

45

Fecha de presentación: enero, 2020

Fecha de aceptación: marzo, 2020

Fecha de publicación: mayo, 2020

LA VÍCTIMA

EN LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

THE VICTIM IN CRIMES AGAINST SEXUAL INTEGRITY

Mónica Alexandra Salame Ortiz¹

E-mail: abmonisalame@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8580-5067>

Betty Cumandá Pérez Mayorga¹

E-mail: betty-1232@hootmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4832-1036>

María Fernanda San Lucas Solórzano²

E-mail: msanlucas@pucesa.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1850-9345>

¹ Universidad Regional Autónoma de los Andes. Ecuador.

² Universidad Católica del Ecuador. Ambato. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición):

Salame Ortiz, M. A., Cumandá Pérez Mayorga, B., & Lucas Solórzano, M. F. (2020). La víctima en los delitos contra la integridad sexual. *Universidad y Sociedad*, 12(3), 353-363.

RESUMEN

Los delitos contra la integridad sexual en la sociedad actual mantienen conducta ascendente, constituyendo áreas de estudios por diversas ciencias e incluso su abordaje desde la interdisciplinariedad viene permitiendo el logro de un conocimiento más integral de este fenómeno social y las repercusiones en las víctimas. Sin pretender agotar esta compleja temática, nos propusimos desde el derecho penal ecuatoriano analizar la protección de estas víctimas y su relación normas constitucionales e internacionales. Se utiliza un estudio descriptivo, empleando métodos teóricos como: el análisis exegético, el análisis jurídico comparado y el análisis histórico jurídico. Estos métodos se acompañaron de las correspondientes técnicas de revisión bibliográficas.

Palabras clave: Víctima, delitos contra la integridad sexual, Justicia restaurativa, reparación integral, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

Crimes against sexual integrity in the real society conduct ascending manencia, constituting areas of studies by various sciences and even their approach since interdisciplinarity comes the annulment of a more integral knowledge of this social phenomenon and the families in the victims. Without seeking to exhaust this theme, we set out from Ecuadorian criminal law to analyze the protection of these victims and their responsibility constitutional and international norms. A value study is used through the account, using theoretical methods such as: exegetical analysis, comparative legal analysis and historical legal analysis. These methods are conclarevised to the corresponding technical review techniques.

Keywords: Victim, crimes against sexual integrity, restorative justice, comprehensive reparation, effective judicial protection.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos acercamos a los delitos contra la integridad sexual previstos en el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014). Por el momento, el objetivo consiste en analizar las formas normativas de protección de las víctimas de estos delitos como un primer paso para comprender la relación del ordenamiento penal ecuatoriano con las normas constitucionales e internacionales. Si en el proceso penal se respeta o no los derechos de estas víctimas, cuestión imprescindible alrededor de su papel dentro del impulso de la causa.

Abordamos algunas consonancias de la perspectiva victimal del Código Orgánico Integral Penal con el mandato constitucional y los postulados legislativos y jurisprudenciales modernos. Se exige a todo operador jurídico precisar el papel de la víctima de la violencia sexual dentro del proceso penal, por el hecho de que este Código la redefine y le reconoce un conjunto de derechos, entre estos, el derecho a participar o no en el proceso y la reparación integral.

Es importante declarar que no pretendemos profundizar si hay cumplimiento de la debida diligencia en la investigación y judicialización de los casos de delitos contra la integridad sexual, o si Ecuador cuenta con un proceso penal sensible a las razones que motivaron al texto constitucional y el propio (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) a redefinir dicha víctima. Como adelanto, señalamos la ausencia de procedimientos especiales que permitan la celeridad demandada por la Constitución y las normas internacionales.

DESARROLLO

García-Pablos (2003), nos argumentaría que *“la víctima como objeto de la Criminología y la teoría de la víctima surgen a partir de la Segunda Guerra Mundial. De tal forma, la Victimología se ocupa del estudio de las víctimas del delito”* (p.79). Ya en la década de los ochenta del siglo pasado la Victimología según Larrauri (1991), *“comienza a preocuparse por los derechos de la víctima, debido, sobre todo, al movimiento feminista contra la victimización de las mujeres”*. (p.78)

Existen diferentes tipologías de construcción victimológica que dependen de factores biológicos, o personales. Silverman (1975), por ejemplo, señalaría en el siglo pasado *“que el niño por no tener aún la capacidad física o de resistencia corporal, ni contar con una independencia intelectual y moral puede enfrentarse de forma exitosa a un agresor adulto”* (p.56). Así, suelen ser *víctimas de delitos sexuales*. Las condiciones físicas de las mujeres, por su

parte, han sido favorables a delitos de naturaleza sexual, o lascivo.

La violencia sexual por su parte, en un sentido amplio expresado por Arroyo, Valladares (2009), es el *“ataque o invasión al cuerpo de las mujeres, donde no existe una relación entre iguales que consienten”* (p.407); siendo en el artículo 113 donde se señala que *“la expresión ‘violencia contra la mujer’ se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”*. (Organización de las Naciones Unidas, 1995)

En esta lógica, para Morillas, Patró & Aguilar (2011), esa violencia se refiere a la victimización, *“proceso en virtud del cual una persona o grupo llega a convertirse en víctima”* (p.88); aseveración significativa en nuestro propósito de adentrarnos posteriormente al fenómeno desde los cambios operados por el Estado Constitucional ecuatoriano ante el anterior de tipo legalista.

Esta relación con el *ius puniendi* del Estado ha implicado en muchos casos, según Landrove (1990), el surgimiento de la *“victimización secundaria o revictimización”* lejos de darle *“atención, protección o asistencia a la víctima”* (p.47). En este sentido, Marchiori (2012), apuntaría *“que la vulnerabilidad, además de comprender el hecho de no poder percibir el peligro de la agresión incorpora la idea de una víctima indefensa, no puede defenderse, surge la victimización post-delictiva”*. (p.47)

La Asamblea General de las Naciones Unidas define a las víctimas como 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”*. (Organización de las Naciones Unidas, 1985)

De este modo, podemos identificar agresiones sexuales que doblegan o forzan a la víctima para que mantenga una relación sexual y/o acto sexualizado, incluso puede existir una prostitución forzada como manifestación de una violencia contra la mujer.

Se trata de un concepto integral, además de enfocarse en la legislación penal. La violencia sexual o delito de naturaleza sexual, particularmente, es la más palpable manifestación de la discriminación por sexo y constituye una violación de los derechos reconocidos en las Constituciones.

Podemos sintetizar, a partir de todo lo anterior, lo siguiente: la existencia de la víctima inocente significa que el grado de su culpabilidad respecto al delito es nulo y la culpa recae sobre el infractor de la norma penal. Especialmente vulnerables son aquellos individuos o grupos sociales con determinados factores victimológicos, por ejemplo, las mujeres y los niños en las agresiones sexuales. Esto es, al menos, el presupuesto mínimo de todo proceso penal ajeno a una segunda victimización de la víctima.

Buompadre (2001), plantea que la integridad sexual, *“debe ser entendida como la libertad sexual del individuo, esto, es, como su autodeterminación en la vida sexual en libertad, esfera que se ataca también cuando se incide en el libre desarrollo de la personalidad del menor o en la intimidad sexual de la persona que no ha podido consentir libremente la acción”*. (p.732)

El derecho a la integridad sexual tiene, entonces, un alcance de derecho fundamental. Aquella libertad llega al mismo funcionamiento del sistema oral que parte de la asistencia legal para atender y proteger a dichas víctimas. De lo contrario, la fiscalía no podría contar con su colaboración eficiente o el impulso procesal que conduce hacia la etapa de juicio se vería obstruido.

Díez Ripollés (2000), respecto al concepto *intangibilidad o indemnidad sexual*, sostiene que con él *“se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad”*. (p.63)

Por consiguiente, la libertad sexual de las personas adultas y la indemnidad sexual de las personas menores de edad o discapacitadas que, debido a esta vulnerabilidad carecen de dicha libertad, están dentro del concepto de integridad sexual.

La Constitución de la República del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), se ubica a la altura de este debate teórico. En efecto, su artículo 66, numeral 3, introduce de alguna forma la violencia sexual o delito de naturaleza sexual como un hecho trasgresor del “derecho a la integridad personal, que incluye precisamente “La integridad física, psíquica, moral y sexual”. Así, la existencia de un proceso penal que expulse toda práctica discriminatoria sobre las víctimas de estos delitos estará a tono con el texto constitucional.

En efecto, el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), reemplaza el Código Penal de 1938, cuyos cambios sustantivos empieza por denominar

los “Delitos contra la integridad sexual y reproductiva” en el capítulo de los “Delitos contra los Derechos de Libertad”, en concordancia con la clasificación constitucional de los derechos. El bien jurídico protegido de estos delitos lo constituye la par integridad/libertad, sin sujeción a una valoración discriminatoria de la prueba.

En la sección de los denominados “Delitos contra la integridad sexual y reproductiva” se integran tipos penales relativos a la integridad sexual, desde el artículo 166 hasta el 174: acoso sexual, estupro, distribución de material pornográfico a niños niñas y adolescentes, corrupción de niñas, niños y adolescentes, abuso sexual, violación, utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual, contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años de edad por medios electrónicos, y, oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos.

Delitos que son sancionados con penas que van de uno a veintiséis años de privación de la libertad, dependiendo de la gravedad de la infracción y que son agravadas en el caso de menores de 18 años de edad o personas con discapacidad. Examinemos algunos de estos tipos penales:

El Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), especifica este tipo penal de la siguiente forma: *“La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”*.

Con el primer párrafo y la especificación de edades por parte de los dos siguientes, sobreentendemos que el bien jurídico protegido en este tipo penal es la libertad sexual de las víctimas mayores de 18 años de edad y la indemnidad sexual de las víctimas niños, niñas o adolescentes o con discapacidad. El sujeto activo puede ser cualquier persona.

El legislador introduce como verbos rectores del tipo analizado el de ejecutar u obligar a ejecutar, con ello, se configura un tipo penal de lesión y resultado dañoso sin necesidad de penetración o acceso carnal. Esta conducta es un acto de naturaleza sexual, donde el sujeto activo hace uso de cualquier medio coercitivo para doblegar la voluntad de la víctima.

La Corte Nacional de Justicia de Ecuador (2012), considera que actos sexuales son aquellos *“como tocamientos, abrazos, besos, caricias, etc, sin que exista el acceso carnal”*. Ha esclarecido, además, que *“un acto contendrá una naturaleza sexual, -corpóreo, solo cuando tal conducta*

implique tocamientos en las zonas genitales de la víctima, mamas, o cuando ésta sea obligada a realizarlos en el sujeto activo del delito o en una tercera persona”.

Por otra parte, el artículo 171 adopta el verbo rector introducir en la denominación del tipo penal. *“Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:*

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.
2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
3. La víctima es menor de diez años.
4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.
5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

El legislador ha querido la protección del bien jurídico en un entorno diferente a los actos de naturaleza sexuales previstos en el artículo 170, por eso el 171 exige *“introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), sin necesidad de lesión, excepto el caso del apartado 3, numeral 1, que establece un tipo agravado cuando hay *“lesión física o*

daño psicológico permanente”. De tal forma, con el verbo introducir se abarca el dolo directo referido al sujeto que realiza conscientemente la violación. El término “quien la comete”, implica al sujeto activo que puede ser cualquier persona.

La libertad sexual de las personas mayores de edad es el bien jurídico protegido. Se agreda la autodeterminación en el ámbito de la disposición libre de su cuerpo en materia de relaciones sexuales. El otro bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de las personas menores de 18 años de edad, que requieren protección para su libre y normal desarrollo sexual ante todo ataque que pueda ser perjudicial.

Se protege, adicionalmente, “la falta de libertad” sexual de la víctima que se encuentre *“privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse”*. (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

La regulación de este tipo penal lo encontramos en el artículo 173 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014). El bien jurídico protegido de este delito es la indemnidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes y de personas con discapacidad. El aspecto objetivo de la modalidad básica tiene como verbo (s) nuclear (s) proponer concertar, utilizando los medios antes señalados. El delito se consuma con la sola propuesta de concertación de una cita, sin necesidad de que sea aceptada por el niño, niña o adolescente, por tanto, la figura no requiere verificar si se realizó el encuentro o no.

La modalidad prevista en el párrafo tercero significa que si el sujeto activo utiliza su verdadera identidad no se configuraría el tipo penal.

El artículo 174 establece que *“la persona, que utilice o facilite el correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales, blogs, fotoblogs, juegos en red o cualquier otro medio electrónico o telemático para ofrecer servicios sexuales con menores de dieciocho años de edad, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años”*. (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

El sujeto activo puede ser cualquier persona y los sujetos pasivos son los niños, niñas y adolescentes. Por tanto, el delito bien jurídico protegido es la indemnidad sexual y libre desarrollo de la personalidad de estos últimos.

Los verbos rectores son utilizar o facilitar cualquiera de esos medios, cuyo elemento material se ciñe a “ofrecer servicios sexuales con menores de 18 años de edad”. Es una figura que por su redacción busca prevenir el cometimiento o desenlace de otros delitos en la persona de

niños, niñas y adolescentes, como son: violación, abuso sexual, pornografía infantil, trata de personas, etc.

Para los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, según establece el artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), no será aplicable la atenuante prevista en el artículo 45, numeral 2, de este código **“actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia”**. El comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión de la infracción sexual, no es considerado dentro del proceso; así, coincide con las Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante; aquí también tiene presente dichas Reglas. - Las víctimas de estos delitos pueden ingresar al Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos (SPAVT) de la Fiscalía General del Estado.

En la tipificación de estos hechos se colige que la prioridad del legislador es la protección de los niños, niñas y adolescentes, conforme con el artículo 46, numeral 2, de la Constitución, según el cual el Estado **“adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren”** a estas personas **“Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones”** (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Además, estas **“víctimas de violencia doméstica y sexual”** recibirán **“atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado”**, según el artículo 35 del mismo cuerpo constitucional Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

El Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) también tipifica conductas relacionadas con los delitos contra la integridad sexual, donde la violencia sexual es un elemento que las constituye o agrava la figura, a saber: Artículo 116.- Atentado a la integridad sexual y reproductiva de persona protegida (por el Derecho Internacional Humanitario); Artículo 158.- Violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar; Art. 91, apartado 2.- Trata de personas con fines de explotación sexual, incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil; Artículo 103.- Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes; Artículo 104.- Comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes, entre otras conductas.

De este modo, el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), introduce cambios sustantivos y procesales en los delitos contra la integridad

sexual y el correspondiente tratamiento a las víctimas, al pasar de una segunda victimización que les atribuía el carácter de objeto de prueba, a la tutela judicial efectiva para protegerlas dentro del debido proceso.

En este sentido, las víctimas de delitos contra la integridad sexual, de acuerdo al artículo 175, apartado 6, **“pueden ingresar al programa de víctimas y testigos”** (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014). La Constitución, por su parte, establece la protección a las víctimas de infracciones penales de la forma siguiente: **“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”**. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Los términos **“se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas”**, significa que el tribunal si se aleja de los prejuicios y de toda discriminación en torno a las mujeres, podrá lograr una apreciación libre sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

La valoración de las pruebas es un medio de justificación de las decisiones judiciales, porque está presente de forma transversal en la aplicación del derecho positivo, cuyos fines son de protección. Revictimización aquí sería todo lo contrario a la concordancia práctica, de tal modo que el juez no podría dar razones para justificar las versiones emitidas por los trasgresores de la integridad sexual frente a los juicios de las víctimas.

La Constitución, en su artículo 195, extiende el contenido y alcance del *ius puniendi* a la protección de los derechos de las víctimas, al precisar que la Fiscalía **“durante el proceso ejercerá la acción pública... con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas”** (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). La tutela judicial efectiva es reconocida también, en los siguientes términos, para garantizar y proteger estos derechos.

En relación a las víctimas participantes en el proceso penal, el artículo 221, apartado 1, del Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009a), dispone que **“las y los jueces de garantías penales... son competentes para: Garantizar los derechos de la persona procesada y de la víctima durante las etapas procesales”**, donde es aplicable, en especial, el principio de tutela judicial efectiva de los derechos.

Este Código, en su artículo 286, numeral 6, ratifica el mandato constitucional de la Defensoría Pública de *“garantizar la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009a). Por otra parte, el numeral 9 del artículo 282 le reserva a la Fiscalía General del Estado de *“organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal”*, con sujeción a los principios, conforme con el artículo 295, de voluntariedad, reserva, investigación, vinculación, dirección y temporalidad. En el marco de estos principios *“se reglamentará dicho sistema de protección, estableciendo mecanismos no revictimizantes y de respeto a los derechos fundamentales de las personas involucradas”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009a)

Su artículo 11, numeral 5, señala que *“en todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará del derecho: A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

Precisamente, en la sentencia de 18 de diciembre de 2012, juicio N° 334-2011, la Sala Temporal Especializada de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, observa que la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja, en la sentencia dictada dentro del proceso N° 11121-2011-0033 seguido por el delito de violación, duda de la veracidad del testimonio de la víctima y *“duda inclusive sobre el valor significativo de la certeza”*; así, ese órgano jurisdiccional superior determina que *“deviene irracional y grosero, pensar que una víctima de un delito de violación sexual, de la edad de doce años, podría explicar a los jueces la exactitud de las fechas, día y hora en que se han cometido las infracciones producidas en forma reiterada, al pretender que la niña posea igual o mejorada memoria que poseen los adultos, cuando ni siquiera podía pensar como adolescente tomando en cuenta su desarrollo físico y psicológico, sus condiciones de vida, lo que denota prejuicio en la mente del tribunal juzgador de la Sala, que conforme los requisitos actuales para asumir una judicatura constituye un impedimento fatal”*.

En conclusión, muchas veces dichas víctimas son revictimizadas cuando el juez intenta dar razones para rechazar sus juicios o justificar las versiones emitidas por los trasgresores de la integridad sexual.

El reto consiste en entender que la valoración de las pruebas señaladas en el citado artículo 11 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional,

2014) es un instrumento de adecuación entre norma penal y fines constitucionales y, a su vez, entender éstos como límites de la propia interpretación del juez.

Este Código, en su artículo 441, numeral 2, considera víctima *“quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014). Entretanto, el numeral 4 especifica como víctimas indirectas de estos delitos a quienes *“compartan el hogar de la persona agresora o agredida”*.

En el último párrafo de este artículo se establece que *“la condición de víctima es independiente a que se identifique, aprehenda, enjuicie, sancione o condone al responsable de la infracción o a que exista un vínculo familiar con este”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014). Es decir, basta que una persona haya sufrido algún daño o perjuicio, además, tiene el derecho a la reparación por el daño causado, intervenga o no en el proceso.

Según el artículo 432, numeral 1, del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), la víctima *“podrá presentar acusación particular... por sí misma o a través de su representante legal, sin perjuicio de la facultad de intervenir en las audiencias y de reclamar su derecho a la reparación integral, incluso cuando no presente acusación particular”*. Pero de no comparecer a la audiencia de juicio, el artículo 433, apartado 6, establece que *“se declarará abandonada la acusación particular”* y *“el fiscal continuará con el impulso del proceso”*.

El apartado 5 de este último artículo señala que *“la víctima podrá desistir, en cualquier momento, de la acusación particular”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), cuya excepción la establece el 437: *“No podrán desistir los padres que actúan en representación de las o de los hijos menores de dieciocho años”*, ni *“las o los tutores o curadores”* de éstos.

El Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) añade otra excepción en el último párrafo del artículo 438 al advertir que *“no se admitirá renuncia en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”*. Esta integridad, como vimos, es un derecho fundamental, a cuyo rasgo se le incorpora ahora el hecho de ser irrenunciable. Los delitos contra la integridad sexual son de acción penal pública, por ello, *“corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa”*, según el artículo 410, continuar con el impulso de la causa aunque no participe la víctima.

No procede: a) la aplicación del principio de oportunidad, de conformidad con el último párrafo del artículo 412 al

advertir que *“la o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos... de delitos contra la integridad sexual”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014); b) la suspensión condicional de la pena, según el artículo 630, apartado 4, *“en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”* (p.204); y, c) la exclusión del procedimiento de conciliación en *“delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”* (p.220), a tenor del artículo 663, inciso final.

Esto, en virtud de que el Estado ecuatoriano ratifica la Convención de Belém do Pará. Su artículo 7, literal b, señala que *“los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en... actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”*. (Organización de Estados Americanos, 1994)

El artículo 3 de esta Convención establece que *“toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”* (Organización de Estados Americanos, 1994). En consecuencia, condena toda manifestación de violencia sexual, como la propia violación y el maltrato. Previamente, el artículo 2 (Organización de Estados Americanos, 1994), incluye el abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual por ser violaciones de los derechos humanos.

Los términos *“todos los medios apropiados y sin dilaciones políticas”* arriba señalados, significa que debe constituirse el derecho a un *“recurso sencillo y rápido”* como parte de la tutela judicial efectiva para proteger a las mujeres víctimas de violencia. En este sentido, el artículo 4, literal g) establece dicho recurso *“ante los tribunales competentes”*. (Organización de Estados Americanos, 1994)

En Ecuador, sin embargo, los delitos contra la integridad sexual no son juzgados con procedimientos especiales que permitan aquella celeridad. En cambio, el artículo 643 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), establece un “Procedimiento expedito para la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar”. (

Por consiguiente, los delitos contra la integridad sexual son juzgados con el procedimiento ordinario previsto en el Título VII del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), cuyos plazos varían según el caso. La investigación previa “durará hasta un año” (p.193), de acuerdo al artículo 585, en “los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años” y, en “los “delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años durará hasta dos años” (p.193); la fase de instrucción, así lo indica el artículo 592, “no podrá exceder del plazo máximo de noventa días” o “hasta treinta días” cuando se trate de “delito flagrante” (p.195). Esto, sumado al “señalamiento de día y hora para la audiencia” en un plazo de “cinco días siguientes a la petición fiscal” y su celebración “en un plazo no mayor a los quince días siguientes a la notificación” (p.197), reglas establecidas en el artículo 602.

Ello, constituye una violación del siguiente mandato previsto en el artículo 81 de la Constitución: *“La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual... Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley”*. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Cabe indicar que el artículo 442 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) le confiere a la Fiscalía la obligación de instruir a la víctima *“sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa”*. En relación a estos derechos, el artículo 465 dispone que *“podrán efectuarse exámenes médicos o corporales... de la víctima en caso de necesidad para constatar circunstancias relevantes para la investigación”*, pero *“si se trata de exámenes corporales, la mujer a quien deba practicárselos podrá exigir la atención de personal de su mismo sexo”*; según el apartado 4, así, puede evitarse un impacto psicológico negativo y la consiguiente revictimización.

El artículo artículo 11, apartado 2, del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), dispone conforme con el citado artículo 78 de la Constitución (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), que *“en el proceso penal, la víctima de las infracciones gozará del derecho “A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

1 Ecuador la ratificó el 15 de septiembre de 1995. Instrumento internacional más ratificado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: 32 de los 34 Estados de la Organización de Estados Americanos lo han ratificado”. Canadá y Estados Unidos no son parte de la Convención.

Se pretende de esta manera reparar las cosas de acuerdo al estado anterior a la vulneración del derecho y, de no ser posible, subsidiariamente subsanar el daño material o inmaterial causado, incluida la reparación económica.

En concordancia con estos derechos, el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), en su artículo primero, establece que *“tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas”*.

Por tanto, el *ius puniendi* es una finalidad reservada constitucionalmente a la Ley penal, conforme al principio de tipicidad, y ambos se conciben como potestad sancionadora dentro del debido proceso, lo cual supone la existencia de una culpabilidad en términos de responsabilidad por el hecho. Esta culpabilidad que recae sobre el infractor de la norma penal ya puntualiza la existencia de la víctima inocente, el derecho a su reparación integral y la prohibición de una segunda victimización.

De conformidad, además, con *“la reparación del derecho de la víctima”*, uno de los fines de la pena previsto en el artículo 52 (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) y, en consonancia con *“las medidas cautelares y de protección”* que “podrá ordenar” el juzgador para, precisamente, *“garantizar la reparación integral a las víctimas”* como dispone el artículo 519, apartado 4.

El derecho a la reparación integral a las víctimas persiste, incluso, aun si estas no presentan acusación particular, tal como vimos en el primer apartado del artículo 432 (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014). Este derecho se hace efectivo cuando el tribunal, según el artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal, *“luego de haber pronunciado su decisión en forma oral”* y reduzca “a escrito la sentencia”, incluya como parte sustancial de la misma, *“una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima”*.

Por ello, el artículo 622, apartado 6, establece el siguiente requisito de la sentencia escrita: *“La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014). Esta obligación del tribunal de exigir la reparación integral en sentencia, evita recurrir a otro trámite o acción judicial para obtenerla.

Justicia restaurativa y reparación integral.

El Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), en su artículo 77, determina la reparación integral de los daños por medio de *“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”* y, por otra parte, *“su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado”*. Es decir, el juzgador tendrá presente las circunstancias particulares de cada caso o la afectación provocada por un delito contra la integridad sexual.

Por su parte, el artículo 78 indica las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014). En consecuencia, la compensación económica por el daño físico, material o tangible sufrido no es la única forma de reparación integral. El Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) prioriza la justicia restaurativa frente a esa justicia clásica o retributiva. La tendencia es reaccionar contra el delito no tanto de modo represivo que centra el castigo, como la restaurativa, que pone el acento en “la disculpa” y el arrepentimiento.

Dentro de las medidas de satisfacción o simbólicas propias de la justicia restaurativa, encontraríamos: *“1. Información real acerca del “crimen”; la que generalmente se consigue mediante el necesario acceso directo o indirecto a los ofensores que posean dicha información; 2. Narración de los hechos o tener la posibilidad de relatar la historia de lo que sucedió; 3. Control, recuperar el control de su vida arrebatado por el delito, dentro de lo cual, la oportunidad de involucrarse en su propio caso en el transcurso del proceso judicial puede ser un aporte importante para ello; 4. Restitución o reivindicación, ya sea en relación a las pérdidas materiales en sí o el reconocimiento simbólico, cuando el ofensor hace un esfuerzo para reparar el daño causado, aunque sea de manera parcial, o el acto de pedir perdón, pueden aportar a satisfacer la necesidad de que se reconozca el daño sufrido por la víctima”* (Howard, 2010)

Si se descartan las formas restaurativas de reparación integral consideradas por Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), precisamente, solo quedaría como fundamento para la sentencia la discrecionalidad del tribunal sobre la mayor o menor intensidad en la afectación o satisfacción material de los derechos de la víctima. La ubicación exclusiva de una cierta afectación económica dependería de una evaluación estricta sin ninguna otra alternativa.

El Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), de algún modo intenta evitar esas dificultades y, a la vez, posibilita demostrar que la operación judicial de ponderación de la intensidad en la afectación psicológica, moral, etc, de un derecho es racionalmente justificable y no puramente discrecional.

Un concepto central acerca del ordenamiento penal, que es el que hemos venido desarrollando hasta aquí, es que las formas de reparación integral son interpretadas básicamente como conjuntos de derechos. El presupuesto *sine qua non* para la reparación integral es la violación de un derecho que, en suma, significa la generación de daños al afectado. Con todo, la identidad del conjunto de esas formas está dada precisamente por la identidad de los derechos que lo componen, entre ellos la dignidad de la persona y el conocimiento veraz, transparente y objetivo de la verdad de los hechos.

La sentencia motivada exigida por el citado artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), constituye *per se* una forma de reparación, porque en caso de que desconozca la verdad de los hechos dejaría entrever la impunidad, lo cual supone una revictimización y cierto impacto en la misma dignidad de la víctima, constituyendo este abordaje un punto esencial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005), cuando advierte que la naturaleza y monto de las medidas de reparación *“dependen del daño ocasionado en el plano material e inmaterial”*.

De esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), define el daño material como aquel *“que supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso, para lo cual fijará un monto indemnizatorio”*.

En otro orden, el daño inmaterial se entiende como el que *“comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima y su familia”*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001)

En este sentido, el artículo 86, numeral 3, de la Constitución señala que *“la jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en*

que deban cumplirse”. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Estas definiciones, como vimos, también son acogidas por el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) e incluso, de manera prácticamente íntegra aparecen en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009b), en su artículo 18. Ávila (2008), afirma sobre dichos elementos material e inmaterial de la sentencia: *“Material es lo que se puede cuantificar en dinero y que puede demostrarse a través de evidencias. Lo inmaterial es aquello que no puede ser evaluado monetariamente, como el trauma psicológico, la necesidad de una disculpa, la restitución en un cargo público. En este aspecto, que debe contar con la opinión de la víctima, la creatividad también es un imperativo... Al especificar que las obligaciones que emanan de una violación de derechos pueden ser negativas y positivas, la Constitución rompe con la doctrina del “juez negativo”. El juez no debe limitarse a suspender actos o normas, que sería una típica acción negativa, sino que debe ordenar hacer, como construir, corregir, pagar, disculpar, formar y más”*. (p.105)

En efecto, los términos “cuantificar en dinero” señala a la justicia clásica o retributiva, pero esta coexiste ahora con la justicia restaurativa, aquello que “no puede ser evaluado monetariamente”. El mandato constitucional prohíbe a los magistrados satisfacerse solo con el hecho de anular la decisión judicial, y obliga cumplir las medidas de reparación integral, cuyos componentes están constituidos por ambas justicias.

Por supuesto, *“no todos los casos requieren de la aplicación de todas las medidas de reparación, como si se trataran de una camisa de fuerza, pues el concepto del remedio judicial se sustenta en el hecho de poder identificar qué medidas son suficientes para considerar que un daño está integralmente restituido”* (Escudero, 2013, p.286). Es decir, al concederse acciones de protección y declarar que se vulneró un derecho, se debe reparar a la víctima de la vulneración y no solo suspender actos o normas.

CONCLUSIONES

La víctima tratada significa que el derecho a la integridad sexual es un derecho fundamental en torno a la libertad, irrenunciable y, por consiguiente, el sistema oral debe regirse conforme a su protección y exclusión de una segunda victimización.

La tutela judicial efectiva obliga al juez a escuchar sin prejuicios y discriminación los juicios de esta víctima,

de lo contrario se configuraría un mero objeto de prueba o revictimización y no la protección requerida por la Constitución, el Código Orgánico Integral Penal y la modernización de las normas internacionales.

La coexistencia entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa, por mandato constitucional, obliga al juzgador a dictar una sentencia que motive la reparación integral de acuerdo al estado anterior a la vulneración de los derechos de dicha víctima.

Por ello, el Código Orgánico Integral Penal debe reformarse en el sentido de un establecimiento de procedimientos especiales que exige la Constitución para los delitos contra la integridad sexual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arroyo, R., Valladares, L. (2009). Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres. En, R. Ávila, J., Salgado, L. Valladares (comp), *El Género en el derecho. Ensayos críticos*. Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila, R. (2008). Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008. En Ministerio de Justicia. En, R. Ávila, *Perspectiva Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Ecuador.
- Buompadre, J. E. (2001). Delitos contra la integridad sexual. Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/06/doctrina45386.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_91_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf
- Corte Penal internacional. (2002). Estatuto de Roma. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Díez Ripollés, J, L. (2000). El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 69-101.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2009a). Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009. http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2009b). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ley 0, Registro Oficial Suplemento 52. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. *Registro oficial suplemento*, (180), 10. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/lotaip/phocadownloadpap/PDFS/2014/Nacional/3%20Codigo%20Organico%20Integral%20Penal.pdf>.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. (2012). Sala Especializada de lo Penal, Caso N° 84-2011-P-LBP. Sentencia de 10 de octubre de 2012.
- Escudero, J. (2013). Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral. En, J. Benavides, y J. Escudero (coord.), *Manual de Justicia Constitucional*. Editorial Corte Constitucional.
- García-Pablos, A. (2003). Tratado de Criminología. Editorial Tirant lo Blanch.
- Howard, Z. (2010). El pequeño libro de la justicia restaurativa. Editorial Good.
- Landrove, G. (1990). Victimología. Editorial Tirant lo Blanch.
- Larrauri, E. (1992). Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades? (Ponencia). *XLVI Curso internacional de Criminología*, Barcelona, España.
- Marchiori, H. (2012). Vulnerabilidad y procesos de victimización post-delictivo. El derecho a la reparación. En, H. Marchiori (coord.), *Victimología. Vulnerabilidad de las Víctimas*. Grupo Editor.
- Morillas, D. L., Patró, R. M., & Aguilar, M. M. (2011). Cárceles, Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización. Editorial Dykinson.

Organización de Estados Americanos. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Belém do Pará. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Organización de las Naciones Unidas. (1985). Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (1995). Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer. Declaración de Beijing. <https://beijing20.unwomen.org/es/about>

Silverman, R, A. (1975). Victim typologies: Overview, critique, and reformulation. Editorial Victimology.