



La reparación integral de las víctimas: Aproximación a su evolución histórica

Comprehensive reparation for victims: Approach to its historical evolution

Dra. Zoila Alvarado Moncada, Msc.

Ab. Gissela Cevallos Sánchez, Msc.

Fecha de recepción: 20 de julio del 2022

Fecha de aceptación: 3 de octubre del 2022

La reparación integral de las víctimas: Aproximación a su evolución histórica

Comprehensive reparation for victims: Approach to its historical evolution.

Zoila Alvarado Moncada¹, Gissela Cevallos Sánchez²

Como citar: Alvarado, Z., Cevallos, G. (2022). La reparación integral de las víctimas: Aproximación a su evolución histórica. *Revista Universidad de Guayaquil*. 136 (1), pp: 8-27. DOI: <https://doi.org/10.53591/rug.v136i1.1624>

RESUMEN

La presente investigación estuvo dirigida a analizar antecedentes históricos de la reparación integral de las víctimas, desde las percepciones del Derecho Hebreo, el Derecho romano, el Derecho hispano canónico y el Derecho indiano, así como también, desde el Derecho europeo continental y latinoamericano. La metodología utilizada fue documental, descriptiva y se empleó el método Analítico-Sintético y el Histórico-Lógico. Así mismo, la revisión de diversas fuentes bibliográficas permitió desarrollar un análisis exhaustivo de la temática de estudio, considerando diversos enfoques que han fortalecido el derecho de la reparación integral. Por lo tanto, en función del desarrollo documental y la revisión de la legislación internacional se ha hecho evidente el desarrollo de contenidos doctrinales y jurídicos en los cuales convergen principios esenciales de derecho, como por los elementos victimológicos y de justicia restaurativa que permiten adherir una perspectiva amplia e integral en reparación a los problemas más desafiantes. Por lo tanto, la reparación de la víctima se ha convertido en una figura contundente, irrenunciable y no sujeta a relatividad económica o política, visto que aun frente a la incapacidad material del perpetrador o su falta de voluntad el Estado debe garantizar las reparaciones en el cual deben converger los aspectos necesarios para garantizar los derechos de las víctimas.

Palabras claves:

Reparación integral, derechos de las víctimas, evolución histórica.

ABSTRACT

The present investigation was aimed at analyzing the historical background of the comprehensive reparation of the victims, from the perceptions of Hebrew Law, Roman Law, Hispanic Canon Law and Indian Law, as well as from continental European and Latin American Law. The methodology used was documentary, descriptive and the Analytical-Synthetic and Historical-Logical methods were used. Likewise, the review of various bibliographic sources allowed the development of an exhaustive analysis of the subject of study, considering various approaches that have strengthened the right to comprehensive reparation. Therefore, based on the documentary development and the revision of international legislation, the development of doctrinal and legal contents in which essential principles of law converge, such as the victimological and restorative justice elements that allow

¹ Dra. Zoila Alvarado Moncada, Msc. Doctora en jurisprudencia y Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas, Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. Tesista en Ciencias Jurídicas. (UCA) Docente Titular Agregado 3, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil, zoila.alvaradom@ug.edu.ec/ zalvarado2010@hotmail.com ORCID: 0000-0003-0376-5896

² Ab. Gissela Cevallos Sánchez, Msc., Abogada, Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, Tesista en Ciencias Jurídicas. (UCA) Docente Titular Auxiliar 1 y Gestora de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil, gissela.cevalloss@ug.edu.ec/ gialex00@hotmail.com ORCID: 0000-00030376-5896



adhering to a perspective, has become evident. broad and comprehensive approach to repairing the most challenging problems. Therefore, the reparation of the victim has become a forceful figure, inalienable and not subject to economic or political relativity, since even in the face of the material incapacity of the perpetrator or his lack of will, the State must guarantee reparations in which must converge the necessary aspects to guarantee the rights of the victims.

Keywords:

Comprehensive reparation, victims rights, historical evolution.

INTRODUCCIÓN

Restituir los daños o perjuicios en la mayor medida de lo posible a personas estimadas víctimas o perjudicados de la acción de un tercero que contravenga el orden social establecido, a efectos de minimizar su victimización, ha sido un cometido que desde tiempos remotos se intenta a través del derecho en las distintas formas de organización social que han existido en los diferentes momentos históricos del desarrollo de la humanidad.

La reparación es un asunto que ha adquirido especial relevancia en los últimos años, como quiera que es la primera función de la responsabilidad, pues con base en la definición de ser responsable, significa estar obligado a resarcir el daño. La reparación ha asumido diversos significados de acuerdo al contexto en el cual sea utilizada. Por tal razón, resulta oportuno conocerlos para establecer su alcance en el ordenamiento jurídico³. (Nanclares y Gómez, 2017).

En la actualidad, en el empeño de alcanzar la reparación de la afectación sufrida, desde los instrumentos internacionales de derechos humanos y las normativas internas de los Estados se ha impuesto el término “reparación integral de las víctimas de delitos o de abuso de poder”, frase que encierra un amplio contenido que corresponde definir a la victimología, la que como ciencia del ser se encarga de explicar las causas y fenómenos sociales vinculados a la victimización de las personas por disimiles razones, las que en muy escasas oportunidades logran alcanzar la reparación en el sentido integral que se postula.

Para comprender de mejor manera el Derecho que se reconoce a las personas estimadas victimas en conflictos sociales, de recibir una reparación integral por el daño, perjuicio a sus bienes o por la afectación física o psíquica sufrida, se muestra relevante profundizar en el tratamiento legal que al respecto recibía en la antigüedad esta necesaria institución procesal, la que ha tenido particularidades que la definen en cada momento histórico del desarrollo del derecho de las antiguas culturas que se estiman antecesoras del gran sistema de Derecho europeo continental y latinoamericano, al que pertenece el Ecuador por razones geográficas e históricas, el que para su conformación actual bebió del Derecho hebreo, del Derecho romano, del hispano y también de las aportaciones propias de los derechos nacionales de América después de la conquista española, es decir, el Derecho indiano.

Es por esto, que esta temática tan interesante se ha establecido como la problemática principal a estudiar a través de este trabajo, buscando analizar los antecedentes históricos de la reparación

³ Vid. NANCLARES MÁRQUEZ, J., y GÓMEZ GÓMEZ, A. H., “La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas”. En: *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 17, N° 33, julio-diciembre, 2017, pp. 59-79. Disponible: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100254730004>. Fecha de captura: 23 de abril 2020.

integral de las víctimas desde las percepciones del Derecho Hebreo, el Derecho romano, el Derecho hispano canónico y el Derecho indiano, así como también, desde el Derecho europeo continental y latinoamericano.

METODOLOGIA

El presente trabajo de investigación se caracteriza por ser básica y documental, ya que contribuye al análisis de los antecedentes históricos de la reparación integral de las víctimas, partiendo de la revisión de diversas teorías y fuentes jurídicas que permiten profundizar sobre esta temática, destacando los aspectos más importantes que intervienen en este proceso de transformación.

Por su enfoque de investigación es de carácter cualitativa, ya que el comportamiento de las variables de estudio corresponde a variables categóricas nominales. Desde el punto de vista de su alcance se considera descriptiva, porque se establece una caracterización de la noción de reparación el cual incluye una mirada desde su perspectiva histórica, lingüística y doctrinal; luego se estudió dicho concepto con el adjetivo integral y se indagó su significado en el derecho contemporáneo.

Así mismo, se empleó el método Analítico-Sintético, ya que se estudia la temática considerando cada uno de los aspectos que la caracterizan para luego concluir y establecer las recomendaciones. Igualmente, se aplicó el método Histórico-Lógico, ya que la investigación se centra en un estudio de la trayectoria de la reparación integral de la víctima.

Como instrumento para recabar la información se empleó la observación directa de cada uno de los documentos bibliográficos, doctrinales, legislativos y normativos tanto nacionales como internacionales que fueron revisados y analizados.

Con respecto a la población de estudio, esta estuvo conformada por los diversos libros, investigaciones, artículos, leyes, jurisprudencia y demás fuentes bibliográficas que sirvieron de base para el fundamento de este estudio investigativo.

DESARROLLO

El desarrollo de esta investigación se sustentó en una serie de aportes bibliográficos y doctrinales que permitieron analizar la temática propuesta en este artículo. De esta manera, para sustentar el estudio, se hace un recorrido por los aspectos más destacados que caracterizan los antecedentes históricos de la reparación integral de las víctimas.

1. La reparación integral a las víctimas en la antigüedad

Desde tiempos remotos las personas que se sentían afectados en su patrimonio, en su moral o bienestar por las acciones que ejecutaban en su contra otras personas, han interesado una respuesta por parte del Derecho, que como instrumento de coerción históricamente ha pretendido regular los conflictos que se generan en las sociedades con la finalidad de mantener un orden social mínimo, los que no han tenido igual tratamiento en los sistemas jurídicos que se conocen en la antigüedad.

1.1. La reparación de la víctima en el Derecho Hebreo

Asumir la posición de víctima por el ser humano siempre ha sido recurrente en el ámbito de las relaciones sociales, al punto que el término es utilizado de manera reiterada de antaño en los textos sagrados de la Biblia, tanto en el nuevo como en el viejo testamento⁴, estimando como tal a aquellos

⁴ VÍCTIMAS EN LA BIBLIA (23 mensajes bíblicos) Disponible: MENSAJES bible.knowing-jesus.com. Fecha de

mortales que aun cuando se muestran temerosos de los mandamientos divinos sufren daños, perjuicios o lesiones a sus bienes por parte de terceros, a los que, en sentido general, se les reserva a modo de reparación el derecho al reino de los cielos y para el infractor de la voluntad divina, el infierno, la hoguera y con ello la muerte a manera de retribución por la vulneración del mandato de dios.

Específicamente, en el Derecho hebreo, el libro del Éxodo contiene el Decálogo, también conocido como los diez mandamientos, que integran una serie de principios éticos y de adoración, que juegan un papel importante en el judaísmo y el cristianismo y regulan como prohibiciones la idolatría, el asesinato, el robo, la deshonestidad y el adulterio, entre otras.

En cuanto los daños a las personas, el Éxodo realizó una compilación casuística, de acuerdo con los casos más comunes en los que se causarían perjuicios, donde se establecía la obligación de indemnizar mediante penas corporales y pecuniarias. Los delitos menos graves se regían por la Ley del Talió, constituyéndose un límite a la indemnización, con lo cual se estimaba saldado el perjuicio.⁵

1.2. La reparación a la víctima en el Código de Hammurabi

El Código de Hammurabi, entendido como conjunto de leyes para organizar y controlar la sociedad, creadas en Mesopotamia, durante en el siglo XVIII a. C. en el primer imperio babilónico⁶, está compuesto por 282 leyes, algunas de las cuales no han podido ser descifrada por los estudiosos de esta cultura por el grado de deterioro que contienen.

De la lectura de las diversas leyes que conforman el Código de Hammurabi se advierte que esta compilación normativa de la antigüedad desarrolló las nociones de responsabilidad civil y penal sin clara distinción; y se reguló también sobre la filosofía de la Ley del Talió, es decir, se establecía una clara retribución en concepto de pena como consecuencia de la comisión de una de las

captura: 23 de abril de 2020.

⁵ Vid. NANCLARES MÁRQUEZ, J., y GÓMEZ GÓMEZ, A. H., "La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas". En: *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 17, N° 33, julio-diciembre, 2017, pp. 59-79. Disponible: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100254730004>. Fecha de captura: 23 de abril 2020.

⁶ Resulta de interés a los efectos del trabajo que se presenta las siguientes tablas: "Ley 1: Si uno ha acusado y ha embrujado a otro y no puede justificarse, es pasible de muerte. Ley 2: Si uno embrujó a otro y no puede justificarse, el embrujado irá al río, se arrojará; si el río lo ahoga, el que lo ha embrujado heredará su casa; si el río lo absuelve y lo devuelve salvo, el brujo es pasible de muerte y el embrujado tomará su casa. Ley 25: Si se incendió la casa de uno, y otro que fue para extinguirlo se ha apoderado de algún bien del dueño de la casa, será arrojado en el mismo fuego. Ley 109: Si se reúnen conspiradores en casa de un tabernero y ellos no son capturados y entregados al tribunal, el tabernero será condenado a muerte. Ley 129: Si una casada es sorprendida yaciendo con otro hombre, se los atará y se los arrojará al agua. Si el marido deja vivir la esposa, el rey dejará vivir a su servidor. Ley 142: Si una despreció al marido y le dijo no me tendrás como mujer, y si ella ha sido correcta y no hay error en su conducta, y si su marido ha sido negligente, esta mujer es inocente: tomará su dote e irá a la casa del padre. Ley 175: Si un esclavo del palacio o de un muskenun tomó en matrimonio la hija de un hombre libre, y si ésta tuvo hijos, el dueño del esclavo no reclamará, para la servidumbre, los hijos de la hija de hombre libre. Ley 186: Si uno adoptó un niño, y cuando lo tomó hizo violencia sobre el padre y la madre, el niño volverá a la casa de sus padres. Ley 192: Si el hijo de un favorito o de una cortesana, dijo al padre que lo crio o la madre que lo crió: "tú no eres mi padre", "tú no eres mi madre", se le cortará la lengua. Ley 195: Si un hijo golpeó al padre, se le cortarán las manos. Ley 196: Si un hombre libre vació el ojo de un hijo de hombre libre, se vaciará su ojo. Ley 229: Si un arquitecto hizo una casa, y no la hizo sólida, y si la casa que hizo se derrumbó y ha hecho morir al propietario de la casa, el arquitecto será muerto. Ley 230: Si ella hizo morir al hijo del propietario de la casa, se matará al hijo del arquitecto".

Código de Hammurabi. Disponible: <http://www.ataun.eus/bibliotecagratuuta/C1%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>. Fecha de captura: 12 de junio de 2020.

prohibiciones legales que contenía; este cuerpo normativo histórico de forma acertada contempla la posibilidad de la compensación en dinero de los daños diferentes a los atentados contra la persona, particular que puede estimarse uno de los antecedentes históricos de la antigüedad respecto a la reparación integral.⁷

1.3. La reparación en el Derecho Romano

Conforme al criterio de diversos autores⁸ Roma elaboró su Derecho más rico desde los siglos de la República hasta el siglo VI de n. e.; en el que la obra de Justiniano representó su colofón, pues en el Derecho romano primitivo, como todos los ordenamientos jurídicos primarios, aparece en una mezcla difusa de elementos teológicos y morales, sus normas tienen una profunda mezcla, de *ius* es decir, Derecho humano, y de *fas*, Derecho divino. El *fas* está dictado por los dioses, pero en esta primera etapa todavía el *ius* no está desligado plenamente del *fas*, por lo cual en realidad también se le atribuye en gran parte un origen y sentido mítico.

Los romanos, como pueblo, no fueron nunca partidarios de las definiciones, ya que fueron de la consideración, como obra en el digesto de que “*Omnis definitio in iura civili periculosa, est.*” (Toda definición en derecho es peligrosa), lo que al parecer tuvo su repercusión en la ausencia de un claro contenido de las instituciones jurídicas, en la que la costumbre como fuente de derecho llenaba el vacío legal, muchas de las cuales sobreviven en las actuales normas civiles y penales vigentes en nuestros países, por supuesto, adaptadas en contexto histórico actual.⁹

Conforme a la filosofía de la regulación normativa romana basada en la Ley del Talión se aplicó como mecanismo que la víctima no podía buscar más reparación que la equivalente al daño padecido, que en sus inicios consistían en la muerte, sufrimiento o mutilaciones físicas que infligía la víctima o su padre al causante del daño, pero en la Ley de las XII Tablas se hizo un tránsito de la composición facultativa o voluntaria a la composición obligatoria.¹⁰

En la composición voluntaria, el sujeto podía, a elección, devolver el mal sufrido o solicitar un resarcimiento monetario. La composición obligatoria se conoció como pena privada (*poena*) y reparación. La pena era una suma de dinero que pagaba quien ocasionaba el daño en sustitución de las acciones sobre su cuerpo. La legislación decenviral, precedente de la *Ley Aquilia*, contenía una tipificación taxativa de conductas que daban lugar a la respectiva acción de reparación.

La persecución de los delitos públicos era de interés de la ciudad y por ende de exclusivo resorte del Estado, mientras que el castigo de los delitos privados era buscado por las víctimas en su propio provecho y, en consecuencia, el perjudicado tenía una acción privada para obtener su reparación. Por dicha razón, la obligación de resarcimiento que surgía del delito se extinguía con la muerte del ofensor

⁷ FRANCO, Gabriel. *Las leyes de Hammurabi*. Versión española, introducción y anotaciones. Disponible: <https://revistas.upr.edu>. fecha de captura: 12 de junio de 2020. SANMARTÍN, J.; SERRANO, J.M. *Historia antigua del Próximo Oriente*. Mesopotamia y Egipto. Akal, Madrid, 1998, p. 23.

⁸ Vid. ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano clásico*, Madrid, 1960, p. 5. PETIT, Eugenio. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Abalado. Buenos aires, 1917, p. 2. SCHULZ, F., *Derecho romano Clásico*, Barcelona, 1961, p.13. ALEJANDRE GARCIA, J. A., *Temas de Historia del Derecho: Derecho primitivo y romanización jurídica*, Sevilla, 1979, p. 6. MOMMSEN, T. *Compendio del derecho público romano*, Editora la España Moderna, Madrid, s/f, Libro IV, p. 340.

⁹ MOMMSEN, T. *Compendio del derecho público romano*, Ob. Cit., p. 340.

¹⁰ VELÁSQUEZ, O., *Responsabilidad civil extracontractual*. Temis, Bogotá D.C. 2009, p. 55. JALIL, J. E., *Derecho de daños aplicado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. 17. BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 34.

debido a que la misma no tenía función compensatoria.

Al hablar del Derecho en Roma republicana, resulta de obligada referencia la conocida Ley de las XII Tablas, la que constituyó no solo una fuente formal fundamental del viejo Derecho romano, sino también un tipo especial de ley que entre sus valores destaca ser la primera expresión conocida del Derecho romano definido como tal y el de reflejar un momento concreto de su desarrollo, la que sirvió de desembocadura fundamental de las normas jurídicas que hasta su promulgación habían regido la vida de aquel pueblo, estimada el *summum* jurídico de aquel momento de la vida de Roma y, refleja exactamente sus características sociales y políticas de esa época, ley que como tantas que se promulgaron en aquel entonces se desarrollaron con la filosofía de la Ley del Talión, ya mencionada *up supra*.

La Ley de las XII Tablas apareció con las diez primeras tablas en el año 451 A.N.E. y las de las dos últimas en el 450 A.N.E. (según Tito, Livio, Dionisio y Cicerón), con un contenido poco armónico, conjugándose preceptos de orden público y privado. Las Tablas, de la I a la III, se refieren al procedimiento, en las que se advierten fuertes rezagos de la preeminencia personal. Se mantiene aún la iniciativa privada por parte de quien se estima víctima o afectado por el hecho denunciándolo, debiendo citar y conducir, incluso, al demandado al juicio. Las Tablas IV a VIII, amalgaman Derecho civil y penal; la Tabla IX se refiere al Derecho público y al proceso comicial; la Tabla X, al Derecho sagrado, que, en realidad, nada tiene que ver con el orden divino, pues en puridad constituyen verdaderas ordenanzas administrativas para los enterramientos, los velorios, etc., la Tabla XI contiene preceptos aplicables a las cinco primeras y la Tabla XII, preceptos que se refieren a las cinco últimas.¹¹

Lo que se podría llamar hoy Derecho penal ocupa una buena parte de la Ley. Las penas se prodigan por los más simples motivos, adquieren expresiones como apoderarse de la persona del deudor incumplidor y venderlo como esclavo *trans tiberim* y si son varios los acreedores poder, incluso, matarlo y repartirse entre todos, los pedazos del fallecido. Matar al púber que daña los labrados ajenos, etcétera. En general, se advierte una etapa de transición entre la venganza privada, regulada por la Ley del Talión, y la intromisión estatal con el establecimiento de una indemnización económica forzosa (*compositio*) a favor de la víctima, como una especie de reparación. El procedimiento, se poya mucho de la iniciativa de los particulares.

En el Derecho romano se consideró al delito como fuente de obligaciones civiles, y con ello se advierte desde la antigüedad una implícita diferencia entre la obligación civil y la reparación penal o

¹¹ En la tabla VII se determinaban los delitos de la siguiente manera: “Tabla VII. De los delitos: 1. Si un cuadrúpedo causó daño, ofrezca su dueño la estimación de este daño, y si no quiere, entregue el animal. 2. El daño causado sin malicia, repárese. 3. El que hechice las cosechas ajenas sea sacrificado a Cérés. 4. El que furtivamente por las noches pisotea o abra con el arado las mieses, pierda la vida colgándosele en honor de Cérés. Si es impúber sea azotado a arbitrio del pretor, y pague el daño doblado. 5. El que con ciencia y dolo incendió un edificio, o un montón de trigo inmediato a él, sea aprisionado, azotado y quemado. Mas si esto aconteciese por negligencia, pague el daño: si es insolvente, aplíquesele una pena más ligera. 6. ti. La pena de la injuria sea de 25 ases. 7. Si alguno con injuria de palabra o escrito infamase a otro muera azotado. 8. Si se rompe un miembro y no hay transacción sobre esto, impóngase el talión. 9. El que fractura o rompe un hueso a un hombre libre, pague 300 ases; a un esclavo 150. 10. Si el tutor se conduce con dolo, sea vituperado; fenecida la tutela pague el hurto con el doble. 11. Si el patrono comete fraude contra el cliente, sea sacrificado a los dioses. 12. Quien se avino a ser testigo o libripens, Y no se mueve a testificar, repútese malvado, y prohibábasele ser testigo, y citar testigos en su favor. 13. El que deponga en falso sea precipitado de la roca Tarpeya. 14. El que con dolo y ciencia causa la muerte de un hombre libre, o le hechiza, o le prepara o da veneno, repútese parricida. 15. Al que mató a su padre o madre, cúbrase la cabeza, y cosido en un saco de cuero arrójese al río. *Derecho Romano. Ley de las XII Tablas*. Disponible: <https://www.derechoromano.es/2015/06/ley-xii-tablas.html>. Fecha de captura: 23 de mayo de 2020.

la pena de una acción punitiva. En general, es posible afirmar que en sus inicios, el Derecho Penal romano, como todo derecho de esta naturaleza, tuvo su origen en la coerción y fue un producto de ella; coerción que fue, primitivamente, la de la comunidad o *civitas* representada por sus organizaciones representativas más conspicuas, como los comicios y los magistrados con *imperium* y también, la coerción que podía ejercer el *pater familia* por vía de la venganza privada, en esa coerción estaba presente la autoridad de los dioses, que tenía su expresión en las autoridades de la *civitas* o en la justeza de la acción del *pater*.¹²

La sanción penal, que se identificó originalmente a los sacrificios religiosos y se limitó casi exclusivamente a la pena de muerte, en la época de la República había evolucionado y se disponía de varios medios para cumplirla. Enumérense entre esos medios los castigos corporales; el castigo de reclusión y el destierro fueron más bien unos medios preventivos que de extinción de culpa o de castigo.

La pérdida o merma de los derechos civiles era en realidad una consecuencia jurídica que podían acarrear las sentencias penales; parece ser que no constituyó una pena independiente y, por tanto, no se podía condenar a nadie con ella. Sin embargo, en términos generales, hasta bien adentrada la República se aplicaban solo dos penas principales: o bien la muerte, o bien la sanción pecuniaria o *compositio*.

No obstante, en la época imperial existió y se aplicó, reiteradamente, la sanción llamada *interdictio aquae et ignis* (interdicción o prohibición del agua y el fuego) que en la práctica consistió en el destierro; una suerte de excomuniación política, que privaba al sancionado del culto a sus lares y del disfrute del hogar paterno, colocándolo fuera de las leyes romanas y, por supuesto, con pérdida de su ciudadanía (Digesto 1.5.18; Digesto 48.19.2.1)¹³, todo ello como retribución por el hecho denunciado por la víctima, la que veía en esa penas una especie de reparación al daño que pudo haber sufrido.¹⁴

También, se previeron las que se pudieran calificar de sanciones morales, sanciones contra el honor, las llamadas *poenae existimationis* (*existimatio* era reputación, consideración pública, integridad ciudadana) la cual podía perderse por la comisión de ciertos delitos (Digesto.50.13.5)¹⁵, lo que igualmente se valoraba por la supuesta víctima como retribución al daño causado.

El Derecho Penal Romano, avanzó notablemente en la hoy conocida como tipificación de los delitos y que no es más que la determinación de los elementos concurrentes, tanto en la persona del delincuente como en el acto de comisión del delito, que sirven para diferenciar un tipo de delito de otro, es decir, para tipificar las distintas figuras delictivas. La primera tipificación, que se advierte en el Derecho penal romano, es la que consiste en la diferenciación entre los ya mencionados delitos públicos o del Derecho público y delitos privados o del Derecho privado.

En la evolución técnica del Derecho penal romano se conoció del *crimen peculatus*, es decir, delito

¹² ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano clásico*, Ob. Cit., p. 10-11. VELÁSQUEZ, O., *Responsabilidad civil extracontractual*. Ob. Cit., p. 12. JALIL, J. E., *Derecho de daños aplicado*. Ob. Cit., p. 10. BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ob. Cit., 2007, p. 30.

¹³ DIGESTO. Plataforma Digital de Derecho, Ciencias Sociales y Humanidades. Disponible: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest3.shtml>. Fecha de captura: 24 de mayo de 2020.

¹⁴ MANDUCA, F. *El procedimiento penal y su desarrollo histórico*, Editora la España Moderna, Madrid, España, s/f, pp. 21-28.

¹⁵ *Ídem*

público de peculado, que cometía el magistrado que distrajera fondos públicos o abusara de ellos. En estos casos se admitió, incluso, la existencia de una acción contra los herederos del reo con el fin de asegurar la devolución de los bienes sustraídos (Digesto 48.13; Código 9.28)¹⁶; el llamado crimen *repetundarum*, delito público que se tipificaba por las acciones de los magistrados que habían recibido en su favor exacciones abusivas. En estos delitos se perseguía la devolución de las cosas injustamente adquiridas o el valor de ellas (Digesto 48.11).¹⁷

En la configuración del delito público de peculado, se advierte también la génesis de lo que hoy se puede estimar como reparación integral, habida cuenta que si bien no se determina de manera expresa su contenido, si queda evidenciado que al responsable del delito se le exigía la devolución de los fondos públicos apropiados o de las cosas adquiridas ilegalmente o de su valor, incluso, se deben devolver aquellos bienes que se encontrasen en manos de los herederos, visualizando al estado como víctima de la vulneración del orden social establecido.

Dentro de los delitos privados estaban incluidos, los que atentaban contra el patrimonio de los particulares. Es lógico que aquella sociedad, fundada en la propiedad privada esclavista, concediera gran importancia a su protección y castigara severamente todo atentado a esa propiedad. En la Instituta de Justiniano tipificaron se consagraron como delitos privados contra el *furtum* (hurto), la rapiña, la injuria y el *damnum iniuria datum*. Delitos como el *furtum* establecían a modo de reparación el valor del cuádruple o del duplo del perjuicio, según la modalidad del hurto (manifiesto o no manifiesto); estos valores correspondían únicamente al valor de la pena, pues además se contaba con la posibilidad de perseguir la cosa. (Digesto 47. 17, 48.19, 47.2.1.3) (Paulo 3.31 2 3; Gayo 3 183.186) (Instituta 4.128, 4. 166). (Instituta 4.1; Digesto 47.2).¹⁸

El delito de rapiña consistía en la sustracción violenta de una cosa ajena, su comisión daba lugar además de la sanción penal a una indemnización al perjudicado ascendente al cuádruple del valor de la cosa sustraída (Gayo 3.183, 209; Digesto 6 1.70; Digesto 47.8; Código 9.13)¹⁹, particular que integra una forma de reparación al afectado

La injuria o daño a la integridad física, moral y a la honra de una persona libre, daba lugar a una multa tasada por el juez con base en lo estimado por el injuriado o lo que le hubiese parecido al juez. La valoración de la condena, que consistía en una pena privada, correspondía a una suma de dinero según lo equitativo y bueno, lo que indica que se trataba más bien de una pena de carácter punitivo que resarcitorio.

A través del *damnum iniuria* se causaba ilícitamente un daño ocasionado a cosas ajenas producido tanto por concurrencia de dolo como de culpa lata. De tal modo, se incluían en esta figura delictiva, conductas tan variadas como: dar muerte al esclavo ajeno, a animales ajenos, o daños que pudieran derivarse de incendio provocado o de deterioro de la cosa por descuido en su conservación, etc.

El primer capítulo de la *Lex Aquilia* frente al *damnum iniuria datum*, reguló la obligación de reparar los daños causados a los dueños de esclavos y de animales que pastan en rebaños. En esos casos

¹⁶ *Ídem*

¹⁷ *Ídem*

¹⁸ MOLINAS, J. (Ed.). *Cuerpo del derecho civil romano*. Primera parte. Instituta - Digesto (Trad. D. I. García del Corral) Barcelona: Consejo de Ciento.1889, p. 23.

¹⁹ *Ídem*

determinó como valor de reparación la mayor tasación que hubiese tenido la cosa en ese año.

En el título II del Digesto, comentarios a la *Ley Aquilia*, se dispuso que el cómputo del año se debía realizar hacia atrás a partir del suceso que generó el daño; disposición que contenía la estimación del daño causado. La acción otorgada por la ley era de carácter penal, pues generaba una obligación que iba más allá del daño causado y no se transmitía a los herederos. Asimismo, la *Lex Aquilia* determinó que no solo se estaba obligado al pago de la estimación del valor de la cosa, sino a cualquier otro daño que se hubiere causado. (Digesto 9.2)²⁰.

En el tercer capítulo de la *Lex Aquilia*, se contempló de una manera más general la obligación de reparar los daños causados a animales, diferentes a los consagrados en el primer capítulo; a los esclavos en caso diferente de muerte, y a todo tipo de cosas inanimadas.

También se estableció que por cualquier otro daño causado por dolo o culpa nacía la obligación de reparar y se implantó como monto de la indemnización el mayor precio de la cosa en los últimos treinta días. De otra parte, cuando se caían objetos inanimados debía pagarse diez áureos, mientras que, si se arrojaban, correspondía reparar el doble del daño realmente causado.

Si en estos eventos fallecía una persona libre, se entregaban cincuenta áureos los cuales no hacían referencia a los daños inferidos a sus cosas, sino a los causados a su cuerpo; si quedaba vivo, el juez reconocía equitativamente la reparación, en la que tenía en cuenta los gastos médicos y las labores que no pudo ni podría realizar la persona, en atención al daño padecido. Sin embargo, se resalta que no se hacía la estimación de las cicatrices o la deformidad, puesto que el cuerpo del hombre libre no admitía apreciación en dinero.

El libro noveno del Digesto desarrolló principalmente el daño injustificado. Ulpiano, en los comentarios al Edicto, Libro XVIII del Libro Noveno del Digesto²¹, consagró que si un cuadrúpedo causaba un daño, surgía una acción de las XII Tablas que consistía en dar aquello que causó el daño (el animal) o el importe del daño. En los comentarios de Gayo al Edicto Provincial del Libro VII del Libro Noveno del Digesto, se estableció que, si un animal causaba daños a una persona libre, se tendrían en cuenta los gastos de su cura, el trabajo perdido y el que en un futuro perdiera la persona. Dicho libro se fundamentó en un sistema basado en el principio general de la culpa, el cual se complementó con hipótesis típicas de responsabilidad sin culpa, y cuya finalidad era que el daño no fuera soportado por la víctima.

Pese a que en la época clásica Gayo distinguió las acciones penales que solo perseguían la reparación del daño (*ut rem tantum consequamur*), de aquellas que tenían como finalidad la pena y la reparación (*ut rem et poenam*), el derecho romano nunca se libró completamente de la idea que la composición era una pena privada, y en este sentido se les dificultó el desarrollo de una función exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad más allá de la retribución debido a que la responsabilidad penal no se desligó en su totalidad de la civil. Lo anterior, a pesar de que con el *damnum iniura datum* comenzó a perfilarse el carácter resarcitorio de la ofensa. (Gayo 2.10, 210 217).²²

Posteriormente, las Leyes Bárbaras, de las cuales la más conocida es la Ley Sállica, consagraron como

²⁰ *Ídem*

²¹ *Ídem*

²² *Ídem*

reparación tarifas de composición de acuerdo con la naturaleza del daño y con la clase de persona y, en consecuencia, fijaron una sanción denominada *wergeld*. Dichas leyes permitían que la familia de la víctima escogiera alternativamente entre la composición y la *vendetta*. La función de estos mecanismos era sancionatoria e indemnizatoria. Además, se estableció un carácter colectivo para la reparación, ya que el resarcimiento no solo estaba a cargo de quien causaba el daño, sino en conjunto con sus padres, y no solo se compensaba a la víctima, sino también a sus parientes próximos. Más tarde, en la compilación justiniana, los canonistas eliminaron el concepto de solidaridad familiar para reclamar la indemnización.²³

1.3.a. Los cuasi delitos como fuente de las obligaciones y de reparación al afectado

Respecto a las obligaciones, los clásicos romanos afirman que estas podían tener como fuentes naturales el contrato, el cuasi contrato, el delito y el cuasi delito. Los romanos apreciaron pues, una categoría de actos que guardaban semejanza con los delitos, pero, a los cuales les faltaba entidad suficiente para ser tipificados como tales. Para esas conductas reservaron la denominación de cuasi delitos.²⁴

En el estudio de los casos regulados por el Derecho romano como constitutivos de cuasi delitos, se advierte que el elemento determinante no parece haber sido la poca entidad del daño, sino probablemente, la falta de intencionalidad, lo cual lleva a admitir que, el concepto de delito estuvo en Roma muy vinculado al de intención dolosa y, cuando admitieron el delito por culpa fue bajo muy singular y específica tipificación.

En las mencionadas situaciones en que se provocaba un daño no querido, se decía que había surgido una obligación cuasi *ex delicto*, es decir, como si hubiese sido de un delito. Para tales situaciones el pretor concedía contra el que provocaba el daño una acción *in factum*.

La Instituta de Justiniano ilustra los casos que se admitían como más típicos de cuasi delitos: El juez que hace suyo el proceso, es decir, que hace del proceso un motivo de interés personal, bien por enemistad manifiesta, o amistad evidente, o por soborno o, incluso, por ignorancia. Ello conduce a que dicte una sentencia injusta. En tales situaciones el litigante perjudicado, con independencia de que podía apelar la sentencia, podía iniciar la acción por cuasi delito (Instituta Lib. IV. Título V)²⁵. El juez que había hecho suyo el proceso, podía ser condenado a pagar al litigante perjudicado la estimación exacta del juicio, prudencialmente apreciada por otro juez. Es de significar que el Derecho romano no admitió que en este cuasi delito, se pudiera exigir responsabilidad al *pater familias* por las faltas cometidas por el hijo en el ejercicio de la judicatura²⁶.

Se entendía también como cuasi delito cuando se había arrojado o dejado caer alguna cosa que causaba daño a alguien, por ejemplo, cuando por descuido se dejaban cosas en balcones o terrazas que caían, o se arrojaban otras, dañando a un transeúnte, con independencia de la persona culpable directamente, se castigaba al dueño o responsable de la casa, fuera en condición de inquilino o de propietario. En esos casos, el jefe de familia respondía por la conducta de los miembros de su casa.

²³ *Ídem*

²⁴ CLAVERO, B., *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Salamanca, 1994, p. 145.

²⁵ *Ídem*

²⁶ MANDUCA, F. *El procedimiento penal y su desarrollo histórico*, Ob. Cit., pp. 21-28. FERNÁNDEZ BULTÉ, J. *Historia del Estado y el Derecho en la Antigüedad*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, Cuba, 1973, p. 273

Es interesante advertir que lo que tipificaba el cuasi delito era, tanto la falta de intencionalidad, cuanto que la acción descuidada hubiera sido realizada por un miembro de la familia y no directamente por el *pater*, en cuyo caso se hubiera estado ante un delito, penado por la *Lex Aquilia*.

En estos casos la indemnización, que se determinaba como resultado de la acción *in factum*, ascendía al doble del daño causado cuando esto hubiera recaído sobre un esclavo o una cosa. Si el daño hubiera sido producido a un hombre libre, ello daba lugar a una acción popular (que competía a cualquiera que pudiera comparecer en juicio) y la indemnización se fijaba, según algunos autores, en 50 escudos de oro; finalmente, si solo se había causado heridas a un hombre libre, la estimación de la pena quedaba al arbitrio del juez, quien debía tomar en cuenta los honorarios pagados al médico y demás gastos de la curación, así como las pérdidas derivadas de la incapacidad para el trabajo²⁷.

De lo expuesto se evidencia que en el Derecho romano se tomaban en cuenta parámetros parecidos a los de la técnica penal actual para fijar las indemnizaciones, parámetros que constituyen, aportes de relevancia respecto a la configuración de lo que se conoce en la actualidad como derecho a una reparación integral por parte de las víctimas.

Otra situación constitutiva del cuasi delito era, la simple colocación sobre la vía pública o suspensión en alturas, de objetos que pudieran resultar peligrosos al transeúnte, sin que llegara siquiera a producirse el daño. Se señala que, en tales situaciones, se procedía a una indemnización de 10 escudos de oro, aunque el daño no se hubiera producido y el objeto no hubiera llegado a caer.

De modo más significativo se establecía que el dueño de una nave, una posada o una caballeriza, respondía cuasi *ex delictum* por los hurtos o daños causados a los viajeros o huéspedes, por descuido o intención dolosa de los empleados de servicio de la nave, posada o caballeriza. El fundamento de tal imputabilidad estaba en que, se consideraba al dueño del negocio culpable de tener en su casa o nave a gente de mala conducta. El viajero perjudicado disponía de una acción *in factum*, que podía conducir a la indemnización por el duplo del perjuicio recibido; acción que se transmitía a los herederos del perjudicado. En el caso de que hubiese sido el dueño el comisen del delito, entonces estaba sujeto a la acción de hurto por imperio de la *Lex Aquilia*.²⁸

1.3.b. El proceso en Roma, vía de la reparación

El proceso en Roma se desarrolla con un carácter acusatorio y se corresponde con la concepción privada del Derecho penal, cuando el castigo es concebido como un derecho del ofendido o de su grupo; a partir de entonces, la sociedad comienza a reprimir el instinto de venganza de los particulares y obliga al perjudicado a ejercitar su derecho, conforme a reglas normadas²⁹.

Se afirma por diversos autores³⁰ que así nace el proceso, es decir, legitimando una contienda que en

²⁷ MOMMSEN, T. *Compendio del derecho público romano*, Ob. Cit., p. 388.

²⁸ *Ídem*

²⁹ MANDUCA, F. *El procedimiento penal y su desarrollo histórico*, Ob. Cit., pp. 21-28. MOMMSEN, T. *Compendio del derecho público romano*, ob. Cit., p. 350. VÉLEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, Edición Lerner, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina, Tomo I, 1969, p. 25 y ss. FERNÁNDEZ BULTÉ, J. *Historia del Estado y el Derecho en la Antigüedad*, Ob. Cit., p. 276. MAIER, J. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hammurabi. S.R.L. Segunda edición, Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 22.

³⁰ *Vid.* GOMEZ ORBANEJA, E., HERCER QUEMADA, O. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Madrid, Madrid, España, 1946, p.116.

momentos anteriores se mostraba como un combate efectivo. En un comienzo, aún podía elegir la parte ofendida entre la venganza, el arreglo privado con el ofensor o la vía judicial, sin que se distinguiera el proceso civil del penal. Ambos, exigían la iniciativa privada del particular, ay que sin denuncia del afectado no había juicio.

En el Derecho Romano en el último siglo de la República, se reglamenta el procedimiento que se conoce con el nombre de *acusatio*, cuyo pleno desarrollo se adquiere con la implantación de las *quaestiones perpetuae*, y se caracterizó por ser un procedimiento de tipo acusatorio puro, razón por la cual se le denomina hasta nuestros días “acusatorio” a este tipo procesal, garantista de los derechos fundamentales. El juicio tenía lugar en forma oral, pública y contradictoria ante un tribunal popular compuesto por jurados, el que era presidido por el pretor, quien dirigía el debate, pero no intervenía en la decisión.

En el proceso romano, aun cuando fuera exclusivo de la clase con capacidad de ser libre, constituyó un paso de avance importante en aras de garantizar los derechos de las víctimas³¹, la víctima dispone relativamente del contenido sustancial del proceso, y así como el imputado lleva la carga de responder ante el proceso del posible delito, a la víctima llevaba la difícil carga de responsabilidad por calumnia en caso de que mintiera.

Durante la tramitación del proceso, el juez se desempeña en lo fundamental como mediador, para dirigir la preparación del juicio, resolver los incidentes que se presentasen y para decidir la cuestión de fondo debatida entre víctima y el acusado, entre las cuestiones de fondo se decidía sobre la afectación que había sufrido la víctima y en su caso, el monto de la reparación.

1.3.c. La *restitutio in integrum* en el Derecho Romano

La primera institución procesal que tiene su origen en el derecho romano y que regula el derecho a una reparación por parte de menores o ausentes que se sintieran afectado por acciones de terceros vinculadas, no a delitos, sino a derechos reales, fundamentalmente a incumplimiento de contratos u otras obligaciones civiles, es la *restitutio in integrum* o restitución a un estado anterior (*est prioris status vel iuris redintegratio*), la que tenía como finalidad la revocación de un acto jurídico³².

El Derecho romano primitivo no se interesó proteger a las personas incapaces, quienes gozaban de capacidad civil, aunque en un estadio determinado del desarrollo histórico de Roma y de su derecho se tuvo la necesidad de proteger a los menores, para lo cual se dictó la *Ley Praetoria* que, entre otras regulaciones, generó la persecución pública contra el que abusaba de la inexperiencia de un joven ciudadano al contratar con él y en razón de ello reconocía al menor una acción civil contra quien le hubiese engañado en detrimento de sus bienes y también cuando sin ser objeto de engaño por inexperiencia había comprado demasiado caro o vendido demasiado barato, disponiéndose por el pretor obtener la *restitutio in integrum* contra los actos por los cuales había sido lesionado.³³

³¹ MOMMSEN, T. *El Derecho Penal Romano*, Edición Temis, Bogota, Colombia, 1976, p. 338. FERNÁNDEZ BULTÉ, J. *Historia del Estado y el Derecho en la Antigüedad*. Ob. Cit., p. 571.

³² Vid. CATTAN ATALÁ, Angela y PULGAR NUÑEZ, Ximena. *Algunas notas sobre la restitutio in integrum en la época de Justiniano*. Disponible: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126804/Algunas-notas-sobre-la-Restitutio-in-Integrum-en-la-epoca-de-Justiniano.pdf?sequence=1> Fecha de captura: 26 de abril de 2020. CATTAN ATALÁ, Angela. “La *restitutio in integrum* en el derecho indiano”. En: *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, ISBN 968-36-4260-8, 1995, pp. 209-222.

³³ CATTAN ATALÁ, Angela y PULGAR NUÑEZ, Ximena. *Algunas notas sobre la restitutio in integrum en la época*

Se llamaba así *restitutio in integrum* la decisión en virtud de la cual el pretor, considerando como no producida la causa del perjuicio, destruía los efectos y volvía a poner las cosas al estado en que se encontraban antes, se trataba de una especie de rescisión por causa de lesión contraria a la equidad, lesión que repugnaba al sentido equitativo de los romanos, por lo que era necesario destruir el acto, considerarlo como no ejecutado, y reponer las cosas en el estado en que se encontraban antes de su ejecución.

Los efectos de la *restitutio in integrum* variaban según la naturaleza del acto causa de la lesión; así, en el caso en que la *restitutio in integrum* tenía por objeto restablecer en beneficio del demandante un derecho que había perdido, el pretor le concedía la acción que constituía la sanción. En general, la acción cuyo ejercicio era posible, después de la rescisión del acto que la había extinguido, en un principio, era llamada “rescisoria” o “restitutoria”.

Entre las causas que daban lugar a que se acogiera la petición de *restitutio in integrum* fueron posteriormente clasificadas y publicadas en el Edicto del Pretor y llegaron a ser la violencia, el dolo, el error excusable, la ausencia necesaria, el ser *capitis diminutio* y el ser menor edad.³⁴

El empleo de la violencia, el dolo y el error excusable daban lugar a la *restitutio in integrum*, debido a que eran causas de lesión para las personas víctimas de ellos, porque el acto en que incidían era contrario a la equidad. La ausencia necesaria podía producir lesión en los intereses de una persona, ya que ésta, por cautividad, o por ejercer alguna función pública que lo privaba de ciertos derechos, no podía atenderlos en debida forma.

La *capitis diminutio*, o pérdida de alguno de los derechos fundamentales del ciudadano romano (libertad, derecho de ciudad, derechos de familia), se clasificaba en máxima, media o mínima; ésta era la de menor gravedad, pues sólo hacía perder los derechos que la persona tenía en la familia. Sin embargo, los efectos eran graves, porque significaban la extinción de la personalidad civil. A fin de mitigar en algo el rigor de estos efectos, el pretor concedió la *restitutio in integrum* al que sufría de *capitis diminutio* mínima.

1.4 La *restitutio in integrum* en el Derecho Canónico la Edad Media

Derecho canónico se desarrolla en el medioevo, durante el feudalismo, al conjuro de la fuerte preponderancia de la iglesia, este derecho no se organiza con pretensiones de religiosidad divinidad cual fue el caso del derecho hebreo o musulmán, que se presentaban como obra de la divinidad, por el contrario, el Derecho canónico es una obra política humana, forjada en las asambleas legislativas (los Concilios) y ordenanzas de tipo imperial (las Decretales de los Papas).

El Derecho canónico aplicaba sus normas sustantivas presentaban un carácter inminentemente retributivo, siendo la pena de muerte la sanción principal y en su aplicación se utilizó el procedimiento de la inquisición, el que se podía iniciar por una simple delación, sin que fuese necesario la denuncia del afectado, del que se obvia su intervención en el proceso como víctima del delito. En este expediente proceso, un único juez concentra todos los poderes, investiga y juzga; la meta era lograr la confesión del acusado, lo que equivalía a su arrepentimiento ante dios, y para lograrlo, se emplearon como

de Justiniano. Disponible: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126804/Algunas-notas-sobre-la-Restitutio-in-Integrum-en-la-epoca-de-Justiniano.pdf?sequence=1> Fecha de captura: 26 de abril de 2020.

³⁴ Vid. SCHULZ, F., Derecho romano Clásico, Barcelona, 1961, p. 33. ARIAS RAMOS, J., Derecho romano clásico, Ob. Cit., p. 347.

métodos de tortura las ordalías.³⁵

Como expresión de reparación ante posibles daños o perjuicios, el Derecho canónico, mantuvo en sentido general la regulación que provenía del derecho romano respecto a la *restitutio in integrum*, la que reguló primeramente referido a la restitución o compensación de un daño o una desventaja sufrida por un menor, en casos de violencia y con posterioridad se extiende a los efectos del matrimonio; con posterioridad se hace referencia a una restitución general con la cual se ayuda a los menores y a la Iglesia, un monasterio u orden eclesiástica y clérigos, en cuanto actúan en nombre de la Iglesia, el gobierno y finalmente al monarca, actuando en nombre de la Corona (*restitutio generalis per quam subvenitur ecclesiis et minoribus*).³⁶

La *restitutio in integrum* se desarrolló primeramente en el *Corpus Iuris Canonici* permitiendo anular los efectos de un negocio o un procedimiento jurídicos poco equitativo, y sobre esta base conforme al derecho canónico todo tipo de mandamiento jurídico podía ser impugnado con la *restitutio in integrum*".

1.4.1 La *restitutio in integrum* en el Derecho Canónico Indiano

La colonización española a las Américas se efectuó después de 1492, de manera paulatina, cuando se estableció Cristóbal Colón en la isla que llamó La Hispaniola. Entre 1531- 1533 se coloniza el Imperio de los Incas que abarcaba lo que es hoy Perú, Ecuador y Bolivia. Los descubridores del nuevo mundo y sus continuadores obraron siempre en nombre de la Corona de Castilla y de este modo tomaron posesión de tierras americanas, razón por la cual fuese el Derecho Castellano, el que se proyectase desde España sobre América, contribuyendo a la modelación de la vida de sus instituciones.

Pero el Nuevo Mundo presentaba características geográficas, raciales, sociales y económicas muy diversas. Algunos aborígenes de estas comarcas vivían dentro de organizaciones políticas con poder y autoridad, como la de los Aztecas y los Incas, y era conveniente a los conquistadores poner esas organizaciones a su propia disposición. De esta manera los monarcas españoles respetaron la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes, en tanto no estuvieran en contradicción con los intereses supremos del Estado colonizador, y, por este camino, un nuevo elemento, representado por las costumbres nativas influyó, en el derecho y las instituciones económicas y sociales de los nuevos territorios.

En las primeras décadas de la conquista la práctica establecida por los españoles fue la de realizar repartimientos y encomiendas en virtud de las cuales los indios pasaban a trabajar para los colonizadores, estableciéndose así la primera forma de trabajo que se conoció en América durante la conquista española. El derecho primitivo existente entonces resultaba muy básico, pues mantenían una especie de derecho penal retributivo con desconocimiento de reglas procedimentales, en el que no podía hablarse en puridad de reparación sino de retribución de pena por el hecho cometido.

³⁵ Vid. CABREROS DE ANTA, M., Comentarios al Código de Derecho canónico, Volumen II, Madrid, 1962, p. 60. CAVALLARIO, D., Instituciones del Derecho canónico, Tomo IX, Madrid, 1847, p.13.

³⁶ Vid. FORTUNAT STAGL, Jakob. "De Roma a Lima: la restitución a un estado anterior en el derecho indiano". En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Sección historia del derecho indiano. XLI Valparaíso, Chile, 2019, p. 289. CABREROS DE ANTA, M., Comentarios al Código de Derecho canónico, Volumen II, Madrid, 1962, p. 65. CAVALLARIO, D., Instituciones del Derecho canónico, Tomo IX, Madrid, 1847, p. 36.

Las condiciones imperantes hicieron prácticamente inaplicable, en muchos aspectos, el viejo derecho castellano para regir la vida de las nuevas ciudades coloniales. Por tanto, hubo necesidad de dictar normas jurídicas especiales que se adecuaron a la nueva situación histórico-concreta que cada vez se alejaba más de las estructuras peninsulares. El conjunto de estas normas constituyó lo que se llamó "Derecho Indiano", en el que se mantuvieron algunas reglas del Derecho canónico.

Una de las instituciones procesales que se mantuvo como una institución clásica del derecho canónico proveniente de las siete partidas impuesto por la conquista en Hispanoamérica fue la *restitutio in integrum*, para proteger a los menores a la iglesia, clérigos y representantes de la monarquía española, y ajustándose a las circunstancias del momento, incorporó a un nuevo sujeto reconociendo a los indios como *personae miserabiles*³⁷, calificación que se asume también de su origen en el Derecho romano, donde su significado original radica en que los pobres, viudas y huérfanos tienen su foro en el lugar donde viven, para excusarlos de los gastos enormes de un proceso en otro lugar.³⁸

La calificación de los indios como personas miserables por el derecho canónico para la aplicación de la *restitutio in integrum* tiene, partía de no presumir en los indios dolo, ni engaño, estos estaban libres de tutelas y otras cargas, sus pleitos se debían resolver de manera expedita, breve y sumariamente, ante lo cual podían venir, decir y alegar contra los instrumentos que hubieren prestado y contra las confesiones que sus abogados hubieren hecho y revocarlas, pedir nueva prueba y presentar nuevos testigos; no se practicaba en ellos la contumacia judicial, podían anular los contratos, sobre todos sí disponen sobre cosas de valor, como tierras, entre otros aspectos.³⁹

Consecuencias que de su clara lectura igualaba a los indios con una especie de *capitis diminutio*, incapaces, lo que conforme a la "lógica" de la conquista se asumía "por el bien de los indios", los que necesitan una especie de tutor o protección de sus acciones y bienes y como tal fungían los representantes de la iglesia, la que expandió su dominio por toda América.

RESULTADOS

Los hallazgos encontrados en esta investigación a través de los fundamentos doctrinales y legislativos abordados han permitido entender el proceso histórico que ha experimentado la reparación integral de la víctima a lo largo de la historia, tal y como se puede observar en la figura 1, en donde se aprecian los aspectos más relevantes que han caracterizado esta evolución.

³⁷CUENA BOY, Francisco. "Especialidades procesales de los indios y su sustrato romanístico". En: *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, ISSN 1138-039X, ISSN-e 2530-6324, N° 11, 2007, pp. 157-168. OLIVEROS, M., "Construcción jurídica del régimen tutelar del indio". En: *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* N° 18, 1967, p. 118. CASTAÑEDA DELGADO, P., "La condición miserable del indio y sus privilegios". En: *Anuario de Estudios Americanos* N° 28, 1971, p. 263. CATTAN ATALÁ, Angela. "La restitutio in integrum en el derecho indiano". En: *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, ISBN 968-36-4260-8, 1995, pp. 209-222.

³⁸ Vid. NOVOA, Mauricio. "La práctica judicial y su influencia en Solórzano: la Audiencia de Lima y los privilegios de indios a inicios del siglo XVII", En: *Pensar la colonia desde la colonia*, Bonnett, Diana (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006, p. 143.

³⁹ FORTUNAT STAGL, Jakob. Ob. Cit., p. 299.

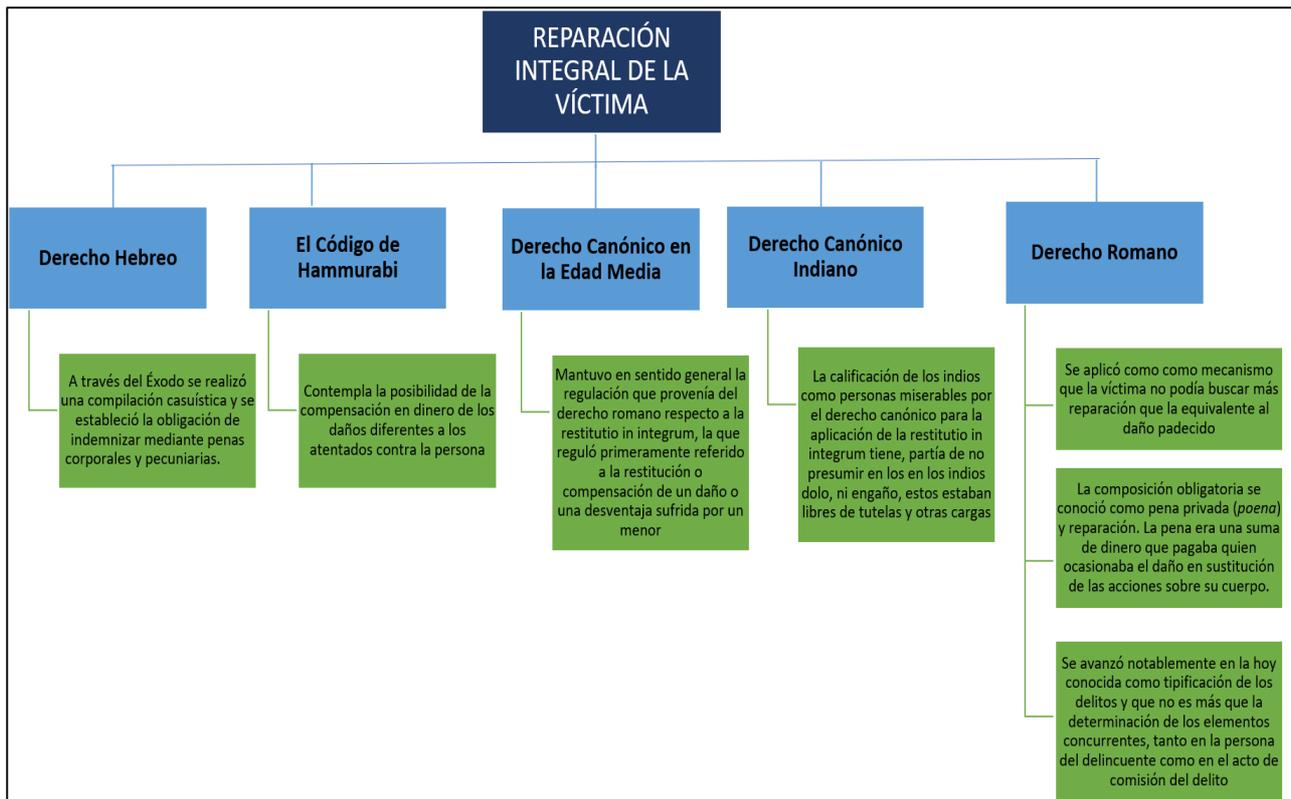


Figura 1. Cambios históricos de la reparación integral de la víctima

Fuente: Elaboración propia, 2022

La reparación de la víctima ha sido reconocida y protegida en el ámbito internacional, considerándose un importante hito de la evolución moral. Esto se ha hecho visible tanto por los contenidos en los cuales convergen principios esenciales de derechos, como por los elementos victimológicos y de justicia restaurativa que permiten adherir una perspectiva amplia e integral en reparación a los problemas más desafiantes.

La reparación, tal ha sido definida a partir de los cambios que se han dado a lo largo de las décadas, destacando el desarrollo de diversos documentos y pronunciamientos del sistema internacional de protección, los cuales han estado estrechamente vinculados con la garantía y logro de estas disposiciones, independientemente de las realidades políticas, el entorno o las dificultades inmanentes.

El análisis propuesto en líneas anteriores, denotan la configuración de los elementos primarios de la reparación, como fuente de respuesta social y jurídica, los cuales anteceden a los cuerpos legislativos modernos tales como el derecho internacional de los tratados y la construcción de la responsabilidad civil y penal en el orden jurídico-político. Para el caso de la reparación, se hacía referencia previa a los estudios científicos e históricos de los intelectuales sobre los conceptos y prácticas del derecho romano, cuyos esfuerzos de codificación de principios fueron dando cuerpo a lo que se denominaría la teoría de las “obligaciones civiles”, a la materialización del Código Napoleónico y el desarrollo paulatino de las legislaciones de los Estados moderno.

A partir de esta evolución, se desprende una reparación que debe ser contundente, irrenunciable y no sujeta a relatividad económica o política, visto que aun frente a la incapacidad material del perpetrador o su falta de voluntad el Estado debe garantizar las reparaciones en el cual deben

converger, junto a la indemnización, las otras cuatro grandes formas de reparación: restitución, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

Por lo tanto, la reparación surge con la ocasión del daño o la vulneración de los derechos, pues cuando una persona es víctima de un injusto, merece por ese solo hecho, que las cosas vuelvan a su estado anterior, unas medidas de satisfacción por haber sufrido ese injusto y una indemnización como consecuencia de la pérdida de la cual fue víctima.

Siguiendo esta tendencia, a través de esta revisión histórica se establecen los principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha en contra de la impunidad. Por lo tanto, la reparación integral, se ha establecido como una parte de la macro labor fundamentalista que lucha contra la desigualdad para alcanzar una verdadera autonomía, el que se libra dentro de un marco común de tres principios: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional.

CONCLUSIONES

Ante la necesidad de restaurar el daño, afectación o perjuicio a las víctimas, se han previsto en la historia del Derecho, desde lo normativo, instituciones que prevén van desde la imposición de una pena, hasta restituir el bien, cosa u objeto de defraudación, repararlo o compensar al afectado con su valor en dinero.

Las formas de satisfacción al perjudicado por el daño o perjuicio causado que han variado sustancialmente en cada estado de desarrollo de las sociedades y del derecho como expresión de la conciencia colectiva, hasta llegar en la actualidad a estimarse que la reparación debe de ser integral, es decir, lo más amplia, completa y abarcadora posible, de conformidad con el respeto a los derechos humanos reconocidos constitucionalmente, lo que supera los límites de la imposición de pena al infractor del daño y se recobre por parte del afectado el supuesto bien defraudado o de su valor en dinero o especie, sino a además, se valora el resarcimiento de índole psicológico, y hasta moral, los que pueden abarcar a la afectación que haya podido sufrir la familia de la víctima.

Del estudio histórico realizado respecto al desarrollo del Derecho en la antigüedad relacionado con el tema de la reparación integral, se advierte que en la regulación jurídica de cada una de los sistemas jurídicos estudiados, es decir, en el Derecho Hebreo, el Derecho romano, el Derecho hispano canónico y el Derecho indiano impuesto por la conquista estuvo presente la retribución de pena ante la vulneración de las normas sociales impuestas, lo que en sus inicios fue concebido como una especie de reparación o satisfacción a la víctima, la que se experimentaba a través de la venganza privada.

De los sistemas de Derecho estudiados, como antecedentes remotos del hoy sistema de Derecho europeo continental y latinoamericano, el Derecho romano es el que presenta mayor desarrollo en la creación de disposiciones jurídicas que previeran la reparación o indemnización del perjuicio a las víctimas de delitos o de incumplimiento de obligaciones contractuales; Derecho que desde histórico jurídico se identifica como la etapa de Oro en cuanto a reconocimiento de derechos a las víctimas, no solo respecto a contemplar la reparación del daño dentro de un conjunto de tipos penales de entonces, sino también por el rol protagónico que se le reconoce a la víctima en la iniciación del proceso en contra de la persona que causará la afectación, a los efectos de restaurar el derecho quebrantado.

Entre las aportaciones del Derecho romano respecto a lo que se conoce en la actualidad como derecho a la reparación integral se pueden mencionar la regulación que sostuvieron a los efectos de proteger los derechos de propiedad, las obligaciones contractuales y otros derechos reales: la regulación de la propiedad, o de las obligaciones, estableció las primicias técnicas de la tipificación, fundamentó y exployó las diferencias entre delitos públicos y privados, división que subsiste en la mayoría de los

ordenamientos jurídicos contemporáneos, describió los delitos de los cuales surgía la obligación de reparar, y los decidió caso por caso. Estableció el criterio de la proporcionalidad entre la pena y el daño causado, tiene el mérito de haber establecido el arbitrio judicial para la adecuación de las sanciones, especialmente en los delitos privados, en lo que se valoraba la cuantía de la afectación sufrida por el afectado y la dimensión del daño a reparar.

Sin embargo, del recorrido normativo realizado se muestra que en el Derecho romano se confundieron los conceptos de pena y de reparación, ya que a pesar de existir acciones que tenían como fin principal la reparación a la víctima, y otras con un propósito esencialmente penal, esa distinción se tornó difusa cuando se adoptaron las acciones mixtas que buscaban tanto la imposición de una pena como la indemnización.

Aunado a lo anterior, se advierte el hecho que el Derecho romano siempre conservó el método casuístico y no establecieron un principio general de responsabilidad, ni se cuestionaron su fundamento y por ello no lograron hacer de la condena civil lo que es hoy, una indemnización, como reconoce con posterioridad el Derecho penal clásico como principio, que la responsabilidad penal lleva consigo la obligación de carácter civil de indemnizar los daños y perjuicios producidos por la acción, principio heredado en los países de América del Derecho Frances e hispánico.

La restituto in integrum, tiene su origen el Derecho romano, institución que se consolidó y se ofreció mayor alcance con el derecho canónico de la edad media, en correspondencia con los intereses eclesiásticos del momento; se aplicó durante la conquista en América por el Derecho castellano, y pasó a formar parte del derecho indiano, en el que se consideró a los indios sujetos de este derecho identificándolo como personas miserables, lo que si bien pudo resultar beneficioso respecto al poder recobrar algún derecho vulnerado, fue muestra de la poca valía y discriminación que fueron objetos los nativos americanos por los conquistadores al estimarlos incapaces de defender sus derechos *in toto*.

Con independencia de las limitaciones que puedan identificarse a la regulación que de la restituto in integrum en el Derecho romano, en el Derecho canónico y en el Derecho indiano, lo que estuvo condicionado por los interés ideológicos de la época en que se desarrollan, tienen el mérito de aportar al desarrollo del Derecho, en especial del penal y constitucional modernos una institución que hoy presenta un contenido mucho más amplio, no se limita a proteger a menores, incapaces o a determinado estrato social, se reconoce como una obligación de que sea resarcida a través de medios legales a toda personas que sufra daños por la comisión en su contra de delitos u abusos de poder, y además, como un derecho fundamental de todo ciudadano, a saber, el derecho a una reparación integral digna.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Alejandro, J. (1977). Temas de Historia del Derecho: Derecho primitivo y Romanización jurídica. <https://editorial.us.es/en/detalle-libro/280001/->
2. Arias, J. A. (1983). Sobre la Querela y la Exceptio non numeratae pecuniae: Derecho romano y visicitudes medievales. Anuario de historia del derecho Español, 108-137.
3. Barros, E. Tratado de responsabilidad extracontractual, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
4. Cabrerros, M., Comentarios al Código de Derecho canónico, Volumen II, Madrid, 1962.

5. Castañeda, P. "La condición miserable del indio y sus privilegios". En: Anuario de Estudios Americanos No 28, 1971.
6. Atala, A. y Núñez, X. (1989). Algunas notas sobre la restitutio in integrum en la época de Justiniano. Revista Chilena de Historia del Derecho, (15), ág-21.
7. Atala, A. C. (1995). La " Restitutio in Integrum" en el derecho indiano. In Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (pp. 209-222). Universidad Nacional Autónoma de México.
8. Cavallario, D. (, 1847). Instituciones del Derecho canónico, Tomo IX, Madrid.
9. Clavero, B. (1994). Historia del derecho: Derecho común (Vol. 53). Ediciones Universidad de Salamanca.
10. Hammurabi, R. D. (1970). código de Hammurabi. Instituto Técnico de Materiales y Construcciones.
11. Cuenca Boy, F. (2007). Especialidades procesales de los indios y su sustrato romanístico.
12. Pastor, J. (2015). Manual de Derecho Romano. Ley de las XII Tablas. Disponible: <https://www.derechoromano.es/2015/06/ley-xii-tablas.html>. Fecha de captura: 23 de mayo de 2020.
13. Díaz, J. (1986). "La historia jurídica y el problema de las fuentes del derecho". En: Revista de Historia del derecho N° 14, 1986.
14. Fernández, J. (1973). Historia del Estado y el Derecho en la Antigüedad, Instituto Cubano del Libro, La Habana, Cuba.
15. Franco, G. (1962). Las leyes de Hammurabi. Revista de Ciencias Sociales, (3), 331-356.
16. Gallo, A. G. (1967). Manual de historia del derecho español (Vol. 2).
17. Gómez, E. y Hercer, O. (1946). Derecho Procesal Penal, Editorial Madrid, Madrid, España.
18. Grossi, P., y Valiente, F. T., & Álvarez, C. (1996). El orden jurídico medieval. Madrid: Marcial Pons.
19. Mommsen, T. (1942). Compendio del derecho público romano. Editora la España Moderna, Madrid, s/f, Libro IV.
20. Molinas, J. (1889). Cuerpo del derecho civil romano. Primera parte. Instituta - Digesto (Trad. D. I. García del Corral) Barcelona: Consejo de Ciento.
21. Nanclares, J., y Gómez, A. La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas. En: Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 17, No.33, julio-diciembre, 2017. Disponible: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100254730004>. Fecha de captura: 23 de abril 2020.

22. Novoa, M. (2006). La práctica judicial y su influencia en Solórzano: la Audiencia de Lima y los privilegios de indios a inicios del siglo XVII”, En: Pensar la colonia desde la colonia, Bonnett, Diana (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes.
23. Leiva, A. y Abásolo, E. (2005). El constitucionalismo argentino en el siglo XX, Buenos Aires, Dunken.
24. Levene, R. (1976). Manual de Historia del Derecho. Ed. Depalma, Buenos Aires.
25. Oliveros, M. (1967). Construcción jurídica del régimen tutelar del indio”. En: Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene N° 18.
26. Petit, E. (1917). Tratado elemental de Derecho Romano. Buenos aires.
27. SÁNCHEZ, J. (2004). Manual de Historia del Derecho, Madrid, de la colección Manuales Jurídicos publicados por la editorial Dykinson.
28. Sánchez, I., Hera, A. y Diaz, C. (1992). Historia del Derecho indiano, Madrid.
29. San Martín, J.; Serrano, J. (1998). Historia antigua del Próximo Oriente. Mesopotamia y Egipto. Akal, Madrid.
30. Schulz, F. (1961). Derecho romano Clásico, Barcelona.
31. Tomas y Valiente, F. (1987). Manual de Historia del Derecho español, Madrid.
32. Víctimas en la Biblia (2020). Disponible: Mensajes bible.knowing-jesus.com.
33. Velásquez, O. (2009). Responsabilidad civil extracontractual. Temis, Bogotá D.C. 2009.
34. Vélez, A. (1969). Derecho Procesal Penal, Edición Lerner, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina, Tomo I.

CONFLICTOS DE INTERESES

Los autores no refieren conflictos de intereses