6. Análisis de las entrevistas realizadas a jueces de tránsito, especialistas y víctimas

Se han hecho entrevistas a personas que pertenecen a los tres grupos relacionados con el tema de investigación de esta tesis.

6.1. Entrevistas a los jueces de tránsito

A efectos de confrontar los datos obtenidos de la revisión de las sentencias dictadas por los jueces respecto de la reparación integral, se recurrió a la entrevista abierta de las referidas autoridades, así como de otros juzgadores con asiento en la

⁹⁷ Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 437.

⁹⁸ Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 174-5.

Unidad Judicial de Tránsito La Pradera, del Distrito Metropolitano de Quito, específicamente en lo relativo a sus apreciaciones sobre la representación que tiene la reparación integral bajo los criterios de adecuación y eficacia, previamente explicados, de su contenido y alcance conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, se procederá a puntualizar las principales conceptualizaciones que al respecto realizaron los jueces, otorgándole a cada uno de ellos una numeración, a fin de evitar revelar sus identidades.

El juez 1. Respecto de la adecuación, considera que se debe reformar el COIP en lo relacionado con la reparación integral, toda vez que deben existir orientaciones claras y precisas para el establecimiento de las indemnizaciones, y de esta forma evitar la discrecionalidad.

Asume que las normas que disponen la reparación integral no son precisas y, por lo tanto, se deben reformar. En este sentido, determina que el texto normativo sobre la reparación no es adecuado (no hace análisis del porqué, sino respecto de su aplicación) porque no existen parámetros para establecer las indemnizaciones.

Considera, asimismo, que las disposiciones normativas establecidas en el COIP sobre la reparación integral no están destinadas para cumplir con las aspiraciones de la víctima, en razón de que no toman en cuenta las reales situaciones familiares, económicas, número de hijos, vivienda, escolaridad, etc., situaciones estas que también deben ser observadas en la persona del infractor o victimizador.

En lo relativo con la eficacia de la reparación integral, establece que esta se materializa con sujeción a las normas previstas para el efecto, con el correspondiente sustento en el acervo probatorio constante dentro del proceso. No aplica en todos los casos los mismos mecanismos que conforman la reparación, sino conforme a las pruebas. Manifiesta que las sentencias en las que se incluye la reparación integral son ordenadas para cumplirlas y no para evadirlas.

Dice que la mejor forma para hacer eficaz la reparación es que la víctima y el victimario lleguen a acuerdos voluntarios previos, y que de esta forma queden satisfechas las aspiraciones de cada uno de ellos, que generalmente se traducen en un pago monetario a manera de indemnización, las mismas que son incluidas en el texto de la sentencia.

Sobre esta base, considera que un alto porcentaje (90%) de sus sentencias son cumplidas y efectivizadas, debido -reitera- a que estas son decididas por las partes directamente involucradas, esto es, víctima y victimario.

Manifiesta que no cabe realizar análisis teóricos de lo que representa la adecuación y eficacia de la reparación integral para su materialización, sino que estas deben sujetarse a lo fáctico, y eso se demuestra a través de sus sentencias. Concibe, igualmente, que en los delitos culposos (tránsito) no debe haber repetición, pero sí debe haber las disculpas.

Manifiesta que se debe reformular el criterio normativo relativo a que en caso de un accidente producido por un transporte público la responsabilidad es solidaria, en tanto que para el transporte privado no existe esta responsabilidad.

Aduce que la disposición normativa relativa a la reparación integral debe ser reformulada porque no atiende las reales necesidades de las víctimas, y por otra afirma que sus sentencias tienen un alto grado de eficacia, teniendo en consideración que la reparación es decidida por la víctima y victimario (que se restringe al pago de una indemnización económica) y por ello se satisfacen las expectativas mutuas de aquellos.

El juez 2. Considera que los conceptos teóricos que definen la reparación integral respecto de su adecuación y eficacia no tienen mayor trascendencia, sino más bien que debe respetarse la disposición normativa dispuesta en el COIP, y a partir de ello tratar de atender lo más efectivamente posible las necesidades de las víctimas.

En este contexto, manifiesta que el juez tiene la discrecionalidad para determinar la reparación integral, en particular en lo referente a las indemnizaciones materiales e inmateriales, siendo indispensable para ello sí, que se establezcan topes o máximos (bandas) para su eficaz cumplimiento.

Determina que al dictar una sentencia esta no debe ser concebida como una forma de venganza sino una forma para equilibrar a la sociedad. En este sentido, dice que los delitos de tránsito son culposos, por lo tanto, los parámetros para la reparación integral, en particular para las indemnizaciones, deben ser diferentes a los establecidos para los delitos dolosos.

Dice que las indemnizaciones por delitos de tránsito con muerte se establecen de acuerdo con los gastos justificados (pruebas) y, además, que tiendan a ser realizables, para lo cual se hace necesaria la discrecionalidad del juez, sometido a la lógica y el equilibrio.

Considera que la reparación integral debe atender prioritariamente las aspiraciones de la víctima, pero también del victimizador, por ello él, como autoridad, promueve el arreglo extrajudicial de las víctimas, a partir de lo cual se pueden satisfacer las aspiraciones de cada uno de ellos, acorde a sus realidades socioeconómicas.

Determina que los mandatos de reparación integral son dictados para ser cumplidos. Por ello asume que el acuerdo (habitualmente económico) entre víctima y victimizador son aprobados en sus sentencias, en virtud de lo cual considera que las mismas tienen un alto porcentaje de efectividad (90%).

Como es evidente, los criterios emitidos por el juzgador número dos se asemejan a los del juez 1, en tanto omite pronunciarse sobre los alcances que tiene la reparación integral respecto de los contenidos de adecuación y eficacia. Asume que normativamente deben implementarse los topes y máximos (bandas) para el otorgamiento, especialmente, de las indemnizaciones pecuniarias materiales e inmateriales para no depender de la presentación de pruebas. Coincide en que la promoción del acuerdo indemnizatorio económico extrajudicial entre víctima y victimario es legalizada en sentencia, a partir de lo cual, admite que la reparación se encuentra consolidada en su integridad. A partir de ello determina que los acuerdos específicamente indemnizatorios (económicos) entre víctima y victimario son altamente efectivos, por ello considera que la reparación integral se materializa con plenitud.

El juez 3. Omite referirse a los criterios de adecuación y eficacia de la reparación integral. Considera que a partir de su experiencia como funcionario y ahora juez de tránsito, la reparación integral dispuesta en el COIP está orientada a satisfacer las necesidades de la víctima, no obstante, ninguna sentencia puede cumplir con las expectativas de ella, tan solo se puede mitigar sus sufrimientos y aspiraciones.

Razona que la determinación de los mecanismos de reparación integral a ser aplicados debe hacerse conforme a las circunstancias particulares de cada caso, pero también de acuerdo con los medios probatorios constantes en el proceso judicial, es decir, que se justifique el pago de daños materiales.

Manifiesta que las indemnizaciones materiales e inmateriales no deben ser exageradas a nivel económico, porque no pueden estar destinadas a ‘enriquecer’ a la víctima y ‘empobrecer’ al victimario, razón por la que se deben imponer indemnizaciones que puedan ser realizables, respondiendo a las necesidades y aspiraciones de las partes involucradas.

No está de acuerdo con la implementación de las llamadas “bandas” o máximos, sino que cree se deben priorizar las pruebas presentadas en el enjuiciamiento. Considera, asimismo, que sus sentencias tienen un alto grado de efectividad respecto de la reparación integral (95%).

El juzgador se incomoda frente a las interrogantes respecto de la adecuación y eficacia de la reparación integral, por ello, las prescinde. No está de acuerdo con el establecimiento de los máximos o “bandas” sino que deben ser determinadas conforme las pruebas constantes en el proceso. Asume que no se debe mercantilizar las indemnizaciones pecuniarias, sino que debe dirigirse a atenuar en lo posible las aspiraciones de víctima y victimario. Coincide en la efectividad de las sentencias en lo relativo a la reparación integral.

El juez 4. Establece que el mandato normativo de la reparación integral dispuesto en el COIP es aceptablemente adecuado en su objetivo de asistir a las víctimas. Para cumplir con este cometido considera indispensable escuchar a la víctima y al victimizador, y solo a partir de ello estipular en sentencia los mecanismos de reparación.

Asume que en materia de tránsito la reparación integral generalmente se circunscribe al mandamiento de pago de indemnizaciones materiales (dinero), que son las que interesan a las víctimas, y en menor grado las inmateriales. Por ello considera que no siempre se aplican todos los mecanismos que integran la reparación. Dice que en todos los casos de delitos de tránsito con muerte conmina al victimizador a pedir disculpas públicas a la víctima, previo arreglo de las partes.

Manifiesta que para el mandamiento de la reparación integral en el caso de accidente de tránsito con muerte no existen parámetros para determinar las indemnizaciones materiales, por lo que debe recurrir a las pruebas presentadas por la víctima, específicamente, para instaurar las indemnizaciones materiales. Por ello piensa que deben establecerse los máximos o “bandas” para evitar la discrecionalidad en la que pudiera incurrir el juzgador.

Discurre que a más de las dificultades que se presentan para determinar la reparación, se incluye la deficiencia de los abogados defensores para probar los daños (materiales e inmateriales) de las víctimas. Teniendo en cuenta -dice- que la víctima no puede enriquecerse a partir del detrimento del victimizador.

Respecto de la eficacia de la reparación integral ordenada en sentencia, considera que esta se cumple de manera satisfactoria, en un porcentaje de un 85% a un 90%.

La jueza entrevistada, si bien considera que la norma que define la reparación es adecuada, no obstante, se queja de las dificultades que esta institución presenta al momento de determinar su efectivización. Inclusive asume que se deben implementar los máximos o topes para el establecimiento de las indemnizaciones materiales, y así evitar su discrecionalidad. Solicita la petición de las disculpas públicas por parte del victimizador como mecanismo simbólico de reparación. La satisfacción de las indemnizaciones económicas es asumida prioritariamente como cumplimiento total de la reparación integral.

El juez 5. Es partidario del criterio de que la norma contenida en el COIP sobre la reparación integral no es adecuada y, por lo tanto, su eficacia tampoco puede consolidarse a favor de la víctima, toda vez que esta disposición legal fue asimilada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sirve para castigar a los Estados, mas no a las personas naturales. Así, considera que no es lo mismo condenar a efectuar la reparación integral a un Estado que a un particular. Añade que las normas que ordenen la reparación deben sujetarse a las realidades nacionales, de manera que puedan ser cumplidas de manera efectiva.

Opina que los mandamientos de reparación integral deben sujetarse a los medios probatorios aportados por la víctima y el victimario, en particular para el establecimiento de las indemnizaciones de orden pecuniario sobre la base de los razonamientos de aplicabilidad que se sustentan en los criterios de racionalidad, proporcionalidad y cumplimiento.

Considera que en el mandamiento de la reparación integral no recurre a todos los mecanismos que conforman la reparación integral, en razón de que debe aplicar únicamente los que considera que son realizables y que no queden en el aire las aspiraciones de víctimas y victimarios.

Dice que no está de acuerdo, pero tampoco en desacuerdo, en que se implementen los máximos o “bandas”, respecto de la reparación, en razón de lo cual, reflexiona, que se deben respetar los mandamientos normativos dispuestos en el COIP al respecto.

En relación a la eficacia de los ordenamientos de la reparación en sus sentencias, considera que estas son cumplidas hasta en un 95%.

Los discernimientos emitidos por el juez se apartan de los criterios dados por los otros jueces -por ello se lo denominará juez de minoría- en tanto nos presentan reflexiones con un mayor contenido argumentativo en relación a la adecuación y

eficacia de la reparación integral. Sin embargo, cabe anotar que si bien se considera que la norma que define la reparación no es adecuada y, por lo tanto, ineficaz, resulta contradictorio cuando informan que sus sentencias son cumplidas íntegramente hasta en un 95%. Entonces, aquello permite colegir que este alto porcentaje de cumplimiento se circunscribe a las medidas de reparación ordenadas en sus sentencias, que no necesariamente constituyen una cabal observancia de la representación que tiene la reparación integral -conforme el COIP- sino a los mandamientos constantes en estas decisiones judiciales que, básicamente, se remiten al pago de indemnizaciones económicas, a partir de lo cual se asume como un cumplimiento integral de la reparación, en la que se incluye alguna otra medida de carácter simbólico.

El juez 6. Considera que la reparación integral, tal como se encuentra estipulada en el COIP, es adecuada porque se somete a los parámetros de la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que siendo el Estado ecuatoriano parte o suscriptor del Pacto de San José, debe someterse a sus decisiones.

Aduce que se debe tomar en cuenta que el Art. 425 de la Constitución de la República determina la prevalencia de los instrumentos internacionales cuando estos otorgan mayor protección a los derechos.

Manifiesta que todos los mecanismos que conforman la reparación integral son aplicables, razón por la que es obligación adecuarlos a la legislación nacional. Dice que estos mecanismos deben ser adaptados de acuerdo con el caso, de allí que no siempre pueden ser aplicados en su totalidad.

Sostiene que ningún juez, aunque haya conciliación o acuerdo previo respecto de la reparación, debe ignorar las aspiraciones de la víctima. En este cometido, asume que es pertinente la libre decisión del juzgador de acuerdo al caso en concreto y a las particulares necesidades de la víctima y del victimizador o infractor, dentro de los parámetros dispuestos por la Corte Interamericana para establecer las reparaciones, esto es, el acervo probatorio de las partes, la jurisprudencia y las alegaciones de las partes.

Asegura que no está de acuerdo con que existan parámetros o bandas para establecer las indemnizaciones materiales, en tanto debe considerarse al momento de resolver las particularidades y condiciones socioeconómicas tanto de la víctima como del victimizador.

Al respecto, señala que la eficacia en el cumplimiento de los mandatos de reparación es ejecutada casi en su totalidad, expresando que tienen un 99% de

efectividad, razón por la que considera que es eficaz. En este contexto, manifiesta que la reparación integral en materia de tránsito reúne los requisitos de adecuación y eficacia.

Con relación a la pregunta realizada al referido juez, respecto a que una sentencia importante de su autoría, mediante la cual se ordenó el cumplimiento de todos los mecanismos que conforman la reparación integral, la misma que según versiones de una de las víctimas no ha sido cumplida hasta la actualidad en casi ninguna de ellas, supo manifestar que aquello no es de su responsabilidad sino debido a la negligencia de la jueza titular del caso.

La autoridad entrevistada es el otro juez denominado de minoría, en tanto, a través de sus decisiones judiciales que decretan el cumplimiento de las medidas de reparación se evidencian razonamientos diferentes a los de los otros jueces. Existen argumentos que demuestran el conocimiento del juzgador de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la reparación integral y, a su vez, se evidencia la actitud de ser un juez creativo y apartado de los criterios formalistas o de subsunción. Independientemente de la posición de este tesista, son relevantes los enfoques del juez respecto a que en los casos de delitos de tránsito con muerte sí es acertado aplicar las todas las medidas de reparación, de acuerdo a las especificidades del caso en concreto. No obstante, su posición quizá no se encuentra respaldada respecto de su eficacia de las medidas de reparación ordenadas, toda vez que no existe mecanismos de supervisión de la ejecución de las sentencias y, además, no se cuenta con las víctimas para ratificar el cumplimiento integral de sus aspiraciones. No se puede considerar la eficacia integral de la reparación mediante un acuerdo económico indemnizatorio y cualquiera otra medida simbólica, sino que debe verificarse su total cumplimiento con anuencia de las víctimas para determinar su eficacia.

6.2. Entrevistas a catedráticas o especialistas

Una vez que se han obtenido los datos empíricos a través de los criterios y sentencias emitidas por los jueces, se recurrió a la entrevista abierta a las académicas y especialistas, a efectos de solventar ciertas interrogantes relativas a la adecuación y eficacia de la reparación integral conforme consta dispuesta en el COIP, actividad a partir de la cual se pudo obtener la siguiente información:

Académica 1 (Dra. María Augusta León, profesora del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador): Sostiene que los conceptos y finalidades

de la reparación integral ha sido perfeccionada a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que está direccionada a establecer la responsabilidad y sancionar a los Estados, y bajo ningún aspecto hacia las personas naturales, razón por la que considera que el mandato normativo incorporado en el COIP es inadecuado.

Acotando, dice, que el legislador no debió trasladar los conceptos jurisprudenciales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la reparación integral, sino que debió haberse realizado un examen o evaluación de sus repercusiones en el ámbito interno, y a partir de allí crear los mecanismos idóneos y pertinentes sobre la base de las realidades sociales, económicas, políticas, culturales, jurídicas, entre otras, que coadyuven a que esta institución jurídica penal sea materializada de forma adecuada y eficaz, inclusive acudiendo a normas internacionales relativas a la materia y de protección de los derechos humanos, cuya finalidad es la protección de las víctimas.

Opina que el mandamiento normativo de la reparación integral, al ser inadecuado, su consecuencia es que tampoco puede ser eficaz, lo cual implica que no existan las condiciones normativas y procedimentales para ofrecer una verdadera eficiente y propicia atención a las víctimas. Asume que la reparación integral no debe ser entendida como una simple forma de satisfacción económica o bajo criterios de mercantilismo.

La entrevistada considera y es partícipe de que para que se dé un efectivo cumplimiento de la reparación integral y, consecuentemente, de las aspiraciones de las víctimas, deben implementarse las denominadas “bandas” que determinen los toques y máximos respecto de las indemnizaciones, las cuales deben adaptarse a los criterios de orden social, económico, laboral, etc., principalmente de la víctima, y también del victimizador.

Para este cometido, admite dudas sobre la efectividad de los mecanismos que conforman la reparación integral, estos deberían estar sujetos a la determinación estricta de las obligaciones que corresponden al victimizador, y cuáles deben ser observadas por parte de la víctima.

Manifiesta que la reparación integral no debe ser considerada como una cuestión cuya responsabilidad corresponde a la víctima y el victimario, sino que se hace indispensable la intervención del Estado para crear las condiciones jurídicas e

institucionales que permitan hacer adecuada y eficaz la reparación integral, para beneficio de las partes involucradas y de la comunidad en general.

Académica 2 (Dra. Claudia Storini, profesora del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador): Cuestiona respecto de la adecuación y eficacia de la reparación integral prevista en el COIP y aduce que esta no cumple con su objetivo. En este contexto, considera que la reparación integral, tal como se encuentra concebida en el ordenamiento jurídico penal, tampoco es eficaz.

Manifiesta que los jueces carecen de directrices, herramientas o parámetros que les permita materializar de forma efectiva la reparación integral, como consecuencia de ello, no están en capacidad de determinar que las aspiraciones de la víctima se encuentran satisfechas.

Dice que los criterios para efectuar una segura reparación deben ser estandarizados, pero siempre con la activa intervención de las víctimas tendiente a escuchar sus pretensiones. No obstante, aduce que la reparación integral debe ser variable y que debe estar sustentada en las condiciones de las personas (socioeconómicas, laborales, académicas, familiares, etc.) o de sus expectativas.

Asevera que en los procesos de determinación de la reparación siempre debe haber acercamientos con la víctima, previo a su mandamiento.

Indica que para la determinación de la reparación no deben aceptarse las entrevistas entre víctima y victimizador (acuerdos reparatorios de índole económica) sino que su mandamiento únicamente le corresponde al juez. Enfatiza en que la reparación no debe respaldarse exclusivamente en el pago de una indemnización económica, porque se estaría alterando su real objetivo mediante su mercantilización. El pago pecuniario no debería ser el eje fundamental de la reparación integral.

Explica que deben crearse mecanismos que establezcan los parámetros para ordenar la reparación integral. Así, acepta que deben establecerse mínimos y máximos, pero en función de la víctima, y que en el caso de no existir los recursos suficientes para su atención, estos deben ser asumidos por el Estado.

Señala que el juez al momento de ordenar las medidas de reparación, estas deben estar exentas de cualquier acto discriminatorio, ejemplificando que no se puede sancionar y ordenar reparaciones con los mismos parámetros a un obrero que a un empresario, enfatizando para ello que las reivindicaciones para la víctima no deben remitirse únicamente a lo económico, y que en caso de no existir los recursos necesarios se debe requerir la atención estatal.

Expone que los abogados y jueces no saben solicitar y otorgar, respectivamente, las medidas reparatorias, que desconocen procedimientos o mecanismos creativos para hacer efectiva la reparación, realidades estas que -dice- deben ser superadas para garantizar los derechos de las víctimas.

Frente a estas situaciones de inoperancia de la reparación integral, considera que las prácticas de la justicia indígena son un modelo a seguirse, en tanto suministrarían elementos de orden restaurativo que permitirían fortalecer los criterios de eficacia de la reparación integral a partir de la intervención activa de sus actores principales, que son la víctima, el victimario y la comunidad.

6.3. Entrevista a la representante de las víctimas

Dentro de este análisis fáctico y por la trascendencia que tienen las víctimas para la presente investigación, se recurrió a la entrevista abierta de la señora Soraya Herrera, presidenta de la Fundación Centro de Apoyo a Víctimas de Accidentes de Tránsito CAVAT-NICOLE PAREDES, quien a través de esta institución presta ayuda a las víctimas de los accidentes de tránsito.

Su intervención tiene relevancia en razón de que es víctima producto de un accidente de tránsito que se la vida de su hija (nombre de la Fundación), y que además tiene directo trato con otras víctimas en virtud de lo cual conoce de sus revictimizaciones, angustias, anhelos, aspiraciones, etc., a partir de lo cual ofreció las apreciaciones de los párrafos siguientes.

Considera que no tiene un cabal conocimiento de los conceptos de adecuación y eficacia de la reparación integral, pero que a partir de sus experiencias personales y de las otras víctimas admite que esta institución del ordenamiento jurídico penal no cumple con sus objetivos, esto es, de proteger mínimamente los derechos de las víctimas.

De acuerdo a su criterio, dice que solo el 7% de los juicios de tránsito llegan a juicio y que el restante 93% no lo hace, a partir de lo cual -dice- se demuestra la ineficacia en la atención de los derechos y aspiraciones de las víctimas. Sostiene que en los casos en los que se sustancian los procesos judiciales, se caracterizan por su letargo administrativo, lo cual incide para que las víctimas terminen abandonando los juicios.

Manifiesta que el juez no debería aceptar a manera de reparación integral el pago de indemnizaciones económicas que van desde los USD 3 000 a 5 000 como precio a la vida del difunto. Aduce que, si bien las víctimas aceptan el pago pecuniario como una

forma de indemnización, lo hacen por su desesperación y angustia en la que se encuentran en esos momentos, y que podrían servir para atender las inmediatas necesidades familiares, principalmente los gastos funerarios, de vivienda, de alimentación, entre otros. No obstante, con el paso del tiempo -dice- las víctimas se sienten insatisfechas, engañadas y burladas, luego de haber recibido ese monto económico por parte del victimizador.

Explica que, de su experiencia de trato con las víctimas, la mayoría de ellas son gente es de escasos recursos económicos, situación esta que las obliga a aceptar las exiguas cantidades económicas en concepto de reparación integral -insiste- únicamente para atender las inmediatas necesidades que se suscitan a partir del fallecimiento de su familiar.

Refiere que en su caso particular, por la muerte de su señorita hija, el victimizador le entregó la suma de USD 10 000 como reparación integral, sin embargo, -considera- el aletargamiento del proceso judicial fue el detonante para que se haya declarado la prescripción de la acción y la pena, demostrándose la ineficacia del Estado para satisfacer las necesidades de las víctimas en el ámbito legal.

Dice que en España, en la actualidad, en calidad de indemnizaciones pecuniarias por la pérdida de una vida se entrega a las víctimas la cantidad de un millón y medio de euros. Sin embargo, menciona que ninguna cantidad de dinero puede suplir o comprar las angustias y sufrimientos que causa la muerte o ausencia de sus seres queridos fallecidos en accidentes de tránsito.

Considera que las víctimas se sienten desprotegidas e inconformes con los jueces y peritos respecto de sus actuaciones, porque dice que aquellos “se venden” y tratan de “arreglar” las sentencias e informes periciales, respectivamente, a quien “mejor paga”, situación esta que tiene mayor incidencia a favor de los infractores o victimizadores.

Por lo apuntado, manifiesta que las emisiones de las sentencias por parte de los jueces de tránsito indignan y causan profundas revictimizaciones.

Como una forma de mitigar estas revictimizaciones, considera que debería existir un procedimiento abreviado a efectos de evitar los actos de corrupción, el letargo e insensibilidad de los procesos judiciales y quizá, a través de ello, obtener juicios más expeditos y con efectivas medidas de reparación integral que satisfagan los verdaderos intereses de las víctimas.

Considera que otra forma de revictimización es la ineficiencia y falta de atención estatal a favor de las víctimas, al no proporcionar asesoría legal especializada a partir

del inicio del proceso legal hasta su culminación con la emisión de la sentencia, la misma que no debe suspenderse, sino que debe continuar con el seguimiento y ejecución total de los mandatos ordenandos en calidad de reparación integral.

Manifiesta que ninguno de los ofrecimientos y acuerdos realizados con las autoridades locales, provinciales e incluso nacionales, han cumplido con sus ofrecimientos de atención a las víctimas en los que se incluye el actual presidente de la República del Ecuador.

Dice que el Estado debería crear una oficina de atención integral a las víctimas, mediante la cual se proporcione todo tipo de asesoría en los ámbitos legales, médicos, psicológicos, educativos, entre otros, capaces de asistir de forma adecuada y eficaz a sus aspiraciones y derechos constitucionales.

Finalmente, determina que las víctimas nunca se sentirán satisfechas con las medidas de reparación establecidas en sentencia, que finalmente casi nunca se cumplen. Explica que algunas se cumplen mínimamente, que generalmente son las indemnizaciones económicas recibidas por la víctima y que son asumidas por los jueces como reparación integral, lo cual, es un engaño y por lo tanto es ilegal, porque no satisface los verdaderos intereses de las víctimas.

7. Criterios de adecuación

A partir de los datos empíricos obtenidos del análisis de las sentencias dictadas por los jueces de tránsito, así como de los datos adquiridos a partir de las entrevistas realizadas a los juzgadores, académicos y víctimas, respecto de la adecuación y eficacia de la reparación integral dispuesta en los artículos 77 y 78 del Código Orgánico Integral Penal, corresponde determinar si estos presupuestos normativos se cumplen o no.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido jurisprudencialmente que un recurso -la reparación integral- es adecuado si, dentro del derecho interno es “idóneo para proteger la situación jurídica infringida”.⁹⁹

En este contexto, la reparación integral -como un recurso- está concebido teórica y normativamente para remediar, compensar, indemnizar los daños ocasionados a la víctima producto del cometimiento de un delito. La disponibilidad de recursos adecuados establece que el Estado debe tener la oportunidad de reparar por sus propios

⁹⁹ Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Sobre el fondo)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 21 de julio de 1989, párrs. 64-66.

medios, la situación jurídica infringida para alcanzar ese resultado.¹⁰⁰ Vale decir que el direccionamiento jurisprudencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la protección y garantía de los derechos humanos -incluida la reparación integral- está dirigido hacia los Estados Parte y no directamente hacia las personas naturales.

De acuerdo a la revisión y análisis de las sentencias, se pudo observar que la mayoría de jueces asimilan que el cumplimiento de la reparación integral se circunscribe exclusivamente a la aceptación del acuerdo indemnizatorio pecuniario previo de parte del victimizador a favor de la víctima, y a una que otra medida de carácter simbólico -disculpas públicas-, aunque no como parte de la reparación sino como requisitos a cumplirse -trabajos comunitarios, asistencia a programas de capacitación en conducción o seguridad vía- para obtener la rebaja de la pena.

La mayoría de los jueces entrevistados -salvo uno- considera que los mandatos normativos que ordenan la reparación integral en el COIP no es adecuada, en tanto las medidas dispuestas son de difícil cumplimiento por parte de los infractores o víctimas. En este sentido, opinan que se deberían especificar las medidas de reparación ordenadas inclusive a través del establecimiento de las llamadas “bandas”, de mínimos y máximos a pagar.

Lo anterior induce a interrogarse respecto a si cuando los jueces consideran que el texto normativo de la reparación integral como inadecuado, ello es consecuencia de su análisis del contenido y alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o si su intención es la de acceder a parámetros formalistas, mecánicos o de subsunción que les faciliten el establecimiento de los mecanismos reparatorios, dejando de lado su misión de ser jueces “creacionistas” y garantizadores de los derechos de las víctimas a través del ejercicio de una conveniente argumentación jurídica basada en principios y valores, conforme así lo demanda el Estado constitucional de derechos y justicia. Lo cierto es que los juzgadores consideran que los mandatos que disponen la reparación integral son inadecuados.

Cabe indicar que un solo juez opina que la reparación integral dispuesta en el COIP es adecuada y que, por lo tanto, debe ser aplicada por todos los jueces.

Las personas que ejercen la academia, de su parte, coinciden respecto a que los artículos del COIP que disponen la reparación integral no son adecuados, porque -a su criterio- responden a la lógica de la responsabilidad de los Estados y de ninguna

¹⁰⁰ Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 303.

perspectiva debe ser adjudicado la responsabilidad a las personas naturales. En estas circunstancias, opinan que el texto normativo de la reparación no es consecuente con las realidades nacionales jurídicas y fácticas.

Las especialistas asumen que los fundamentos teóricos de la jurisprudencia interamericana sobre la reparación integral no debieron convertirse en norma del COIP, sin que previamente el legislador hubiera realizado un minucioso examen sobre su representación y efectos. Sobre estos criterios, manifiestan que la reparación integral normativamente es inadecuada.

De su parte, el razonamiento de las víctimas se circunscribe a revelar que, al no dictarse y cumplirse de forma segura y acorde con las reales necesidades y aspiraciones de las víctimas, el texto que define la reparación integral en el COIP carece de los criterios de adecuación.

8. Criterios de eficacia

Retomando los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la eficacia se relaciona con que el recurso -la reparación integral- debe ser “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”.¹⁰¹ Al respecto, se ha establecido que una interpretación concordante de la Constitución con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos determina que toda persona tiene el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales del Estado, a efectos de obtener la protección de sus derechos mediante mecanismos sencillos, rápidos y efectivos que permitan alcanzar dicha protección,¹⁰² en el caso concreto, la reparación integral.

Cabe destacar que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se limita a la presencia de normas que ordenen el cumplimiento de estas, sino que se exige una conducta de gobierno que asegure la existencia material y eficaz para el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, esto es, que el Estado establezca los órganos y procesos correspondientes para hacer efectivas las garantías y recursos. Por ello, se dice que un recurso “(...) puede volverse ineficaz si se lo subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de

¹⁰¹ Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Sobre el fondo)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 29 de julio de 1988, párrs. 64-66.

¹⁰² *Ibíd.*

virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados o no se aplica imparcialmente”.¹⁰³

El criterio de los jueces en relación a que el texto normativo de la reparación integral no se sujeta a los criterios de adecuación determina que esta tenga serias dificultades para que sea eficaz.

El texto de las sentencias revisadas evidencia que la mayoría de los jueces otorgan a la indemnización económica entregada por el victimizador a la víctima una completa aceptación de cumplimiento de la reparación integral, inclusive admitiendo que su cumplimiento es superior al 90%. Al respecto, vale enfatizar que este criterio se circunscribe al pago y aceptación de una determinada cantidad de dinero a manera de indemnización -excepcionalmente una u otras medidas-, que por supuesto es solo una de las medidas que conforma la reparación integral, razón por la que no cabe admitir que se haya materializado íntegramente la misma. En este sentido, se puede considerar que no se aprecia un eficaz cumplimiento de la reparación integral.

Las explicaciones dadas por las académicas, de forma concluyente determinan que la reparación integral al no ser adecuada tampoco puede ser eficaz. Por ello consideran que los jueces y el Estado deben adoptar mecanismos y políticas públicas que hagan de la reparación integral un mecanismo jurídico sistémico y efectivo que permita materializar eficientemente los derechos y, consecuentemente, las aspiraciones de las víctimas, contando para ello con su activa participación.

Finalmente, la insatisfacción evidenciada por las víctimas en relación a la ausencia de prolijidad por parte de los jueces en la determinación de las convenientes medidas reparatorias en la mayoría de los casos, y por otra, la falta de control en la ejecución de las exiguas medidas ordenadas en sentencia, determina que la reparación integral sea considerada como ineficaz. A ello deben adicionarse las revictimizaciones que producen los procesos penales, caracterizados por su aletargamiento judicial, las denuncias de actos de corrupción, así como la falta de atención estatal, que coadyuvan para considerar que la reparación integral no es eficaz y, por lo tanto, no atiende las necesidades mediatas e inmediatas de las víctimas.

Al respecto, cabe indicar que existen algunas interrogantes, respecto del déficit en el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en sentencia, específicamente, de aquellas decisiones judiciales emitidas por los jueces de minoría,

¹⁰³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, 29 de julio de 1988, párr. 66.

quienes -al parecer- carecen de mecanismos –o los ignoran- que les permitan controlar el cumplimiento de las medidas reparatorias ordenadas, siendo indispensable para este cometido, que los juzgadores sean creativos y adopten mecanismos jurídicos y convencionales capaces de controlar su cumplimiento y materialización.

En este sentido, es de esperarse que los jueces –con sujeción a las normas constitucionales y de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos- suspendan cualquier tipo de “beneficio” en favor del victimizador, hasta tanto, se evidencie el total y efectivo cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en sentencia, entre otras, en beneficio de las víctimas y de la comunidad en general.

Esta problemática, quizá, está ausente para los jueces de mayoría, quienes asumen que sus sentencias tienen un alto grado de cumplimiento y efectividad. Estas afirmaciones, posiblemente, tienen sustento debido a que estos juzgadores, otorgan al arreglo económico previo entre víctima y victimizador –posteriormente considerado y legalizado en sentencia- la categoría de reparación integral en toda su dimensión, lo cual, efectivamente que es desacertado.

Ahora, en lo relativo a la inadecuación de la norma dispositiva de la reparación integral, trasladada a nuestro ordenamiento jurídico de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo accionar está dirigido a establecer y sancionar responsabilidades estatales y no de personas naturales, conviene manifestar que en este proceso de transmutación se ignoró el proceso creacional, por el cual el trasplante debió haber pasado por procesos de modificación tendientes a evitar manipulaciones o transmutaciones mal intencionadas¹⁰⁴, en las que lamentablemente incurrió nuestro legislador y actualmente enfrentamos sus consecuencias.

Por ello, es importante que cualquier trasplante o transmutación jurídica -incluida la reparación integral- deban ser justipreciadas en los ámbitos pragmáticos y contextuales a efectos de realizar las pertinentes correcciones¹⁰⁵ y sobre esta base, acceder a instituciones jurídicas adecuadas y correlativamente eficacia material.

Es necesario y útil que en todo trasplante normativo se rescate y desarrolle los particularismos internos, en su misión de evitar los procesos de comparación

¹⁰⁴ Pablo Alarcón Peña, *Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones-Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Derecho y Sociedad 3, 2018), 246.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 248.

acríticos¹⁰⁶, es decir, que las normas, conceptos o instituciones acogidas, no sean asimiladas autónomamente para ser importadas y exportadas, en su cometido de resolver problemas particulares, sino que deben ser admitidas como parte de un sistema coherente que reconoce y se entrecruza en un contexto determinado¹⁰⁷, previo procedimientos evaluativos, para así acceder a normas adecuadas y eficaces.

A partir de los resultados obtenidos del análisis previo de los datos fácticos, corresponde en el siguiente capítulo determinar algunas posibles medidas o políticas públicas destinadas a otorgar mayor efectividad a la reparación integral como mecanismo jurídico orientado a proteger de forma solvente los derechos de las víctimas, principalmente, pero también de las víctimas y de la comunidad en general.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 108.

Capítulo tercero

Algunas propuestas para la efectivización de la reparación integral

Previo al desarrollo de este capítulo es importante enfatizar que estas propuestas son mecanismos que pretenden ser de utilidad para una mejor efectivización de la reparación integral, razón por la que no necesariamente deben considerarse como una camisa de fuerza para lograr este objetivo. En este contexto, estas propuestas están expuestas y obligadas a generar debate y contradicción a las mismas, a partir de lo cual se podrán engendrar criterios solventes que permitan reforzar y desplegar nuevos parámetros destinados a la inequívoca materialización de la reparación integral.

De los datos empíricos reflejados en el capítulo segundo se colige que la efectivización del derecho a la reparación integral es cuestionada, en tanto adolece de serias dificultades respecto de su adecuada realización. En efecto, de los datos obtenidos puede evidenciarse una paupérrima e ineficiente ejecución de la reparación material dictadas por los jueces de tránsito a favor de las víctimas, situación esta que invita a reflexionar y traer nuevas propuestas que permitan ofrecer reales y efectivos mecanismos de reparación integral en favor de las víctimas.

El tratamiento que los jueces hacen a la reparación integral invita a cavilar respecto de sus actuaciones y, correlativamente, obliga a todos los actores jurídicos a profundizar en el análisis de las causas y efectos que ello conlleva, a partir de lo cual proceder a reformular los mecanismos que permitan acceder a una mejor protección de los derechos de las víctimas, pero también en favor del victimario.

Efectivamente, si bien es cierto que el victimario es el primer y directo responsable para el otorgamiento de la reparación integral a favor de la víctima, no es menos cierto que aquello está supeditado a una serie de factores que tiene íntima relación con el hecho patrimonial. A ello se debe añadir que los delitos de tránsito, por su naturaleza, tienen el carácter de culposos, y por esta razón deben ser tratados dentro de este espectro.

Existen criterios respecto de que la reparación del daño patrimonial no debe convertirse en un mecanismo destinado a conseguir el enriquecimiento de la víctima a costa de la pauperización del responsable del delito o de terceros. De allí surge la necesidad de crear dispositivos de reparación integral idóneos y asequibles, que

permitan encontrar el razonable equilibrio entre las necesidades de la víctima y sus allegados y también entre las expectativas del responsable de cubrir los mismos.

De la misma forma, el tratamiento de la reparación integral en lo relacionado con las medidas no patrimoniales debe guardar coherencia y estar acordes con las situaciones fácticas de cada caso en concreto, tendientes a que las mismas sean efectivas, principalmente a favor de las víctimas, pero también para el victimario.

Los jueces tienen el deber de ser creativos y realistas respecto de las situaciones fácticas y jurídicas al momento de ordenar las medidas de reparación. A través de esta actividad jurisdiccional se requiere de los jueces un ejercicio intelectual que garantice la efectividad de los derechos de las víctimas, en particular a una reparación efectiva e integral. Aquello porque, conforme se ha podido determinar del análisis fáctico, las víctimas están parcialmente o en su defecto sin ninguna satisfacción respecto de las medidas de reparación ordenadas en sentencia.

A efectos de otorgar una eficacia a la reparación integral, será importante tener en consideración y plasmar ciertos aspectos que rigen la administración de justicia indígena, así como también de la denominada justicia restaurativa, las cuales presentan interesantes parámetros que permitan armonizar y encontrar la pacificación social a través de la reconciliación entre víctima y victimario.

A partir de estos criterios, se consideran pertinentes las siguientes sugerencias que a continuación pasan a detallarse.

1. La creación de un fondo estatal

Previamente, y para efectos de este capítulo, resulta de mucha importancia remitir al lector al dato periodístico que a continuación se transcribe:

“En Ecuador, de enero a junio de este año se reportaron 10.633 víctimas, un promedio de 59 fallecidos y heridos diarios por accidentes en las vías, uno cada 40 minutos, según la Agencia Nacional de Tránsito.

En Guayas están 3 816 (36%) de estos casos y, aunque la mayoría (63%) presentó la denuncia del delito, apenas el 6% (154) logró una sentencia, según la Fiscalía Provincial en el primer semestre del año.

Con la denuncia, relatan algunos familiares de las víctimas, se inicia una cadena de impunidad con la que batallan incluso pro años. La lucha de Leonor Solá, por ejemplo, lleva 17 meses. Ella es la única que sigue el juicio por un accidente en Quito en marzo de 2017 en el que murieron trece personas, incluso su esposo (...).

Los familiares de Mónica Caiminagua, en cambio, desistieron al tiempo de denunciar la muerte de esta joven de 16 años, cuando el 28 de julio de 2017 un bus de la cooperativa Trans. Guanazán cayó 30 metros en la ruta Quera Alto-Pasaje, en El Oro. “se puso la

denuncia, pero no se le siguió el juicio. La señora (dueña del bus) tuvo buenos abogados y como mi hermana es bastante humilde...”, dice Lisenia Chuchuca, tía de Mónica, al quejarse porque el sistema judicial no le garantizó un abogado: “Nos dijeron que para nosotros no hay abogado gratuito, más bien para la señora, porque ella es la víctima”.

Sin los recursos para pagar un abogado o seguir un proceso en el que el acusado está prófugo, más de la mitad de las familias afectadas aceptan un acuerdo reparatorio o indemnización que cubra los daños que sufrirá la familia por las lesiones o ausencia del fallecido.

Sin embargo, en los pocos casos en los que la lucha de los familiares logra sancionar al responsable con una sentencia acusatoria, esta puede ser suspendida por el juez. “Si cumple con el requisito de conciliación y de reparación integral, el sujeto de la infracción puede ser sentenciado y por ser la pena menor a 5 años puede ser beneficiario de una suspensión condicional de la pena. En ese caso, la persona que cometió la infracción no iría nunca a la cárcel”, dice Modesto Freire, fiscal en Guayas, quien agrega que los que cumplen la condena son aquellos que “no tienen como pagar la reparación.”¹⁰⁸

El Estado ecuatoriano al haber suscrito y ratificado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adquiere la obligación de someterse a sus mandatos, y asimismo de respetar y aplicar el ordenamiento jurídico que lo rige, esto es, la Convención Americana sobre derechos Humanos, la jurisprudencia que de ella se emana y los demás instrumentos internacionales que gobiernan en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

La protección y garantía de los derechos humanos es una responsabilidad que adquieren los Estados Parte del Pacto de San José. Entre los compromisos contraídos se encuentra la aplicación del principio de control de convencionalidad en todos los ámbitos de la administración de justicia, pero en particular en las decisiones judiciales como un mecanismo de garantía y eficacia de los derechos humanos.

Dentro de esta garantía y eficacia de los derechos humanos, necesariamente, se encuentra el derecho a la reparación integral, la cual debe estar sometida a los criterios de adecuación y eficacia. Para este cometido tiene trascendencia que el Estado ecuatoriano adopte las medidas necesarias, conducentes a concretar el control de convencionalidad respecto de la reparación integral dispuesto en los artículos 78 de la Constitución de la República y 77 del Código Orgánico Integral Penal, de cuyo ejercicio se espera alcanzar su efectividad en beneficio de los derechos de las víctimas.¹⁰⁹

¹⁰⁸ El Universo, “En tránsito, 6% de denuncias logra sentencia en Ecuador”, El Universo, 22 de agosto de 2018.

¹⁰⁹ Corte IDH “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

El control de convencionalidad deberá ser el eje articulador que guíe la actividad jurisdiccional de los jueces, en particular, al momento de decidir un determinado caso en el que a su vez se deba ordenar la reparación integral a favor de las víctimas, procurando que esta se someta a los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana en lo que fuere aplicable.

Vale decir que el Estado ecuatoriano debe asumir sus obligaciones contraídas y correlativamente que sean materializadas conforme a los mandatos dictados por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia emitida dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que hacen relación a la reparación integral de las víctimas, particularmente, respecto de su efectiva realización.

Lo anunciado precedentemente tiene directa incidencia respecto del tratamiento que realizan los jueces al momento de decretar la reparación integral. La disonancia de criterios existente entre uno y otro juez respecto de las medidas de reparación ordenadas en sentencia evidencia que las mismas son altamente disímiles, y que sus resultados tienen notable incidencia en la satisfacción de los intereses de las víctimas, pero también para los victimarios.

En efecto, del análisis realizado a las sentencias dictadas por los jueces de tránsito se puede determinar que los mandamientos de reparación integral se someten al acervo probatorio constante en los autos del proceso penal y que, inclusive, tiene un alto grado de subjetividades.

Aquello da la pauta de que el derecho a la reparación integral ordenado en sentencia está sometido a un alto grado de discrecionalidad, lo cual, en efecto, genera criterios de tratos crecidamente diferenciados, que a la postre producen ciertos contenidos discriminatorios, en particular en lo relacionado con el pago de las indemnizaciones pecuniarias.

La marcada tendencia de los jueces para recurrir a los acuerdos reparatorios previos como requisito para emitir la sentencia correspondiente están dirigidos a definir, básicamente, los montos económicos pactados entre víctima y victimario, y solo a partir del resultado de los mismos fijar su pago.

En la investigación empírica realizada se han observado evidentes disgregaciones en lo relacionado con los criterios de los jueces al momento de determinar el pago de las indemnizaciones de orden económico, accionar este en el que no se acreditan reales parámetros objetivos que les permitan establecer efectivas reparaciones de índole económica, sino que, por el contrario, se observa altas dosis de

subjetividad y discrecionalidad. A través de estas actuaciones, no cabe duda de que los jueces originan discernimientos con contenidos de desigualdad y discriminación, tanto para las víctimas como para los victimarios.

Estos tratamientos desiguales y discriminatorios nacen como consecuencia del tratamiento que otorgan los jueces a víctimas y victimarios al momento de establecer las indemnizaciones económicas como parte de la reparación integral. No se evidencia que los jueces, previamente, hagan un análisis socioeconómico tanto de la víctima como del victimario, para a partir de aquello acceder a mejores elementos de juicio tendientes a aproximar una razonable indemnización económica en favor de las víctimas.

De otra parte, el dolor, la incertidumbre y la desesperación que aqueja a las víctimas, hace que estas asuman la tendencia o se sientan obligadas a aceptar los acuerdos reparatorios previos -que generalmente se traducen en el pago de una cierta cantidad de dinero-, los que son posteriormente legalizados a través de sentencia, que a su vez incide en la atenuación de la pena.

Cabe indicar que es una tendencia o regla que los acuerdos económicos sean el referente -inclusive insinuado por los jueces- para la culminación del proceso. No existe un seguimiento de acatamiento de las sentencias en lo relativo al cumplimiento de la reparación integral, tan solo se limitan al pago de dinero aceptado por las víctimas. Es decir, que el pago de las indemnizaciones dinerarias a la víctima es el parámetro que asumen los jueces para asumir el cumplimiento de la reparación integral.

Los actos desiguales y discriminatorios que se originan a partir de la emisión de las sentencias, básicamente, en lo relativo al pago de las indemnizaciones pecuniarias como parte de la reparación integral, tienen que ver con el antepuesto estudio de las situaciones económicas y sociales de las víctimas y los victimarios.

Evidentemente, las condiciones económicas y sociales de las víctimas y victimarios van a definir la total, parcial o ninguna satisfacción en el cumplimiento de las indemnizaciones económicas como parte integrante de la reparación. Así, no es lo mismo que se establezca el pago de una indemnización económica a un conductor asalariado de un bus de transporte público que a una persona propietaria de un vehículo de alto cilindraje.

De igual forma, resulta desigual y discriminatorio que se le imponga el pago de una cantidad de dinero en calidad de reparación integral a un obrero propietario de un vehículo de bajo cilindraje y de muchos años atrás de fabricación, que al propietario de

un bus de transporte urbano actualizado y perteneciente a una determinada cooperativa o compañía de transporte.

Dentro de este contexto, tal vez no es lo mismo que una determinada cantidad de dinero satisfaga los intereses de las víctimas de un acaudalado empresario que las de un mendigo adulto que carezca de familiares. Quizá las víctimas o familiares del acaudalado empresario podrían exigir astronómicas cantidades de dinero (impagables), en cambio para el mendigo quizá podrá ser suficiente el pago de los gastos funerales.

Asimismo, podría encontrarse actuaciones discriminatorias respecto al pago de las indemnizaciones económicas como reparación, cuya responsabilidad corresponda a una determinada compañía de transporte, que a una persona natural. Inclusive habría que preguntarse hasta qué punto es viable la confiscación y posterior remate del vehículo causante del accidente de tránsito, de cuyo resultado se obtendrían los recursos económicos para pagar las correspondientes indemnizaciones pecuniarias.

Estas actuaciones jurisdiccionales, indudablemente que generan profundas incertidumbres, pero también producen tratamientos desiguales y discriminatorios hacia las víctimas y los victimarios. Entonces, la actividad estatal debe propender a superar estos actos discriminatorios y procurar otorgar tratos igualitarios a las víctimas y victimarios en la materialización de la reparación integral, específicamente, en lo relativo al pago de las indemnizaciones económicas.

El Estado como responsable de la política pública, en el presente caso, para implementar y desarrollar todos los mecanismos posibles a su alcance para efectivizar su cometido de la reparación integral a las víctimas -en particular, a los familiares de las personas fallecidas en accidentes de tránsito- tiene la obligación de desterrar todos los obstáculos que impidan su efectiva consecución y correlativamente fortalecer y evolucionar aquellos mecanismos que permitan potencializar su eficacia, proscribiendo todo dispositivo revestido de desigualdad y discriminación.

Se había manifestado que una de las obligaciones del Estado ecuatoriano es la de erradicar todo obstáculo jurídico o normativo que impida el total disfrute de los derechos humanos, entre ellos el de las víctimas para ser objeto de una apropiada y eficiente reparación integral, que sea capaz de restituir en la medida de lo posible su situación anterior.

Para el cumplimiento de este cometido, el Estado tiene la obligación de proveer a la sociedad de los conectores adecuados para lograr la efectiva reparación integral de las víctimas familiares de las personas fallecidas en accidentes de tránsito, en el que se

respeten los principios de igualdad y no discriminación, particularmente al momento de determinar el pago de las indemnizaciones económicas.

En este sentido, el Estado debe propender a establecer los mecanismos de orden normativo revestidos de criterios de igualdad en los mandamientos de reparación integral que se vean reflejados desde la óptica de la vivencia de los atributos del ser y la igualdad ante la ley, capaces de consolidar la unidad de la especie y los sentimientos de comunidad y solidaridad, en oposición a la discriminación resultado de las diferencias y del pluralismo inherentes a la genética y a la cultura. En el ámbito operativo, la igualdad debe ser connatural en las relaciones sociales, propias de la humanidad, género humano, y que debe estar representada ante la ley, ante las autoridades estatales y en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. Vale decir que en el ámbito político la igualdad encuentra su soporte en la noción de igualdad como vivencia y atributo del ser.¹¹⁰

El principio de igualdad debe evitar los discernimientos vacíos, la evaluación mecánica a las personas, equiparándolas desde el punto de vista formal pero dejando latentes y aun profundizando las causas de desigualdad e inequidad sustanciales, frente a ello, se hace imprescindible criterios jurídicos vivos y actuantes que racionalicen la actividad del Estado para brindar a las víctimas posibilidades adecuadas y concretas a sus aspiraciones, dentro de sus propias circunstancias y en el marco de sus necesidades actuales, la justicia material que debe ser prioridad de toda gestión pública¹¹¹.

Vale decir, que la actividad estatal debe estar orientada a garantizar la igualdad formal, concebida como la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de una norma jurídica, sin la presencia injustificada de privilegios, pero fundamentalmente se debe priorizar la igualdad material, en tanto, se debe valorar la real posición social de las personas (víctimas y victimarios) para aplicar la ley a efectos de evitar injusticias y discriminaciones.¹¹² Significa entonces, que el tratamiento igualitario y libre de discriminación a las personas, primariamente encuentra sustento en la norma (igualdad formal), pero ésta debe ser desarrollada y materializada en realidad social (igualdad material), sólo allí, podría decirse que el principio de igual se encuentra satisfecho.

La exigencia de igualdad no pretende demandar que las personas sean iguales, sino que el género humano sea igualmente tratado. La igualdad debe partir de la

¹¹⁰ Galvis Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos*, 47.

¹¹¹ Corte Constitucional del Colombia; Sentencia T-823/99.

¹¹² Ecuador, Corte Constitucional, "Sentencia" en Caso No. 0056-12-IN y 0003-12-IA Acumulados. 14 de Agosto de 2014.

igualdad de oportunidades, sin lugar a la discriminación de persona alguna y que la participación, ejercicio y desarrollo de sus aptitudes sea en todas sus facetas de la organización social, y como punto de encuentro o de resultados, la igualdad debe representar el conjunto de medidas que los poderes públicos deben emitir, tendientes a obtener una igual calidad de vida y satisfacción de las necesidades humanas básicas.¹¹³ Significa, entonces, que el Estado debe facilitar la participación de las personas en todas las actividades de la sociedad en igualdad de condiciones y, a su vez, crear los componentes necesarios (políticos, jurídicos, económicos, etc.) para su total y efectivo cumplimiento de los derechos de las personas.

A través del tratamiento igualitario se pretende evitar procedimientos discriminatorios que, generalmente, se consolidan en el trato diferencial hacia una persona o grupo de personas sobre la base de algunas particularidades incidentales (color, religión, sexo, situación económica, opiniones, etc.) y desde ninguna perspectiva por las conductas cumplidas, la función desempeñada, méritos personales u otras circunstancias, que se originan no de la condición humana sino del obrar humano. Se colige, así, que exigir igualdad y no discriminación es proteger y garantizar la dignidad humana.¹¹⁴ En el caso que ocupa a esta tesis, las situaciones económico-sociales de las víctimas y los victimarios no deben ser condicionantes para generar tratos desiguales y discriminatorios en el tratamiento y efectivización de la reparación integral, en especial en lo relativo al pago de las indemnizaciones económicas.

No sin fundamento, se ha afirmado que las personas o grupo de víctimas del trato desigual suelen tender a la autodiscriminación, la cual se ve reflejada en el desconocimiento de sus derechos, por prejuicios, por sobrestimación del propio grupo y por la hostilidad de aquellas personas que no lo integran, los destinan al aislamiento y la automarginación, lo cual problematiza el proceso de integración e igualación.¹¹⁵ Quizá, ello se evidencia en mayor o menor medida en las víctimas al momento de acceder y aceptar los denominados acuerdos reparatorios previos y su consecuente aprobación de las indemnizaciones pecuniarias por parte del victimario.

El profesor Bernal Pulido considera que el principio de igualdad constituye el eje central de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional, en virtud

¹¹³ Carlos Alarcón Cabrera, "Igualdad y derechos humanos", en *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano Díaz y otros (directores y cuidadores) (Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, sede Iberoamericana, 2005), 112.

¹¹⁴ Eduardo Ángel Russo, *Derechos Humanos y garantías: El Derecho al mañana* (Buenos Aires: Eudeba / Universidad de Buenos Aires, 2001), 107.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 108.

de lo cual este principio impone al Estado la obligación de tratar a las personas con criterios de que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre aquellos,¹¹⁶ y de esta forma evitar los tratamientos discriminatorios.

Para el referido autor, la materialización de esta obligación se define mediante cuatro mandatos, a saber: 1) el trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2) un trato diferenciado a destinatarios que no tengan elemento alguno en común; 3) un trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más notables que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia) y, finalmente, 4) un trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, no obstante, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)¹¹⁷ y solo a partir de ello podría concretarse el principio de igualdad.

La realización del principio de igualdad a través del accionar de los cuatro mandatos antes enunciados adquiere una dimensión objetiva, por el cual se define el principio de igualdad y por otra una dimensión subjetiva plasmado en el derecho humano y fundamental a la igualdad. En este contexto, como derecho, la igualdad concede a la persona (el titular) el derecho de exigir al Estado o a los particulares (el destinatario) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad (el objeto). A su vez, cabe indicar que el principio y el derecho a la igualdad se transmiten en dos esferas diferentes, esto es, la igualdad ante y en la ley, es decir, en el primer caso, se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley, así como en las relaciones entre particulares. El segundo caso, en cambio, se refiere a la característica que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador. La igualdad como derecho humano, tipificado en varios instrumentos jurídicos internacionales y desarrollado a través de la jurisprudencia emanada de los organismos de protección de los derechos humanos imponen a los Estados, en todas sus instancias y poderes, el deber de respetar los mandatos derivados del principio de igualdad.¹¹⁸

¹¹⁶ Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 215.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ *Ibíd.*, 215-6.

No se puede desconocer que el juicio de igualdad conlleva serias dificultades respecto de la interpretación del principio de igualdad, razón por la que se ha tornado indispensable que la jurisprudencia internacional establezca los parámetros que definen el contenido y alcance de este derecho-principio. En este sentido y al respecto, el Tribunal Constitucional alemán ha determinado que existe vulneración del principio y derecho a la igualdad “... cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso, que puedan justificar el trato diferente”.¹¹⁹ De allí la importancia de que el Estado instaure los mecanismos necesarios y adecuados para prohibir todo criterio discriminatorio que atente contra la efectiva protección de los derechos.

De la misma forma, para efectivizar el principio de igualdad se recurre al desarrollo del principio de proporcionalidad, a través del cual, se establece si el tipo y el peso de las diferencias que se presentan entre los grupos de destinatarios comprometidos en el caso en concreto, justifican el trato diferente de unos en comparación con el de los otros”.¹²⁰

Sobre la base de los criterios enunciados anteriormente, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de instituir las condiciones expeditas y, a su vez, eliminar todo tipo de obstáculo que impida la normal protección y garantía de los derechos, en el que se incluye la erradicación de todo tipo de criterios de desigualdad y discriminación, específicamente en lo relativo a la consecución de la reparación integral a favor de las víctimas.

En sociedad, y como parte de la organización estatal, corresponde a la Función Judicial mediante la administración de justicia velar por la protección y garantía de los derechos y, concomitantemente, custodiar que esta materialice el valor justicia. Parte fundamental de este cometido es la obligación que tienen los jueces de administrar justicia conforme a los principios de igualdad y no discriminación, en lo que corresponda.

Del análisis fáctico queda evidenciado que los jueces en sus sentencias, y con relación al mandamiento de las reparaciones, tienden a prevalecer las indemnizaciones pecuniarias por sobre los otros parámetros que conforman la reparación integral,

¹¹⁹ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, “Sentencia del Primer Senado, de 7 de octubre de 1980”.

¹²⁰ *Ibíd.*, 219-20.

adoptando para esta tarea diferentes mecanismos o pruebas que les permitan establecer los montos económicos a ser sufragados para las víctimas o, en su defecto, remitirse a los acuerdos reparatorios previos aceptados por víctimas y victimarios.

De la misma forma, quedan evidenciados los distintos tratamientos que otorgan los jueces al momento de determinar las indemnizaciones económicas a favor de las víctimas, que, por cierto, son diferenciadas en los distintos casos.

De otra parte, se concluye del análisis de las sentencias una disparidad en el establecimiento de las indemnizaciones económicas a favor de las víctimas. Es decir, existen mandamientos de reparación económica con distintas cantidades de dinero (inclusive con aceptación previa de víctima y victimario), lo cual, necesariamente, genera desigualdades y discriminación porque se estarían estableciendo categorizaciones de víctimas y victimarios, y también se estaría poniendo diferentes precios a la memoria de la persona fallecida en el accidente de tránsito.

Estas y otras falencias fácticas se ponen de relieve en la actuación procesal de los jueces al momento de reparar económicamente a las víctimas, generando desigualdades y discriminación, siendo necesario para evitar aquello la activa participación del Estado a través de la implementación de mecanismos jurídicos o políticas públicas orientadas a superar estas iniquidades originadas a partir del establecimiento de las medidas de reparación de carácter económico.

No se puede desconocer que el principio general de la responsabilidad determina que frente a un daño causado a otra persona perturbando sus bienes, violentando su integridad corporal o afectando sus derechos, corresponde al responsable reparar las consecuencias de la transgresión de los intereses o derechos de las víctimas. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia, en relación con los daños patrimoniales o materiales, ha permanecido estable respecto de la ratificación de estas obligaciones, no obstante, sus inquietudes están dirigidas a encontrar los procedimientos adecuados de tipo formal o en los alcances de la extensión del daño en su campo material.¹²¹ Efectivamente, conforme se desprende del estudio fáctico realizado, las indemnizaciones económicas ordenadas por los jueces gozan de un contenido crecientemente desigual y discriminatorio en detrimento de los derechos de las víctimas.

¹²¹ Diego Sandoval Garrido, "Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas", *Revista de Derecho Privado* n. ° 25 (2013): 237.

Frente a esta problemática, se hace imperativa e indispensable la participación estatal, fundamentalmente, para desterrar las aberraciones de carácter discriminatorio que se generan a partir del establecimiento -por parte de los jueces- de las indemnizaciones económicas como uno de los mecanismos integrantes de la reparación integral por parte de los victimarios en beneficio de las víctimas.

El accionar del Estado como garante y protector de los derechos constitucionales tiene la obligación de crear y desarrollar los mecanismos apropiados y efectivos para cumplir con este objetivo. Entre estos cometidos se encuentra el de otorgar protección y garantía al derecho a la reparación integral de las víctimas, en particular a los familiares de la persona fallecida en los accidentes de tránsito, a efectos de satisfacer sus múltiples e imperiosas necesidades surgidas como consecuencia de estos infortunios.

Conforme se ha abordado en este capítulo, uno de los aspectos que mayor dificultad representa para la plena efectivización de las reparaciones de carácter económico es el alto grado de discrecionalidad con el que son definidas las mismas por parte de los jueces, sin contar con la activa participación de las víctimas, diferentes parámetros para su establecimiento, desconocer la situación económico-social de víctimas y victimarios, entre otras, situaciones estas que producen desigualdades en el tratamiento de víctimas y victimarios.

En efecto, la dispersión judicial en el tratamiento de las reparaciones de orden económico genera resultados de iniquidad y discriminación, circunstancias estas, que necesariamente deben ser abordadas y corregidas por las instancias de orden estatal. El Estado, como ente de protección y garantía de los derechos humanos y constitucionales, tiene la obligación de implementar y desarrollar los dispositivos apropiados para su efectivo cumplimiento, en este caso para custodiar el cumplimiento del derecho a la reparación integral a favor de las víctimas, originadas por la muerte de uno o varios de sus allegados en accidentes de tránsito.

En este contexto, la actuación del Estado destinada a otorgar protección y garantía del derecho a la reparación integral a favor de las víctimas originadas por la muerte de algún familiar directo en un accidente de tránsito podría estar vinculada a través de la implementación de los siguientes mecanismos:

a) La creación de un fondo económico estatal

La Constitución de la República del Ecuador en vigencia reconoce el derecho a la vida, a la integridad física y a la reparación integral, en virtud de lo cual se crea la obligación de que todas las funciones del Estado adopten todas las medidas de acción positiva necesarias, reales y efectivas, pero también para que remuevan todo obstáculo que impida o dificulte el pleno ejercicio de estos derechos.

A partir de las obligaciones estatales antes enunciadas, y conforme se había expresado anteriormente en relación a que el Estado debe propender a proteger y garantizar los derechos, en este accionar se incluye la eliminación de todo acto que provoque discriminación y desigualdad, particularmente en lo relativo al pago de las indemnizaciones pecuniarias a favor de las víctimas, como parte de la reparación integral.

Conforme se había constatado, la disconformidad en el establecimiento de las indemnizaciones económicas, las mismas que están revestidas de un alto contenido discriminatorio y de desigualdad respecto de las cantidades destinadas para las víctimas, pero también los valores a ser sufragados por los victimarios, desconociendo las circunstancias socioeconómicas.

Frente a esta realidad, es pertinente que el Estado ecuatoriano cree un fondo estatal, independiente a lo estipulado en el Libro Quinto, “Del Aseguramiento”, de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y del Reglamento de este mismo ordenamiento jurídico, capaz de otorgar una mayor cobertura a las necesidades de las víctimas que no solo se remitan al ámbito económico sino que abarquen el resto de mecanismos que conforman la reparación integral, conforme a las particularidades de cada caso.

La creación de este fondo estatal estaría orientado a satisfacer los necesarios requerimientos de las víctimas, que no obligatoriamente deben remitirse a lo estrictamente económico, también a las otras formas de reparación integral capaces -en lo posible- de retrotraer a la situación anterior a las víctimas.

El objetivo primordial de la implementación de este fondo estatal debe estar dirigido a superar todo acto de iniquidad y discriminación que se origina a partir del establecimiento de los montos económicos ordenados por el juez en sentencia en calidad de reparación integral, desconociendo las realidades socioeconómicas tanto de las víctimas como de los victimarios.

En efecto, el establecimiento del fondo estatal pretende eliminar todos aquellos criterios o inconsistencias de discriminación e iniquidad que se originan a partir de la imposición en sentencia del pago de las indemnizaciones económicas como parte de la reparación integral por parte del victimario a favor de las víctimas, básicamente, cuando el infractor carece de los recursos económicos suficientes para el cumplimiento de este mandato judicial o, en su defecto, cuando la cantidad de dinero fijada como reparación integral en la decisión judicial no permite cubrir las necesidades esenciales de las víctimas.

Para la eficiente realización de este cometido, sería de trascendente importancia la intervención de los Ministerios de Salud y de Inclusión Económica y Social, así como de la Defensoría del Pueblo o sus delegados, quienes deberán reglamentar y vigilar su efectivo cumplimiento con la plena participación de las víctimas, pero también del victimario.

Cabe insistir en que la creación del fondo estatal a favor de las víctimas de familiares fallecidos en accidentes de tránsito está destinado a erradicar las fragilidades que se producen a partir del establecimiento del pago de indemnizaciones económicas por parte del victimario a favor de las víctimas, las mismas que regularmente presentan serias discriminaciones y desigualdades, tanto de víctimas como de victimarios.

b) Implementación de derechos a favor de las víctimas

De forma conjunta, o por separado, las indemnizaciones económicas a favor de las víctimas pueden hacerse tanto con la creación del fondo estatal como a través de la implementación de normas que protejan y garanticen sus derechos, que no necesariamente deben remitirse al ámbito económico.

No obstante, se considera que si bien en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de Tránsito¹²² se establecen obligaciones destinadas a cubrir necesidades urgentes de las víctimas directas (heridos, discapacidades y familias de los fallecidos), sin embargo, no existe un fondo económico que permita cubrir las necesidades inmediatas de las víctimas familiares o, en su defecto, resultan insuficientes.

En este contexto, se supone importante que la obligación estatal se dirija al ámbito legislativo, quien debe implementar un ordenamiento jurídico a favor de las víctimas de personas fallecidas en forma conjunta o independiente, conforme a lo

¹²² Ver Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad y su Reglamento en su Libros V, que se refiere al tema del aseguramiento.

dispuesto en la Ley Orgánica de Transporte, Tránsito y Seguridad Vial y su Reglamento, específicamente en lo relativo al Libro V “Del aseguramiento”, evidentemente reconociendo los derechos de las víctimas de las personas fallecidas, pero con las debidas pertinencias, a efectos de materializar las expectativas y derechos de las víctimas en general.

Para este cometido será importante destacar que del análisis de las entrevistas realizadas a las víctimas de los familiares muertos en accidentes de tránsito, se colige que persiste ese dolor y pesadumbre de esta fatalidad, que difícilmente puede ser contrarrestada con una determinada cantidad de dinero frente a la pérdida de sus seres queridos.

Efectivamente, las personas víctimas asumen que el dinero recibido como parte de la reparación económica compensa mínimamente sus aspiraciones, que más bien sus pretensiones están centradas a superar los dolores físicos y psicológicos, además de buscar formas para atender las necesidades básicas de sus familiares (hijos) cuando el fallecido es un padre de familia, dejando de lado los juicios de por medio (revictimización), e inclusive intentando no perjudicar al victimario que en muchos casos también es padre de familia.

Su presencia en el juicio es para obtener castigo para el infractor (en la mayoría de veces), no obstante de su arrepentimiento, a solicitar el castigo, pero que sus aspiraciones más inmediatas se trasladan a obtener la mayor cantidad de dinero para solventar los gastos funerarios e inclusive dinero para costear los gastos de manutención y estudio de sus hijos huérfanos.

2. El establecimiento de mínimos y máximos para las indemnizaciones materiales e inmateriales

Del análisis empírico realizado se desprende la constante ambivalencia de criterios en las decisiones judiciales respecto del otorgamiento de la reparación integral y, a su vez, de los parámetros que conforman esta. Pero una de las más trascendentes es aquella que se refiere a la reparación integral en el ámbito patrimonial, la cual tiene graves disonancias al momento de concretarse en la sentencia respecto de su materialización efectiva, o su casi nula materialización.

La subjetividad o la libre discreción de los jueces de tránsito para determinar la reparación integral hace que esta genere ciertas discriminaciones en el tratamiento de

cada uno de los casos sentenciados, en particular en el ámbito patrimonial, razón por la que se hace necesario la implementación de medidas o mecanismos que permitan superar estas vulneraciones de derechos.

El delito representa uno de los problemas más significativos de la sociedad, con fuertes incidencias en los ámbitos social, económico, cultural y también de orden político, producto del ejercicio del monopolio de la fuerza estatal que, a su vez, se encuentra discutido. En este escenario, la sociedad requiere de certezas para superar la falta de seguridades y desencuentros, orientada estas a lograr soluciones y seguridades a través de la concepción de políticas en las que se incluye su diseño y posterior implementación.¹²³

A criterio de Lucía Dammert y Felipe Salazar "... el funcionamiento real del sistema de justicia penal entra en tensión con la visión tecnocrática que le exige mayor efectividad en su gestión y las demandas de incremento de la punitividad..."¹²⁴, razón por la que la pena impuesta y ejecutada se erige en el indicador del desempeño por sobre la calidad de la justicia impartida, de allí que la ausencia de certeza y la ineficacia podrían ser elementos para explicar los cuestionamientos que constantemente recibe el sistema de justicia penal desde la política y la sociedad civil,¹²⁵ lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el ámbito de la reparación integral como componente de una determinada sentencia.

De otra parte, Gargarella, acertadamente, considera que los problemas generales que se presentan para justificar el castigo se profundizan al pretender evidenciar esta práctica en situaciones de inmensa injusticia social. A criterio del autor, se puede asumir razonablemente que existe un riesgo serio de que los medios coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto y que, por lo tanto, se estaría prefiriendo castigar crímenes cometidos por personas desfavorecidas o, en su defecto, que el sistema penal se encuentra sistemáticamente sesgado contra los derechos e intereses de los desfavorecidos, porque son ellos los más directamente afectados por el aparato represivo del Estado,¹²⁶ situaciones estas que se presentan en la relación víctima-victimizador en lo relativo a la reparación integral, que precisamente requiere de consensos deliberativos con la finalidad de que esta tenga una máxima efectividad.

¹²³ Lucía Dammert y Felipe Salazar *¿Duros con el delito? Populismo e inseguridad en América Latina* (Santiago de Chile: FLACSO, 2009), 13.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.*, 17-8.

¹²⁶ Roberto Gargarella, *De la Injusticia penal a la justicia social* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008), 78.

La eficacia de la reparación integral podría ser materializada a través de un enfoque deliberativo que permita evaluar de manera crítica los diferentes aspectos del derecho penal, pero también para cimentar criterios alternativos para su fortalecimiento, todos ellos vinculados a los principios de inclusión igualitaria y deliberativa que consolide el sistema democrático.¹²⁷

La sociedad contemporánea, a través de su impulso y crecimiento en los ámbitos productivos, análogamente genera responsabilidades y respuestas a los crecientes daños, los mismos que son resarcibles. Así, en los daños a la persona, la limitación a las indemnizaciones en diferentes campos, tiene su fundamento en el progreso tecnológico y productivo,¹²⁸ lo cual, es trasladado al ámbito de la reparación integral, particularmente en los aspectos de responsabilidad de orden económico por parte de los victimarios a favor de las víctimas.

En este contexto, es importante remitirse a varios criterios emitidos por Diego Sandoval Garrido, quien manifiesta algunas trascendentes aproximaciones que permiten al lector adentrarse al tema del establecimiento de mínimos y máximos para las indemnizaciones materiales e inmateriales, todo ello en el marco de la reparación integral a favor de las víctimas.

El referido autor considera que la limitación de las cuantías concede una seguridad previa de las cantidades precisas de indemnización ante los supuestos de responsabilidad que pudieren suscitarse en los ámbitos contractuales y extracontractuales, al igual que trata de consolidar la prevención de riesgos mediante un mecanismo de aseguramiento de niveles competitivos capaces de proteger los patrimonios implicados frente a la exposición de los riesgos de la industria, y también de los que surgen de la convivencia social. Al respecto, la doctrina asume que la apreciación del daño y su tipología indemnizatoria tienden a la flexibilización de las cargas exigidas a la víctima, inclusive a un abierto e indetenible liberalismo relacionados con los supuestos de responsabilidad de las indemnizaciones económicas.¹²⁹ No obstante, le corresponde al Estado asumir las responsabilidades sociales por las actividades nocivas y, de esta forma, acceder a la reparación y prevención.

¹²⁷ *Ibíd.*, 89-98.

¹²⁸ Sandoval Garrido, "Reparación integral y responsabilidad civil", 254.

¹²⁹ *Ibíd.*, 257.

La satisfacción de las necesidades de las víctimas determina que sea imperativo encontrar alternativas que permitan hacer más comprensible y accesible la realidad de la reparación integral. Aquello, porque los patrimonios individuales -en la mayoría de los casos- tienden a ser exigüos al momento de cubrir las indemnizaciones o los costos de la satisfacción de todos los daños, en virtud de lo cual se considera a la colectivización de la responsabilidad como una medida que integra los topes legales o convencionales en materia de indemnizaciones.¹³⁰ Para el cumplimiento de estos objetivos resulta oportuno que el ordenamiento jurídico y los jueces establezcan parámetros que no solamente se remitan a la limitación extrema de la responsabilidad sino a depurar las soluciones que permitan restaurar el equilibrio causado por el daño.¹³¹

En este contexto, Sandoval Garrido expresa lo siguiente:

De ahí que, adoptando la eficiencia de Pareto en la distribución de los perjuicios, conforme a la responsabilidad civil, se podría llegar a entender que no se puede mejorar a uno de los sujetos implicados sin perjudicar a otro, siendo necesario tomar partido por uno u otro. Particularmente, en tanto sea posible, se cree que la balanza debe estar siempre inclinada a favor de la víctima (...). El establecimiento de tarifas legales y jurisprudenciales en materia de indemnización a las víctimas de algunas actividades y para ciertas categorías de daños es una cuestión de primer orden en la discusión actual del derecho de daños. Aspecto de gran relevancia si se tiene en cuenta que siendo la filosofía del asunto evitar la explosión de elevadas condenas reparatorias, la indemnización perseguida por la víctima se encuentra sometida a dicho propósito.¹³²

Es evidente que el referido autor hace su reflexión a partir de un criterio estrictamente civilista, en el ámbito financiero o indemnizatorio (sistema francés), a fin de lograr un efectivo pago pecuniario a las víctimas y, correlativamente, evitar incertezas de la reparación integral. Por ello, Sandoval Garrido considera que existe gran apertura para el establecimiento de un sistema de techos para la indemnización en relación a los daños a la persona.¹³³

En este escenario se dice que tiene mayor relevancia establecer previamente con absoluta rigidez quien ha de pagar y qué recibirá quien ha de resultar afectado por determinados sujetos, siendo indispensable para aquello la sensatez en la determinación de la indemnización de los daños no patrimoniales, y que la protección a las víctimas no debe prevalecer sobre otros, de tal forma que: “cuando el que o la que asegura la vida de

¹³⁰ *Ibíd.*, 258.

¹³¹ *Ibíd.*, 258-9.

¹³² *Ibíd.*, 259.

¹³³ *Ibíd.*, 260.

la familia es víctima de un accidente, lo esencial es que la familia reciba lo más rápidamente posible el equivalente de un salario o de su renta patrimonial, o en cualquier caso una importante proporción de esta, indemnizar el sufrimiento puede ser legítimo, pero no necesario”.¹³⁴

Sobre la base de lo enunciado anteriormente, se ha considerado que la valoración de daños a la persona se debe plasmar a través de la implementación de baremos cuya responsabilidad corresponde al legislador, pero con un imperativo seguimiento por parte de los jueces, y con sujeción a las siguientes disposiciones: a) que las tablas deben especificar sumas razonables fijas, no obstante de su revisión periódica conforme a los criterios estadísticos; b) que el juez al momento de fijar las indemnizaciones económicas no debe apartarse de las tablas anteriormente determinadas. Sin embargo, excepcionalmente, puede aumentar las reparaciones por circunstancias especiales que se pudieren presentar en el caso en concreto, siendo necesario para aquello que la ley fije un marco dentro del cual podrá ajustar la indemnización; c) que los daños materiales deben repararse en forma íntegra siempre que estén probados, y para el caso de los daños no patrimoniales se procurará su satisfacción a través de las cuantías establecidas.¹³⁵

La aplicación de estos baremos han sido materializada en varios países, particularmente de las regiones de Europa y Escandinavia, así, se tiene que en Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Francia e Italia existe la disposición de aplicar modelos o estándares al momento de la fijación de las cuantías indemnizatorias como parte de la reparación integral, no obstante, el juez tiene la libre apreciación y no está sometido forzosamente a las tablas sino al margen de maniobra subjetiva conforme así lo requiera el caso en concreto. De su parte, en Dinamarca, mediante una ley de 24 de mayo de 1984, se reglamentó el actuar del juez para cada concepto constitutivo de daño, mientras que en España se creó la Ley 32/1999, de solidaridad con las víctimas de terrorismo, por la cual el Estado se compromete a pagar las indemnizaciones debidas y no satisfechas por los autores y demás responsables de acciones terroristas a sus víctimas en concepto de responsabilidad civil derivada del delito.¹³⁶

Al respecto, conviene remitirse a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor -contenida en la Ley 30 del 8 de mayo de 1995, que modifica el Decreto 632 de 1968-, por la cual se implementa un modelo de

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Ibíd.*, 261.

¹³⁶ *Ibíd.*

aplicación de baremos respecto a los daños a la persona, el cual, pese a sus críticas, es aplicado actualmente. Este instrumento jurídico tiene un anexo por el cual se determina un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tránsito, asimilando un baremo que contiene criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización, las formas de la aplicación del sistema y seis tablas de valoración, siendo una de ellas la que establece una indemnización básica por muerte o lesiones permanentes, incluidos los daños morales, aquellas que establecen los factores de corrección y la clasificación y valoración de secuelas.¹³⁷

En el territorio francés existen otros criterios para la apreciación de los perjuicios corporales, así, por ejemplo, las valoraciones realizadas por los médicos en relación con las lesiones a la integridad psicofísica, el juez, tiene en cuenta la edad de la víctima y la afectación permanente determinada pericialmente, hace un cálculo por punto de incapacidad para así llegar a una indemnización debida. En este sistema francés la jurisprudencia es representativa, en tanto, conforme a sus precedentes, establece el valor del punto, asumiendo las indemnizaciones previamente concedidas, a partir de lo cual se determina una base media que guarda relativa uniformidad. No obstante, las diferencias en las opiniones médicas y su incidencia en el establecimiento de las indemnizaciones han generado una falta de uniformidad en las decisiones judiciales, razón por la que se ha hecho necesario la presencia legal de un baremo de invalidez aplicable a todos los sistemas de indemnización.¹³⁸

Dentro de esta perspectiva, puede considerarse que el manejo de tarifas o baremos para la valoración de los daños no patrimoniales, para los cuales se carece de elementos objetivos de comparación o referencia, tiende a consolidarse como una propuesta válida en su objetivo de garantizar la seguridad jurídica, certeza e igualdad material de las víctimas de daños corporales.¹³⁹ Esta propuesta puede tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en la actualidad nuestro sistema se somete a la apreciación judicial subjetiva de los daños, obviando cualquier criterio objetivo de parte del juzgador, actuaciones estas que, evidentemente, producen disconformidades judiciales, y con ello discriminación y afectación a los derechos de igualdad de las víctimas.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*, 262-3.

¹³⁹ *Ibíd.*

A pesar de las posibles bondades que podría tener la implementación de baremos para la determinación de las indemnizaciones económicas, existen opiniones contrarias respecto de su implementación, un argumento sostiene que el mandamiento de la reparación en situaciones idénticas es relativo en razón de que casos distintos serían tratados como iguales, promoviendo así la desigualdad en el tratamiento de las víctimas. Vale decir que se estaría implementando una actuación mecánica o autómatas por parte de los jueces al enmarcar supuestos fácticos a las mismas consecuencias jurídicas, sin valorar su disimilitud, quizá reparando más de lo que se debería hacerlo en unos casos o aplicando simétricamente lo que se escapa a comparaciones. En este sentido -se dice- a los jueces se los expondría a la incerteza, y con ello a la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, al momento de tratar y resolver casos en concreto.¹⁴⁰

Retomando, se hace factible la facultad de los jueces para establecer el *quántum* indemnizatorio y el consiguiente establecimiento de máximos o topes podrían servir de guía para casos de similar sustento fáctico, en particular para los perjuicios morales; sin embargo, para los casos de perjuicios corporales o fisiológicos, se puede recurrir a la posibilidad de alcanzar criterios objetivos de valoración, dejando de lado la discrecionalidad en la apreciación judicial como regla generalizada.¹⁴¹

En este escenario, se podría exhortar a los juzgadores para que en sus decisiones se adapten medidas indemnizatorias satisfactorias teniendo en cuenta las situaciones concretas o particulares de las víctimas. La adecuación y eficacia de la reparación integral debe promover nuevas modalidades de evaluación de los *daños-intereses*, acorde con las situaciones fácticas e inclusive de orden inflacionario, sin dejar de lado aquellas de orden no pecuniario capaces de generar razonabilidad.

No se puede desconocer que la *restitutio in integrum* determina que los derechos afectados a la víctima tienen igual importancia de restitución, sin ninguna clase de distinción. Sin embargo, en criterio de Viney y Jourdain -citado por Sandoval Garrido- los perjuicios estrictamente morales deben ser reemplazados por un mecanismo que finalice el atentado moral de la víctima, evitando erogación de sumas económicas siempre indeterminadas y sujetas a la subjetividad de los juzgadores respecto de las sobreestimadas peticiones de los demandantes.¹⁴²

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*, 264.

¹⁴² *Ibíd.*, 266-7.

Ahora, es oportuno elucidar que a nivel doctrinario y jurisprudencial se ha establecido que no existen derechos absolutos, en tal virtud, los derechos constitucionales -entre los cuales se encuentra la reparación integral-, además de cumplirse en el ámbito subjetivo, también pueden estar sometidos a límites producto de la protección de otros derechos ajenos, del interés general, la observancia de los deberes, así como el resguardo del núcleo esencial del derecho que pretende limitarse. Dentro de este último, conforme a los mandatos constitucionales, los juzgadores pueden adoptar técnicas jurídicas adicionales desde la lógica de los derechos subjetivos o de los intereses jurídicamente protegibles.¹⁴³

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano se ha dicho que la reparación integral es un derecho regulable y, por lo tanto, puede ser objeto de configuración legislativa, teniendo en consideración que su Carta constitucional no determina explícitamente qué tipo de daños deben ser indemnizados, como tampoco su extensión y cuantía en que deben tasarse, y tan solo se reduce al reconocimiento y tutela jurídica de los derechos fundamentales (vida, integridad física, propiedad privada, buen nombre, etc.), cuya vulneración puede generar la obligación al responsable a la debida reparación.¹⁴⁴

En esta perspectiva, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que:

... determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados.¹⁴⁵

De manera que, desde el ámbito constitucional, no existe, según la Corte colombiana, ningún reparo a las limitaciones de las indemnizaciones por parte del legislador, tanto en los asuntos de daños extrapatrimoniales como patrimoniales, razón por la que la ley tiene la facultad de instituir nuevas tipología de daños, reglamentar

¹⁴³ *Ibíd.*, 270.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, 271.

¹⁴⁵ Colombia Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia”, en *Juicio n. ° C-916*. 29 de octubre de 2002.

topes, determinar parámetros de valoración judicial subjetivos u objetivos con sustento en criterios de equidad, en el marco de la libertad de configuración política, sin afectar la reparación integral y mucho menos modificar el núcleo esencial del derecho, so pena de ser declarado inconstitucional.¹⁴⁶

3. La participación directa y activa de las víctimas en el proceso de fijación de la reparación integral

El mayor o menor grado de marginación de la víctima dentro del sistema penal a cargo del Estado ha determinado que esta se encuentre desatendida y desprotegida respecto a sus derechos, legítimas aspiraciones y realizaciones. No ha sido suficiente que el Estado haya confiscado los derechos de la víctima, sino que esta arbitrariedad no ha solucionado sus problemas, al contrario, los ha fortalecido. A partir de lo cual se ha creado un Derecho penal reaccionario y violento, con altas dosis de irrespeto, principalmente a los derechos humanos de la víctima, e inclusive del victimario.

La actuación del Derecho penal y su incidencia en los derechos de la víctima ha determinado el surgimiento de millones de víctimas en el mundo y, concretamente, en los grupos humanos más vulnerables. El Estado persiste en su afán de fortalecer el poder criminalizante del Derecho penal puesto a su servicio, el mismo que está orientado a garantizar y potencializar el manejo de ese poder. De allí que no es casual que cualquier intento de reivindicación social, política o económica, rutinariamente es sofocado mediante el uso del Derecho penal anticuado, impulsivo y hegemónico. Efectivamente, esta indolente criminalización lo que trae consigo son nefastas consecuencias de victimización en la población más débil, y de la que generalmente descienden víctimas y victimarios.

De otra parte, es importante señalar que las instituciones de control del delito y la justicia penal -a criterio de Garland- tienen determinadas condiciones de existencia, es decir, que conforman una red de gobierno y producción de orden social, situación esta que se evidencia en las sociedades modernas a través del sistema legal, el mercado laboral y las instituciones del *welfare state*, las cuales permanecen y se sostienen por la actuación de otras instituciones y controles sociales, sustentadas en configuraciones específicas de acción cultural, política y económica y que en caso de cambios están

¹⁴⁶ Sandoval Garrido, “Reparación integral y responsabilidad civil”, 271- 2.

sujetas a los campos sociales e instituciones contiguos.¹⁴⁷ De manera que el accionar del sistema penal y su incidencia en el campo de la victimización tiene una directa asimilación en los sistemas del control del delito.

En este mismo sentido, cabe destacar que las instituciones formales del control del delito adquieren el carácter de ser reactivas y adaptativas, en tanto funcionan buscando complementar los controles sociales de la vida cotidiana, inclusive interfiriendo su actuación, lo que a la postre incide en el debilitamiento de su efectividad, es decir, que al transfigurar el carácter de la vida cotidiana, sus hábitos y rutinas cambiantes usualmente generan consecuencias en la estructura de los controles informales que, a su vez, pueden producir inconvenientes en el funcionamiento y la efectividad de las instituciones de control formal. Por ello, cabe asimilar que el campo del control del delito concierne a las actividades de producción de orden social de las autoridades, pero también a las actividades de actores y agencias privados, sin que sea pertinente enfocar esta investigación únicamente en las instituciones estatales y que de esta manera se desprecien las prácticas sociales informales de las que depende la acción estatal.¹⁴⁸ Vale decir que la atención a la víctima no solo debe remitirse al control social y del delito en el ámbito estrictamente formal (legal), sino que demanda la actuación material del juez en el reconocimiento de sus derechos.

En palabras de Garland, “el campo actual del control del delito es el resultado de opciones políticas y decisiones administrativas, pero estas opciones y decisiones están radicadas en una nueva estructura de las relaciones sociales y están coloreadas por un nuevo patrón de sensibilidades culturales”.¹⁴⁹ Significa entonces que la protección y garantía de los derechos de las víctimas no debe estar dirigida a establecer punitividad¹⁵⁰ radical a pretexto de otorgar mayor atención a sus necesidades, sino para entregar una adecuada atención conforme a sus necesidades y requerimientos.

Evidentemente que la víctima ya no debe ser identificada como la persona infortunada que asimila los efectos de un acto delictivo nocivo y cuyos intereses deban concentrarse en el criterio del interés público, cuyo accionar se concentra en la persecución y sanción estatal al delincuente, sino que la víctima debe convertirse en un personaje con mayor representatividad, descartando todo membrete o noción de bien

¹⁴⁷ David Garland, *Una historia del presente, en la cultura del control* (Barcelona: Gedisa, 2005), 38.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 38-9.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 39.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 46.

público bajo nuevos criterios culturales que determinen las nuevas representatividades del colectivo de ser víctima y una relación reelaborada entre la víctima individual, la víctima simbólica y las instituciones públicas de la justicia penal y el control del delito,¹⁵¹ en la que se debe descartar toda clase de politización del control del delito mediante el cálculo político.¹⁵²

A ello se debe agregar que las sociedades actuales se desenvuelven en entornos diferenciados de franjas de clase social y en franjas étnicas, ocupacionales y culturales, sin que estos grupos claramente identificados compartan las mismas reglas, que efectivamente no la hacen, generando con ello distintos conjuntos de reglas. Por esto, cuando las normas de los diversos grupos entren en conflicto y se contradigan entre sí, habrá desacuerdo acerca del tipo de comportamiento adecuado para cada clase de situación, como lo afirma Becker.¹⁵³ No es posible generar leyes que punitivicen exageradamente la criminalidad y mucho menos que se desatienda las legítimas aspiraciones de las víctimas.

Al respecto, es importante enunciar el criterio de Wacquant que dice:

La consecuente reconfiguración del control del delito revela la incapacidad de los gobernantes para regular a los individuos y normalizar la sociedad contemporánea y su desconexión se ha hecho evidente en todos los límites del Estado soberano (...) Más allá de las modalidades de su advenimiento, es indiscutible que la mezquindad del ala asistencial y la generosidad del ala penal bajo la guía del moralismo ha alterado la formación del campo burocrático de maneras que son profundamente injuriosas respecto a los ideales democráticos.¹⁵⁴

Significa entonces que las instancias estatales han sido deficitarias en el control del delito y, por ende, las consecuencias que de él se derivan, entre ellas, la atención integral a las víctimas del delito.

El sistema represivo y violento para con el victimizador y la desatención a la víctima de la que hace gala el Derecho penal son los factores que han impedido el cumplimiento de sus objetivos, y muchos autores consideran que ha dejado de tener vigencia, su permanencia se limita a mantener el poder estatal. Frente a esto, hoy se

¹⁵¹ *Ibíd.*, 46-7.

¹⁵² *Ibíd.*, 49.

¹⁵³ Howard Becker, *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación* (Buenos Aires: Siglo XXI; 2009), 34.

¹⁵⁴ Loic Wacquant, *Forjando el Estado neoliberal. Workfare, prisonfare e inseguridad social*, *Prohistoria* n.º 16 (2011): 4.

impone la presencia de un Derecho Penal moderno, pacífico y conciliador, que atienda las necesidades de la víctima, principalmente, y también del victimizador.

No se debe continuar intitucionalizando la confrontación y el restringimiento de los derechos de víctima y victimizador, lo que se requiere es que la víctima tenga mayor presencia y participación en el sistema penal, pero esencialmente en el Derecho sustantivo y adjetivo penal, para que se le devuelva a la víctima sus derechos confiscados. Su intervención directa y objetiva será de gran importancia para reducir la “venganza estatal” o *ius puniendi*, y en el mejor de los casos acceder a justas y reales reparaciones, sin limitarse a lo meramente económico.

La ilegítima intervención del derecho penal, que se asienta en la selectividad, arbitrariedad, violencia y corrupción, deja sin piso su permanencia. En palabras de Zaffaroni: “El sistema penal es un puro ejercicio de poder selectivo bajo la apariencia de un modelo jurídico que ni siquiera abstractamente resuelve los conflictos; de allí que opere en forma independiente y superpuesta con los otros modelos, porque es un ejercicio de poder y no un modelo de solución del conflicto que, de serlo, sería excluyente”.¹⁵⁵ El Estado, sin argumentos adecuados, ha dejado a la víctima desprotegida, le ha expropiado de sus derechos, le ha desligado del conflicto -pese a que formalmente se establece en el COIP su participación- para autónomamente ejercer y justificar su poder atrabiliario, desatendiéndose de toda manifestación jurídica inmediata a favor de las víctimas.

El Estado al expropiar, confiscar o en el mejor de los casos, de limitar los derechos a la víctima, se presenta dentro del Derecho penal como agraviado o lesionado y no la víctima, quien es la afectada directa del delito. Se le ignora en este ámbito y no se le permite actuar como una verdadera parte procesal, sino que se le considera tan solo como un dato y, en ocasiones, inclusive es sancionada al no prestar ayuda en las investigaciones, por ello Zaffaroni dice: “Por ende, el modelo punitivo incluso abstractamente y a diferencia del modelo reparador (civil) no es un modelo de solución de conflictos, sino solo de suspensión de conflictos. Es un acto de poder vertical del estado que suspende (o cuelga) el conflicto. Nada hace por la víctima, por definición y esencia”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal* (Bogotá: Temis, 1990), 173.

¹⁵⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2005), 7.

Conforme se ha evidenciado del análisis de las situaciones fácticas, dentro del proceso penal sí se le brinda algún espacio a la víctima, no es el de real participación, sino que se lo concibe como un proporcionador de datos o informaciones, a través de la coacción que el Estado ejerce para sustentar el agravio público, y no el de la misma víctima. A ello se agregan los múltiples actos revictimizadores que se presentan durante el proceso (sospechas sobre la misma víctima, letargo judicial, coimas, corrupción, peritajes, recibos de los gastos médicos, etc.), demuestra que el sistema penal no atiende o es altamente inadecuada la atención a las pretensiones de reconocimiento de los derechos de las víctimas.

El modelo punitivo, lleno de incongruencias deslegitimadoras a su existencia, no resuelve ni los conflictos de menor jerarquía, menos aún aquellos que tengan mayor complejidad. Así, por ejemplo, en el caso de las víctimas originadas por la muerte de un familiar directo, el poder criminalizante del Derecho penal se limita a imponerle la pena, sin ni siquiera otorgarle una mínima posibilidad de evitación del conflicto, por medio de alguna fórmula de arreglo o reparación, en este caso, de una adecuada reparación integral en todo su contexto, previa aceptación razonada de las víctimas. A través del sistema punitivo el conflicto perdura por años hasta que se disuelve, (parientes y amigos maceran su dolor), igual situación se presentaría si se víctima al homicida, pues quedaría colgado para siempre,¹⁵⁷ que es lo que precisamente se demuestra en los juicios penales de tránsito en delitos con muerte.

La ineficacia de la que está revestido el modelo punitivo determina que no solo no resuelve el conflicto, sino que, como regla general, su resolución está imposibilitada. No permite asumir modelos alternativos al conflicto punitivo, como son el restitutivo o reparatorio, el conciliatorio o el terapéutico, que inclusive pueden combinarse entre ellos.¹⁵⁸ Quizá en el ámbito reparatorio podría tener un impacto positivo la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos.

La incongruencia del modelo punitivo, permite a Zaffaroni manifestar que

El poder punitivo no solo es un modelo de solución de controversias (es un mero modelo de poder vertical), sino que también es una traba para la solución efectiva de los conflictos. Cuanto mayor es el número de éstos que una sociedad somete al poder

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 8.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 7.

punitivo, menor es su capacidad para solucionarlos. El exceso de poder punitivo es la confesión de la capacidad estatal para resolver su conflictividad social.¹⁵⁹

La realidad de los datos que arroja la investigación empírica, en general, invita a reflexionar sobre el verdadero alcance que tiene la administración de justicia en el ámbito de la materialización de la reparación integral, cuyo objetivo se centra en la atención prioritaria a las víctimas de los delitos, cometido este que lamentablemente no ha sido satisfecho, tan solo se han experimentado desatenciones y revictimizaciones a las familias de los fallecidos en accidentes de tránsito.

Frente a esta realidad, se hace indispensable y urgente buscar nuevos mecanismos que permitan viabilizar y efectivizar de manera oportuna y segura la reparación integral a favor de las víctimas, emprendimiento para el cual se requiere la decidida y activa participación de estas, para hacer realidad sus verdaderas aspiraciones y concretar la restitución de sus derechos.

Se insiste en que el Derecho penal actual, fundamentado en las penas y las medidas, no facilita la solución al conflicto criminal y, por ende, no lleva a obtener la pacificación social. Estas situaciones han dado lugar a que en la actualidad aparezca una tercera tendencia o vía llamada reparadora, por medio de la cual se pretende que la víctima o parte ofendida tenga directa participación en su objetivo de encontrar efectivas reparaciones que satisfagan sus verdaderos intereses, a la vez que minimiza venganzas, burocratismos, intermediación o confiscación estatal de sus derechos, y propende a las relaciones directas entre víctima y victimizador, capaces de encontrar soluciones rápidas y efectivas, inclusive evita acudir a los burocráticos trámites judiciales. Nadie más que la propia víctima, que conoce sus deseos, sus reacciones, sus sentimientos, es la persona más apropiada para exigir su reparación conforme a sus mismos deseos y sentimientos.

La oposición al sistema penal, en general, se centra en la falsa atribución que él ha hecho de los derechos de la víctima, para supuestamente defender sus intereses e imponer su venganza al victimizador. Los derechos de la víctima deben ser asimilados conforme a sus formulaciones actuales de una política criminal defensora de los derechos humanos, en particular, en materia de asistencia a las víctimas e inclusive en el ámbito de la administración de justicia. Es importante que los derechos de las víctimas sean proyectados y plasmados como una política de Estado orientada a estimular las

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 9.

investigaciones y aplicaciones en beneficio y protección de víctimas y victimarios, así como de la defensa colectiva y social.

La participación real y concreta de la víctima en el sistema penal tendría incidencias positivas en la creación de nuevas tendencias y resultados respecto de la reparación integral y concomitantemente en la pacificación social que es el fin del Derecho penal. Difícil desconocer que el fin u objetivo de las víctimas es diametralmente opuesto a las pretensiones estatales, porque ya no es permisible que persista la confiscación y vulneración de los derechos de las víctimas, no tiene asidero la burocracia del sistema judicial y quizá tampoco haya interés en que al infractor se lo encierre a través de una condena que lo único que produce es desatención y revictimización a este grupo social. A la víctima le interesa una reparación verdadera, efectiva, y que sea lo más satisfactoria a sus realidades, no le conviene o le es indiferente un sistema o Derecho penal reactivo y violento, que no satisface sus reales aspiraciones.

Dentro de este proceso se aspira que tanto los derechos de la víctima y los victimizador sean respetados y garantizados, lo cual permitirá avalar los objetivos esenciales del Estado constitucional de derechos y justicia, que se sintetizan en los mandatos constitucionales establecido en el Art. 3, numeral 1, que reza: “Son deberes primordiales del Estado (...) Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”; y, 11, numeral 9 que dispone: “... El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Los derechos humanos son privilegios garantizados por el Derecho internacional a favor de todos los individuos, para exigir a los órganos del Estado y de poder la preservación de su dignidad como ser humano, evitando la interferencia estatal en ámbitos específicos de su vida particular; además, para exigir y asegurar del Estado la prestación eficiente de determinados servicios destinados a satisfacer sus necesidades básicas, por ser parte integrante de una determinada sociedad,¹⁶⁰ en la que indefectiblemente se encuentra los derechos de las víctimas y del victimizador.

La dignidad humana es el elemento fundamental que debe ser protegido por los derechos humanos, conforme se desprende de los diferentes pactos, declaraciones y demás instrumentos internacionales sobre la materia. Aquello es definitivo para

¹⁶⁰ Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*), 5-6.

establecer que el ser humano es considerado, o tiene una juridicidad propia que hay que desentrañar, reconociendo los derechos humanos y, a su vez, se debe conferir el reconocimiento de que todo individuo es persona, y en razón de ello está dotada de dignidad y es portadora de bienes que son derechos suyos,¹⁶¹ en el caso particular de las víctimas.

En este contexto, habría que considerar que los derechos -tanto de la víctima como del victimizador- no deberían ser medios de confrontación entre sí, sino más bien ser considerados como mecanismos de encuentro destinados a avizorar perspectivas de paz que permitan facilitar la atención y el cumplimiento de los derechos de reparación de las víctimas. Al no existir tendencias de enfrentamiento entre víctima y victimario se crearían las condiciones expeditas a efectos de implementar los mecanismos legales y judiciales que permitan fortalecer la interrelación de sus derechos, capaces de ofrecer posibles soluciones adecuadas y efectivas en el ámbito reparatorio, y con ello se evitaría la revictimización, principalmente, de la víctima, y también del victimizador.

Se insiste en que el indudable objetivo de la víctima es alcanzar una real y efectiva reparación. Al aludir a su efectivización, esta no se circunscribe únicamente al ámbito económico, sino que abarca muchas otras, de carácter, social, psicológico, rehabilitador e -inclusive- en el orden subjetivo de la víctima.

Un aspecto esencial que se impone para efectivizar una mayor participación de la víctima en el proceso de fijación de la reparación integral es el acceso al diálogo, con los operadores de justicia e incluso con el infractor, tendientes a generar condiciones de apertura y confiabilidad circunscritas a obtener una eficiente y adecuada atención a las necesidades presentes y futuras de la víctima. Para la consecución de este objetivo es preciso, a criterio de Zalles, revertir estas imágenes y actitudes negativas que obstaculizan el diálogo, razón por la que los interlocutores deben estar persuadidos de entender de una forma básica las necesidades, aspiraciones y perspectivas de la otra parte; legitimar y respetar las necesidades, aspiraciones, dolores y temores del otro; y, como consecuencia de este entendimiento y reconocimiento, aceptar paralelamente las contradictorias necesidades y aspiraciones propias y ajenas,¹⁶² a partir de lo cual se podría llegar a consensos en el ámbito reparatorio.

¹⁶¹ Ilva Hoyos, *De la dignidad y de los derechos humanos* (Bogotá: Temis, 2005), 7.

¹⁶² Jorge Zalles, *Barreras al diálogo y al consenso. Diagnóstico y posibles respuestas* (Quito: Voluntad, 2004), 51

El diálogo de las partes involucradas por el delito tiene como finalidad proponer una alternativa válida para que víctima y victimizador asuman la realidad de los hechos y puedan conciliar sus posiciones, para lograr una efectiva reparación del victimizador hacia la víctima o víctimas mediante la participación objetiva y real de las primeras; cuya implementación otorgaría soluciones reparatorias efectivas y se impedirían futuras revictimizaciones.

Acorde con estos discernimientos, Vinyamata considera que el objetivo de la justicia no debe restringirse a ejercer el castigo y marginar a los infractores de la sociedad, sino que su función puede ser preventiva, en su objetivo de dar solución a los conflictos, de promover la reconciliación y la recuperación de las víctimas, fundamentalmente en su recuperación psicológica y moral, tan venida a menos en las prácticas judiciales¹⁶³, lo cual podría tener incidencias positivas inclusive hacia las víctimas relacionadas con el infractor.

Dentro de este mismo escenario, con mucha razón, el profesor Neuman considera que la víctima acarrea molestias y depresiones, y una vez introducida en el sistema judicial empieza su peregrinaje destinado a conseguir la única solución estatal ofrecida, el castigo mediante la pena impuesta al infractor, lo cual, evidentemente, tampoco soluciona en la mayoría de las veces su conflicto ni su desamparo, su necesidad resarcitoria impedida de recibir algún tipo de explicaciones necesarias, desconexión con el infractor que imposibilita un diálogo sugerido o a veces simbólico capaz de entender y asimilar sus mutuas necesidades. Sumándose a ello que la víctima, al no tener un acceso directo con el juez, se profundiza el desconocimiento de lo requerido e ignora sus necesidades,¹⁶⁴ situaciones estas que coadyuvan a la incapacidad estatal por resolver los problemas de las víctimas del delito.

El diálogo posterior entre las partes permitirá acceder en forma directa a la víctima, conocer las causas, el impacto y la extensión del daño causado con su accionar criminal. De esta forma, lo que se pretende es que, mediante el restablecimiento del diálogo, el beneficio sea integral, fundamentalmente para la víctima, aunque también para el infractor o victimario, y con ello para la sociedad misma.¹⁶⁵ Todo ello en base a una activa participación de la víctima en su afán de satisfacer sus aspiraciones e intereses de forma adecuada.

¹⁶³ Eduard Vinyamata, *Conflictología. Teoría y práctica en resolución de conflictos* (Barcelona: Ariel, 2001), 16.

¹⁶⁴ Neuman, *Victimología, el rol de la víctima en los delitos*, 319.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, 319.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, se considera que la participación activa y protagónica de la víctima para la consecución de una apropiada y segura reparación integral no debe orientarse exclusivamente a crear las condiciones jurídicas y fácticas destinadas a obtener un mayor protagonismo dentro del sistema judicial -que sería lo óptimo de acuerdo a cómo se presenta nuestro ordenamiento jurídico-, sino a que se lo permita acceder a otros mecanismos -no necesariamente jurídicos- idóneos para satisfacer sus aspiraciones y necesidades.

Habría que asimilar la posibilidad de que en uno o varios casos los verdaderos anhelos de la víctima a obtener una reparación integral que satisfagan sus intereses, no deben estar reconducidos obligatoriamente al pago de una determinada cantidad de dinero a modo de indemnización, o el interés de que al victimizador se lo reduzca a una prisión -provocando revictimización a sus familiares- sino que quizá podría tener mayor representatividad una disculpa pública, un pago periódico de una indemnización económica, una medida simbólica, etc.

La necesidad neurálgica e imperativa es que a la víctima se le debe otorgar amplia cobertura de participación en el procedimiento penal, pero también para posesionarse de otros dispositivos alternativos que le permitan decidir y hacer viables y efectivas sus necesidades y aspiraciones a través de una cierta y segura reparación integral que satisfaga sus verdaderos intereses.

Consideramos que, si bien es cierto que se exige una mayor participación de la víctima dentro del proceso penal, con el objeto de obtener mayor representatividad en el juzgamiento, pero básicamente para exponer y asegurar una justa y legítima reparación a los daños ocasionados a su persona y núcleo familiar, no obstante, de este cometido podrían obtenerse mejores consecuencias si se entrega el protagonismo a las partes implicadas en el delito, a efectos de promover y evolucionar el acertado manejo de los conflictos en base a la interdisciplinariedad, prescindiendo de deterioros emotivos innecesarios, como también promocionando el ahorro económico y de otro tipo de recursos. Ello permitiría atender al conflicto desde la perspectiva humana, dejando en un plano secundario el ámbito legalista, de esta forma se fortalecen las relaciones humanas.

El método dialógico propuesto está destinado a estructurar mecanismos de protección de convivencia de las personas en comunidad, limitando el uso de la represión por otras alternativas de pacificación de la sociedad, una de ellas, como proposición inicial, sería la de minimizar la necesidad de participación del sistema

judicial en la solución de los conflictos, jerarquizando la mediación penal no en el sentido de premiar al criminal sino de restringir las actuaciones victimizantes y expropiatorias de los derechos de las víctimas, que en palabras de Neuman permitan “trazar nuevas metas en la política criminal que admitan formas de mediación para la conciliación resarcitoria y moral entre las partes, permitiendo que retomen el conflicto (...) la misión del mediador es el logro de la paz entre ellas, que es una forma de paz social ínsita en la ley”.¹⁶⁶

La propuesta de diálogo entre las partes unidas por el delito debe estar regida por una política victimológica que proteja y garantice sus derechos, teniendo en consideración que “a los efectos de la titularidad de los derechos humanos los nombres propios y las descripciones definidas son perfectamente irrelevantes. Nadie tiene esos derechos por ser quien es, por llamarse como se llaman o por ocupar una posición definida en cualquier relación social. Se tienen por ser seres humanos”.¹⁶⁷

Esta política victimológica no debe soslayar que uno de los fines de los derechos humanos es propiciar y plasmar la igualdad humana en los ámbitos fáctico, jurídico y de cualquier otro nivel. El desarrollo de la igualdad humana debe ser concebido como igualdad de oportunidades que tiene como finalidad la igualdad de resultados. Respecto de la primera, se refiere a la no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes participativas en el proceso productivo, la legislación o en cualquier circunstancia de la organización social. En relación a la segunda, hace alusión a la consecuencia de las medidas a ser asumidas por los poderes públicos para lograr una aceptable calidad de vida y de igual satisfacción de las necesidades humanas básicas.¹⁶⁸

En este contexto, la propuesta dialógica tiene como objetivo la implementación de un sistema de administración de justicia que supere la actuación vindicativa estatal por una menos confrontativa, violenta, estigmatizante y victimizadora, que permita reformular, entre otros, los conceptos de delito, de la pena, de la acción pública estatal, de privación de libertad, etc., pero -por sobre todo- la de otorgar mayor apertura a la víctima como parte esencial para la solución del conflicto criminal, tendientes a generar las condiciones necesarias que consientan solventar las reales pretensiones de la víctima

¹⁶⁶ *Ibíd.*, 321.

¹⁶⁷ Francisco Laporta, “El concepto de los derechos humanos”, en *Diccionario crítico de los derechos humanos*, ed. Ramón Soriano Díaz y otros (Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, sede Iberoamericana, 2000), 20.

¹⁶⁸ Alarcón Cabrera. “Igualdad y derechos Humanos”, 111.

relacionadas con la reparación integral, pero también las necesidades del infractor y de la sociedad en general, que se sintetizan en la pacificación social.

3.1 La justicia restaurativa como mecanismo de encuentro entre la víctima y el victimario

En este punto, es importante para el objeto de esta investigación establecer que los delitos de tránsito, en los que se incluyen aquellos que producen muertes, al ser definidos como culposos, ofrecen la posibilidad de que estos sean tratados en el marco de una justicia dialógica y restaurativa que permita solucionar íntegramente el conflicto social que produce el delito.

La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo y razonable para la administración de justicia, en su objetivo de otorgar reales soluciones al conflicto criminal, así como a las partes involucradas en él, lo que no ofrece el vigente modelo vindicativo estatal, para lo cual se hace necesario remitir el análisis a las importantes características y diferencias que presentan las justicias, retributiva (representada con la letra A) y restaurativa (representada con la letra B), que en palabras del profesor Beristain Ipiña se sintetiza en las siguientes consideraciones:

- 1 A. El delito es la infracción de la norma penal del Estado.
- 1 B. El delito es la acción que causa daño a otra persona.
- 2 A. La justicia retributiva se centra en el reproche, la culpabilidad, mirando el pasado, a los hechos realizados por el infractor.
- 2 B. La justicia restaurativa se concentra en la solución del problema, en las responsabilidades y obligaciones a futuro.
- 3 A. Se reconoce una relación de contrarios, de adversarios que vencen y someten al enemigo a un proceso normativo y legal.
- 3 B. Se requiere de un diálogo y negociación normativa que establezca una sanción restauradora al delincuente.
- 4 A. El castigo es la consecuencia (natural) dolorosa a efectos de garantizar la prevención general y la especial.
- 4 B. La pena (pretende) la reparación como un medio de restaurar ambas partes (delincuente-víctima) cuyo fin es la reparación/reconciliación.
- 5 A. La administración de justicia se define como un proceso debido, conforme a las normas legales.

5 B. La administración de justicia se define como buenas relaciones y se evalúan las consecuencias.

6 A. El delito se percibe como un conflicto (ataque) del individuo contra el Estado. Se desconoce su dimensión interpersonal y conflictiva.

6 B. El delito se reconoce como un conflicto interpersonal y, a su vez, se reconoce el valor del conflicto.

7 A. El daño irrogado al sujeto pasivo del delito se recompensa con otro daño al delincuente.

7 B.- Se pretende lograr la restauración del daño social.

8 A. Se relega a la comunidad y a las víctimas, ubicándolas abstractamente en el Estado.

8 B. La comunidad se erige en un catalizador de un proceso restaurativo contra el pasado.

9 A. Se promueve las prácticas de competencia, los valores individuales.

9 B. Se estimula la reciprocidad.

10 A. La sanción es la reacción del Estado contra el delincuente, se ignora a la víctima, y el delincuente permanece pasivo.

10 B. Se reconocen los papeles de la víctima y el infractor para el tratamiento y solución del delito. Se reconoce las necesidades y derechos de la víctima y, a su vez, se alienta asumir las responsabilidades del delincuente.

11 A. El deber del delincuente es cumplir (sufrir) la pena.

11 B. Se define la responsabilidad del delincuente como la comprensión del impacto de su acción y el compromiso de reparar ese daño.

12 A. El delincuente no tiene responsabilidad en la solución del delito.

12 B. El delincuente tiene responsabilidad en la solución del conflicto criminal.

13 A. Se denuncia al delincuente.

13 B. Se denuncia el daño causado.

14 A. El delito se define a tenor de la formulación legal, sin considerar las dimensiones morales, sociales, económicas y políticas.

14 B.- El delito se asimila en todo su contexto moral, social, económico y político.

15 A. El delincuente asume una deuda con el Estado y la sociedad en abstracto.

15 B. Se reconoce a la víctima la deuda/responsabilidad.

16 A. El castigo considera la acción pretérita del delincuente.

16 B. La sanción responde a las consecuencias perjudiciales del comportamiento del delincuente.

17 A. El estigma del delito es imborrable.

17 B. El estigma del delito puede borrarse mediante acciones de orden reparadora/restauradora.

18 A. No se fomenta el arrepentimiento y el perdón.

18 B. Se procura el arrepentimiento y el perdón.

19 A. La justicia penal es regentada exclusivamente por profesionales gubernamentales.

19 B. En la respuesta al delito (al conflicto) intervienen las partes involucradas.¹⁶⁹

Las definiciones emitidas por el autor Beristain Ipiña respecto de la representación que tiene tanto la justicia retributiva como la restaurativa, permiten identificar y redefinir los modelos vigentes del sistema penal, el cual carece de medios de protección y garantía eficaces que permitan reparar plenamente los derechos de las víctimas y, a partir de aquello, restituir la convivencia social en el marco de la armonía e integración.

Los conceptos a través de los cuales se rige la justicia retributiva obstaculizan el desarrollo de una política victimológica protectora y garantizadora de los derechos humanos. Es inadmisibles seguir operando mediante criterios que concretan al delito como la infracción culpable de la ley del Estado, sino que habrá de concentrarse en discernimientos que admitan salvaguardar los derechos de la víctima, del victimario y de la sociedad en general, esto a partir de una justicia restaurativa que entiende al delito a partir de posiciones humanas y dialógicas, de acuerdo con las diferentes cosmovisiones que la sociedad presenta y que deben ser respetadas.

A través de la justicia restaurativa se pretende reformular el concepto de delito y sus consecuencias vindicativas individualistas por otro que reconozca y se sujete a las realidades sociales contemporáneas dirigidas a evitar la criminalización y la victimización. Al respecto, Beristain señala que: “Cuando define el delito, la justicia recreativa presta especial y mayor atención a la criminalidad y a las estructuras sociales

¹⁶⁹ Antonio Beristain Ipiña, *Criminología y victimología* (Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 1999), 204-6.

injustas, por su máxima capacidad victimizante y por las excepcionales dificultades que encontramos para crear una respuesta eficaz”.¹⁷⁰

Significa, entonces, que la atención prioritaria y efectiva a las víctimas debe empezar a partir de la reflexión de la representación y alcance que tienen los conceptos delito y pena y su incidencia en la rehabilitación de la víctima. La justicia restaurativa - en la cual asume una participación protagónica la víctima- analiza el delito desde una cosmovisión de ruptura, es decir, como quebrantamiento de la relación entre víctima y victimario, pero también de su entorno y la comunidad, y no restrictivamente como la infracción de una determinada ley. Por ello, es trascendente para la justicia restaurativa restituir la relación de armonía entre ellos, previo acuerdo de entendimiento entre víctima y victimizador.

Dentro del tratamiento de la justicia restaurativa como procesos de satisfacción y reparación a la víctima, en su objeto de desplegar y consolidar estas propuestas, es significativo acoger las iniciativas enunciadas por Bruno Van der Maat, quien en consonancia con el autor Beristain Ipiña, determina que este modelo de justicia se distancia del vindicativo o retributivo, porque toma en cuenta a las partes involucradas en el delito (víctima, victimario y a la comunidad); auspicia el encuentro voluntario y sin límite de tiempo entre víctima y victimario con el apoyo de un mediador, y luego de ello expone el suceso a la comunidad. A partir del encuentro, y lo relatado mutuamente, se debe escuchar y asimilar para hacer conciencia del daño causado. Igualmente, a partir de esa acción deben asumir la responsabilidad, lo que determinará la posibilidad de apertura para que víctima y victimario convengan en los términos del cumplimiento de la reparación integral; y, una vez efectuada la reparación, se origina un proceso integrador, en el cual el victimario se siente entendido y asume la reparación como una forma de ‘pago’ hacia la víctima y a la comunidad, y, por otra, la reintegración de la víctima.¹⁷¹

La importancia de la justicia restaurativa tiene como otro de sus objetivos eminentes el perdón, propósito a través del cual se fortalece el proceso de rehabilitación y de reintegración, y en el que efectivamente intervienen los implicados, esto es el victimario y la víctima en la comunidad. Sin embargo, cabe advertir que el intentar llegar al perdón, de ninguna manera se pretende ignorar o desaparecer de la memoria el

¹⁷⁰ *Ibíd.*, 208.

¹⁷¹ Bruno Van Der Maat, *Victimación y restauración en el sistema penal y carcelario del Perú*, (Arequipa: Observatorio de Prisiones-Arequipa, 2003), 28-9.

crimen, sino que se lo que se intenta es que la deuda se corte, conforme así lo considera Ricoeur, quien señala: “Es como una sanación de la memoria, el final del duelo, desatada del peso de la deuda, la memoria es liberada para grandes proyectos. El perdón abre un futuro a la memoria”.¹⁷²

El concepto de restauración a través del perdón permitirá el acercamiento o la reintegración entre víctima y victimario, y de estos -a su vez. con la comunidad, debiendo insistir en que este proceder no significa un olvido tajante al daño causado o la cicatrización de la herida provocada, sino que se trata de realizar procesos liberatorios entre la víctima y el victimario, capaces de promover actos de reconciliación.

Dentro de este proceso de reconciliación y rehabilitación de la víctima, victimario y comunidad en el ámbito de la justicia restaurativa, es importante incluir las proposiciones de la llamada justicia recreativa, en aras de potencializar la primera. Así, para el profesor Beristain Ipiña la justicia recreativa se asimila a la restaurativa, en tanto a través de esta se elimina la pugna contra el delincuente y se le otorga un papel dialogante y colaborador, además de que se concibe al proceso como el control dinamizador de las fases sucesivas de un fenómeno, determinándose que el delito aún no ha alcanzado su objetivo esencial, que es la solución o su resultado creativo.¹⁷³

Por ello, Beristain Ipiña establece algunas características principales de la justicia recreativa, entre las que constan las siguientes: a) el delito se lo concibe como el comportamiento del infractor y sus circunstancias en perjuicio de las personas y la sociedad; b) se preocupa de la reacción de la persona en la comprensión y producción de nuevas relaciones entre víctima y victimario; c) se le otorga a las víctimas protagonismo en el iter procesal respecto del diálogo orientado a proyectar una reconstrucción social de la comunidad, producto del delito; d) la sanción no es una consecuencia ontológica natural sino una construcción social, a partir del daño causado, con fines futuros; e) la administración de justicia ingresa a un proceso de creación producto de los deberes cumplidos; f) Pregona la recreación del orden social futuro, desde el daño ocurrido, obviando la venganza contra el delincuente, la comunidad es el ente catalizador, el victimizador es complemento no adversario; g) se reconocen los derechos, deberes y necesidades de víctima y victimario y sus responsabilidades a efectos de recrear la convivencia futura, incluida la comunidad; h) las respuestas tienden a recrear la convivencia futura desde la óptica del delito y sus circunstancias

¹⁷² Paul Ricoeur, *Le Juste* (Paris: Editions Esprit-Philosophie, 2001).

¹⁷³ Beristain Ipiña, *Criminología y victimología*, 214.

situacionales, el estigma del delito es temporal, se procura, antes y más que la sanción, el arrepentimiento y el perdón, e incluso la reconciliación que supera los límites de lo jurídico; i) la justicia, incluida la penal, se emana del pueblo, se requiere la colaboración de criminólogos y de las ciencias inter y pluridisciplinarias.¹⁷⁴

Ahora, importa destacar que la justicia restaurativa encuentra fundamento en la justicia indígena, la cual tiene como objetivo la resolución de los conflictos sociales sobre una base comunitaria, proceso en el que la víctima y el victimario desempeñan un papel fundamental en la resolución del conflicto, toda vez que al delito se lo considera como un problema que quebranta la armonía comunitaria, problema este que tiene que afrontarse y resolverse utilizando la vergüenza como mecanismo de prevención del delito.¹⁷⁵ Es necesario recordar que la justicia indígena se compone de procedimientos milenarios de aplicación, cuya existencia se data inclusive desde mucho antes que los sistemas de justicia monistas u occidentales.

La justicia indígena, efectivamente, es una justicia restauradora de las personas intervinientes en el delito y también de la comunidad, de allí que el profesor Ramiro Ávila, citando a Rupert Rose, establece las principales diferencias que caracterizan al sistema restaurativo y el sistema adversarial o estatal -íntegramente disímiles-, cuando manifiesta que por una parte la justicia indígena se encausa en la vida de las personas y la comunidad en el futuro, el victimario es considerado como miembro de la comunidad al que se le debe prestar ayuda, en tanto que a la víctima se la asume como un elemento esencial y a la comunidad como un espacio que debe recuperar la armonía. A partir de esta concepción, se concibe al conflicto como un problema que debe resolverse, y de esta forma rehabilitar la vida personal y comunitaria, todo ello con base en procedimientos de carácter espiritual y como ritualidades. Por su parte, la justicia adversarial aísla el conflicto, a la persona y a la víctima. El conflicto se constriñe a un hecho a ser investigado, que se basa en el pasado, la víctima es objeto de prueba, el fin es sancionar y encerrar al infractor. Se puede prescindir de la víctima, el procedimiento es burocrático, lento, profesional, sin emociones,¹⁷⁶ entre otras. De manera que se podría concluir que la justicia restaurativa enunciada por Beristain Ipiña tiene su

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 216-7.

¹⁷⁵ Ramiro Ávila Santamaría, Informe de Investigación: La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2013), 14.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 15.

fundamento en las proposiciones emanadas por la justicia de indígena y, por lo tanto, la primera guarda identidad y consonancia con la segunda.

4. Los jueces como garantistas de los derechos de la víctima y el victimario

La prensa nacional, dentro del título “Víctimas de accidentes afrontan lesiones y juicios durante años”, establece que: “En la primera audiencia, la familia presentó facturas por USD 50 000. ‘La Fiscalía nos dijo que los documentos estaban deteriorados y que solo nos devolverían USD 8 000’. El padre tuvo que vender sus propiedades para realizar las cirugías para reconstruir el brazo de su hijo. Dice que hasta ahora ha gastado USD 85 000 y no ha recibido ninguna compensación por parte del Estado”.¹⁷⁷

El mismo sentimiento de que la justicia no ha hecho su trabajo tiene Leonor Solá. Su esposo, Rafael Herrera, falleció el 7 de marzo de 2017 en un bus de la Cooperativa Flor del Valle, en Guayllabamba. En este incidente otras siete personas perdieron la vida.

Después del entierro, la mujer reconoce que no podía pensar en nada más que en el dolor. Tuvo que entregar un poder a su papá para que siguiera la demanda e impulsara la indagación. “Esta parte de la investigación no debe durar más de tres meses. Sin embargo, vamos un año y seis meses, y no pasamos de allí”¹⁷⁸, critica.

La mujer cuenta que hace dos semanas recibió la llamada de su abogado, ahí se enteró de que el caso está a punto de ser archivado. “El fiscal permitió que el dueño del autobús y de la cooperativa no entren en el proceso, echándole toda la culpa al conductor”.¹⁷⁹

En las sociedades contemporáneas es de responsabilidad estatal la protección de los derechos humanos en tanto posea el monopolio del poder coactivo, cuya garantía se basa precisamente en ese resguardo. Esta protección no puede ser excluyente, porque las personas quedarían indefensas ante las contingentes violaciones que el Estado pudiese perpetrar.¹⁸⁰ La protección y garantía de los derechos humanos son parámetros que otorgan legitimidad al orden social y político, de allí que casi todos los Estados, en mayor o menor medida, reconocen en su normativa interna un catálogo de derechos y confieren algunas garantías mínimas para el goce y ejercicio de esos derechos; no

¹⁷⁷ El Comercio, “Víctimas de accidentes afrontan lesiones y juicios durante años”, El Comercio, 19 de agosto de 2018.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ Russo, *Derechos humanos y garantías*, 39.

obstante, en la práctica se evidencia que estas garantías son limitadas en cuanto a su eficacia, como es el caso de la reparación integral.

El Estado contemporáneo se fortalece en la legitimidad que tiene su fundamento en el respeto al valor de la persona y de sus derechos y, correlativamente, ciertos valores cuya realización es vital para la concreción de los derechos y para la protección de la persona. Al Estado y su poder se le exige continuamente que asegure la paz, la libertad y la justicia social,¹⁸¹ en este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas”.¹⁸²

Los Estados deben imponer límites legales a las conductas públicas y privadas que puedan afectar la vigencia de los derechos constitucionales y humanos e instaurar como infracción punible en el ordenamiento jurídico interno su incumplimiento. De acuerdo con el Art. 2 del Pacto de San José, los Estados parte se comprometen a armonizar la legislación interna con la Convención, “estableciendo un sistema legal que funcione apropiadamente para prevenir” la violación de los derechos protegidos. Cuando un Estado parte no ha establecido la legislación interna necesaria para evitar la violación de los derechos protegidos, o cuando exista la legislación interna, pero esta sea inadecuada para la prevención efectiva de posibles violaciones, cualquier daño concreto a esos derechos -sea cometido por la autoridad pública o por terceros- puede imputarse al Estado para establecer la responsabilidad estatal según los artículos 1.1 y 2 de la Convención.¹⁸³ El deber de prevenir requiere que los Estados parte eliminen activamente todo obstáculo estructural que impida el disfrute de los derechos humanos. El deber de garantizar obliga a los Estados a comprometerse a que todas las personas disfruten de un contenido mínimo esencial de los derechos protegidos. Los Estados partes están obligados, “independientemente del nivel de desarrollo económico, a garantizar un umbral mínimo de esos derechos”.¹⁸⁴

¹⁸¹ Juan Antonio García Amado, “Legitimidad y derechos humanos” en *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Ramón Soriano Díaz y otros (directores y cuidadores), (Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, sede Iberoamericana, 2000), 132.

¹⁸² Corte IDH, “Sentencia de 3 de enero de 2007”, Caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revored Marsano vs. Perú, párr. 68.

¹⁸³ Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993 (Ser. A) No. 13 (1993), párrs. 26 y 27, citado por Tara Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 179.

¹⁸⁴ Corte IDH Informe anual 1993, supra nota 20, 524.

Una interpretación concordante de la vigente Constitución ecuatoriana con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos induce a considerar que toda persona tiene el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales del Estado para lograr la protección de sus derechos; ello implica contar con mecanismos sencillos, rápidos y efectivos que permitan alcanzar dicha protección.¹⁸⁵ El Art. 25 (1) de la Convención Americana dispone que “(t)oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”. El artículo 25(1) incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales; no es suficiente que el ordenamiento jurídico del Estado reconozca formalmente el recurso en cuestión, es necesario que desarrolle las posibilidades de un recurso efectivo y que éste sea substanciado conforme a las reglas del debido proceso legal.¹⁸⁶

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no termina con la existencia de un orden normativo conducente a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que subyace la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia material de una eficaz garantía de libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, es decir, que el Estado establezca los órganos y procesos correspondientes para hacer efectivas las garantías.

La fundamental obligación que asumen los Estados parte, conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es la “respetar los derechos y libertades” de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Esta obligación es de naturaleza negativa, en tanto corresponde a *un* “no hacer”, y representa una prohibición absoluta y definitiva al abuso del poder estatal. Conforme al Derecho internacional, un Estado es responsable por los actos de sus agentes. Se vulnera el deber de respetar cuando un órgano, un funcionario, una entidad pública o una persona que actúa prevalida de los poderes que despliega por su carácter oficial participa, autoriza o actúa en complicidad con actos u omisiones que incidan en el goce de los derechos protegidos, “aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1988”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 29 de julio de 1988, Serie c No. 4.

¹⁸⁶ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999. Vol. 1, 257.

¹⁸⁷ Corte IDH. “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Sobre el fondo)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 29 de julio de 1988, párrs. 169 al 172; Y Declaración de Quito Acerca de la Exigibilidad y la Realización

La exigencia de sujeción del juez a la Constitución determina su actuación de garante de los derechos constitucionalmente consagrados, este es el principal basamento vigente de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial frente a los otros poderes, aunque se los asuma como poderes de mayoría. Inexcusablemente, porque los derechos constitucionales en los que se funda la democracia sustancial se los garantiza -a todos y a cada uno de forma incondicional, inclusive contra la mayoría, por ello sirven para actuar eficazmente, contrario al decimonónico dogma positivista de la sujeción a la ley, lo cual asegura la independencia del poder judicial, orientado a garantizar los derechos constitucionales.

Al respecto el profesor Luigi Ferrajoli¹⁸⁸ expresa que:

El fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en *droits*: (derechos) puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos... Debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución.¹⁸⁹

En este punto es preciso destacar que los derechos que tutelan a las víctimas se encuentran previstos y garantizados en el catálogo de normas que conforman la Constitución de la República, pero también es oportuno enfatizar que el Derecho penal es el instrumento jurídico destinado a defender el principio de inocencia de las personas sometidas a un procedimiento criminal, pero en general, lo es también para contener y racionalizar el poder punitivo ejercido por el Estado y materializar el principio de mínima intervención.

De manera que las obligaciones convencionales asumidas por el Estado ecuatoriano respecto de la protección y garantía de los derechos tienen en los jueces, a los principales custodios y responsables de materializar este cometido, mediante la transparente y razonable administración de justicia, en la que, naturalmente, se encuentra

de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina y el Caribe, párr. 28, adoptada el 24 de julio de 1998; Citado por Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 176.

¹⁸⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías* (Madrid: Trotta, 2001), 27.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

el derecho de protección a las víctimas del delito, a través del otorgamiento de una adecuada y razonable reparación integral.

Las obligaciones de los jueces -conforme se desprende del análisis fáctico-específicamente respecto del mandamiento de la reparación integral a favor de las víctimas en sentencia, de manera formal es asumido por ellos, no obstante, en relación a su materialización en el fondo, o de respeto al núcleo esencial de este derecho, sus resultados son poco convincentes y carentes de efectividad.

En estas circunstancias, el juez debe asimilar y desarrollar nuevos conceptos y actitudes que le permitan desplegar objetivamente su posición de garante de los derechos a través de una reflexiva y eficiente administración de justicia, acorde con las vigentes tendencias de tratamiento e interpretación del Derecho, fundamentalmente, teniendo en consideración que el Ecuador ha sido definido jurídica y políticamente como un Estado constitucional de derechos y justicia.

En este contexto, se imprimen vigentes cambios de paradigmas para la consecución de la justicia. El progresivo abandono de los criterios decimonónicos en la aplicación del derecho determina la extinción de aquellos jueces concebidos como “la boca de la ley”, por unos que exijan esfuerzos y razonamientos jurídicos más rigurosos y, a su vez, sean efectivos aplicadores de los valores y principios constitucionales, asimilados como criterios axiológicos y superiores a las reglas, a efectos de lograr que los jueces sean más eficaces en la protección y garantía de los derechos constitucionales. No obstante, estos conceptos *per se* no determinarían un absolutismo para el logro de la adecuación y eficacia de la reparación integral.

Es decir, que el juez actual no debe someterse a los criterios de aplicación silogística de la norma, por el contrario, su actuación debe orientarse a encontrar las interpretaciones que contribuyan a la eficaz defensa de los derechos constitucionales.¹⁹⁰ Las actuaciones judiciales deben tener afinidad con la sociedad y, necesariamente, con las personas que exigen protección y garantía de sus derechos constitucionales, siendo indispensable para ello contar con las condiciones institucionales definidas, destinadas a proteger los niveles de acceso de la ciudadanía a la justicia constitucional.¹⁹¹ Cabe destacar que la hermenéutica jurídica actual demanda de los juzgadores roles activos,

¹⁹⁰ Agustín Grijalva, “Independencia, acceso y eficiencia de la Justicia Constitucional en Ecuador”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, ed. Tribunal Constitucional del Ecuador (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008), 54.

¹⁹¹ *Ibíd.*, 60.

creativos y profesionales en la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, a efectos de otorgar una eficiente protección y garantía de los derechos constitucionales.

La actividad jurisdiccional de los jueces en el conocimiento y resolución de los procesos debe estar ligada a la aplicación de los principios, que según Dworkin¹⁹² representan la equidad y la justicia (*fairness*). En tanto que las normas se aplican o no se aplican, los principios entregan razones para decidir en un determinado sentido, y al contrario, las normas en su enunciado no determinan las condiciones de su aplicación; en cambio por medio de los principios se anuncian las normas jurídicas concretas, lo cual incide para que la literalidad de la norma pueda ser desatendida por el juez cuando vulnera un principio que en un determinado caso específico es relevante. Conforme a la teoría de Dworkin, la actuación del juez se evidencia en la solución de los casos difíciles a través de la respuesta correcta, que -según el autor- se lo hace por medio del material jurídico compuesto por normas, directrices y principios.¹⁹³ En este, sentido se proponen nuevas formas de desentrañar el derecho en base a la interpretación de los principios, teniendo en consideración que los mandamientos establecidos en la Constitución de la República son considerados derechos-principio, entre ellos aquel que se refiere a la reparación integral.

De allí que la protección de los derechos por parte del juzgador debe estar encaminada a lograr su mayor nivel de eficiencia, para que de ninguna manera puede haber cabida o aquiescencia para la arbitrariedad del juez, ya que su conducta y actuación está sometida a los preceptos constitucionales y a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, que se sintetizan en la disposición de la Carta Magna, que en su Art. 11.9 dispone: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

La protección del catálogo de los derechos constitucionales, indefectiblemente, debe estar en armonía con el respeto de los derechos humanos, cuyo núcleo esencial es la persona como ser dotado de atributos esenciales y de eficacia universal, destinados a la materialización ecuménica de la libertad y la igualdad.¹⁹⁴ Los derechos humanos tienen su pertenencia esencial a la persona como sus atributos fundamentales, por ello son inalienables e intransferibles, en tanto que a partir de representación política se

¹⁹² Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1999), 9.

¹⁹³ *Ibíd.*, 13.

¹⁹⁴ Galvis Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos*, 60.

determina la relación entre el individuo, el Estado y el modo de ser del sistema democrático.¹⁹⁵ De manera que los derechos humanos deben afianzarse en los sistemas democráticos contemporáneos, dentro de los criterios de universalidad, como patrimonio de cada ser humano y cada pueblo, toda vez que las personas están dotadas de iguales atributos y los mismos derechos y libertades fundamentales, que les permiten concienciar los atributos del ser y el conocimiento integral de la titularidad de los derechos.¹⁹⁶

Los derechos humanos se configuran en aquellas inmunidades a favor de las personas, garantizadas por la Constitución y el Derecho internacional, destinadas para demandar de los órganos del Estado y de poder la preservación de su dignidad como ser humano, la ninguna interferencia estatal en ámbitos específicos de su vida particular, y para exigir y asegurar del Estado la prestación eficiente de determinados servicios que le permitan satisfacer sus necesidades esenciales,¹⁹⁷ entre las cuales se encuentran efectivamente los derechos de las víctimas.

La esencia y razón de los derechos humanos se materializa en la dignidad, concebida como el valor de la persona en sí misma, es el reconocimiento del ser humano como poseedor de las calidades que lo confirman como especie y el valor que ellas tienen en el contexto del universo,¹⁹⁸ peculiaridades estas, que hacen que toda actividad del Estado deba estar dirigida a su protección y conservación.

De acuerdo al profesor Carlos Santiago Nino, un elemento que puede obstaculizar la promoción de los derechos es la afirmación de que ellos están asegurados cuando se alcanza un reconocimiento jurídico de los derechos en mención, no obstante, aclara que las falencias del reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito jurídico nacional e internacional requieren no solo del necesario reconocimiento también de la formación de una conciencia moral de la humanidad respecto del valor de esos derechos, por ello concibe que: “Es esta conciencia, una vez que arraigue firmemente y se generalice, lo que puede constituir el freno más perdurable y eficaz contra la acción de los enemigos de la dignidad humana”.¹⁹⁹

Retomando, y en relación al ejercicio de la actividad jurisdiccional de los jueces, en la administración de justicia, dentro del Estado constitucional de derechos y justicia,

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 64.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, 61.

¹⁹⁷ Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 10.

¹⁹⁸ Galvis Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos*, 45.

¹⁹⁹ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humano* (Buenos Aires: Astrea, 2005), 4.

tal como ha sido definido constitucionalmente el Ecuador, se hace indispensable un redireccionamiento de sus actuaciones, de acuerdo con las vigentes tendencias filosóficas y doctrinarias constitucionales, destinadas a obtener de forma adecuada, razonable y eficiente la protección de los derechos, en particular, de la reparación integral a favor de las víctimas del delito.

En el ámbito del Estado Constitucional se demanda y exige un cambio de mentalidad y actitud de los operadores judiciales, que aún tienen un sesgo de persistencia de la tradición jurídica positivista que crea en los juzgadores un *habitus* judicial desprovisto de argumentaciones jurídicas adecuadas,²⁰⁰ demandando, a su vez, un alto estándar de deliberaciones jurídicas que estén acordes a las situaciones fácticas, y a partir de ello la salvaguarda de los derechos.

A través de la teoría del vigente constitucionalismo se demanda de los jueces una actividad jurisdiccional razonada que proscriba los criterios positivistas de subsunción, o formalistas, por unos que estén revestidos de argumentación jurídica, en su objetivo de otorgar una eficaz protección a los derechos y valores fundamentales de las personas, conducentes a consolidar la denominada democracia sustancial. En este sentido, las actividades del juez no deben limitarlo a ser un mero regulador de solemnidades, sino que al estar investido de poder jurisdiccional su misión es resolver los casos de acuerdo con los mandatos constitucionales,²⁰¹ pero también conforme a las normas y jurisprudencia emitida por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

En efecto, el profesor Ferrajoli hace la diferencia entre la representación que tiene “democracia política” o “formal” y la “democracia sustancial”, sustentada en el fortalecimiento del rol de la jurisdicción de una nueva y reforzada legitimación democrática del poder judicial y de su independencia.²⁰²

Aquello permite revelar los “desniveles entre normas que están en la base de la existencia de normas inválidas, y por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones

²⁰⁰ Cristian Masapanta, “El juez garantista: un nuevo rol de los actores judiciales dentro del constitucionalismo ecuatoriano”, en *Debate constitucional Monografías*, ed. Luis Fernando Torres (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2010), 88.

²⁰¹ *Ibíd.*, 91-2.

²⁰² Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 25.

de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos”.²⁰³ Vale decir que la intervención del juez y su legitimación democrática están supeditados al concepto de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho.

El Estado debe garantizar las condiciones expeditas para el efectivo ejercicio y disfrute de los derechos, siendo indispensable para ello, establecer un garantismo, vinculado al concepto de Estado de derecho como modelo jurídico enfocado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder estatal²⁰⁴ y, correlativamente, para dotar de un verdadero carácter normativo a las disposiciones constitucionales, consignadas para obtener su materialización²⁰⁵ en defensa de los individuos.

En el Estado constitucional de derecho el garantismo no es simple legalismo, tampoco es compatible con la falta de limitación jurídica del poder legislativo, pues la mera sujeción del juez a la ley auspicia políticas más autoritarias y antigarantistas. Al respecto, según Pisarello:

El reconocimiento constitucional de los derechos representa, así, el momento idóneo para superar los estatutos dogmáticos diferenciados entre ellos y reconocer, entre otras cuestiones, su similar vinculación a principios axiológicos como la libertad, la igualdad, el pluralismo o la solidaridad; su caracterización, al mismo tiempo, como derechos negativos de defensa, y como derechos positivos, de prestación; su configuración como derechos con un contenido esencial, lo suficientemente preciso como para determinar los deberes que imponen sobre los poderes públicos y sobre los particulares.²⁰⁶

Aquí cabe la afirmación que realiza el profesor Prieto Sanchís, quien dice que:

Los derechos no solo representan en el garantismo una propuesta de filosofía política o de modelo de un Estado justo, sino que constituyen la pieza clave de una teoría del Derecho atenta a las exigencias del Estado constitucional de Derecho, aquella pieza que hace de la validez una condición sustantiva y no solo formal, y que recupera la

²⁰³ *Ibíd.*, 26

²⁰⁴ Marina Gascón Abellán, “Garantismo y derechos humanos” en *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Ramón Soriano Díaz y otros (directores y cuidadores), (Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, sede Iberoamericana, 2000), 223.

²⁰⁵ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador*, ed. Santiago Andrade y otros (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador / Corporación Editora Nacional / Estudios Jurídicos 30, 2009), 287.

²⁰⁶ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* (Madrid: Trotta, 2007), 116.

dimensión nomoestática que quedó desdibujada en el marco del Estado legislativo y del viejo positivismo.²⁰⁷

Los jueces y demás operadores judiciales deben tener en claro que el paradigma del Estado constitucional, que tiene un origen contractualista, debe ser asimilado en el sentido de que el asentimiento de los contratantes “no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusula y como ‘razón social’ la garantía de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto, hasta la insurrección y la guerra civil”.²⁰⁸ La vulneración o desprotección de los derechos necesariamente que conlleva inestabilidad jurídica y social.

La actividad jurisdiccional de los jueces en la actualidad debe estar regida por otros criterios jurídicos vigentes, mediante los cuales se exige que los juzgadores para asegurar los derechos -entre ellos la reparación integral a las víctimas- deben abandonar aquellos discernimientos marcados por la pasividad, la mecanicidad, la formalidad o la simple remisión a la regla escrita, por unos que también incluyan el análisis de los valores y los principios, a través de diferentes métodos y reglas procesales y de interpretación, en su objetivo de optimizar y hacer eficientes los derechos, a partir de los casos concretos.

En este contexto, el accionar eficaz de los jueces debe dirigirse a promover -en palabras de Zagrebelski- la coexistencia de valores y principios constitucionales para evitar su disgregación y ausencia de pluralidad, y asimismo que estos no se posicionen como absolutos, sino que puedan coexistir entre ellos, a través de la ductilidad y con ello preservar la sociedad pluralista,²⁰⁹ sobre la base de la gestión cardinal de asegurar una efectiva protección y garantía de los derechos humanos.

De la misma forma, y en concordancia con la tesis del profesor Zagrebelski, los jueces deben encontrar la adecuada argumentación a sus decisiones, a efectos de encontrar la mejor solución al conflicto y -por ende- a la protección de los derechos, interpretando los principios puestos en juego en un determinado caso en concreto, tomando en consideración en palabras del profesor Alexy, cuando dice que: “El derecho

²⁰⁷ Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 99.

²⁰⁸ *Ibíd.*, 71.

²⁰⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 2009), 14-5.

no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede existir circunstancialmente un plus de derecho”.²¹⁰

La protección de los derechos por parte de los jueces debe estar supeditado a los criterios que el profesor Alexy revela respecto de la significación que tienen las reglas y los principios para la solución de los casos, a través de la siguiente enunciación:

La base del argumento de los principios está constituida por la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “*mandatos definitivos*”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son *mandatos de optimización*. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto último significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios.²¹¹

De manera que los jueces, a través de la interpretación de los principios, tienen un amplio campo de debate jurídico; y a partir de aquello la posibilidad de otorgar las debidas y pertinentes interpretaciones y argumentaciones, capaces de generar decisiones judiciales con mayor aproximación a la materialización del valor justicia, evitando que sus actuaciones deban circunscribirse a la escueta aplicación de las reglas a través de actos de subsunción.

Los jueces, mediante la emisión de sus sentencias a través de la aplicación de las normas jurídicas en casos concretos, generan consecuencias sociales²¹² -ejemplo la concesión de la reparación integral a las víctimas- que se aspira sean de beneficio colectivo. Por ello, el profesor Nino, considera que una corrección oportuna para reducir la frustración de los propósitos legislativos por medio de la interpretación judicial es el reconocimiento de las imperfecciones de las leyes promulgadas, para evitar que los jueces apliquen meras técnicas formales de interpretación, como por ejemplo la analogía, que puede desbordarse en la justificación de soluciones disímiles, sino que deberían establecer reglas materiales de interpretación anteponiendo las soluciones que

²¹⁰ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 2004), 74-5.

²¹¹ *Ibíd.*, 74-5.

²¹² Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2002),

conlleven consecuencias sociales o que promuevan ciertos objetivos o valores. En estas circunstancias, Nino asume que “Los jueces tienen influencia sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos, no solo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procedimientos judiciales”.²¹³

De allí que el legislador, pero prevalementemente el juez en el Estado constitucional de derechos, se convierten en garantes de la complejidad estructural del derecho, cuya labor debe centrarse en avalar la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, derechos y justicia; no obstante, se debe ser conscientes de que el derecho no tiene una propiedad individual, sino que debe ser resguardado por toda la ciudadanía.²¹⁴

En esta perspectiva, importante valorar los criterios del profesor Ronald Dworkin, quien determina que la institución de los derechos es decisiva, en tanto se instituye en la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de estas deben ser respetadas, de manera que cuanto más irreconciliables sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser ese gesto para que el derecho funcione,²¹⁵ para lo cual el Gobierno (Estado) debe tomarlos en serio y entender la representación que tienen los derechos, exigiendo su mutuo respeto.²¹⁶ Esto se traduce en que el juez debe decidir la controversia, mediante la evaluación de todos los principios conflictivos y contradictorios que tienen incidencia en el caso en concreto, y solo a partir de sólidas argumentaciones llegar a la resolución efectiva²¹⁷ que determine el mejor posicionamiento y protección de los derechos

La consecución de una eficiente administración de justicia a través de las decisiones judiciales, en las que se incluye la reparación integral a las víctimas debe someterse al análisis del bloque de constitucionalidad, a efectos de dotarlas de eficacia normativa, para determinar el alcance de las garantías y de esta forma proteger adecuadamente los derechos constitucionales en el proceso penal. Para llevar a cabo este cometido es indispensable, según el profesor Uprimny, inteligenciarse de las normas constitucionales y de derechos humanos convencionales pertinentes respecto del proceso penal; discernir las opciones que puedan causar tensiones o contradicciones en este sentido; el manejo y uso de la doctrina y la jurisprudencia internacionales de

²¹³ *Ibíd.*, 303.

²¹⁴ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 153.

²¹⁵ Dworkin, *Los derechos en serio*, 302-3.

²¹⁶ *Ibíd.*, 303.

²¹⁷ *Ibíd.*, 135.

derechos humanos sobre el tema; y desentrañar el valor que pueden aportar algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, que no representan tratados ni jurisprudencia,²¹⁸ tendientes a concretar adecuada y eficazmente los derechos constitucionales, en particular, de las víctimas.

5. Reflexiones adicionales (finales)

La reparación integral como recurso o mecanismo de asistencia a las víctimas presenta diversas facetas respecto de su aplicación y materialización. Las formas de reparación dispuestas por la CIDH y acogidas en el COIP conducen a plantear algunas interrogantes respecto de su adecuación y eficacia. Al respecto, mediante el análisis conceptual y fáctico, se pretende esbozar algunas aproximaciones sobre la incidencia de la reparación integral en el sistema penal ecuatoriano respecto de su adecuación y efectividad.

Es de esperarse -con las debidas excepciones- que los jueces, acorde con el vigente paradigma constitucional de derechos y justicia, asuman su rol de garantistas de los derechos de las personas, en particular de las víctimas, al momento de dictar sentencia y ordenar las medidas de reparación. Lamentablemente, un alto porcentaje de jueces -de acuerdo al análisis fáctico- persisten en su accionar formalista y mecánico de aplicación de la norma, soslayando la argumentación jurídica razonada sustentada en el análisis de los principios y valores, así como en los instrumentos y en la jurisprudencia internacional para la protección de los derechos humanos de las víctimas, lo cual tiene incidencia en la ausencia de capacidad de discernimiento e imaginación al momento de dictar las medidas de reparación integral, y su consecuente falta de efectividad.

A partir del examen jurídico y fáctico llevado a cabo en los dos capítulos anteriores, puede realizarse una aproximación respecto a que la institución jurídica de la reparación integral -prevista tanto en la Constitución de la República como en el COIP- no es lo suficientemente adecuada, en razón de que no ha sido “idóneo para proteger la situación jurídica infringida”.²¹⁹ Aquella aseveración tiene soporte porque su tipificación -extraída de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos

²¹⁸ Rodrigo Uprimny, Yépez, *Bloque de constitucionalidad. Derechos humanos y nuevo procedimiento penal* (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura / Escuela Judicial Rodrigo Bonilla / Universidad Nacional de Colombia, 2008).

²¹⁹ Corte IDH, “Sentencia del 29 de julio de 1988 (Sobre el fondo)”, *Caso Velásquez Rodríguez*, 29 de julio de 1988, párrs. 64-66.

humanos- está orientada desde una lógica de la responsabilidad institucional del Estado y no desde la óptica de la responsabilidad directa de la persona natural.

En efecto, quizá uno de los cuestionamientos más recurrentes sobre la falta de efectivización de reparación ordenadas en sentencia hace referencia a que las formas de reparación adoptadas por el COIP responden a los mecanismos creados y adoptados en el ámbito jurisprudencial del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, cuya naturaleza y actuación está enfocada a resolver violaciones de los derechos humanos atribuibles a los Estados, mas no a los particulares de forma directa.

La importación y falta de análisis (tamización) de los conceptos de reparación adoptados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos e introducidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, básicamente en relación a sus alcances, trae complicaciones en relación a la asimilación de las formas de reparación imputables a los Estados, con muy diferente efecto para las personas naturales.

El recurso o mecanismo de la reparación integral resulta ser inadecuado, en tanto su prescripción normativa está dirigida a los Estados, quienes tienen la posibilidad y los medios necesarios para reparar la situación jurídica infringida o daño responsabilizado, posición esta que no la tiene la persona natural responsable de un delito penal, por cuanto carece de casi todos los recursos eficaces y suficientes para satisfacer los requerimientos de la reparación integral tal y como se encuentra estipulada en la Constitución de la República del Ecuador y en el COIP.

Importante enfatizar que bajo ninguna circunstancia la posición de este tesista se dirige a atacar o menospreciar el importante aporte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la protección de los derechos de las víctimas, específicamente para la consecución de una efectiva reparación integral a su favor, más bien se hace un posicionamiento que emplaza a expresar que las prescripciones jurisprudenciales sobre la reparación integral emitidas por el Sistema Interamericano, y que han sido transportadas al sistema jurídico nacional, tienen altas probabilidades de traer confusiones y, por lo tanto, incumplimiento.

Entonces, es imperativo y traería importantes consecuencias que la institución de la reparación integral, en tanto prescripción normativa estipulada en el COIP, sea revisada y adecuada ya no bajo los criterios de la responsabilidad estatal, sino desde la perspectiva de la persona natural, de sus realidades y derechos. Cometido en el cual, indefectiblemente, tienen que ser valoradas las reales aspiraciones de las víctimas, pero también del victimario y de la comunidad, acogiendo los criterios de la justicia

restaurativa, cuyos orígenes y fundamentos se centran en la justicia indígena, a partir de lo cual lograr una efectiva reparación integral.

En relación al parámetro de eficacia de la reparación integral, que se sintetiza en el derecho que tienen las víctimas de acceder a los órganos jurisdiccionales del Estado a efectos de obtener la protección de sus derechos a través de mecanismos sencillos, rápidos y efectivos que permitan alcanzar dicha protección, es evidente que del análisis fáctico -con ciertas excepciones-, no se vislumbra tal efectividad, debido a que no ha sido “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”.²²⁰

La actuación de los jueces penales en la determinación de la reparación, quizá tiende a desnaturalizarse al momento de su materialización. Ciertamente, en los casos concretos -en particular las medidas de reparación- son deficientes -salvo excepciones- en relación a su objetivo de remediar los daños ocasionados a las víctimas, conforme a las prescripciones normativas prescritas en los artículos 77 y 78 del COIP, sin embargo, estas pretensiones -conforme a los datos empíricos- en la realidad se convierten en meras aspiraciones.

Al parecer, la ineficacia de la reparación integral a favor de las víctimas puede ser imputada a la conceptualización y alcances que provee la norma en el COIP, y que en la práctica se encuentra con dificultades para su realización. En efecto, la persona natural -causante del accidente de tránsito y muerte- en su mayor parte sufre las consecuencias de estos mandatos normativos estipulados en la sentencia condenatoria, en razón de que difícilmente podrá satisfacerlos y, en efecto, así queda demostrado con los testimonios de las víctimas.

Se ha evidenciado que otro de los factores que pudieran incidir negativamente en el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas son las indemnizaciones pecuniarias, las cuales en muchas ocasiones son descomunales y, consecuentemente, de imposible pago por parte del infractor. En este escenario, se dice que a más de la pena privativa de libertad impuesta al victimizador, la obligación accesoria de asumir el pago de las indemnizaciones económicas se convierte en una doble pena y, por lo tanto, ocurre la vulneración de los derechos humanos.

Estas y otras inconsecuencias han sido corroboradas a través de las expresiones vertidas por los señores jueces especialistas, por el contenido de las sentencias y, sobre todo, por los criterios emitidos por las víctimas, lo que hace deducir que la eficacia de la

²²⁰ *Ibíd.*

reparación integral deja mucho que desear y, por lo tanto, no produce el resultado requerido a favor de las víctimas del delito.

Esta problemática se profundiza al notar que los sistemas penales que por intermedio de un código sustantivo protegen diferentes bienes jurídicos en procura del interés social carecen de mecanismos que permitan evolucionar una política criminológica que atienda de forma adecuada los daños ocasionados por el hecho punible. El derecho a la reparación muchas veces es desconocido por las víctimas, en tanto carece de conocimiento normativo o de información en sede policial o judicial. Consumado el delito, la víctima es generalmente la parte malograda y decepcionada. Es en la determinación de la reparación del daño, así como en su persecución penal y civil donde nace su impotencia, al no poder efectivizar oportunamente sus aspiraciones. Vale decir que la víctima incrementa aspiraciones y pesares²²¹ sin encontrar respuestas para la protección de sus derechos.

En el tratamiento del Derecho de la justicia penal -incluyendo la reparación- persisten los criterios anquilosados de otorgar falsas prevalencias o canonjías al delincuente o victimizador y a la sociedad, en nombre de la llamada acción pública, clausurando la intervención de las personas concretas que sufren el daño y las consecuencias del crimen, lo cual vicia y debilita sustancialmente la legislación penal. Por ello, la intervención del juez no debe limitarse a escuchar a las víctimas, sino que, por justicia, debe promover su activa participación durante la sustanciación del proceso, principalmente cuando se determine la sanción al delincuente y en la ejecución de las penas,²²² ejercicio mediante el cual se podrían conseguir mejores satisfacciones a sus intereses.

En el ámbito penal la reparación carece de eficacia y, por lo tanto, tiende a ser infructuosa, si únicamente se limita a ser equiparada con una mera contribución económica a través de la cual se monetariza de forma desigual y discriminatoria la responsabilidad penal, estableciéndose que la reparación deba ser asimilada como una simple cuestión de cálculo de costes y beneficios, es decir, conducirla a una responsabilidad de orden civil únicamente. Ello se traduce en un menoscabo de la reparación concebida como pena alternativa. Así, la adopción de medidas reparadoras penales puede programarse si no suplanta a la pena en la que se individualiza el

²²¹ Neuman, *Victimología, el rol de la víctima en los delitos*, 269.

²²² Beristain Ipiña, *Criminología y victimología*, 80.

reproche penal, y si tampoco hay confusión respecto de la presunta eficacia de la responsabilidad civil mediante el pago de una cantidad dineraria.²²³

Para Jesús María Silva Sánchez la reparación no representa un nuevo fin del derecho penal, sino que favorece al cumplimiento de los objetivos clásicos, entre ellos los fines de protección y pacificación social por medio de la prevención. Autónomamente del reforzamiento de la intervención de la víctima en el proceso penal, la reparación puede ser un aporte fundamental para la realización de fines del Derecho penal en el marco de la subsidiariedad,²²⁴ priorizando la satisfacción de los derechos de las víctimas, sin denostar al victimizador y a la comunidad.

La compensación moral y material del daño emergente y lucro cesante que imprimen las leyes penales para ser demandada en el ámbito penal, difícilmente puede efectivizarse en el tiempo en que lo necesita la víctima para atemperar su precaria situación y la de su familia, se tiene que esperar la sentencia dentro del enjuiciamiento penal. Además, al igual que en la jurisdicción civil, se demandan recursos de empleo de tiempo, nuevos gastos y resultado inseguro. En ambas jurisdicciones siguen su curso y crece la expectativa del ofendido de lograr un resarcimiento, no obstante del inexorable paso del tiempo. En muchas ocasiones el demandado se encuentra privado de su libertad, cumpliendo una condena (ocio forzado), lo cual imposibilita efectivizar la indemnización. El victimario carece de bienes y el sistema carcelario ignora que el trabajo es un derecho humano y, por lo tanto, es inmune a cualquier vulneración de orden legal. La condena al pago de indemnización puede ocasionar un nuevo juicio de ejecución de sentencia y la inhibición en el registro de la propiedad inmueble u otras funciones. No hay bienes ni posibilidades de cobro del daño producido, por el contrario, se instituye una profundización del sentimiento de victimización y pérdida de tiempo, deslegitimando a la ley o, al menos, modificando sus objetivos,²²⁵ socavando el problema respecto de la reparación.

Ante estas circunstancias, se dice que es al Estado a quien le corresponde compensar el daño. Así, por ejemplo, los daños contra la vida o la integridad física o el robo, cuyas consecuencias representen la imposibilidad laboral de la víctima, pueden ser

²²³ Mercedes García Arán, “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”, en *Derecho penal, Constitución y derechos*, Rafael Rebollo Vargas y Fernando Tenorio Tagle (dir.) (Madrid: Bosch Editor, 2013), 127.

²²⁴ Jesús María Silva Sánchez, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”, en *Victimología y victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*, Luis Miguel Reyna Alfaro (coord.) (Lima: Ara Editores, 2003,) 311-2.

²²⁵ Neuman, *Victimología, el rol de la víctima en los delitos*, 270.

verificados oportunamente a través de una investigación social, procurando con ello prescindir de una mayor victimización del agredido y su familia, moral, psíquica, pero en particular, materialmente abandonada,²²⁶ lo cual inclusive debe ser replicado al victimizador y a su familia.

La responsabilidad social hacia la víctima va tomado conciencia en la sociedad, en tanto, paulatinamente, se asume la obligación común de reparar el daño sufrido y también de auxiliar y asistir al ofendido; así, la obligación del Estado no se circunscribe solo a otorgar protección a los bienes jurídicos por intermedio de un ordenamiento jurídico-penal, tampoco termina su actuación persiguiendo y castigando al responsable de su violación, sino que es ineludible reparar los daños causados por el delito. El Estado tiene la obligación de reparar sus falencias, concediendo protección a las víctimas y victimarios en la misma forma que se los otorga a otros grupos vulnerables o de atención prioritaria, tomando en consideración que todos los ciudadanos pagan los impuestos al Estado para que este entregue protección²²⁷ y garantías a los derechos.

En esta perspectiva, cabe enfatizar que el examen de la responsabilidad civil relacionada con la compensación de los daños extrapatrimoniales tiene como objetivo asimilar el desarrollo de los diversos procesos sociales y económicos que han revalorizado el concepto de persona y repercutido en los sistemas jurídicos. De la definición tradicional de persona con facultad de ejercer derechos y obligaciones se ha pasado a reconocer el concepto de ser humano -de las víctimas-, y con ello a justipreciar su cuerpo, sus sentimientos, intereses y angustias.²²⁸ La persona ya no es un simple titular de derechos subjetivos patrimoniales, sino que se le adjudica un rol primordial en la defensa de los atributos inherentes a su personalidad -la intimidad, el honor, la integridad personal y la salud.

En el otorgamiento de la reparación debe trascender el concepto del valor de persona -no concebida como mercancía- en este contexto, al concebirse al daño como la medida de la reparación, es apremiante para la víctima el restablecimiento de su situación mediante la declaratoria de responsabilidad del ejecutor del daño. Así, el reconocimiento de los hechos alegados debe tener cohesión con la magnitud de los daños ocasionados, y por ello la cuantificación que realiza el juez debe estipular la cuantificación del conjunto de los perjuicios, en todo caso, gestionando el

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ Rodríguez Manzanera, *Victimología, estudio de la víctima*, 396.

²²⁸ Sandoval Garrido, "Reparación integral y responsabilidad civil", 170.

restablecimiento y no el enriquecimiento de la víctima,²²⁹ lo que -naturalmente- no es el objetivo de la reparación.

La reparación contractual del daño debe estar sujeta al principio general por el cual la víctima tiene derecho a la reparación integral de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente, es decir, los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. Fácticamente, en los daños no patrimoniales, generalmente la reparación integral actúa como un principio, pero no deja de ser un fundamento de la responsabilidad civil. En todo caso, sin ser una regla, es ineludible para los jueces en sus decisiones encontrar los mecanismos adecuados y eficaces para obtener el restablecimiento de los intereses restringidos a las víctimas, siendo indispensable para ello utilizar todos los medios, tratándose de perjuicios materiales o inmateriales,²³⁰ capaces de dotar de efectividad las aspiraciones de las personas afectadas por el delito.

El otorgamiento de la reparación a la víctima no solo debe ser adecuada y razonable, sino que debe otorgar certeza para casos similares. Respecto al dilema de si es adecuado, razonable y forzoso implementar un sistema de techos para otorgar las indemnizaciones en relación con los daños a la persona, la respuesta es favorable. Se recomienda prudencia en el reconocimiento de las indemnizaciones de daños no patrimoniales, considerando que la protección de las víctimas no debe ser sobrevalorada sobre los otros,²³¹ evitando de esta forma incurrir en tratos de carácter desigual y discriminatorio.

Entonces, para algunos entendidos en el tema de reparaciones, a falta de dispositivos objetivos de referencia es admisible el manejo de tarifas o escalas para la valoración de los daños no patrimoniales, garantizando así la seguridad jurídica, la certeza e igualdad material de las víctimas de daños corporales, impidiendo que las actuaciones judiciales de valoración de daños sean regidas por criterios subjetivos sujetos al estado anímico y de interpretación de cada juzgador. A través de este accionar, inclusive se ponderaría el principio de igualdad destinado a garantizar la uniformidad en casos similares y evitar contradicciones; además de evitar criterios otorgados a las víctimas basados en el azar y la suerte, dependiendo de quién sea el causante del daño y de una buena decisión del juzgador, para acceder a una razonable

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ *Ibíd.*

²³¹ *Ibíd.*

reparación, lo cual es inaceptable porque genera discriminación y con ello merma el propósito de justicia²³² que se pregona dentro del Estado constitucional.

Por ello, se dice que el ordenamiento jurídico está en capacidad de instituir una nueva tipología de daños, reglamentar topes o inclusive determinar parámetros de valoración judicial subjetivos u objetivos cimentados en criterios de equidad, mediante la libertad de configuración política, respecto de la reparación integral, sin desconocer su núcleo esencial, su contenido y racionalidad, so pena de estar viciado de inconstitucionalidad.²³³ Estas sugerencias están encauzadas a lograr el perfeccionamiento de los mecanismos de la reparación integral.

El delito no debe ser reconducido al tratamiento de un conflicto dual de intereses, sino que debe reconocer a terceras personas a quienes no se los puede ignorar.²³⁴ Así, se dice que desde la óptica del Derecho Penal la reparación se relaciona más con el autor y con la norma -colectividad- que con la misma víctima, atiende más a la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización, otorga mayor relevancia a la vigencia de la norma vulnerada que al pago de una obligación. La reparación penal tiene un carácter concreto sustancialmente opuesto a la civil,²³⁵ lo cual queda evidenciado en sus efectos.

En este sentido, se sostiene que el sistema penal debe ser repersonalizado, en tanto se invoca que la víctima no solo se satisface con el pago pecuniario, sino que requiere esencialmente arrepentimiento, reconciliación, satisfacción; los cuales también los requiere el victimario para obtener su resocialización.²³⁶ La reparación en el orden civil se centra en el restablecimiento del *statu quo* patrimonial, mientras que en el Derecho penal más apreciable que la efectiva reparación es el esfuerzo reparador, en tanto en el mismo se enuncien los dispositivos de resocialización y reconocimiento de la vigencia de la norma²³⁷, idóneos para concebir los resultados anhelados.

En el primer Simposio de Victimología celebrado en Jerusalén en septiembre de 1973, en las conclusiones (punto V) se determinaron varias recomendaciones a los gobiernos, las que con variaciones específicas fueron refrendadas en reuniones internacionales, esencialmente en lo relativo a la compensación, constando entre ellas

²³² *Ibíd.*

²³³ *Ibíd.*

²³⁴ Silva Sánchez, "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación", 200.

²³⁵ *Ibíd.*, 207.

²³⁶ *Ibíd.*, 190.

²³⁷ *Ibíd.*, 208.

que: 1. Las naciones deberían urgentemente considerar la implantación de sistemas estatales de compensación a las víctimas, y tratar de alcanzar el máximo de eficacia en la aplicación de los sistemas existentes y los que deberán ser establecidos; 2. Deben utilizarse todos los medios al alcance para difundir información sobre los modelos de compensación, y estimularse la participación de organismos apropiados - gubernamentales o no- en su establecimiento; 3. Todos los modelos de compensación deben ser investigados y valorados con miras a extender su aplicación, teniendo en cuenta los requerimientos de las diversas comunidades en las cuales operan.²³⁸

Sobre la compensación que debe otorgarse a la víctima no existe discusión, pero sí diferencias respecto a que si la reparación debe ser asumida exclusivamente por el infractor o si le corresponde pagar al Estado en forma parcial o supletoria. A favor de la última posición constan los siguientes argumentos: a). El Estado, de la misma forma como entrega asistencia a los sectores de la población con mayor vulnerabilidad (personas con capacidades especiales, sin trabajo, ancianos, etc.), debe extender estas políticas públicas a favor de las víctimas de actos delictivos; b). El Estado está obligado a indemnizar a las víctimas de actos criminales porque carece de capacidad para proteger a la sociedad de la criminalidad, pese a que la colectividad paga los impuestos que cubren los servicios de policía, tribunales, cárceles, etc.; c). La asistencia financiera a las víctimas de actos criminales, tiene incidencia en su cooperación con el sistema de justicia criminal, ya que estimula a la víctima a denunciar el delito, que asista y participe en el proceso y -además- ayude a la policía en la detección y prevención de la criminalidad; d). La insolvencia económica en la que perviven la mayor parte de los delincuentes, en tanto son condenados a largas penas privativas de libertad, o porque carecen de recursos económicos ellos o sus familiares para pagar los delitos causados a sus víctimas; e). La policía desconoce la tasa real de crímenes, escapando muchos infractores de la acción de la justicia, quedando la víctima sin ningún recurso o protección; y f). Los sistemas de indemnización a cargo del Estado tienen incidencia respecto de los planes políticos, que puede adquirir cierto beneficio en el momento electoral, además de que mitigan las reacciones en contra de las reformas penitenciarias, etc.²³⁹

La Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29

²³⁸ Neuman, *Victimología, el rol de la víctima en los delitos*, 28-2.

²³⁹ Rodríguez Manzanera, *Victimología, estudio de la víctima*, 395-6.

de noviembre de 1985, reconoce el derecho a la pronta reparación del daño. El derecho internacional establece “la protección privilegiada de la víctima”, exige una “estrategia de privatización de conflictos como modelo político criminal para la descriminalización de ciertos delitos”, e implica la necesidad de otorgar a la víctima “mayor intervención en el tratamiento de los conflictos tendentes a acortar las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena, asegurar la posibilidad de indemnización, etc.”.²⁴⁰ Además, se definen los derechos de las víctimas dentro de un proceso penal y se les otorga los derechos de *información, participación, asistencia, protección y reparación*. En Europa la posición y derechos de la víctima en el proceso constan en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (85)11 de 28 de junio de 1985, y últimamente en la Decisión marco de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI) sobre el estatuto procesal de la víctima.²⁴¹

Finalmente, acogiendo las bondades que confiere la institución de la reparación integral dispuesta en el ordenamiento jurídico nacional, pero prevalecientemente los menoscabos y falta de efectividad que se evidencian en la práctica, se debe que hacer una revisión respecto de su contenido y alcances, tendientes a encontrar los parámetros o mecanismos que permitan conseguir una real adecuación y eficacia en beneficio de las víctimas, victimario y de la comunidad. Para este propósito, la justicia indígena, con sus características eminentemente restaurativas, ofrece efectivos dispositivos destinados a restituir preponderantemente los derechos y aspiraciones de la víctima, sin dejar de lado aquellos que protegen al victimario y a la comunidad, consolidando los principios de paz, armonía, respeto y responsabilidad.

²⁴⁰ Alberto Bovino, “La participación de la víctima en el procedimiento penal”, en *Victimología y victimodogmática: una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*, Miguel Reyna Alfaro (coord.) (Lima: Ara Editores, 2003), 596-7.

²⁴¹ García Arán, *Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica*, 117.

Conclusiones

La reparación integral prevista en la Constitución de la República y en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) tiene como objetivo resarcir -de ser posible- los daños causados a la víctima, particularmente, cuando son consecuencia de un delito.

La reparación integral normada y tipificada en la Constitución de la República y en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), respectivamente, carece de los criterios de adecuación, en razón de que su texto fue implementando en el ordenamiento jurídico ecuatoriano acogiendo los mandatos jurisprudenciales desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuya lógica está orientada a determinar las responsabilidades de los Estados en la vulneración de los derechos establecidos en el Pacto de San José, y bajo ningún aspecto de las personas naturales o particulares. El legislador, lamentablemente, ignoró estos efectos jurídicos y decidió acoger la jurisprudencia del Sistema Interamericano y lo convirtió en norma dentro del COIP, sin prever las consecuencias que ello generaría respecto al resarcimiento del daño a cargo de las personas naturales o particulares y su materialización efectiva. En estas circunstancias, las normas establecidas en los artículos 77 y 78 del COIP, relativas a la reparación integral de los daños y sus mecanismos, son inadecuadas para los fines perseguidos y, por lo tanto, resultan en un sistema no “idóneo para proteger la situación jurídica infringida”.²⁴²

La consecuencia inmediata a la inadecuación de las normas establecidas en los artículos 77 y 78 del COIP, relativas a la reparación integral de los daños y sus mecanismos, aplicables a las personas responsables del delito, es la ineficacia de las mismas, toda vez que se evidencia que los mandamientos de reparación ordenados en sentencia por los jueces se remiten, básicamente, al pago de indemnizaciones económicas, desconociendo los demás mecanismos de reparación y, que en caso de ordenarlos, son de parcial o de ningún cumplimiento, teniendo en consideración inclusive que el victimizador generalmente se encuentra privado de su libertad o fugado. En este escenario, se concluye que la reparación integral no satisface las aspiraciones de la víctima y tampoco garantiza los derechos del victimario y de la comunidad. En este contexto, puede afirmarse que no se cumple el postulado de la eficacia de la reparación integral y, por lo tanto, no es “capaz de producir el resultado para el que ha sido

²⁴² Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Sobre el fondo), *Caso Velásquez Rodríguez*, 29 de julio de 1988, párrs. 64-66.

concebido”,²⁴³ además de producir tratamientos que generan desigualdad y discriminación.

Los mandamientos de reparación integral ordenados por los jueces mediante sentencia, en su mayoría, responden a criterios silogísticos, mecánicos o de aplicación formal de la ley, excluyendo cualquier otra interpretación que pudiera otorgar mayor sentido, protección y garantía al derecho de reparación integral a favor de las víctimas. En efecto, los juzgadores -al parecer- desconocen que sus facultades jurisdiccionales hoy deben ser ejercidas en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia, lo cual exige que sus decisiones y demás actuaciones se sujeten a los vigentes métodos y reglas de interpretación, sobre la base del examen de los principios y valores constitucionales, capaces de generar una alta carga argumentativa en sus decisiones judiciales, y de esta forma otorgar una adecuada protección a los derechos de la víctima, principalmente, así como del victimizador y la comunidad en general, dejando de lado todas aquellas incertidumbres que se producen y que a su vez provocan victimización secundaria en las víctimas y victimización terciaria en el infractor y sus familias.

La ineficacia en el cumplimiento integral de la reparación ordenada en sentencia conduce a preguntarse si es que para su efectivización sustancial es necesaria la intervención del Estado, actuando en su obligación de otorgar seguridad y protección a sus habitantes, en particular a las personas involucradas en el delito, conforme lo dispuesto en los artículos 1, 2, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 3, numeral 1 y 11 de la Constitución de la República.

Conforme se evidencia, los mandamientos judiciales de reparación integral a favor de las víctimas tienen deficiente o ninguna efectividad, por las consideraciones señaladas en líneas anteriores, en particular aquellas que se derivan de los mandamientos judiciales relacionadas con el pago de las indemnizaciones económicas, que se caracterizan por su variabilidad y alto contenido de subjetividad de los jueces, ignorando las reales capacidades socioeconómicas de las víctimas y del victimizador, agravadas cuando este último está privado de su libertad o prófugo de la justicia, quedando colgado o sin solución el problema de las reparaciones. En estas circunstancias, es necesaria la intervención del Estado mediante su trabajo legislativo y diligencia social en su objetivo de entregar oportuna y eficaz atención a las víctimas y

²⁴³ Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Sobre el fondo), *Caso Velásquez Rodríguez*, 29 de julio de 1988, párrs. 64-66.

victimario, evitando incurrir en actos de desigualdad y discriminación, y así materializar óptimamente la reparación integral.

La reparación integral debe ser entendida como tal y no como una simple satisfacción económica por la cual se monetariza la responsabilidad penal, sino que debe erigirse como un mecanismo que satisfaga los reales intereses, fundamentalmente de la víctima, del victimizador y de la comunidad, que no siempre se limitan al pago pecuniario, sino que debe ser sistémica, acogiendo las bondades de los mecanismos que conforman la reparación, los mismos que deben armonizados conforme a las realidades jurídicas y fácticas, siendo indispensable para ello que las actuaciones jurisdiccionales de los jueces sean creativas y con razonados argumentos tendientes a hacer de la reparación integral un derecho adecuado y eficaz de las víctima, y también del victimario.

La participación activa de la víctima en el proceso y ejecución penal tiene una trascendente significación para definir la reparación integral y su materialización. Solo las víctimas conocen cuáles son sus reales aspiraciones, e indefectiblemente a quienes les corresponde determinar las formas y mecanismos de reparación que les satisfagan sus verdaderas pretensiones de forma efectiva, obviando aquellos criterios de otorgarle un papel de ser simples elementos proveedores de elementos probatorios dentro del proceso penal.

La falta de adecuación de la norma que prescribe la reparación integral, contenida en los artículos 77 y 78 del COIP, y su consecuente ineficacia, obliga a que todos los operadores jurídicos, víctimas, victimarios, comunidad en general, pero esencialmente la legislatura, hagan un replanteamiento al respecto y reorienten el contenido normativo y su alcance, realizando un ejercicio de adaptación a las realidades jurídicas y fácticas, capaces de otorgarle a la reparación integral una real adecuación y eficacia.

Recomendaciones

La efectiva materialización de la reparación integral como tal exige un cambio radical en la voluntad política, cometido para el cual se requiere de la activa participación de todas las funciones del Estado, pero en particular del legislador, de las víctimas, de los victimarios y de la comunidad en general, tendientes a superar sus disimilitudes e ineptitudes consecuencia de su inadecuación y su inevitable ineficacia, capaces de generar el fortalecimiento de los mecanismos de coordinación, en su objetivo de dotar a la reparación integral de adecuación y eficacia.

Es conveniente revisar y reformar los postulados normativos respecto de la reparación integral enunciados en los artículos 77 y 78 del COIP, a efectos de superar las posibles falencias o incongruencias que imposibilitan su efectiva materialización. A través de estas actuaciones el Estado ecuatoriano daría cumplimiento a las obligaciones determinadas en los artículos 1, 2, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que constriñen a los Estados Parte a adaptar la legislación interna a las disposiciones convencionales, a eliminar todos los obstáculos normativos que impida su efectivización, la igualdad ante la ley y la protección judicial, respectivamente, para víctimas y victimarios, lo cual redundará en una adecuada y efectiva reparación integral.

La reparación integral debe priorizar el concepto de persona por sobre el de mercancía, y con ello acceder a eficaces resarcimientos e indemnizaciones a favor de las víctimas, generando su restablecimiento y no su enriquecimiento. Para la materialización de este cometido es indispensable la participación activa de las víctimas en el proceso y ejecución penal, reconociendo y valorando que son quienes conviven con el dolor y la desesperanza y, por lo tanto, quienes deberían reclamar la atención y resguardo de sus aspiraciones resarcitorias, por ello, es a las víctimas a quienes les corresponde establecer las formas y mecanismos de reparación que satisfagan sus verdaderas pretensiones o anhelos de una manera efectiva, evitando incurrir en aquellas consideraciones que conciben a las víctimas como elementales proveedores de pruebas en un determinado proceso penal.

El otorgamiento de la reparación a la víctima debe ser adecuado y razonable, capaz de crear certeza para casos similares, evitando incurrir en actos discriminatorios y de desigualdad. En este contexto, cabría analizar la creación de un sistema de tipología de daños y techos indemnizatorios prudenciales conforme a los daños causados a la

víctima, para así evitar su sobrevaloración, los criterios subjetivos e interpretativos de los juzgadores y, correlativamente, garantizar la uniformidad, seguridad jurídica, certeza, igualdad y no discriminación de las víctimas y de los victimarios.

Frente a la ineficacia en la materialización de la reparación integral, cabe pensar en la incorporación e intervención del Estado para el otorgamiento de las indemnizaciones a las víctimas, en particular cuando los infractores carecen de los recursos necesarios para cumplir con estas obligaciones. Esta intervención estatal debe estar orientada a la implementación de políticas públicas destinadas a atender de manera apropiada y eficiente los requerimientos mediatos e inmediatos de las víctimas, que no únicamente debe estar limitada a la entrega de una determinada indemnización de carácter económico, sino que la participación del Estado debe velar porque se materialicen con criterios objetivos los otros mecanismos que conforman la reparación integral, entre otras, la ayuda social, médica, psicológica, etc., en su intención de resarcir el daño de la forma lo más efectiva posible.

Para los fines de cumplimiento eficaz a las víctimas del derecho a la reparación integral, dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, es imperativa la intervención activa y adecuada de los jueces. La actuación jurisdiccional de los jueces a través de sus decisiones debe estar enfocada a viabilizar y materializar de forma efectiva el derecho resarcitorio, para cuyo objetivo es necesario que el juzgador adopte argumentaciones razonadas distintas al simple formalismo de aplicación mecánica o de subsunción de la norma que caracterizaba al “juez boca de la ley”, con fundamento en el examen de principios y valores, consonante con los actuales métodos y reglas de interpretación que permitan obtener una carga argumentativa y creativa destinada a hacer de la reparación un auténtico derecho, factible y efectivo, que garantice de forma adecuada las aspiraciones de las víctimas, incluyendo los del victimizador y la comunidad en general, para así evitar la victimización secundaria de las víctimas y la victimización terciaria del infractor y sus familias.

Sin pretender denostar los posibles beneficios que pudiese poseer la institución jurídica de la reparación integral tal como se encuentra prevista en el COIP, sin embargo, es inminente atender las falencias, menoscabos y falta de efectividad que se evidencia en su materialización, por lo que resulta imperioso reflexionar sobre su contenido normativo y sus consecuencias a efectos de encontrar los elementos o mecanismos propicios para hacer de la reparación integral un dispositivo jurídico adecuado y eficaz que proteja y garantice los derechos de las víctimas, victimario y la

comunidad. Para este propósito, es importante construir nuevos criterios sobre la reparación integral, que estén acorde a las propias realidades y, específicamente, bajo la lógica de la responsabilidad de la persona natural y de la comunidad de manera sistémica, cometido para el cual la justicia indígena proporciona criterios o mecanismos resarcitorios de orden restaurativo, regidos por el arrepentimiento, la reconciliación y satisfacción de las víctimas, victimarios y comunidad, que bien pueden ser acogidos por la legislación nacional de orden monista, asegurando de esta forma la armonía y paz social sin venganzas, que es justamente lo que no se ha logrado obtener a través de la normativa establecida en el COIP, en particular, respecto de la reparación integral.

Bibliografía

- Alarcón Cabrera, Carlos. “Igualdad y Derechos Humanos”. En *Diccionario crítico de los derechos humanos*, editado por Ramón Soriano Díaz y otros. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2005.
- Alarcón Peña, Pablo. *Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- Al Tribunal Constitucional Federal. “Sentencia”. *Primer Senado*. 7 de octubre de 1980.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2.ª. Traducido por Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.
- Alonso Salgado, Cristina, y Cristina Torrado Tarrío. “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿Una combinación posible?”. En *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, editado por María Ángeles Catalina Benavente, 592-607. Madrid: La Ley, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Informe de Investigación: La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2013
- Barba Álvarez, Rogelio. *Delitos relativos a la prostitución*. Ciudad de México: Ángel Editor, 2003.
- Becker, Howard. *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2009.
- Beristain, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: V&M Gráficas, 2009.
- Beristain Ipiña, Antonio. *Criminología y victimología*. Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 1999.
- Beristain Ipiña, Antonio. “Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro”. En *Derecho, proceso penal y victimología*, editado por Luis Miguel Reyna Alfaro. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas El Cuyo, 2003.
- Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Bovino, Alberto. “La participación de la víctima en el procedimiento penal”. En *Victimología y victimodogmática: una aproximación al estudio de la víctima en*

- el derecho penal*, editado por Miguel Reyna Alfaro, 597-613. Lima: Ara Editores, 2003.
- CO Corte Constitucional. “Sentencia”. 2002. En *Juicio n. ° C-916*. 21 de julio.
- Corte IDH. 1993. Informe Anual.
- Corte IDH. 1999. Informe Anual.
- Corte IDH. “Informe No. 49/97”. *Caso No. 11.520, Tomas Porfirio Rondín (Méx.)*, en Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997.
- . “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Indemnización Compensatoria)”. *Caso Velásquez Rodríguez*. 21 de julio de 1989.
- . “Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”. *Caso El Amparo*. 14 de septiembre de 1996,
- . “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)”. *Caso Aloeboetoe y otros*. 10 de septiembre de 1993.
- . “Sentencia de 29 de enero de 1997 (Reparaciones)”. *Caso Caballero Delgado y Santana*. 10 de septiembre de 1993.
- . “Sentencia 21 de julio de 1989 (Indemnización compensatoria)”. *Caso Godínez Cruz*, 21 de julio de 1989.
- . “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)”. *Caso Loayza Tamayo*. 27 de noviembre de 1998.
- . “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones)”. *Caso Aloeboetoe y otros*. 10 de septiembre de 1993.
- . “Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Reparaciones)”. *Caso Neira Alegría y otros*. 19 de septiembre de 1996.
- . “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Almonacid Arellano y otros*. 26 de septiembre de 2006.
- Dammert, Lucía, y Felipe Salazar. *¿Duros con el delito? Populismo e inseguridad en América Latina*. Santiago: FLACSO, 2009.
- Dworking, Ronald. *Los derechos en serio*. 4.ª. Traducido por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

- . *Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial*. Registro Oficial 731, Suplemento, 25 de junio de 2012.
- . *Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y seguridad Vial*. Registro Oficial 398, Suplemento, 07 de agosto de 2008.
- EC Corte Constitucional. 2016 “Sentencia”. En *Caso n° 1635-12-EP*. 20 de abril.
- El Comercio. “Víctimas de accidentes afrontan lesiones y juicios durante años”. *El Comercio*. 19 de agosto de 2018.
- El Universo, “En tránsito, 6% de denuncias logra sentencia en Ecuador”, *El Universo*. 22 de agosto de 2018.
- Escudero Soliz, Jhoel. “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Jorge Benavides y Jhoel Escudero, 271-88. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.
- Faúdez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías*. 2.ª. Traducido por Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2001.
- Galvis Ortiz, Ligia. *Comprensión de los derechos humanos*. Bogotá: Ediciones Aurora, 2005.
- García-Pablos de Molina, Antonio. “El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria”. *Revista del Consejo General Poder Judicial*, n.º 10 (1993): 88-96.
- Gargarella, Roberto. *De la Injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008.
- García Amado, Juan Antonio. “Legitimidad y derechos humanos”. En *Diccionario crítico de los derechos*, editado por Ramón Soriano Díaz y otros, 132. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2000.
- García Arán, Mercedes. “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”. En *Derecho penal, Constitución y derechos*, editado por Rafael Rebollo Vargas y Fernando Tenorio Tagle, 127. Madrid: Bosch Editor, 2013.
- Garland, David. *Una historia del presente, en la cultura del control*. Traducido por Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

- Gascón Abellán, Marina. "Garantismo y derechos humanos". En *Diccionario crítico de los derechos humanos*, editado por Ramón Soriano Díaz y otros, 233. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2000.
- Grijalva, Agustín. "Independencia, acceso y eficiencia de la Justicia Constitucional en Ecuador". En *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, editado por Tribunal Constitucional del Ecuador, 40-65. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.
- Hoyos, Ilva. *De la dignidad y de los derechos humanos*. Bogotá: Temis, 2005.
- Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. CIESLA. *Proyecto alternativo sobre reparación penal*. Buenos Aires: Grancharoff, 1998.
- Laporta, Francisco. "El concepto de los derechos humanos". En *Diccionario crítico de los derechos humanos*, editado por Ramón Soriano Díaz y otros. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2000.
- Masapanta, Cristian. "El juez garantista: un nuevo rol de los actores judiciales dentro del constitucionalismo ecuatoriano". En *Debate constitucional. Monografías*, editado por Luis Fernando Torres, 70-104. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2010.
- Medina, Cecilia. "El derecho internacional de los derechos humanos". En *Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, editado por Cecilia Medina y Jorge Mera. Santiago: Universidad Diego Portales, 1996.
- Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Manual para la presentación de casos*. Quito: SERGRAFIC, 2003.
- Morán Sarmiento, Rubén. *El daño*. Guayaquil: Edilex, 2010.
- Neuman, Elías. *Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Buenos Aires: Universidad, 2001.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humano*. 2.ª. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2.ª. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, Campaña Mundial pro Derechos Humanos; Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Folleto Informativo n.º 19.

- Palacio, Marisol. *Contribuciones de la victimología al sistema penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.
- Pizzi, William T. *Juicios y mentiras. Crónicas de la crisis del proceso penal estadounidense*. Madrid: Tecnos, 2004.
- Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Paul Ricoeur, *Le Juste*. Paris: Editions Esprit-Philosophie, 2001.
- Rodríguez Manzanera, Luis. *Victimología: estudio de la víctima*. Ciudad de México: Porrúa, 2005.
- Ruiz Molina, Débora. *La victimización secundaria en los menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Russo, Eduardo Ángel. *Derechos Humanos y garantías: El derecho al mañana*. Buenos Aires: Eudeba / Universidad de Buenos Aires, 2001.
- Sandoval Garrido, Diego. “Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”. *Revista de Derecho Privado* 25 (2013): 235-67.
- Silva Sánchez, Jesús María. “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”. En *Victimología y victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*, editado por Luis Miguel Reyna Alfaro, 311-2. Lima: Ara Editores, 2003.
- Storini, Claudia. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En *La nueva Constitución del Ecuador*, editado por Santiago Andrade y otros, 287. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador / Corporación Editora Nacional / Estudios Jurídicos 30, 2009.
- Uprimny Yépez, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad. Derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura / Escuela Judicial Rodrigo Bonilla / Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- Van Der Maat, Bruno. *Victimación y restauración en el sistema penal y carcelario del Perú*. Arequipa: Observatorio de Prisiones-Arequipa, 2003.

- Vinyamata, Eduard. *Conflictología. Teoría y práctica en resolución de conflictos*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Wacquant, Loic. “Forjando el Estado neoliberal. Workfare, prisonfare e inseguridad social”. *Prohistoria n. ° 16* (2011): 1-7.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La mujer y el poder punitivo: sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- . *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. Bogotá: Temis, 1990.
- . *Manual de Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 9.ª. Traducido por Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009.
- Zalles, Jorge. *Barreras al diálogo y al consenso. Diagnóstico y posibles respuestas*. Quito: Voluntad, 2004.